



ISSN 0718-2457

Revista
Jurídica de la
Universidad
Bernardo
O'Higgins

Ars
Ars
Boniet
Aequi

Año 7 • Número 1



Ars Boni et Aequi es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins.

En la Editorial del primer número de la Revista, el ex Decano Sergio Gaete Rojas decía:

“El nombre escogido, “Ars Boni et Aequi”, tomado de la definición de Derecho que nos ofrece Celso en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, no es casualidad.

Por una parte, al recordar que la naturaleza de nuestro objeto de estudio es la “técnica de lo bueno y lo equitativo” hemos pretendido destacar que, si bien los conocimientos específicos de cualquier índole suelen referirse a cuestiones eminentemente “técnicas”, no puede olvidarse jamás que toda actividad humana, y por cierto la actividad jurídica, debe sustentarse en sólidos y omnipresentes valores. Esto último es representativo del pensamiento más profundo con que nuestra Universidad enfrenta su misión educativa.

Por otra parte, con la selección de esta vieja y autorizada cita celsina también hemos querido subrayar la esencial universalidad de la ciencia jurídica. Dicha universalidad –reclamo ineludible de su carácter de ciencia– hace que resulte indispensable el estudio de todos los estadios evolutivos de la experiencia jurídica que se observan a través de la Historia y, asimismo, obliga a la observación de todas las realidades jurídicas y todas las opiniones de los juristas del orbe. Este espíritu netamente científico, exorbitante de las realidades legislativas nacionales, es el que mueve a nuestra Facultad de Derecho.”

Así, la Revista tiene el cometido de contribuir al desarrollo del Derecho, a través de la publicación de investigaciones originales e inéditas circunscritas a las diversas ramas de la Ciencia Jurídica, incluyendo la Historia y la Filosofía del Derecho, que inviten a todos los operadores jurídicos a un constante estudio, reflexión, análisis, crítica y proposiciones en el ámbito que les es propio.

Año 7 N° 1, Enero 2011

ISSN: 0718-2457

CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENTE

Jorge Van De Wyngard Moyano, Decano de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins.

CONSEJEROS

Julio Alvear Téllez (Universidad del Desarrollo, Doctor (c) Universidad Complutense), Dr. Carlos Amunátegui Perelló (Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor Universitat Pompeu Fabra), Dra. Miriam Henríquez Viñas (Universidad de Las Américas, Doctora Universidad de Santiago de Compostela), Diego Munita Luco (Universidad Bernardo O'Higgins, Magíster (c) Pontificia Universidad Católica de Chile), Juan Andrés Orrego Acuña (Universidad Internacional SEK, Doctor (c) Universidad de Mendoza).

CONSEJO EDITORIAL INTERNACIONAL

Martín Acevedo-Miño (Pontificia Universidad Católica Argentina), B.A. (Majors in History and Political Science) M.A. (in History) J.D. (Law) Robert S. Barker (Distinguished Professor of Law, Duquesne University, Estados Unidos), LL.M. Dante Figueroa (Georgetown University, American University, Estados Unidos), Dra. Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda (Universidad Complutense, España), Dr. José Díaz Nieva (Universidad San Pablo CEU, España), Eulogio Pisfil Chavesta (Universidad Nacional de Trujillo, Perú), Dorina Rivera Gallegos (Universidad Privada Norbert Wiener, Perú), Dr. Luis Ignacio Savid-Bas (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina).

COMITÉ DE REDACCIÓN

Regina Ingrid Díaz Tolosa, Secretaria de Redacción. Viviana Readi Silva, Coordinadora de Redacción. Hugo Llanquilef Ortíz y Miguel Espinoza Gutiérrez, alumnos ayudantes.

Avenida Viel 1497. Santiago-Chile

Fono: (56-2) 4774147- 4774150 - Fax: (56-2) 4774141

PAGINA REVISTA: <http://www.ubo.cl/icsyc/actividades-academicas/publicaciones/revista-ars-boni-et-aequi/>

ARS BONI ET AEQUI se encuentra indizada en LATINDEX, Pro Quest, EBSCO, Al-día y Dialnet

E-mail contacto: arsboni@ubo.cl

IMPRESIÓN-PRODUCCIÓN GENERAL: Gráfica LOM

Índice

Editorial

JORGE VAN DE WYNGARD MOYANO 5

ESTUDIOS

La Legitimación Activa de la Acción Constitucional de Nulidad

GONZALO GUERRERO VALLE..... 9

El Medio Ambiente en el TLC Chile - Estados Unidos: Una Visión Chilena

ANDREA LUCAS GARÍN 45

¿Qué Perspectiva de Futuro Tiene el Derecho Militar Chileno?

SERGIO CEA CIENFUEGOS
RICARDO CORONADO DONOSO 63

Tribunales y Procedimientos Especiales en lo Contencioso Administrativo

SERGIO ESPINOZA RIERA 83

La Propiedad Absoluta del Código Civil: ¿Es Libre o Funcional?

CATALINA NOVOA MUÑOZ..... 111

Extensión Moral del Patrimonio

JOSÉ GONZALO BAEZA OVALLE..... 135

Comentarios a la Modificación del Régimen de Sociedad Conyugal: La Expresión Planificada de un Cambio en el Derecho de Familia

YASNA OTÁROLA ESPINOZA..... 157

ENSAYOS

La Interpretación Constitucional en Torno a la Limitación del Derecho a la Propiedad Privada: ¿Crisis de la Doctrina Clásica o Triunfo del Neoconstitucionalismo?

ALEJANDRO SAN MARTÍN BARRAZA..... 177

Lavado de Dinero y Blanqueo de Activos

ANDRÉS CORREA CRUZAT

EDMUNDO ELUCHANS ANINAT..... 193

Elementos Básicos de la Teoría de los Campos Sociales de Pierre Bourdieu. Apuntes para Estudiantes y Docentes de Derecho

J. IGNACIO NÚÑEZ LEIVA..... 209

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Derechos Adquiridos en Tribunales Administrativos de Connotadas Organizaciones Internacionales. Estudio Jurisprudencial

JUAN LAPENNE. 223

El Derecho de Propiedad de los Extranjeros en Zona de Frontera: Breves Reflexiones a Partir del Análisis de una Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano

CÉSAR LINCOLN CANDELA SÁNCHEZ..... 245

EDITORIAL

Ingresando a su séptimo año de existencia, la revista de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins continúa su tránsito con miras a convertirse en una publicación académica de carácter científico de excelencia.

El presente número, como ha venido acaeciendo sistemáticamente desde los orígenes de la publicación, presenta nuevos avances en relación a sus predecesores. La cantidad de estudios ha aumentado, como también su calidad, y la diversidad de los colaboradores también. Hay una importante renovación en el Consejo Editorial, tanto interno como internacional, con nuevas y valiosas incorporaciones. Asimismo, hemos sido aceptados en el prestigioso catálogo internacional DIALNET. Hay nuevos aspectos formales que se han incorporado y se mantiene la semestralidad de la publicación.

Todo lo anterior ha ido desembocando en un progresivo mayor posicionamiento de *Ars Boni et Aequi* en el campo de las publicaciones jurídicas nacionales y constituye un motivo de legítimo orgullo para la Facultad.

En el futuro cercano, nuestros desafíos apuntan a continuar difundiendo la Revista en todo el vasto campo de lo jurídico, dándola a conocer igualmente en ámbitos extranjeros. Aspiramos, asimismo, a ser indexados en otras bases de publicaciones científicas. Por supuesto que el mejoramiento de la calidad es un propósito que no reconoce pausas y constituye nuestra divisa permanente.

Con legítima satisfacción entregamos entonces a la comunidad jurídica este nuevo aporte emanado de la Universidad Bernardo O'Higgins, que contribuye a la constante tarea que deben desarrollar los centros de educación superior del país en orden a investigar y comunicar los resultados de dicha labor en beneficio del país todo.

Jorge Van De Wyngard Moyano
Decano Facultad de Derecho y Comunicación Social
Universidad Bernardo O'Higgins

ESTUDIOS

LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE NULIDAD*

The nullity constitutional action activ legitimization

GONZALO GUERRERO VALLE**

RESUMEN: La legitimación activa de la nulidad de Derecho Público ha sido escasamente analizada. En este estudio se analiza su naturaleza y los efectos que aquello produce en el ordenamiento jurídico. De esa manera, se pretende dar una respuesta desde la Constitución, para determinar el verdadero objeto y finalidad de la referida acción. En tal sentido, se hace un análisis del derecho a la acción desde una perspectiva clásica y desde el nuevo paradigma del Constitucionalismo Humanista. Además, se estudiarán las diferentes posiciones académicas al respecto y las líneas jurisprudenciales que se han venido fallando en nuestros tribunales, para concluir que la nulidad constitucional sólo se puede justificar desde una perspectiva objetiva, ya que solamente esa naturaleza se acerca hacia la finalidad verdadera del Derecho Constitucional y

* Este trabajo es parte de una investigación mayor que versa sobre los fundamentos sobre los que descansa la nulidad de Derecho Público y los efectos de tal fundamentación.

** Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile, especialidad en Derecho Público. Actualmente se desempeña como abogado asesor de la División Jurídica del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. <gnguerre@uc.cl>. *Artículo recibido el 12 de julio y aprobado el 26 de agosto de 2010.*

del Constitucionalismo. Luego, se justificará aquella naturaleza en nuestra Constitución utilizando para ello categorías propias de la teoría del Derecho.

ABSTRACT: The nullity action of Public Law active legitimization has been scantily analyzed. In this study is analyzed its nature and the effects that that one produces in the juridical system. That way, a response is tried to give from the Constitution, to determine the real object and purpose of the above-mentioned action. To this respect, an analysis of the right to the action is done from a classic perspective and from the new paradigm that is the Humanist Constitutionalism. Also, the different academic positions will be studied in the matter and the jurisprudential lines that they have come in our courts, to conclude that the constitutional nullity only can be justified apologize from an objective perspective, since only this nature approaches towards the real purpose of the Constitutional Law and the Constitutionalism. Then, that nature will de justify in our Constitution using for it own categories of the Law Theory.

PALABRAS CLAVES: Nulidad de Derecho Público – Legitimación Activa – Constitucionalismo Humanista

KEY WORDS: Public Law Nullity – Activ Legitimization - Humanist Constitutionalism

I. INTRODUCCIÓN

La legitimación activa en las acciones constitucionales es una cuestión que ha tomado una importancia radical en la actualidad. Lo dicho queda manifiesto en la gran cantidad de estudios relativos a este instituto.

Dentro de esta situación, la más significativa de todas es la que dice relación con la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales, la que ha ganado un lugar importantísimo en el foro, de tal manera que los remedios procesales concebidos en el Código Político ocupan hoy gran parte en la actividad profesional de los abogados y operadores jurídicos como de la actividad desarrollada por los tribunales de justicia.

Dicho lo anterior, es posible ver que año a año son más las acciones constitucionales que se interponen ante las distintas magistraturas judiciales en nuestro país. Es creciente el número de recursos de protección que se intentan, y eso que aún no se ha aprovechado de manera cabal esta herra-

mienta por los diversos actores de la vida jurídica nacional¹, los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, los recursos de amparo, etc.

Es creciente el interés dogmático, doctrinal y judicial que recaban estos recursos procesales constitucionales y, en contrapartida, es pobrísima la regulación legal que ellos poseen, por lo que en los últimos años se han presentado diversos proyectos de ley que vienen a regular de manera detallada e íntegra algunos de los institutos que la propia Constitución ha consagrado, de manera tal que, de esta forma, se quiere dar cumplimiento al mandato que el Constituyente de 1980 ha dado al Legislador para que regule y establezca las garantías de un procedimiento racional y justo, utilizando la nomenclatura del artículo 19 n° 3 inciso 5°.²

Sin prescindencia de lo mencionado, ninguno de los proyectos de ley indicados se refiere a la Acción Constitucional de Nulidad o Nulidad de Derecho Público, la cual no ha estado exenta de debates y controversias doctrinarias³.

Es por ello que este trabajo quiere detenerse en aquel instituto, el cual tiene una importancia trascendental en el ordenamiento jurídico nacional, además de tener dimensiones insospechadas, las cuales se quieren demostrar en esta investigación. En ese sentido, se quiere analizar un tópico que ha generado gran debate en este último tiempo, el cual dice relación con la legitimación activa de la mencionada acción y la naturaleza de ésta. Sin duda, este es, y será, un tema de suma relevancia para la ciencia jurídica porque las

¹ En un sentido similar se expresaba Louis FAVOREU en relación a las dificultades a las que se enfrentaba el ordenamiento jurídico francés para lograr una real y plena constitucionalización. En efecto, FAVOREU (2001) p. 38, expresa que *“el verdadero obstáculo es aquel que resulta de la ignorancia en la cual se encuentran los que practican el derecho –magistrados y abogados– en cuanto a la existencia de un increíble arsenal o tranque de recursos por invocar y aplicar”*.

² Vid. Boletines del Senado de la República n°s 4011-07 y N° 2809-07 que establecen un procedimiento para la tramitación de la acción constitucional a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política y que deja sin efecto auto acordado que indica y un proyecto de ley de acciones protectoras de derechos fundamentales respectivamente.

³ Véanse a BERMÚDEZ (2009), BOCKSANG (2009), VALDIVIA (2009), VELÁSQUEZ (2007), BOCKSANG (2006), RIVEROS (2006), CORDERO VEGA (2005), CORDERO QUINZACARA (2005), BOCKSANG (2005), PIERRY (2005), PFEFFER (2005), CISTERNAS (2004), JARA (2004), CARDÉMIL (2003), ROMERO (2003), ACUÑA (2002), GARCÍA-HUIDOBRO (2001), SOTO (2000), DONOSO (1999), REYES (1998), REYES (1997), SOTO (1997), SOTO (1996), OVIEDO (1995), FIAMMA (1990), SOTO (1990), FIAMMA (1987), entre otros.

construcciones dogmáticas que se sustentan tras de sí implican una renovada concepción del Estado de Derecho.

En la dirección referida es en la que se quiere profundizar, lo cual se debe a que la sentencia de casación de la Corte Suprema con respecto a la acción de nulidad de Derecho Público interpuesta contra la *píldora del día después*⁴ ha abierto una nueva veta en la discusión con respecto a la mencionada acción constitucional. Teniendo en vista lo anterior, es de suma importancia, y no tan evidente como pareciese ser, preguntarse ¿quién posee legitimación activa para interponer la acción de nulidad constitucional? ¿Puede ser otra persona, distinta al afectado por un acto de un órgano del Estado, quien interponga este recurso procesal? Estas son las preguntas que se pretenden responder a lo largo de este trabajo en el cual se analizará, ya derechamente, la legitimación activa de la nulidad de Derecho Público.

II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. La Tesis Clásica

La cuestión sobre quién es la persona que tiene derecho a accionar ante el órgano jurisdiccional cuando existe una situación que le produce perjuicio es una cuestión que desde antaño ha sido controvertida. Y, desde luego, los autores de Derecho Procesal han contribuido a la polémica pretendiendo dilucidar la cuestión. En efecto, Francesco CARNELUTTI se pregunta ¿a quién se le ha de atribuir la facultad de accionar o contradecir en un proceso?⁵, es decir, lo que plantea CARNELUTTI es preguntarse quién posee legitimación para accionar⁶.

Se entiende que legitimación es *"el reconocimiento que hace el derecho a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico, derivando dicha posibilidad de una determinada relación existente entre el sujeto y el objeto del mismo"*⁷.

⁴ Corte Suprema. *Centro Juvenil AGES con Instituto de Salud Pública* (2005).

⁵ CARNELUTTI (1952) p. 86.

⁶ *Ibidem.*, responde la pregunta diciendo que una elemental experiencia demuestra que resolver la cuestión de quién puede accionar legítimamente *"no basta atribuirle al sujeto de la litis, el cual, en un gran número de casos, no puede o no sabe o no quiere accionar o contradecir; y así, si no se llamase a otro para ese oficio, la litis seguiría turbando la paz social"*.

⁷ LADARIA (1952) p. 11 citado por ROMERO (2007) p. 87.

Para ROMERO SEGUEL, *“la legitimación es un elemento constitutivo de la acción. A través de este componente se determina quién es el portador del derecho de acción”*⁸. Lo dicho se traduce en que si la persona que solicita la protección de una situación jurídica subjetiva determinada no tiene legitimación o si se deduce una acción en contra de una persona sin legitimación, esa solicitud de tutela jurisdiccional no puede, por tanto, prosperar debido a que falta un elemento constitutivo del derecho a accionar, el cual es la legitimación. Por cierto, sin legitimación es imposible que haya acción.

En tal sentido, el autor citado recientemente explica que *“cualquiera que sea el conflicto materia de la petición de la protección jurídica, este elemento del derecho de acción siempre se encamina a un único objetivo jurídico, a saber: quienes tienen la calidad de justa parte en ese proceso”*⁹.

Esa determinación, como sostiene ROMERO SEGUEL, la mayoría de las veces no está instituida por un dato positivo legal. Por el contrario, y como regla general, *“los textos legales utilizan en esta materia cláusulas abiertas, que deben ser precisadas para cada caso, jugando un rol clave en esta actividad la jurisprudencia”*¹⁰.

Por tanto, a los Tribunales de Justicia les cabe un rol de suma importancia, por cuanto ellos son los que determinan y examinan si se dan las condiciones para que sea admisible, dentro de la perspectiva expuesta, la acción que se interpone ante su escrutinio. Para ello, la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago se ha pronunciado diciendo que para accionar es necesaria *“la concurrencia de un interés actual, legítimo y razonable por parte de quien inicia la correspondiente acción, interés que ha de entenderse como una lesión personal o del grupo que demanda o por quien se demanda. De este modo, ni la importancia, objeto o alcance de la materia reclamada, ni aún la justicia de la pretensión, pueden alterar o sustituir la antes aludida exigencia”*¹¹, lo cual se contrapone con los principios que la propia Constitución ha postulado que deben informar al ordenamiento jurídico en su conjunto.

⁸ ROMERO (2007) p. 87.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Complementado lo dicho, *Ídem.*, p. 88, expone que *“en un plano cuantitativo, las normas legales que fijan expresamente la legitimación para accionar o para ser sujeto pasivo de la acción son de excepción y tradicionalmente se vinculan al ejercicio de acciones constitutivas o en hipótesis de protección jurídica muy particulares”*.

¹¹ Cfr. Corte de Apelaciones de Santiago. Instituto de Salud Pública y otros con Centro Juvenil AGES (2004).

El condicionamiento que realizan los Tribunales de Justicia para que las personas puedan utilizar su derecho a accionar es inaceptable por cuanto, con lo dicho se deja de lado el valor axiológico y reparador que tiene para la sociedad la solución de los conflictos que se dan en su seno. Por lo cual, la pregunta que se hiciera CARNELUTTI hace ya bastantes años es mucho mejor contestarla desde el bien común, el cual no es otra cosa que la finalidad del Derecho, su eje central, aquello que lo informa y lo humaniza, aquello que eleva a la persona humana a un valor supremo. Y el constitucionalismo y la Constitución no deben apartarse de ese postulado, pues se entiende que su finalidad *"es de carácter personalista, y no es otra, en definitiva que la postulación, de la dignidad de la persona humana como supremo valor terrenal"*¹², el cual es el prisma con el que debe ver, analizar e interpretar la Carta Fundamental y que orienta a la sociedad hacia al favorecimiento de la persona humana, de su mayor realización y respeto.

2. Una Mirada desde el Constitucionalismo Humanista

Si bien los párrafos precedentes dan cuenta de los presupuestos necesarios para accionar, dichas exigencias son parte de una cultura jurídica decimonónica que, más que proteger, la mayoría de las veces dejan en indefensión a las personas que han sufrido afectación en una situación jurídica subjetiva.

La referida concepción de la legitimación activa está ideada desde una perspectiva civilista, la cual se ha pretendido extender a toda otra acción dentro del ordenamiento jurídico. Es lógico, por lo demás, que en materias civiles se exija interés patrimonial para accionar, pero tal interés ¿tendrá plena aplicación en materias de derecho público? Por cierto, dicha situación, la mayoría de las oportunidades, se hace inconcebible, por cuanto las acciones de derecho privado son ontológicamente distintas a las acciones de derecho público, por lo cual, exigir los requisitos de las primeras a las segundas es una cuestión que escapa a toda lógica.

La situación comentada existe debido a que se cree, casi de forma generalizada, que el Derecho Civil es supletorio de todo el ordenamiento jurídico. A juicio del profesor Alejandro VERGARA esta situación no es más que un caso de falsa supletoriedad, la cual se basa en la aplicación del artículo 4° del Código Civil: *"En realidad, esa tesis es un exceso, pues en tal norma no hay una aplicación de la técnica normativa de la supletoriedad, como se ha pretendido tradicionalmente. Sólo con una interpretación abusiva de tal*

¹² CEA (1972) p. 423.

disposición se ha podido postular la supletoriedad de ‘todo’ el Código Civil respecto del ‘todo’ restante del ordenamiento jurídico, el cual resultaría así especial respecto del general”¹³.

Afirmar que el Código Civil es la norma supletoria de las restantes normas del ordenamiento jurídico es colocar a la norma citada en el centro del sistema jurídico, lo cual *“significa negar el carácter de polisistema, o de cosmos de disciplinas, todas ellas autónomas entre sí (sin perjuicio de que algunas sean derecho común respecto de frente a otras) dentro del sistema jurídico. No es posible postular que todo el resto de las disciplinas giran en rededor del derecho civil: ello es claramente un pleonástico, pues habría que pensar que sólo existe el derecho civil, el que no sólo sería la espina dorsal del sistema jurídico, sino que lo sería todo, pues el resto de las disciplinas es derecho civil o singular o especial, respecto del general/común derecho civil”¹⁴.*

De aquella concepción de carácter civilista se nutrió por mucho tiempo la doctrina iuspublicista, lo cual en una primera etapa fue útil para propósito originario del Constitucionalismo, el cual, entre otros, era limitar el poder.

Pero, y gracias al desarrollo de la ciencia del Derecho Constitucional, este primer propósito deviene en una finalidad mucho más profunda y sublime, la cual dice relación con el respeto y promoción de los derechos que emanan de la naturaleza humana. He aquí la esencia del Constitucionalismo Humanista¹⁵.

¹³ VERGARA (2007) p. 7.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ A este respecto el profesor Patricio ZAPATA (2008) p. 159 nota 45, se muestra contrario a la diferenciación entre Constitucionalismo de Estado y Constitucionalismo Humanista. Para ello, expresa que *“el constitucionalismo de ha definido, desde su origen, por una fuerte desconfianza en el poder político estatal y se ha comprometido, siempre, con los derechos del individuo y los auténticos valores del humanismo. Podemos pensar, por supuesto, que el iuspublicismo alemán de fines del siglo 19 y principios del 20 tendía a una peligrosa confusión entre Estado y Derecho. Podemos creer, además, que el constitucionalismo francés previo a 1958 confiaba demasiado en los Parlamentos. Nada de lo anterior, sin embargo justifica que el entusiasmo por los desarrollos más recientes del Derecho Público, o por la Justicia Constitucional en particular, pueda llevarnos a relativizar las raíces históricas, liberales y democráticas, del constitucionalismo”*.

Sin prescindencia de lo dicho por el profesor ZAPATA, no es posible compartir sus palabras por cuanto se obvia que el constitucionalismo del siglo XIX ponía énfasis en las potestades públicas más que en los derechos de las personas. Así, se puede ver que en dicho periodo histórico se exacerban el legalismo más que la finalidad de justicia del

Sin embargo, es menester reconocer que la pretendida supletoriedad normativa del Código Civil en relación al resto del ordenamiento jurídico tiene que ver con la ausencia de creación de conceptos propios que den cuenta de las instituciones del derecho público y sean privativas a éste. Esta es una deuda de los constitucionalistas.

Dentro de este esquema, no es posible aplicar conceptos, principios e instituciones de derecho privado al derecho público ya que éste posee un origen, fundamentación y finalidad totalmente distintas a las instituciones y categorías del primero.

Aquellas diferencias de naturaleza hacen inconciliables la aplicación de principios de derecho privado a instituciones de derecho público, por lo cual es necesario elaborar una teoría propia de esta última disciplina que la escinda del ámbito privado y que la proyecte hacia su finalidad, la cual es la protección de los derechos fundamentales de la persona humana.

Es por estas razones que el Derecho a la Acción¹⁶ y la legitimación activa de las acciones constitucionales se deben mirar desde el prisma propio del constitucionalismo, que es la persona humana y su dignidad intrínseca.

Para ello, se quiere presentar el cambio de finalidad que posee el derecho a la acción desde, primeramente, la lógica privatista, para luego, analizar dicho concepto desde el Código Político, perspectiva, por lo demás, que está plenamente identificada con la doctrina del constitucionalismo humanista¹⁷.

ordenamiento jurídico. Ello, lleva a pensar que es necesario cambiar el eje del Derecho Constitucional, no viendo ya a la Carta Fundamental como un estatuto del poder, sino como una herramienta de protección y promoción de los derechos fundamentales. He ahí, en este punto, el cambio de paradigma.

¹⁶ En opinión del profesor BORDALÍ (2000) pp. 83-84), *"el derecho a la acción sólo puede encontrarse formulado en el texto constitucional chileno, en el artículo 19 n° 3 inc. 1°, que consagra 'la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos', lo que no implica que no se asuma una posición crítica frente a la falta de rigor y énfasis en la consagración del referido derecho. Dicho precepto daría a entender en un análisis estrictamente gramatical, que el derecho que se tiene es a la 'igualdad' ante la ley, en el ejercicio de los derechos. Por otra parte, parece decir que sólo se tenga efectivamente un derecho puede obtener esa igualdad en la aplicación de la ley, lo que se sabrá sólo con la sentencia que recaiga sobre el fondo y, por otra parte, se dejaría de lado la tutela de los intereses legítimos, que a mi entender, deben ser objeto de tutela por los órganos jurisdiccionales"*.

¹⁷ Ya en 1982 el profesor José Luis CEA (1982) pp. 522-523, expresaba que *"ningún derecho consagrado en la Constitución puede quedar sin protección, especialmente judicial, y*

La tesis clásica estima que el derecho a la acción es un “derecho natural subjetivo público, cuyo sujeto es la persona, ya sea natural o jurídica, y cuyo término es el Estado, mediante el cual pueden los primeros exigir del segundo, el ejercicio de la actividad jurisdiccional”¹⁸. Dicho derecho está entregado por la ley a determinadas personas para que éstas puedan accionar en un determinado proceso.

La noción analizada se identifica completamente con los principios de derecho privado, ya que en dicha lógica sólo puede accionar quien ha sufrido perjuicios, ya sean morales o patrimoniales, por el acto u omisión del cual se trata. O sea, el afectado directo solamente puede accionar, salvo las excepciones que la ley, según el caso, enumera para tales efectos¹⁹.

Pero la cuestión cambia radicalmente en derecho público²⁰, sobre todo en Derecho Constitucional²¹. En dicha ciencia la situación muta debido a que la Carta Fundamental otorga la facultad de accionar a personas distintas del afectado para que se restablezca el imperio del Derecho porque lo que se resguarda no es el mero interés patrimonial de aquel, sino que se resguardan valores y principios constitucionales en los cuales se sustenta el Estado

todas las autoridades, sin excepción, están en la obligación de prodigarla, siendo absurdo pensar lo contrario. Dicho en otras palabras, toda persona tiene el derecho de exigir a cualquiera autoridad que la proteja en sus garantías, pero, además, ella puede siempre ocurrir a los tribunales de justicia y ninguno de los derechos consagrados en la Constitución o en las leyes –que aparezca amenazado o conculcado- podrá quedar sin protección judicial”.

¹⁸ AVSOLOMOVICH (1965) p. 26.

¹⁹ Hay diversos ejemplos diseminados a través de todo el ordenamiento jurídico, entre los cuales contamos los establecidos en los artículos 459, 466, 513, 541, 542, 948, 949, 2333, 2334 del Código Civil.

²⁰ En este mismo orden de ideas, los profesores ZÚÑIGA- PERRAMONT (2003) p. 56, opinan que “*un axioma en la comprensión en la nulidad administrativa, es que ésta no se somete a las reglas del Derecho Privado*”.

²¹ Para el profesor SALAS VIVALDI (1982) p. 165, la concepción privatista de la acción se encuentra totalmente superada. Ello se refleja en que se encuentra “*lejana en más de un siglo la esclarecedora querrela entre Windscheid y Müther respecto del contenido y sujeto pasivo de ella, nadie duda que en este término se subentiende el poder de acudir a los órganos del Estado para que ejerzan la función jurisdiccional y diriman una determinada pretensión jurídica. Mediante ella se permite cumplir la jurisdicción y constituye un verdadero derecho a ella*”.

de Derecho²². Por ello, es menester manifestar que la doctrina constitucional viene a trascender sobre todos los argumentos retóricos y formalistas del ordenamiento jurídico, por cuanto la Constitución no está trazada en una lógica normativa, que por lo demás si la tiene, sino que se basa en valores que van más allá de la norma y se sitúan en su eje central que es la persona humana²³. Por tanto, cuando se habla de la Constitución no se puede pensar, como ya se ha dicho, en categorías extraídas del ordenamiento civil e implantarlas en ella por cuanto su fundamento, función y objetivo son ontológicamente distintos²⁴.

Por ello, el derecho a la acción no es posible, ni admisible, analizarlo y ejercerlo desde la perspectiva del derecho civil o del derecho privado en general. Por el contrario, se debe estudiar y ejercer desde la Ley Suprema, visión, por lo demás, humanizante que permite dar cumplimiento a la eficacia y a la supremacía que posee la Constitución dentro del ordenamiento jurídico²⁵. En tal sentido, el profesor CEA explica que la Constitución de Valores *"no puede ser entendida, interpretada ni aplicada valiéndose de los cánones*

²² En este sentido, la propia Constitución Política habilita a accionar a personas distintas del afectado. Tal situación es aquella que se establece en el artículo 20 de la Carta Fundamental el cual dispone que *"el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre (...)".* Otro caso se encuentra en el artículo 21 de la Carta Fundamental en relación al Recurso de Amparo o *Habeas Corpus*. También el artículo 11 ofrece una situación similar en relación al Amparo de Nacionalidad. Por último, la ley 18.971 que viene a regular la Acción Constitucional de Amparo Económico faculta a cualquier persona a recurrir, estableciendo una acción de carácter popular.

²³ La mirada lógico-formalista del ordenamiento jurídico ha sido ampliamente superada. En efecto, afirma PEREIRA (1986) p. 344, que *"KELSEN estaba muy preocupado por la lógica de su sistema y por la certeza del Derecho, pero no tanto, si no me equivoco, por la limitación del poder ni por los demás valores que constituyen el núcleo del espíritu constitucional"*.

²⁴ En este sentido, señala SOTO KLOSS (2004) p. 133 que *"resulta enteramente falso afirmar que las normas civiles serían supletorias de las de la Constitución, sin perjuicio que tal afirmación desconoce nada menos que la diferencia de fundamento, de origen, de contenido y de finalidad que tienen las normas de derecho privado respecto de las normas de derecho público"*.

²⁵ El profesor FERNÁNDEZ (2001) p. 85, señala que *"la genuina fuerza normativa de la Constitución radica en que el Código Político o su legislación complementaria contemplen acciones y recursos –eficaces y efectivos– que permitan obtener de la autoridad pública competente –usualmente la Judicatura– la plena aplicación y real vigencia de la Carta*

hermenéuticos que la dogmática de la ley estructuró como claves en la codificación del Derecho positivo. Es en la argumentación, persuasiva por los motivos y acuciosa en su exposición que (...) se halla una técnica típica del nuevo constitucionalismo”²⁶.

Lo dicho es complementado posteriormente por el autor citado, quien expone que la Constitución de Valores, máximo criterio hermenéutico del ordenamiento jurídico, “*siempre exige del intérprete comprender la Constitución de manera que contribuya a la protección y defensa de ese valor y de los derechos que le son inherentes. En fin, la colisión en el ejercicio de los derechos fundamentales resulta ser también una temática ajena a la hermenéutica de las leyes y demás reglas jurídicas, porque el problema aludido debe ser resuelto aplicando técnicas exclusivas del constitucionalismo, v. gr., la razonabilidad persuasivamente desenvuelta en la sentencia; la ponderación, tan equilibrada como argumentada, de los factores y circunstancias, en colisión aparente y que han de ser armonizados; la proporcionalidad demostrada lógicamente entre los fines perseguidos por la disposición en análisis, de un lado, y los medios contemplados por ella para ser interpretada por otro”²⁷.*

En consecuencia, las categorías hermenéuticas de la norma civil son insuficientes a la hora de interpretar el texto constitucional, lo cual tiene lugar debido a que en la Carta Fundamental se asientan fórmulas interpretativas que buscan realzar no sólo la eficacia ella misma, sino que, a la vez, la de los derechos fundamentales, ampliando, de esta forma, su ámbito de protección.

La situación descrita tiene como consecuencia la creación de principios de interpretación de los derechos fundamentales que permiten ampliar la protección de éstos, favoreciendo, como resultado, a la persona humana.

Es este, como es de esperarse, el razonamiento que debe aplicarse al momento de analizar el derecho a la acción, el cual es un verdadero derecho público subjetivo a la tutela judicial efectiva²⁸, el que se ve favorecido por una serie de principios que lo informan ampliando su ámbito de aplicación.

En dicha orientación, CARPIO señala que a la hora de realizar la interpretación de los derechos contenidos en el Código Político se debe aplicar

Fundamental, sobretudo en cuanto se trata del respeto y promoción de los derechos fundamentales”.

²⁶ CEA (2004) p. 308.

²⁷ CEA (2006) p. 12-13.

²⁸ Cfr. RÍOS (1990) p. 17.

el principio *pro homine*²⁹. Dicho principio posee dos variantes principales, siendo una de ellas la preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental.

Este principio interpretativo se materializa en distintos sub-principios entre los cuales se encuentra el sub-principio de favor *libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *in dubio pro actione*³⁰.

CARPIO advierte que "*el principio pro actione constituye la aplicación del principio pro homine al ámbito procesal, de forma que el intérprete debe analizar las restricciones o limitaciones legales para acceder al órgano jurisdiccional de forma restrictiva, con el objetivo de lograr que el mayor número de procesos sea iniciado y, en la medida en que sea posible, se satisfaga la pretensión del demandante optimizando con ello el derecho a la jurisdicción*"³¹.

Al respecto, el profesor NOGUEIRA enseña que "*expresiones del principio favor persona o pro homine en el derecho procesal constitucional está dado por el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o a la jurisdicción, favoreciendo el acceso a la justicia, interpretándose las normas de manera de que se optimice en mayor grado posible la efectividad del derecho a la jurisdicción. Así ante una interpretación que restrinja el derecho a la acción y otra que lo posibilite, debe favorecerse aquella que lo posibilita frente a aquella que lo restringe o limita*"³².

Otros criterios de interpretación, sintetiza CARPIO, son aquellos que dicen relación con la mayor protección de los derechos³³. De acuerdo con este principio, se entiende que la regulación constitucional de los derechos es solamente un estándar mínimo, que puede y debe ser ampliado por los dis-

²⁹ Señala el profesor NOGUEIRA (2006) p. 376, que "*el principio favor persona o pro homine, lleva a aplicar siempre la disposición más amplia o favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de Derecho Internacional de los derechos humanos incorporada la Derecho interno, lo que lleva a la interpretación que mejor favorezca o garantice, optimizando los derechos humanos*".

³⁰ Cfr. CARPIO (2004) p. 41.

³¹ *Ibidem*.

³² NOGUEIRA (2006) pp. 377-378.

³³ *Vid.* CARPIO (2004) p. 58.

tintos intérpretes que los aplican. Esto implica no solamente al intérprete judicial, sino también al legislador cuando promulga leyes o a la administración pública cuando expide reglamentos o cuando diseña políticas públicas para hacer realidad los derechos³⁴. Desde luego, un primer elemento de mayor protección de los derechos se suele encontrar en los tratados internacionales, los cuales deberán ser atendidos y correctamente aplicados por los jueces nacionales.

Además, CARPIO³⁵ advierte que el principio de la fuerza expansiva de los derechos se puede aplicar tomando varias perspectivas. Por ejemplo en cuanto a la titularidad de los derechos (en este caso el intérprete debe extender cuanto sea posible el universo de los sujetos titulares, para que les llegue al mayor número de personas la protección de los derechos) o en cuanto a la eficacia horizontal y vertical de los derechos en cuestión³⁶.

Por tanto, y en conexión con lo dicho, el derecho a la acción debe aplicarse en virtud de las categorías explicadas. De esta forma, ya no sólo deben analizarse los aspectos meramente formales de la acción deducida y, en virtud de ello, acogerse o rechazarse la pretensión deducida, sino que se debe ir a más allá, buscando favorecer la acción interpuesta, analizando, junto con ello, el fondo de la cuestión. En consecuencia, en algunas oportunida-

³⁴ NOGUEIRA (2006) p. 377, citando a PÉREZ TREMS (2001) p. 126, señala que *“el principio favor persona o pro homine se concreta también en la directriz ‘favor libertatis’ que lleva a interpretar la norma en el sentido más favorable a la libertad y a la eficacia y optimización jurídica e la norma, asimismo, inversamente, cuando se trata de normas que tienen por objeto restringir o limitar los derechos, además de estar constitucionalmente justificadas y legalmente configuradas, ellas deben interpretarse en forma restringida y nunca analógicamente, ya que en la materia juega la fuerza expansiva de los derechos”*.

³⁵ Cfr. CARPIO (2004) p. 63.

³⁶ La Excelentísima Corte Suprema. *Centro Juvenil AGES con Instituto de Salud Pública* (2005) considerando 7º, expone que *“es manifiesto el error del tribunal de segundo grado al imponer exigencias para el ejercicio de la acción, sin advertir que la vida, como derecho, cae dentro de la clasificación civil de los derechos extramatrimoniales”*. Además, señala que *“la garantía del derecho a la vida y la protección del que está por nacer, es dispuesta por el artículo 19 n° 1 de la Constitución Política de la República, en relación al artículo 75 del Código Civil, y se encuentra reforzada por otras normas entre las cuales está el artículo 5º de la Carta Fundamental, que expresa que es deber de los órganos del Estado, respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la misma y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”*.

des deben flexibilizarse los requisitos formales para favorecer el acceso a la jurisdicción³⁷.

Como criterio general, y de acuerdo con el principio *pro actione*, el tribunal (Constitucional Español) ha propuesto una interpretación amplia de los requisitos procesales y, más en concreto, de las normas que regulan la legitimación³⁸. La misma situación tiene cabida en Chile, en la cual *"para requerir no pueden tener cabida otros obstáculos que no sean aquellos que las propias normas constitucionales señalan. Debe desecharse, en consecuencia, interpretaciones que conlleven la configuración de condicionantes ajenos a la propia Ley Fundamental"*³⁹.

Lo dicho no significa que por el sólo hecho de accionar se tenga que acoger la pretensión deducida. Por el contrario, *"el juez debe proveer de acuerdo a lo que la ley exija y dentro de los límites impone la congruencia"*⁴⁰.

Así, el derecho a la acción se configura como *"el derecho que tiene toda persona a recurrir a los tribunales en demanda de protección cuando sus derechos, sea que deriven de la Constitución o de la ley o de la potestad reglamentaria, hayan sido, por obra de quien quiera, y el deber correlativo del tribunal de proveer otorgando protección cuando el derecho por su naturaleza sea susceptible de ser protegido judicialmente"*⁴¹, lo cual se materializa *"en que el acceso al ejercicio de las acciones y recursos sea fácil y expedito, así como el respeto de las condiciones materiales y formales que aseguran la igual protección de los derechos, las cuales integran el derecho al debido proceso"*⁴².

III. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA NULIDAD CONSTITUCIONAL

La cuestión de la legitimación activa de la nulidad de derecho público no es del todo pacífica. En relación con ello, existen diversas posturas

³⁷ El profesor CARMONA (2001) p. 566, da cuenta del principio pro-requirente en la jurisprudencia del Tribunal constitucional. Dicho principio consiste en no exigir los requisitos para admitir válidamente un requerimiento a tramitación o interpreta, para declararlo procedente, dichos requisitos a favor de quienes requieren. En relación a la relajación de los requisitos formales en la aplicación de dicho principio, *vid.* pp. 573-576.

³⁸ GÓMEZ (2003) p. 160.

³⁹ CARMONA (2001) p. 566.

⁴⁰ BORDALÍ (2004) p. 272.

⁴¹ FIAMMA (1987) p. 15.

⁴² FERNÁNDEZ (2004) p. 100.

doctrinarias que dan cuenta de dicho instituto jurídico, las cuales buscan dar respuestas satisfactorias acerca de la naturaleza de dicha legitimación desde el Derecho Procesal y el Derecho Administrativo.

Sin prescindencia de que se analizará la legitimación de la nulidad de derecho público desde las ciencias ya referidas, en este trabajo se hará el análisis, mayoritariamente, desde la Constitución, lo cual entrega respuestas totalmente distintas al problema que se tratará en las siguientes páginas.

Para tal objetivo, se analizarán cuatro tesis acerca quién es el legitimado para accionar en la nulidad constitucional, las cuales, para estos efectos, se denominarán de la siguiente manera: la tesis clásica, tesis del interés, tesis de la relación jurídica directa y tesis de la legitimación activa objetiva. A continuación se presentarán cada una de ellas.

1. La tesis clásica

La tesis clásica es tributaria del pensamiento que homologa, analiza y aplica a las acciones constitucionales las categorías jurídicas propias del mundo del derecho civil. Por tanto, al igual que las acciones de naturaleza civil, se ha entendido que la Acción Constitucional de Nulidad tiene una naturaleza subjetiva, la cual se encuentra fundamentada en diversos tópicos, entre los cuales destaca el procedimiento que aplica a esta institución para accionar ante la jurisdicción⁴³.

En tal sentido, ha sido la propia Judicatura la que se ha pronunciado con respecto a esta materia, argumentando que *“la activación jurisdiccional, particularmente en materia civil, se encuentra reglada, al extremo que, en los asuntos a que se refiere el presente juicio, es la propia Carta Fundamental quien impone la exigencia básica al decir, en su artículo 38 inciso 2º, que en materia contenciosa-administrativa puede reclamar en su favor ante los tribunales que determine la ley cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades”*⁴⁴.

⁴³ Se entiende, por expresa aplicación del artículo 3º del Código de Procedimiento Civil, que toda acción que no tenga un procedimiento establecido y reglamentado se somete a las reglas del juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento que es supletorio de todos los demás procedimientos jurisdiccionales.

⁴⁴ Cfr. Corte de Apelaciones de Santiago. *Instituto de Salud Pública y otros con Centro Juvenil AGES* (2004).

Continúa el sentenciador argumentando su tesis, en la cual establece que la persona legitimada para accionar no es otra sino la que ha sido lesionada en sus derechos, infiriendo que la naturaleza que posee la acción en comento no es otra que subjetiva, por lo cual debe haber una relación víctima-daño y es ésta, y sólo ésta, la que está habilitada para accionar⁴⁵.

En este sentido señala BASCUÑÁN que *"la acción de nulidad de derecho público es, en la concepción más favorable a su admisibilidad institucional, un procedimiento de control concreto de la validez de los actos de los órganos del Estado. Luego, para que su ejercicio sea admisible se requiere que su titular haya sido lesionado en sus intereses por el acto estatal que se impugna, tal como por lo demás lo prevé la Constitución para lo contencioso administrativo (artículo 38 inciso 2°)"*⁴⁶.

No obstante lo expuesto, esta tesis, como también la crítica de BASCUÑÁN, debe ser desestimada por cuanto se confunde la validez de los actos de los órganos del Estado con los efectos de éste. En dicha orientación, el artículo 7° de la Carta Fundamental no exige que el acto que adolece de los vicios de nulidad produzca un resultado dañoso a alguna persona concreta para ser declarado nulo. Por el contrario, sólo exige que dicho acto carezca de los requisitos enumerados en el inciso primero de dicho artículo, como también haya un exceso de poder en la actuación del órgano del Estado como lo refleja el inciso segundo del precepto citado.

⁴⁵ En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago. *Miranda con Mideplan* (2005) considerando 7°, argumenta que *"el segundo inciso del artículo 38 de la Constitución Política de la República, que se refiere a las bases generales de la Administración del Estado, dispone que cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos, o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley; norma, ésta, que junto con especificar los actos susceptibles de reclamación -los de administración- exige como elemento sine qua non para reconocer la facultad de instar ante los tribunales, que la persona que pretende reclamar haya sido lesionada en sus derechos; de modo que sin la existencia de este elemento subjetivo la norma no ampara al reclamante; dicho de otro modo, si quien pretende reclamar no invoca la existencia de un derecho lesionado, o, mejor dicho, de una lesión en alguno de sus derechos, carece de legitimación activa en la específica situación jurídica a que se refiere la norma constitucional"*.

⁴⁶ BASCUÑÁN (2004) p. 47.

2. Tesis del interés

Esta tesis se presenta como un intermedio de la tesis anterior y la tesis de la legitimación activa objetiva de la nulidad. Expuesta por Beatriz RIVEROS DE GATICA⁴⁷, se refiere a que está legitimado para accionar en la nulidad constitucional, cualquier persona que tenga interés actual en el juicio, el cual debe existir al momento de la interposición de la acción. No es necesario que este interés sea pecuniario o patrimonial⁴⁸.

De lo expuesto se desprende que no es necesario que exista una relación directa entre el acto del órgano del Estado que adolece de nulidad y la persona que demanda la verificación, y posterior declaración, de la nulidad del acto en cuestión⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. RIVEROS (2006) pp. 59-60.

⁴⁸ No obstante lo dicho, también existen otras posturas, *vid. v.g.* ALDEA (2003) p. 4., en las que evidencian que el interés que debe existir para interponer debe tener el fundamento que establece el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. En tal sentido, es menester expresar que esta tesis, la cual establece que para que exista interés actual debe encontrarse un derecho comprometido, debe ser desechada por las razones que se han esgrimido anteriormente en este trabajo. Los argumentos presentados dicen con la imposibilidad de aplicar los principios del Derecho Procesal Civil a las instituciones de Derecho Constitucional, como lo es la Acción Constitucional de Nulidad.

⁴⁹ Por su parte, la Corte de Apelaciones de Temuco. *Taladriz con Fisco de Chile* (2005) Considerandos 25° y 26°, señala que exista interés actual, el solicitante debe reunir una serie de condicionantes que le habilitan para accionar: *"sólo excepcionalmente, y mediante texto expreso de ley que lo autorice, es posible que una persona cualquiera, que no tiene 'interés actual', en el sentido de tener 'comprometido un derecho', puede ejercer válidamente ciertas y determinadas acciones. Ello ocurre con las llamadas acciones populares, toda las cuales requieren necesariamente de texto expreso que así las configure, uno de cuyos ejemplos se encuentra en el reclamo de ilegalidad municipal establecido en el artículo 140 de la ley 18.695 conforme al cual cualquier particular puede reclamar ante el alcalde contra sus resoluciones u omisiones o de las funcionarios que estime ilegales cuando estas afecten el interés general de la comuna o el art. 108 de la ley 19.175 cuando establece en relación al reclamo de ilegalidad de los gobiernos regionales que cualquier particular podrá reclamar ante el intendente contra las resoluciones o acuerdos que estime ilegales, cuando éstos afecten el interés general de la región o de sus habitantes. 26.- Que tratándose de la acción de nulidad de derecho público, como no existe ninguna norma constitucional ni legal que conceda expresamente, y por excepción, acción popular para deducirla ella se rige por la norma general artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia para que esta acción pueda prosperar, el actor debe necesariamente cumplir, con el requisito de procesabilidad de tener 'interés actual en sus*

Si bien esta tesis presenta grandes avances en pos de la defensa del Estado de Derecho y de la supremacía constitucional, presenta el problema de incorporar elementos de textura abierta como lo es la expresión "*cualquier persona que tenga interés en ello*"⁵⁰. Dicha locución deja la puerta abierta para que el juez delimite sus contornos, lo cual implica que pueden realizarse exigencias que no se encuentren especificadas en la ley, lo que, en definitiva, más que favorecer el ejercicio de la acción, lo puede entorpecer. Lo dicho lleva a desestimar esta tesis.

No obstante lo dicho en el párrafo anterior, el Tribunal Constitucional ha conceptualizado la noción de interés. En dicho concepto, la Magistratura Constitucional la define como aquel "*interés posible de concretar y relevante para el derecho en la medida que la motivación que lo explica resulta acorde con los valores y los principios de la Constitución*"⁵¹.

En este sentido, en virtud del concepto dado recientemente, podría encontrarse un punto de unión entre la tesis del interés en la legitimación de la nulidad constitucional y la defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales de la persona humana.

Es por ello que, buscando lograr un acercamiento mucho más definido, el Tribunal Constitucional precisa que "*si el Estado debe 'contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece' (artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución), puede sostenerse que tal deber abarca la protección de los intereses individuales legítimos los cuales deben entenderse comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto 'derecho'. Así, compete al ordenamiento jurídico contemplar tanto los mecanismos de defensa de los derechos propiamente tales o derechos subjetivos cuanto de los intereses legítimos cuya eficaz protección también favorece el libre y pleno desarrollo de la personalidad humana*"⁵².

resultados', entendiéndose que lo hay siempre que exista comprometido un derecho?, y no una mera expectativa".

⁵⁰ Una interesante y completa monografía sobre los intereses supraindividuales, colectivos y difusos, la hace la profesora AGUIRREZABAL (2006) 69-91, quien analiza el concepto de interés para luego analizar el objeto de su trabajo.

⁵¹ Tribunal Constitucional. *Ley 18.575, rol n° 634* (2007), considerando 19º.

⁵² *Idem.*, considerando 21º.

De esta forma, se ve que el bien común, nuevamente, juega un rol fundamental en la protección de las personas. En el razonamiento del Tribunal Constitucional lo hace, incluso, protegiendo los intereses de éstas; en el razonamiento presentado en este trabajo, permitiendo que cada persona tenga el derecho para solicitar la nulidad de los actos que vulneran a la Constitución, en virtud de esa unión indisoluble entre el Código Político y el bien común.

Sin prescindencia de lo dicho recientemente y del estupendo razonamiento que realiza el Tribunal Constitucional, la tesis del interés sigue siendo un poco ambigua y peligrosa, por cuanto se deja su contenido al arbitrio del juez, lo cual, como ya se ha demostrado, posee altos y bajos que, en definitiva, pueden producir un menor grado de defensa de la persona humana y su dignidad intrínseca.

3. Tesis de la relación jurídica directa

El profesor Jaime JARA, sosteniendo un criterio distinto al anterior, más cercano, quizás, a la tesis clásica, explica que *“sólo las personas que sustentan una cualificada relación con la pretensión están legitimadas en el proceso en que aquella se deduce”*, estimando que la *“legitimación implica una aptitud para ser parte en un proceso concreto”*⁵³.

Expone, además, que de faltar esta condición *“puede incluso reclamarse in limine litis como excepción dilatoria del artículo 303 n° 2 y 6 del Código de Procedimiento Civil”*, estimando que *“la consecuencia de esta alegación produce la imposibilidad del tribunal de emitir pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión”*⁵⁴.

Por último explica JARA que *“en el ámbito contencioso-administrativo esta exigencia procesal se traduce en que sólo pueden intentar la acción de nulidad los sujetos que resulten directamente afectados por el acto administrativo, esto es, aquellos que tuvieren un derecho subjetivo o interés cualificado (legítimo) en su anulación”*⁵⁵.

⁵³ JARA (2004) p. 221.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*. Es necesario expresar que esta explicación no es enteramente satisfactoria por haber consideraciones lógicas más complejas que resultan de adoptar una postura sobre la naturaleza y características de la Acción Constitucional de Nulidad. No se debe olvidar que ciertos órganos de la administración del Estado, como es el caso del Servicio de Impuestos Internos, se ven vinculados por sus precedentes, lo cual, en el caso de existir un acto que carezca de los requisitos de validez previstos en el artículo 7 inciso 1° de la

Las consideraciones del profesor JARA tienen como fundamento la aplicación de principios de Derecho Procesal Civil⁵⁶. Por consiguiente, dichas explicaciones se tornan insuficientes para explicar la naturaleza propia de acciones constitucionales. Este motivo lleva a desecharlas, pero antes de ello, es necesario hacer algunas prevenciones⁵⁷.

Constitución y éste no sea declarado nulo oportunamente, partiendo de la base de que la Acción Constitucional de Nulidad prescribe en los plazos señalados en el Código Civil, ese acto vincularía a dicho órgano en su actuación posterior. Puede ser que una persona quisiera interponer la Acción de Nulidad Constitucional porque dicho acto podría ocasionarle perjuicios y lesiones patrimoniales a futuro, lo cual es enteramente razonable, pero siguiendo el razonamiento de JARA, esa persona no podría demandar la Nulidad Constitucional porque no está siendo lesionada ni actual ni directamente.

⁵⁶ Existe abundante jurisprudencia de nuestros tribunales que exigen verdaderos requisitos de orden de derecho civil para poder impetrar una acción de nulidad constitucional. En tal sentido, la Corte Suprema en *Sociedad Visal con Empresa Portuaria de Arica* (2008), considerando 14º, ha sostenido “que tampoco podría entenderse que la demandante tiene un interés cualificado en la anulación de que se trata, porque el interés que la acción exige debe ser legítimo, personal y directo, esto es, el titular debe encontrarse frente al acto que infringe el principio de legalidad, en una especial situación de hecho que el ordenamiento jurídico ampara y que le afecta en su esfera personal de manera directa y determinante, lesionando un derecho como señala el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política, lo que en caso alguno puede acontecer con la actora porque como ya antes se dijo jamás participó en el proceso de licitación que ahora cuestiona, de modo que nunca se vio afectada con los actos de la demandada”.

⁵⁷ La tesis del profesor Jaime JARA queda plasmada en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción. *González con Fisco de Chile* (2009), considerando 13º, la cual señala que en materia de nulidad constitucional “es la propia Carta Fundamental quien impone la exigencia básica al decir, en su artículo 38 inciso 2º, que en materia contenciosa administrativa puede reclamar en su favor ante los tribunales que determine la ley ‘cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades’. En consecuencia, para accionar en este tipo de materias se exige la concurrencia de un interés actual, legítimo y razonable por parte de quien inicia la correspondiente acción, interés que debe entenderse como una lesión personal o del grupo que demanda o por quien se demanda. De este modo, ni la importancia, objeto o alcance de la materia reclamada, ni aún la justicia de la pretensión, pueden alterar o sustituir la antes aludida exigencia. A ello se agrega que la Nulidad de Derecho Público no tiene el carácter de acción popular, como asimismo que las revisiones o controles de constitucionalidad, ejercidos por vía jurisdiccional, han de ser concretos y no abstractos, y en todo caso, a través de acciones especiales y específicas”.

Las consideraciones realizadas por el sentenciador no pueden ser compartidas por cuanto dejan de lado el real objeto del derecho constitucional.

El profesor JARA opina que para accionar es necesario tener un derecho subjetivo o interés legítimo. En el contexto utilizado por el autor citado, interés legítimo se refiere a una *“aspiración legítima de orden pecuniario o moral, que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta”*⁵⁸. Si se sigue este concepto de interés, la tesis del profesor JARA es insuficiente para concretar los valores y principios que se plasman en la Carta Fundamental, no lográndose por esta vía, la defensa del Estado de Derecho y de la supremacía del Código Político dentro del ordenamiento jurídico, por cuanto se desprende de la defensa de los valores que la Constitución pretende y busca resguardar.

4. Teoría objetiva

La presente tesis ha sido elaborada por el profesor Gustavo FIAMMA, quien comienza su exposición desde el fundamento mismo de la acción constitucional de nulidad. Sostiene que la nulidad de derecho público posee su fundamento en el artículo 19 n° 3, en el cual, como ya se ha dicho, se configura el derecho a la acción⁵⁹. Esta tesis expone que *“la acción procesal de nulidad es un derecho constitucional de toda persona”*⁶⁰, *“es un poder o facultad de accionar ante los tribunales que tiene toda persona pretendiendo la nulidad de un acto administrativo, y por otro representa la obligación un tribunal de proveer y fallar sobre el fondo inexcusablemente, otorgando protección al derecho si es del caso mediante la declaración formal y expresa de nulidad del acto en contra del cual se recurre”*⁶¹. En este sentido, FIAMMA no distingue si la persona que reclama ante los Tribunales por el acto susceptible de nulidad está o no legitimada para estos efectos, sino que de su explicación se infiere que independientemente esta persona está o no habilitada para accionar, el juez, de todas formas, debe pronunciarse al respecto⁶².

⁵⁸ COUTURE, Eduardo (1993): *Vocabulario Jurídico* (Buenos Aires, De Palma) p. 344, citado por ROMERO (2007) p. 90.

⁵⁹ Cfr. FIAMMA (1987) p. 15.

⁶⁰ RIVEROS (2006) p. 57.

⁶¹ Cfr. FIAMMA (1987) p. 17.

⁶² No debemos olvidar que los jueces poseen un mandato legal, el cual es tomado voluntariamente por ellos al momento de tomar posesión de su cargo de Juez. En ese sentido, el artículo 304 inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales establece que el juez para acceder al cargo debe responder a la siguiente fórmula: *“¿Juráis por Dios Nuestro Señor y por estos Santos Evangelios que, en ejercicio de vuestro ministerio, guardaréis la Constitución y las leyes de la República?”*. En este sentido, el juez se compromete a hacer guardar la Constitución, por lo tanto una vez que tenga los antecedentes suficientes de que un acto de un órgano del Estado carece de los requisitos enumerados en el artículo 7° inciso

Sostiene FIAMMA⁶³ que dentro de las acciones constitucionales habría una notoria diferencia entre la acción de Nulidad de Derecho Público y las restantes acciones constitucionales debido a que ellas tienen como presupuesto común la existencia de un afectado concreto, mientras que la *"nulidad de Derecho Público ampara el imperio de la ley, el derecho objetivo"*⁶⁴, para lo cual estima que en Chile *"no se puede afirmar que la sola violación de la legalidad objetiva sea indiferente desde el punto de vista jurídico subjetivo"*⁶⁵. En efecto, al establecer la Constitución Chilena en su artículo 6° que los órganos del Estado deben someter su accionar a la propia Carta Fundamental y la legislación dictada conforme a ella, se articula correlativamente *"el derecho de toda persona, institución o grupo a exigir o demanda el cumplimiento de esa específica obligación, verdadero derecho público subjetivo de carácter reaccional que se titulariza singularmente en cada persona frente al Estado"*⁶⁶.

Para ello, FIAMMA explica que en nuestro ordenamiento jurídico el Estado de Derecho no es una fórmula meramente ideal, sino que existe una descomposición jurídica que aterriza esta norma en *"un conjunto de poderes jurídicos entre el Estado y los particulares que se resuelven en potestades, deberes, obligaciones y derechos"*⁶⁷. Y como lo afirmara la Corte Suprema siguiendo a FIAMMA⁶⁸, *"desde la perspectiva del particular frente al Estado, el Estado de*

primero del Código Político debe declarar la nulidad de aquel acto de oficio, sin más trámite, en virtud de la Fuerza Normativa de la Constitución y de la Supremacía Constitucional. En este sentido SOTO (1991) p. 2., explica que *"este control lo realiza cualquier tribunal de la República, desde el de primera instancia (juez letrado) hasta la propia Corte Suprema; y en un proceso civil, en que se deduzca cualquier acción, sea reivindicatoria, sea querrela posesoria, sea declarativa, sea de nulidad, sea de protección, etc., como así mismo en un proceso penal o cualquier caso de prevaricación administrativa"*.

⁶³ FIAMMA (1990) p. 9.

⁶⁴ En contra, JARA (2004) p. 220, quien estima que la legitimación activa objetiva no es enteramente correcta y lo anterior es *"considerando que siempre la legitimación anulatoria debe sustentarse en una cualidad subjetiva necesaria: la idea de agravio, lesión o afectación de una situación jurídica individualizada y no la mera vulneración abstracta de la legalidad"*.

⁶⁵ FIAMMA (1990) p. 9.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ En contra BASCUÑÁN (2006) pp. 240-241, señala que *"para conceder legitimación activa a la parte demandante, la Corte Suprema desarrolla dos argumentos inaceptables. El primer argumento de la Corte consiste en afirmar la existencia de un 'derecho subjetivo público a vivir bajo el imperio de la ley' (considerandos 20° y 21°, párrafo segundo). En otras palabras, sostiene que todos tenemos un derecho (subjetivo) al derecho (objetivo). Esta*

Derecho es un derecho público, subjetivo, ‘el derecho a vivir bajo el imperio de la ley’⁶⁹, que se corresponde con la obligación constitucional del Estado de actuar en conformidad a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y que confiere poder jurídico para exigir el cumplimiento de esa obligación cada vez que ella no sea respetada”⁷⁰.

Advierte FIAMMA que, sin perjuicio que la acción de nulidad contemplada en el artículo 7° de la Carta Fundamental fue prevista con el propósito de garantizar la vigencia del derecho en su dimensión objetiva, es también un derecho público subjetivo, del cual subyace que la nulidad de Derecho Público abarca tanto *“al sistema que conforma al derecho objetivo propiamente tal como al sistema configurado por los derechos subjetivos que encabeza el derecho a vivir bajo el imperio de la ley”⁷¹.*

De lo anterior se configura que *“cualquier persona queda legitimada para accionar por el cumplimiento de la legalidad ‘puramente objetiva’ en contra del acto que la quebrante mediante la acción de nulidad, aun cuando su único interés sea “el derecho a vivir bajo el imperio de la ley”⁷².*

Se debe precisar que la construcción que realiza el profesor FIAMMA acerca de la legitimación activa objetiva de la nulidad constitucional, en ningún

idea de la Corte hace imposible la estructuración del sistema jurídico como un sistema de competencias diferenciadas. Su efecto práctico es convertir a la acción de nulidad de derecho público en un procedimiento de control abstracto de constitucionalidad y legalidad de los actos del Estado, susceptible de ser ejercido mediante acción popular”.

⁶⁹ Por su parte, el profesor JARA (2004) p. 221, señala que *“no puede afirmarse con propiedad que exista ‘un derecho subjetivo a que los órganos administrativos actúen legalmente’ previo al agravio subjetivo. Sólo si esa libertad se ve amagada por la autoridad que actúa al margen de las reglas de la legalidad, en ese momento, se generará como consecuencia refleja un derecho subjetivo de restablecimiento (acción judicial) para proteger al sujeto afectado, derecho reaccional que, como queda comprobado, está lejos de caracterizar una situación de legitimación enteramente ‘objetiva’”.*

Sin prescindencia de lo dicho, la crítica del profesor Jara queda desestimada por cuanto, en ella, como ya se señaló en relación a las críticas del profesor Antonio BASCUÑÁN, se confunden los presupuestos de validez de los actos de los órganos del Estado con los efectos de dicho acto. El agravio es el efecto del acto impugnado. En el sistema constitucional chileno, dicho agravio es reparable a través de la acción de responsabilidad del Estado contenida en el artículo 38 inciso 2° del Código Político.

⁷⁰ FIAMMA (1990) pp.9-10.

⁷¹ *Idem.*, p. 10.

⁷² *Idem.*, p. 9.

caso la convierte en una acción popular, como sostienen los profesores JARA y BASCUÑÁN⁷³, debido a que la última es aquella *"que se ejercita libremente por cualquier persona con capacidad procesal, por 'cualquiera del pueblo', encontrándose dirigida a la defensa de un interés público que es a la vez un simple interés del ocurrente, no requiriendo acreditar un interés jurídico especial o cualificado"*⁷⁴; en cambio señala FIAMMA que existe una conexión subjetiva del accionante con el objeto de la acción de Nulidad Constitucional, la cual *"se resuelve siempre en relación a un derecho público subjetivo afectado por el acto, sea ese derecho constitucional general que hemos denominado 'derecho a vivir bajo el imperio de la ley' sea cualquier otro derecho reconocido, concedido, constituido o amparado por el ordenamiento, lo cual descarta, en definitiva, la conceptualización de la acción constitucional de nulidad como una 'acción de carácter popular'"*⁷⁵.

En ese sentido, se puede observar que desde un punto de vista teórico, la aplicación del principio general según el cual sólo puede reclamar la nulidad del acto sólo aquella persona que ha sufrido un perjuicio producto de aquel, se enfrenta a aspectos innovadores relacionados al objeto titulado y el titular del derecho, de tal manera que la determinación del sujeto activamente legitimado obliga a realizar un análisis del objeto jurídico que se quiere tutelar⁷⁶. Lo anterior es muy importante porque el mentado estudio no sólo se debe hacer desde una perspectiva formalista, sino que es necesario que analicemos el derecho tutelado por la acción, su naturaleza y extensión⁷⁷.

En consecuencia, de todas las tesis expuestas, la tesis de la legitimación activa objetiva de la nulidad de derecho público es la que se encuentra más en consonancia con los principios y postulados del Constitucionalismo Humanista. En dicho sentido, basta examinar someramente que mediante dicha legitimación no sólo se defiende y resguarda la supremacía de la Constitución dentro del sistema jurídico, sino que, además, se entrega una

⁷³ Vid. JARA (2004) p. 219 y BASCUÑÁN (2006) pp. 240-241.

⁷⁴ Vid. JARA (2004) p. 219.

⁷⁵ FIAMMA (1990) pp. 10-11.

⁷⁶ Cfr. DE LA BARRA (2002) p. 369.

⁷⁷ En este sentido, el profesor NOGUEIRA (2004b) p. 130, ha expresado que *"todas las disposiciones de carácter procesal deben ser necesariamente interpretadas en clave de derechos humanos, debiendo ser interpretados anti-formalistamente y en el sentido más favorable a la efectividad del derecho de acceso a la jurisdicción de las personas en la protección de sus derechos e intereses legítimos"*.

herramienta a cada persona para permitirles resguardar los valores sociales que la Nación ha plasmado en el Código Político⁷⁸.

Es por ello, y en vista de las consideraciones explicadas a lo largo de esta obra, la legitimación activa de la Acción Constitucional de Nulidad se torna en un tópico importantísimo para el resguardo de la integridad del sistema constitucional y del ordenamiento jurídico⁷⁹.

Lo dicho se debe a que la legitimación se configura como el punto de partida de la expulsión del sistema jurídico de todo acto de un órgano del Estado que sea dictado en contravención de la Carta Fundamental.

Por tanto, la evidencia de que la referida legitimación de la nulidad constitucional sea objetiva, no está fundada sólo en una fórmula ideal e hipotética, sino que se debe a que de esa forma toda persona queda legitimada

⁷⁸ En un sentido similar, el profesor NOGUEIRA (2004a) p. 202, explica que la legitimación activa en algunos de los Tribunales Constitucionales de Latinoamérica está dada por el interés en la mantención del derecho objetivo. En este sentido, dicho instituto se encuentra *“destinado a velar por la defensa objetiva de la Constitución y el interés general o bien común, para lo cual se predetermina un conjunto de autoridades u órganos del Estado que por su posición institucional tienen por tarea la defensa del bien común o del interés general, legitimándolos para demandar sin que haya un caso concreto o un interés subjetivo, por vía de acción directa, sin condicionamiento alguno, al Tribunal Constitucional, para que este último depure el ordenamiento jurídico de normas inconstitucionales o impida el ingreso de tales normas a dicho ordenamiento, constituyendo este un rasgo distintivo del modelo germano austriaco de control de constitucionalidad”*.

⁷⁹ Explicando la naturaleza de la legitimación activa de la nulidad constitucional MORALES (2002) p. 539, sostiene que *“parece claro y primario que a todos los integrantes de la comunidad nacional –personas e instituciones– nos afecta e interesa, de manera colectiva o general, la conservación, mantención y preservación de elementos o principios tan básicos como son la supremacía constitucional, la juridicidad, la vigencia del ordenamiento jurídico, etc., en definitiva, el respeto al Estado de Derecho. En efecto, la preservación y preeminencia del Estado de Derecho es un tema que convoca a todos los integrantes de la comunidad nacional, administrados y órganos, y no hay duda que una contribución importante para ello es el uso de este ‘guardián constitucional’ o ‘defensor del bloque de legalidad’ como lo es la acción constitucional de nulidad apuntada. Siendo la nulidad pública y su acción establecida y concebida por el constituyente como el remedio a las infracciones al Estado de Derecho, forzoso en concluir que en la mantención de dicho Estado tenemos interés todos, ya que sin él la democracia en su forma de vida y faceta jurídica y nuestros derechos más esenciales y básicos, sencillamente son avasallados y ya no existen”*.

para accionar ante un acto que vulnere el ordenamiento jurídico y restablecer el imperio de la Constitución.

Lo anterior se debe a que la Constitución es, como se dijo en el capítulo primero de esta obra, un verdadero pacto, el cual se forma por la concurrencia de todos los integrantes de la sociedad, ya sea que acudan a aceptarlo mediante un referéndum constitucional o por vía de representantes elegidos para crear y otorgar a la sociedad una constitución.

En directa relación con lo expuesto, se ve que al ser la Constitución un pacto de todos los integrantes de la sociedad, queda radicada en todos y cada uno de ellos, la facultad para exigir el cumplimiento de dicho pacto, pues lo pactado obliga.

Ahora bien, todo acto de la sociedad que exceda los límites del pacto no puede obligar a los destinatarios del pacto porque la fuerza de dicho acto fuerza proviene del propio pacto. Al producirse una situación como la descrita, la sociedad debe sancionar aquellas actuaciones que no se ajusten al pacto, siendo la sanción más eficaz la nulidad del acto que vulnera, trasgrede o se excede del pacto, es decir, de la Constitución.

Es por lo dicho que la sociedad queda legitimada, a través de cada uno de sus integrantes, para resguardar dicho pacto de todo eventual atentado que pueda ser dirigido sobre éste y no hay mejor manera que la anterior se dé, sino mediante la legitimación activa objetiva de la Acción de Nulidad Constitucional, la cual no es sólo un instrumento, sino que un verdadero derecho fundamental que posee toda persona para exigir que se respeten las condiciones jurídicas que la sociedad se ha dado para desarrollarse. O sea, es un derecho que se opone al Estado exigiendo vivir bajo el imperio del Derecho.

IV. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Las distintas concepciones sobre la legitimación activa para accionar de nulidad de derecho público que se han expuesto en este trabajo llevan a reflexionar sobre la mirada y la concepción que se tiene de ella dentro del sistema jurídico.

Por lo mismo, este trabajo comenzó desde un punto de vista muy particular y específico: Ver a la nulidad de derecho público y su legitimación desde la Constitución, dejando de lado categorías dogmáticas de otras ramas de la ciencia jurídica. Desde este punto de partida es que se hacen las conclusiones que se presentan a continuación.

Parece razonable decir que la nulidad de derecho público es más que una nulidad administrativa. Por lo demás, la Constitución no acota esta acción al ámbito de los actos de la Administración, sino que el artículo 7° del Código Político habla de “*todo acto*”. Sin embargo, lo dicho es una verdadera paradoja ya que es desde la perspectiva del Derecho Administrativo que se ha estudiado con mayor detención esta acción constitucional.

Sin embargo, es necesario que la nulidad constitucional deba ser mirada íntegramente desde la Constitución. Este trabajo ha pretendido aquello.

No es posible negar que la nulidad de derecho público tiene efecto en un sinnúmero de ámbitos o realidades y, en mayor medida, en relación a los actos de la Administración, pero su punto de partida es la Constitución. En tal sentido, la legitimación de la nulidad constitucional también debe ser analizada desde la Carta Fundamental, ya que si se mira desde ella, algo tan secundario como la legitimación de una acción, se erige como un tópico importantísimo en el resguardo de la integridad del sistema constitucional y del ordenamiento jurídico en su conjunto. Ello se debe a que la nulidad constitucional instituye el punto de partida de la sanción de expulsión del sistema jurídico de todo acto que los órganos del Estado dicten en contravención de la Carta Fundamental.

Es por ello que se concluye que la legitimación para accionar de nulidad de derecho público no debe ser acotada a una lesión de derechos, a poseer un interés particular, o a tener una relación jurídica directa. Pues, ¿acaso no existe lesión para una persona cualquiera cuando la Constitución de su país se ve contravenida? Me parece que es del todo razonable decir que sí. Lo dicho también se extiende a la relación jurídica que tiene una persona con su Constitución, la cual es un vínculo directo y atributivo de derechos y deberes constitucionales.

Las razones antedichas fuerzan a concluir que la legitimación para accionar de nulidad constitucional debe ser objetiva, debido a que de esa forma toda persona queda legitimada para accionar ante un acto que vulnere el ordenamiento jurídico constitucional, el cual es la fuente de todo el ordenamiento jurídico.

La conclusión antedicha no es gratuita, pues la Constitución representa el acuerdo máximo de voluntades dentro de una sociedad. Al mismo tiempo de ser norma jurídica, la Carta Fundamental, en su concepción más pura, es un acuerdo sobre los mínimos y máximos éticos, valóricos y jurídicos que se dan en el contexto de una sociedad. En tal sentido, la Constitución es una especie de expresión material y jurídica del contrato social, al que concurre

toda la sociedad para formarlo. Es por ello que toda la sociedad queda legitimada, a través de cada uno de sus integrantes, para resguardar dicho pacto de todo eventual atentado que pueda ser dirigido sobre éste y no hay mejor manera, en lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, que dicha protección se dé calificando de objetiva a la legitimación activa objetiva de la Acción de Nulidad Constitucional.

Por lo demás, la norma constitucional no exige algún tipo de relación, lesión o interés cualificado para accionar de nulidad de derecho público. Es una acción que está "disponible" para ser ejercida en relación a todo acto que vulnere la Constitución. Esa es su razón de ser, una razón objetiva que atiende si el acto en cuestión vulnera lo dispuesto en el artículo 7° inciso 1° de la Carta Fundamental.

En consecuencia, el análisis que se ha realizado a lo largo de estas páginas ha pretendido demostrar que la legitimación activa de la acción constitucional de nulidad es objetiva por cuanto ello trae beneficiosas consecuencias para la mantención de la integridad y constitucionalidad de los actos que ingresan a nuestro sistema jurídico.

A lo dicho se agrega que tal análisis se ha hecho desde una perspectiva particular del constitucionalismo, el cual es el Constitucionalismo Humanista, doctrina que coloca en el eje central del ordenamiento jurídico a la persona humana. A mayor abundamiento, al analizar la Constitución Política desde este prisma se evidencia que los derechos fundamentales, como el derecho a accionar, nunca deben ser limitados en su efectividad ni en su aplicación. Dicho esto, la Acción Constitucional de Nulidad y su legitimación deben ser optimizadas para que su aplicación sea ampliada en virtud del resguardo de los derechos de las personas y de la propia Carta Fundamental. En este sentido, dicha prerrogativa debe estudiarse a partir de los principios de interpretación de los derechos fundamentales, como son los principios *pro homine* o *pro libertatis*, los cuales nos indican que se deben favorecer las condiciones que amplían el ámbito de aplicación de los derechos.

La antedicha interpretación se debe realizar en la perspectiva mediante la cual la nulidad de derecho público no sólo es una norma instrumental, sino que tal permite, además, el resguardo de la integridad del Estado de Derecho y de la Constitución, reforzándose así el valor por el cual las constituciones fueron creadas, es decir, limitar el poder y ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales que toda persona posee por el hecho de ser tal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACUÑA BUSTOS, Marcelo (2002): "La naturaleza de la Nulidad de Derecho Público", *Revista de Derecho* (Concepción, Universidad de Concepción) (año LXX vol. 2 n° 212): pp. 375-392.
- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2006): "Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 33): pp. 69-91.
- ALDEA MOSCOSO, Rodolfo (2003): *Interés Actual y la Declaración Judicial en las Nulidades de Derecho Público*, disponible en: < <http://www.cde.cl/get-FilePublic.php?id=25294&code=salGtxYzMWKLg>>, fecha de consulta: 22 septiembre 2007.
- AVSOLOMOVICH CALLEJAS, Alex et Al. (1965): *Nociones de Derecho Procesal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 219 p.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2009): "El principio de legalidad y la Nulidad de Derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común", *Revista de Derecho Público* (vol. 70): pp. 273-285.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2004): "La Píldora del Día Después ante la Jurisprudencia", *Revista del Centro de Estudios Públicos* (n° 95): pp. 43-89.
- _____ (2006): "Después de la Píldora", *Anuario de Derechos Humanos 2006* (Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) pp. 235-244.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel (2005): "De la imprescriptibilidad de la nulidad de Derecho Público", *Ius Publicum* (vol. 8 n° 14): pp. 87-104.
- _____ (2006): "De la nulidad de derecho público como Inexistencia", *Ius Publicum* (vol. 9 n° 16): pp. 91-116.
- _____ (2009): "De las 'acciones patrimoniales' derivadas de la nulidad de Derecho Público", MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ARANCIBIA MATTAR, Jaime (edit.): *Dignidad de la persona. Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss* (Santiago, Legal Publishing) pp. 887-901.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2000): "El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno", *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales* (vol. 97 n° 3): pp. 81-105.

_____ (2004): "El Recurso de Protección como proceso de urgencia", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 31): pp. 269-288.

CARDEMIL PALACIOS, Alberto (2003): "La nulidad de derecho público en la constitución originaria de derechos de aprovechamiento de aguas", *Revista de Derecho Administrativo Económico* (vol. 5): pp. 363-370.

CARMONA SANTANDER, Carlos (2001): "El principio pro-requirente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Público* (n° 63): pp. 564-600.

CARNELUTTI, Francesco (1952): *I Estudios de Derecho Procesal* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América) 673 p.

CARPIO MARCOS, Edgar (2004): *La Interpretación de los Derechos Fundamentales* (Lima, Palestra Editores) 166 p.

CEA EGAÑA, José Luis (1972): *Curso de Teoría Constitucional: (Esquemas para clases activas)* (Santiago, Universidad Católica de Chile) 509 p.

_____ (1982): "La igual protección de los Derechos", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 10): pp. 521-539.

_____ (2004): "Sobre el Estado Constitucional de Derecho como paradigma jurídico", *Revista de Derecho* (Valdivia, Universidad Austral) (vol. 16): pp. 299-310.

_____ (2006): "El nuevo Derecho Público en la doctrina chilena", *Cuadernos del Tribunal Constitucional* (n° 30): pp. 9-25.

CISTERNAS, Lamberto (2004): "Reflexiones sobre la evolución de la Nulidad de Derecho Público desde el punto de vista de la Preeminencia de la Realidad", ONFRAY, Arturo (editor): *Seminarios de Derecho Procesal. Reforma orgánica al proceso civil. La defensa del Estado ante los Tribunales de Justicia: Una aproximación particular a la Nulidad de Derecho Público* (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales) pp. 163-167.

- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2005): "La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo", FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (coord.), *La Justicia Administrativa* (Santiago, Lexis Nexis) pp. 383-416.
- CORDERO VEGA, Luis (2005): "Procedimientos administrativos y la jurisdicción contenciosa administrativa", FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (coord.), *La Justicia Administrativa* (Santiago, Lexis Nexis) pp. 301-341.
- DE LA BARRA GILI, Francisco (2002): "Responsabilidad Extracontractual por Daño Ambiental: El Problema de la Legitimación Activa", *Revista de Chilena de Derecho* (vol. 29): pp. 367-415.
- DONOSO, Rafael (1999): *La nulidad de derecho público y el sistema nacional de control de constitucionalidad* (Santiago, Tesis de grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile) 37 p.
- FAVOREU, Joseph Louis (2001): "La Constitucionalización del Derecho", *Revista de Derecho* (Valdivia, Universidad Austral) (vol. 12): pp. 31-43.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2001): "La Fuerza Normativa de la Constitución", *Revista de Derecho Público* (n° 63): pp. 77-102.
- _____ (2004): "Derecho a la jurisdicción y debido proceso", *Estudios Constitucionales* (Año 2 n° 1): pp. 99-121.
- FIAMMA OLIVARES, Gustavo (1987): "La acción constitucional de nulidad: Un supremo aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo", *Gaceta Jurídica* (n° 79): pp. 14-18.
- _____ (1990): "Acción Constitucional de Nulidad y Legitimación Activa Objetiva", *Gaceta Jurídica* (n° 123): pp. 7-12.
- GARCÍA-HUIDOBRO CORREA, Cristián (2001): *La Acción de Nulidad de Derecho Público: Debate doctrinario y líneas jurisprudenciales a propósito de su imprescriptibilidad* (Santiago, Tesis de grado Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile) 54 p.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel (2003): "El interés legítimo para recurrir en Amparo. La experiencia del Tribunal Constitucional Español", *Cuestiones Constitucionales* (n° 9) (México D. F., IJ-UNAM): pp. 159-186.

JARA SCHNETTLER, Jaime (2004): *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia* (Santiago, Editorial Libromar) 285 p.

MORALES ESPINOZA, Baltasar (2002): "Nuevos aspectos de la Nulidad de Derecho Público", *Revista de Derecho* (Concepción, Universidad de Concepción) (año LXX vol. 2 n° 212): pp. 535-546.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2004a): "La legitimación activa de los procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur", *Ius et Praxis* (año 10 n° 2): pp. 197-223.

_____ (2004b): "Elementos del bloque constitucional de acceso a la jurisdicción y debido proceso proveniente de la Comisión Americana de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales* (año 2 n° 1): pp. 123-158.

_____ (2006): *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del bloque constitucional de derechos* (Santiago, Editorial Librotecnia) 413 p.

OVIDEO SOTO, Narciso (1995): "Nulidad de Derecho Público, cosa juzgada y prescripción en un trámite de expropiación", *Revista de Derecho* (Concepción, Universidad de Concepción) (año LXIII n° 198): pp. 71-82.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (1986): *En Defensa de la Constitución: Diez Lecciones de Teoría Constitucional* (Pamplona, EUNSA) 561 pp.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2005): "La nulidad de derecho público; tendencias jurisprudenciales", *Revista de Derecho Público* (n° 67): pp. 129-144.

PIERRY ARRAU, Pedro (2005): "Nulidad de Derecho Público", FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (coord.), *La Justicia Administrativa* (Santiago, Lexis Nexis) pp. 165-190.

REYES RIVEROS, Jorge (1997): "Reflexiones y bases acerca de la nulidad de Derecho Público", *Revista de Derecho* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) (n° 18): pp. 383-422.

_____ (1998): *La Nulidad de Derecho Público* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur) 75 p.

- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1990): "El Poder Judicial Chileno y la protección de los Derechos Humanos", *Gaceta Jurídica* (n° 126): pp. 7-20.
- RIVEROS DE GATICA, Beatriz (2006): *La improcedencia de la aplicación de las normas de derecho privado a la nulidad de derecho público* (Santiago, Tesis de grado Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile) 132 p.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2003): "La improcedencia de la acción de nulidad de derecho público para revisar resoluciones judiciales, como precedente judicial", *Revista Chilena de Derecho* (n° 30): pp. 381-385.
- _____ (2007): *I Curso de Derecho Procesal Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 128 p.
- SALAS VIVALDI, Julio (1982): "Estudio Comparativo de la Jurisdicción en las Constituciones de 1925 y 1980", *Revista de Derecho* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) (n° 6): pp. 155-178.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1990): "La nulidad de Derecho Público en el Derecho Chileno", *Revista de Derecho Público* (n° 47-48): pp. 11-25.
- _____ (1991) *Informe Constitucional N° 175* (Santiago, Informes Constitucionales).
- _____ (1996): *II Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica) 481 p.
- _____ (1997): "La nulidad de derecho público: su actualidad", *Revista de Derecho* (n° 18) (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso): pp. 347-355.
- _____ (2000): "La nulidad de derecho público de los actores estatales. Y su imprescriptibilidad en el Derecho Chileno", *Ius Publicum* (vol. 3 n° 4): pp. 55-62.
- _____ (2004): "La Responsabilidad del Estado-Administración y su imprescriptibilidad en el Derecho Chileno", *Ius Publicum* (vol. 7 n° 13): pp. 127-138.
- VALDIVIA, José Miguel (2009): "Sobre la nulidad en Derecho Público", MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ARANCIBIA MATTAR, Jaime (edit.): *Dignidad de la persona. Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss* (Santiago, Legal Publishing) pp. 866-885.

ZELÁSQUEZ SOTO, Marcelo Andrés (2007): *La protección de derechos fundamentales por medio de la declaración de nulidad de Derecho Público* (Valdivia, Tesis de grado Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile) 40 p.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2007): "Verdadera y Falsa supletoriedad normativa", *La Semana Jurídica* (n° 337): pp. 6-7.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): *Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 623 p.

ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO y PERRAMONT SÁNCHEZ, Alfonso (2003): *Acciones Constitucionales* (Santiago, Universidad Central de Chile) 170 p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil.

Código de Procedimiento Civil.

Constitución Política de la República de Chile.

Ley n° 18.971, establece recurso especial que indica (Acción Constitucional de Amparo Económico). *Diario Oficial*, 10 marzo 1990.

JURISPRUDENCIA CITADA

Instituto de Salud Pública y otros con Centro Juvenil AGES (2004): Corte de Apelaciones de Santiago, 10 diciembre de 2004 (Recurso de Apelación), rol n° 4.200-2003, *Legal Publishing* 33177.

Miranda con Mideplan (2005): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 enero 2005 (Recurso de Casación en la forma), rol n° 4.348-1999, *Legal Publishing* 33841.

Centro Juvenil AGES con Instituto de Salud Pública (2005): Corte Suprema, 28 noviembre 2005 (Recurso de Casación en la forma y en el fondo), rol n° 1039-2005, *Legal Publishing* 33177.

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 13 de la Ley N° 18.575, presentado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa caratulada "Lean Casas Cordero, Carlos Eric con Director Nacional de Aduanas", Rol N° 2336-06, seguida ante ese mismo Tribunal (2007):

Tribunal Constitucional de Chile, 9 agosto 2007, rol n° 634, disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl>>.

Taladriz con Fisco de Chile (2007): Corte de Apelaciones de Temuco, 30 de noviembre de 2007 (Recurso de Apelación), rol n° 2438-2005, *Legal Publishing Chile* 37886.

Sociedad Visal con Empresa Portuaria de Arica (2008): Corte Suprema, 16 octubre 2008 (Recurso de casación en la forma y en el fondo), rol n° 1428-2007, *Legal Publishing Chile* 41211.

González con Fisco de Chile (2009): Corte de Apelaciones de Concepción, 6 enero 2009 (Recurso de Casación en el Fondo y en la Forma), rol n° 3941-2006, *Legal Publishing Chile* 41505.

EL MEDIO AMBIENTE EN EL TLC CHILE - ESTADOS UNIDOS: UNA VISIÓN CHILENA

Environment in the FTA Chile - USA: A Chilean Vision

ANDREA LUCAS GARÍN*

RESUMEN: El artículo se centra en las interrelaciones entre comercio y medio ambiente, enfocándose en el Tratado de Libre Comercio Chile - Estados Unidos de Norteamérica que cuenta con el Capítulo Diecinueve (19) dedicado especialmente al '*Medio Ambiente*'. Se comenta los orígenes del tema protagonizado por el NAFTA y se procura analizar el Capítulo sumando aportes para la discusión de la problemática ambiental desde una perspectiva chilena teniendo en cuenta la reciente reforma a su institucionalidad ambiental que brinda esperanzas para una mejora del régimen ambiental.

ABSTRACT: The article is centered on the interrelationships between trade and environment. It is focused in the Free Trade Agreement Chile - United States of North America that possesses the Chapter Nineteen (19) dedicated specially to the '*Environment*'. The authoress

* Abogada y Especialista en Derecho Público, Universidad Nacional de Córdoba. Master en Derecho Internacional, Universidad de Heidelberg y Universidad de Chile. Coordinadora Académica, Heidelberg Center para América Latina – Universidad de Heidelberg, Santiago de Chile. <andrealucas@hcla.uni-heidelberg.de>.

Artículo recibido el 27 de octubre y aprobado el 13 de diciembre de 2010.

comment the origins of the topic led by the NAFTA and tries to analyze the Chapter adding contributions for the discussion about the environmental problematic from a Chilean perspective considering the recent modifications to Chilean environmental norms that offers hopes for an improvement of the environmental regime.

PALABRAS CLAVES: Medio Ambiente – Comercio – Tratado de Libre Comercio Chile/EE.UU. – Régimen Ambiental Chileno

KEY WORDS: Environment – Trade – Free Trade Agreement Chile/USA – Chilean Environmental Regime

I. INTRODUCCIÓN: LAS RELACIONES ENTRE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE

El comercio y el medio ambiente son dos fenómenos recientes de gran relevancia que han sido contemplados por el Derecho Internacional. El primero, a partir de 1947 con el *Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio* (*General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*) y su sistema representado actualmente por la *Organización Mundial del Comercio* (OMC, 1995); el segundo, desde la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano* llevada a cabo en Estocolmo en 1972. Ambos han influenciado el desarrollo del Derecho Internacional profundamente.

De la misma forma, las relaciones entre comercio y medio ambiente se han ido instalando en el imaginario del Derecho Internacional en estos últimos años, si bien al principio parecía que esta relación era positiva sólo para el medio ambiente¹, son cada vez más las voces que nos enseñan los aspectos ventajosos para ambas temáticas².

Para abordar los acuerdos de libre comercio en relación al medio ambiente, se debe comenzar por una referencia al *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (TLCAN o las siglas en inglés NAFTA). Como se recordará este Tratado fue suscripto entre Estados Unidos de América, Canadá y México en principio como un simple acuerdo de comercio, pero con el cambio de autoridades en EE.UU. y la presión por parte de la opinión pública en dos de los países, las Partes incluyeron acuerdos complementarios, entre el que se destaca el relativo al Medio Ambiente³.

¹ Cfr. Biggs (1994) p. 81.

² ESTY (1998) p. 531.

³ Para un desarrollo de la historia del acuerdo, consultar ESTY (2001) pp. 53 y ss.

El NAFTA hizo historia en términos de relacionar comercio y medio ambiente, conectando ambas agendas y procurando mantener en un plano competitivo la captación de la inversión extranjera directa junto con la preservación del ambiente, aunando al mismo tiempo la conducción de las áreas estratégicas de la economía⁴.

La interrelación de las agendas comerciales y medioambientales también ha sido incluida en acuerdos multilaterales, como es posible ver en el ámbito de la OMC, siendo relevante su discusión interna ya que marcará los pasos en los próximos tratados de libre comercio (TLC) que se firmen dado que normalmente las negociaciones tienen como base estos acuerdos.

En este contexto, el papel de EE.UU. ha sido importante, en vistas a que el *'fast-track'*⁵ que autorizó al Presidente Bush a suscribir los acuerdos de libre comercio, en agosto de 2002, incluyó varias provisiones ambientales, a la que los negociadores norteamericanos se acercaron de similar forma que para el NAFTA, es decir, procurando mantener altos niveles de protección medioambiental e incluyendo sanciones ante el incumplimiento de estas leyes.

En cuanto Chile, en el momento de negociar su TLC con EE.UU. demostró su clara intención de incorporar esta temática a sus acuerdos, como una forma de evitar las decisiones unilaterales y de transparentar al máximo las interrelaciones con sus socios comerciales⁶. Se sumaron otros factores como el consenso interno en Chile a favor de estos temas y la ausencia de grupos

⁴ BARNEY y RÁBAGO (2004) p. 329, lo llaman el más verde de la historia de los acuerdos comerciales internacionales.

⁵ El *fast-track* es el mecanismo de vía rápida para la aprobación de acuerdos comerciales.

⁶ La Iniciativa de las Américas fue lanzada en 1991 por los EE.UU. y ante el éxito del término de las negociaciones del NAFTA, Chile se mostró interesado en negociar un acuerdo de libre comercio. Durante la *I Cumbre de las Américas* en 1994 se invitó a Chile como el *'cuarto amigo'*, llevándose a cabo negociaciones por nueve meses. Posteriormente el Congreso de EE.UU. no autorizó el llamado *'fast-track'* al entonces Presidente Clinton, y Chile decidió suspender las negociaciones, las que recién se retomaron a fines del año 2001. Durante ese período, Chile desarrolló la estrategia de avanzar en la suscripción de TLC con Canadá primero (que incluyó un Acuerdo de cooperación medioambiental), luego con México (ambos socios del NAFTA) y Centroamérica, para proseguir las negociaciones con EEUU a partir del *'fast-track'* logrado por el Presidente Bush en el año 2002. En el año 2002, Chile firmó el Acuerdo de Asociación Política y Comercial con la Unión Europea (sin menciones expresas al tema, pero incluye dentro del sistema de cooperación referencias a la sustentabilidad (concepto más amplio que el medio ambiente) y concluyó exitosamente las negociaciones con EE.UU.

sindicales y ambientalistas opuestos a estos acuerdos en EE.UU., como los que sí se presentaron en el NAFTA con el acuerdo con México⁷, entre otros.

En este artículo nos centraremos en el tratamiento de la temática medioambiental que el TLC Chile - EE.UU. realiza, que cuenta con el Capítulo (19) dedicado especialmente al '*Medio Ambiente*', con once artículos y un anexo sobre '*Cooperación Ambiental*', a más de un especial *Acuerdo de Cooperación Ambiental* suscripto por las mismas Partes. Procuraremos realizar aportes para la discusión del tema medioambiental desde una perspectiva chilena teniendo en cuenta la reciente reforma a su institucionalidad ambiental que brinda esperanzas para una mejora del régimen ambiental.

II. LOS PROPÓSITOS DEL CAPÍTULO 19

Desde el Preámbulo, las Partes consienten en '*implementar este acuerdo de una manera consistente con la protección medioambiental*', '*promover el desarrollo sustentable*' y '*conservar, proteger, y mejorar el medioambiente, por medio de un manejo ambiental eficiente y una adecuada participación de los acuerdos multilaterales internacionales de los que son partes*'. Por tanto, es destacable que desde el inicio del acuerdo, las Partes se refieren al medioambiente.

Advertimos que el Capítulo 19 conlleva diversos objetivos, dentro de los cuales identificamos los siguientes: asegurar que las políticas comerciales y ambientales se apoyen mutuamente; colaborar en la promoción de la utilización óptima de los recursos de acuerdo con el desarrollo sostenible; esforzarse por fortalecer los vínculos entre las políticas y prácticas comerciales y ambientales de las Partes (evitándose obstáculos encubiertos al comercio); eliminar distorsiones al comercio cuando el resultado pueda traducirse en beneficios directos tanto para el comercio como para el medio ambiente.

Para los efectos del Capítulo, es remarcable el punto de las definiciones, donde se incluye la de '*legislación ambiental*'; entendida como "*cualquier ley o regulación de una parte, o disposiciones de las mismas, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o la prevención de algún peligro contra la vida o salud humanas...*" y menciona los medios para lograrlo.

Se consagra el principio de interpretación finalista para determinar si la disposición legal o regulatoria debe incluirse en el Capítulo, lo que se determinará en referencia a su propósito principal y no por la ley o regulación de

⁷ BUTELMANN y FROHMANN (1992) p. 27.

que forme parte, con lo cual se interpreta que más allá de la *Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente* (n° 19.300 y sus posteriores modificaciones), todas las normas que contengan alguna referencia a medio ambiente están incorporadas en el TLC y marcan estándares que el Gobierno de Chile debe respetar⁸.

Se habla de las normas excluidas y éstas son las que tienen como propósito principal: la administración de la recolección o explotación comercial de los recursos naturales; o la recolección o extracción de recursos naturales con propósitos de subsistencia o efectuada por poblaciones indígenas. Si bien las normas destinadas a la regulación de recursos naturales están excluidas (como sería el caso, por ejemplo, del *Código de Minería*), creemos que por aplicación del principio de interpretación finalista, cualquier disposición en estas normas que hagan referencia al medio ambiente cae en el principio general del párrafo anterior. Respecto al tema de las poblaciones indígenas, esta mención incluida en el NAFTA por Canadá procura preservar las costumbres aborígenes que en algunos casos pueden incluir tradiciones contrarias a normas ambientales. Aquí el respeto histórico debido a las comunidades indígenas resulta revalorizado.

Tanto los objetivos como las definiciones clarifican los alcances del TLC y ante cualquier duda marcan el norte hacia la cual debe dirigirse una sana interpretación.

III. EL NIVEL DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

Se reconoce el derecho de cada Estado de establecer su propia legislación (y de modificarla o adoptar nueva legislación), con lo cual el nivel de protección lo determinará cada uno, sin perjuicio de que, como veremos más adelante, esto implica algunas responsabilidades.

Así, en cuanto a la '*Fiscalización de la legislación ambiental*', las Partes se comprometen a: 1) que a partir de la entrada en vigor, no dejarán de aplicar su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, evitando que se afecte el comercio entre ambos; 2) se establece que no promoverán el comercio e inversiones mediante la reducción de la protección ambiental actual.

⁸ Se calcula que aproximadamente 1.500 disposiciones de normas vigentes en Chile contienen alguna referencia medioambiental.

La obligación expresa que asumen es la siguiente: no dejar de aplicar su legislación ambiental, tanto por acción como por inacción (omisión), siempre que eso afecte de alguna manera al comercio entre ambas partes; es decir, que debe haber una relación de causalidad entre las violaciones a la legislación ambiental de cada país y su afectación al comercio entre ellas.

Asimismo, el acuerdo reconoce la discrecionalidad de los Estados en la fiscalización en si, pero el incumplimiento del primer punto puede ser materia del procedimiento de solución de controversias previsto en el mismo capítulo.

La cuestión de la fiscalización ambiental en Chile ha sido motivo de recomendaciones en la evaluación de su desempeño ambiental en el marco de su incorporación a la *Organización de Cooperación y Desarrollo Económico* (OCDE) en 2005. Así es como se fue generando el contexto para una nueva institucionalidad ambiental ahora a cargo del Ministerio del Medio Ambiente, con una Superintendencia del Medio Ambiente cumpliendo funciones de fiscalización de la normativa ambiental, un nuevo Servicio de Evaluación Ambiental encargado del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y los Tribunales Ambientales aún pendientes pero con la gran tarea de ejercer el control jurisdiccional de las decisiones de la Superintendencia del Medio Ambiente, cerrando las potestades sancionatorias ambientales. Todo esto conforme la Ley n° 20.417 (2010), modificatoria de la Ley de Bases.

En cuanto al punto 2), el compromiso de las Partes evita uno de los mayores peligros en cuanto a relaciones entre comercio y medio ambiente y es que se disminuya la protección ambiental para acaparar inversiones, efecto que, según se ha sostenido, la liberalización comercial puede generar.

IV. LAS INSTITUCIONES MEDIOAMBIENTALES CREADAS POR EL TLC

Se crea el Consejo de Asuntos Ambientales integrado por representantes de ambos Estados con el objetivo de velar por la implementación de este Capítulo, con reuniones una vez al año, al menos, y la celebración de una sesión pública. Dicho Consejo está efectivamente funcionando.⁹

⁹ Conforme a noticia publicada en el Sitio Web de la *Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales del Gobierno de Chile*, disponible en <<http://rc.direcon.cl/noticia/2680>>, fecha consulta: 25 octubre 2010, recientemente (septiembre 2010) se ha creado en el ámbito de DIRECON la Comisión Coordinadora de Cooperación Ambiental vinculada a los acuerdos de comercio suscritos por Chile.

A más de eso, se deberá promover la participación pública en la elaboración de las agendas de las reuniones del Consejo, así como el diálogo, buscando oportunidades para que el público participe en las actividades de cooperación, incluso a través del *Acuerdo de Cooperación Ambiental entre Chile y Estados Unidos* que fue suscripto también.

Es de prever que las actividades del Consejo se dirijan a evitar los efectos negativos que el TLC podría tener para las economías de ambos Estados, que en vistas a las asimetrías que ubican a Chile como una economía mucho más pequeña, se podrían generar. Así, el Consejo ayudará a que la relación entre comercio y ambiente se vea reflejada en las políticas y las instituciones internas, en procura de hacer frente a las consecuencias ambientales de una mayor liberalización.

Entre los problemas que pueden presentarse, ARAYA y BLANCO¹⁰ sugieren que cuando no existen políticas ambientales apropiadas, la liberalización comercial sí genera efectos ambientales negativos; esto es lo que los economistas llaman '*externalidades*' entendidas como las circunstancias donde los productores o consumidores no soportan el costo total de sus actividades, que no pueden ser contadas para alcanzar eficiencia o resultado social óptimo. El *Consejo de Asuntos Ambientales* tendrá la labor de evitar estos perjuicios para las Partes. Pareciera esta una de las tareas pendiente en el marco del TLC.

V. LOS PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y PARTICIPACIÓN PÚBLICA

El Tratado comercial incluye un listado de '*oportunidades para la participación pública*', que cada Estado Parte deberá desarrollar. Entre los sugeridos hay mecanismos para recepción y consideración de las comunicaciones del público; respuestas a las consultas que efectúen personas u organizaciones sobre la implementación del Capítulo y posibilidad de convocar a un Comité consultivo nacional o asesor, integrado por el público, Organizaciones No Gubernamentales (ONG's), organizaciones empresariales y ambientales.¹¹

Consideramos que resulta favorable que el TLC haya contemplado expresamente el principio de publicidad¹² y el de participación pública. Estos

¹⁰ ARAYA et. al (2003) p. 17.

¹¹ PLUMER (2004) pp. 15-31, señala que en el *Acuerdo de Cooperación Ambiental Chile – Canadá* existen posibilidades de peticiones mejores que en este TLC.

¹² La Reforma Constitucional de 2005 le otorgó estatus constitucional al Principio de Probidad, en el artículo 8°, que textualmente expresa: "*El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus*

principios garantizan la apertura a los ciudadanos, admiten la crítica pública, protegen al medio ambiente en general, aseguran el derecho a la información que reside en los ciudadanos de ambos países, permitiendo la utilización de los medios masivos de comunicación, junto con otros horizontes tecnológicos como Internet, fortaleciendo de esta manera el diálogo social y la participación ciudadana.

De este modo se permite el ejercicio del derecho de acceso a la información pública ambiental,¹³ que es fundamental para asegurar la protección ambiental, atento a que el daño ambiental muchas veces es irreversible y no permite su recomposición. La prevención y la precaución son trascendentes para la protección ambiental, basados en la información ambiental.¹⁴

Así se asegura que los gobiernos estén más orientados a la comunidad, en base a la multiplicación de los canales de participación de la sociedad, como un modo de profundizar el control social.

Debe destacarse que la *Ley de Bases Generales del Medio Ambiente* contiene varias oportunidades para concretar la participación ciudadana, en los instrumentos de gestión ambiental que dicha ley ha incorporado y que resultan destacables a pesar de que hasta la fecha la utilización de estos medios no ha sido la óptima.¹⁵

A los fines de regular las modalidades en que se podrá concretar la participación, Chile podría implementar alguna de las ideas que esbozaremos, las

actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional...".

¹³ Pareciera que el acceso a la información mejorara con el Ministerio del Medio Ambiente, según puede apreciarse entre sus nuevas funciones estará la de elaborar cada cuatro años el informe sobre el estado del medio ambiente a nivel nacional, regional y local y todos los años un informe consolidado a nivel nacional y regional; así como el sistema de información de cumplimiento de la regulación ambiental (artículo 70 Ley n° 19.300).

¹⁴ Seguimos a Ricco (2006) p. 244 y ss.

¹⁵ Moreno (2004) pp. 63 y 64, explica que la participación ciudadana está incluida en el *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*, en la elaboración y aplicación de normas de calidad ambiental y de emisiones, al igual que en los planes de descontaminación y prevención; en el acceso a la justicia ambiental, en la creación de fondos de protección ambiental, en la conformación de los Consejos Consultivos y en la educación ambiental.

que no son incompatibles entre ellas sino complementarias:¹⁶ a) La audiencia pública: reunión colectiva que tiene un doble objetivo, el conocimiento público de los actos y la participación de los ciudadanos interesados como parte del procedimiento; el antecedente se encuentra en el “*public hearings*” anglosajón y siempre garantiza que no se puedan tomar decisiones sin que el público sea oído. No debe ser minimizado a un mero acto formal sino que el procedimiento debe asegurar la participación útil y efectiva del público; b) Procedimiento de elaboración de decisiones: en las sesiones del Consejo de Asuntos Ambientales, en que se tomen decisiones por mutuo acuerdo, es posible que en su formulación participe el público (pueden presentar informes previos o participar en audiencias públicas para discutir las decisiones); c) Publicidad de la sesión del Consejo: Lo usual es que el Consejo de Asuntos Ambientales mantenga sus sesiones a puertas cerradas, pero lo ideal es que sean abiertas, a más de la exigencia de una sesión pública que mencionamos; d) Comisiones asesoras: esta opción está prevista expresamente en el TLC, en el Art. 19.4, Párrafo 3. En cuanto a los Comités Consultivos Nacionales, las consultas pueden ser obligatorias o no, por parte del Consejo de Asuntos Ambientales.

Las ONG’s chilenas, en especial aquellas que tienen actuación internacional o con fuerte inserción en redes internacionales, con el TLC tiene la posibilidad de incidir en las políticas y focalizar sus requerimientos y demandas específicas.

Debe indicarse que el Gobierno de Chile impulsó la participación ciudadana en las negociaciones comerciales de este acuerdo, con énfasis en las organizaciones empresariales y en los trabajadores, limitándose de alguna manera la participación de las ONG’s.¹⁷ Por ello es recomendable que en vistas a las disposiciones del acuerdo comercial, se implementen más modalidades que institucionalicen y refuercen la participación de la sociedad civil¹⁸. En este tema destacamos que el proyecto de ley sobre participación ciudadana y asociatividad discutido en el Congreso y que podría colaborar en la implementación de este Capítulo.

¹⁶ La nueva institucionalidad ambiental plantea el desafío de dictar nuevas reglamentaciones de los instrumentos de gestión ambiental, los que podrían ver profundizada su apertura a la participación ciudadana ya dispuesta por la Ley de Bases.

¹⁷ Para un detallado desarrollo del tema consultar ROJAS y PEY (2003) pp. 215-233.

¹⁸ En concordancia, FIGUEROA (1994) p. 58.

VI. EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Respecto a las *'Consultas ambientales'*, un Estado podrá consultar al otro sobre cualquier tema relativo a este Capítulo mediante la entrega de una solicitud escrita.

El procedimiento de solución de controversias se desenvuelve del siguiente modo: 1) Una vez entregada la solicitud, se iniciarán consultas entre los Estados, los que buscarán una solución mutuamente satisfactoria. En caso de no lograr acuerdo, cualquiera de los dos Estados podrá solicitar que el Consejo de Asuntos Ambientales sea convocado para examinar el caso; 2) El Consejo buscará resolver el asunto consultando, si es necesario a expertos externos y recurriendo a procedimientos como los buenos oficios, conciliación o mediación; 3) Si el asunto se refiere a que un país no está cumpliendo con las acciones de fiscalización de su legislación ambiental, de manera que haya afectado el comercio entre los Estados y éstos no han logrado resolverlo dentro de los 60 días de entregada la solicitud de consulta, el país solicitante podrá pedir que se realicen consultas en conformidad con el artículo 22.4 (*"Consultas"*) o una reunión de la *"Comisión de Buenos Oficios, Conciliación y ;Mediación"* (artículo 22.5); 4) Ninguna parte podrá recurrir al sistema general de solución de controversias del TLC por asuntos vinculados a este Capítulo, salvo en caso de incumplimiento de su obligación de fiscalización de su legislación ambiental. En dicho caso, los países intentarán resolver dicha controversia de acuerdo con este artículo antes de utilizar el sistema general.¹⁹

Cuando un Estado reclame que el otro no cumple su obligación de fiscalizar su legislación ambiental, afectando con ello el comercio (con lo cual, como dijimos, no se trata de cualquier ausencia de fiscalización sino de una que pueda *'afectar el comercio'*), se constituirá un grupo arbitral (compuesto de tres miembros de la lista mencionada) sujetos a las condiciones exigidas para la constitución de un grupo arbitral.

¹⁹ Se dispuso que a los seis meses de la entrada en vigor el TLC, Chile y EE.UU. debían crear una lista de hasta doce personas que cuenten con las aptitudes y disposición para desempeñarse como árbitros, a menos que los países acuerden otra cosa, cuatro integrantes de la lista deben ser de una nacionalidad diferente a la de los países miembros del TLC. La lista estará vigente por un mínimo de tres años o hasta que los países constituyan una nueva. Se determina que los árbitros deberán contar con conocimientos especializados; ser elegidos por su objetividad, confiabilidad y buen juicio; ser independientes y cumplir con el código de conducta que establezca la Comisión.

Asimismo, se dispone que si los Estados son parte de otro acuerdo internacional que en manera más adecuada cubra el asunto, deberán resolver el asunto conforme a dicho acuerdo. Esta disposición legal creemos que hace referencia a dos vías posibles para resolver un conflicto entre las partes: por un lado, los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente (AMUMA) y, por otro, la de la OMC. Si bien pareciera que la primera opción es la que mejor se adecua a las disposiciones del Capítulo, ante el insuficiente tratamiento (hasta ahora) que dentro de la OMC se está dando al medio ambiente, puede que esa resulte la mejor vía.²⁰

Siguiendo con referencias a la multilateralidad, se ha incluido una declaración que, dado que ambos países reconocen la importancia de los AMUMA, ambos deberán determinar en qué medida los resultados de las negociaciones de la OMC en la Ronda de Doha son aplicables al TLC.

Como consecuencia del programa de trabajo y negociaciones adoptado en la Conferencia Ministerial de Doha, existen una serie de temas medioambientales que se deben negociar en este marco multilateral, comenzando por la relación entre los AMUMA y las normas de la OMC, entre muchos más²¹; por ello, parece positiva esta declaración de las partes.

VII. LAS REGLAS DE PROCEDIMIENTO A CONSIDERAR

El Capítulo incluye una serie de '*Reglas de Procedimientos*' que cada Estado Parte deberá garantizar dentro de sus propios procedimientos judiciales, cuasi-judiciales o administrativos, para sancionar o reparar las infracciones a su legislación ambiental.

Estas reglas podrían sintetizarse en que: a) dichos procedimientos serán justos, equitativos y transparentes, cumpliendo con los principios del debido proceso y de apertura al público; b) cada Parte deberá establecer sanciones y reparaciones apropiadas y eficaces para las infracciones de su legislación ambiental. Las sanciones deberán ser proporcionales y se habla del tipo de

²⁰ De hecho varios asuntos han sido ventilados en el sistema de solución de controversias de la OMC. Los paneles y el Órgano de Apelación del GATT/OMC han tenido que enfrentar los problemas ambientales desde 1991, al menos en once casos. La mayoría de los casos estuvieron relaciones con la interpretación del artículo XX b) y g) del GATT y el examen de las normas multilaterales con el fin de determinar si las medidas unilaterales cumplían con el artículo XX.

²¹ Para ilustrar las dificultades que se presentan entre los AMUMA y las normas OMC, cfr. Drnas de Clement (2004) p. 2.

sanciones (multas, encarcelamiento, mandamientos judiciales, cierre de instalaciones y el costo de contener o limpiar la contaminación), se agrega la posibilidad de incluir "acuerdos de cumplimiento", lo que es novedoso para nuestro Derecho; c) se establece la posibilidad de denuncia amplia (con lo puede interpretarse una habilitación basada no sólo en un derecho subjetivo sino también en interés colectivo e interés simple) y se deben incluir facultades de investigación por parte de las autoridades competentes; d) se establece un derecho de acceso a la información sobre temas ambientales (asuntos en general y a los procedimientos ambientales), lo que deberá garantizar cada Parte con su legislación; e) se deberá garantizar derechos eficaces y adecuados de acceso a reparaciones a las personas.

Aquí debemos remitirnos a la ley medioambiental más importante en Chile, esto es la *Ley n° 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente* (1994). Dicha ley constituye hasta la fecha la acción más relevante en materia ambiental en Chile²², por la cual se establece un marco jurídico dentro del cual se debe reorganizar la legislación ambiental.

En los orígenes de la institucionalidad medioambiental chilena debemos mencionar la hasta hace muy poco vigente *Comisión Nacional del Medio Ambiente* (CONAMA), que con un carácter eminentemente coordinador de los distintos órganos de la administración del Estado, dirigió la política ambiental. Con más de diez años de funcionamiento comenzó a generarse consenso entre los diversos actores en la necesidad del perfeccionamiento del régimen ambiental, tanto en materia de institucionalidad como de participación ciudadana y de fiscalización de las actividades y proyectos. Esto se ha concretado con la Ley n° 20.417 que se implementado desde octubre de 2010 con el *Ministerio del Medio Ambiente*, el *Servicio de Evaluación Ambiental* y la *Superintendencia del Medio Ambiente*.²³

Debe señalarse que el *Servicio de Evaluación Ambiental* va a administrar el instrumento de gestión ambiental por antonomasia, esto es, el *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental* (SEIA). La necesidad de generar mejoras en esta actividad preventiva del Estado Chileno va a colaborar a que se avance en los compromisos del TLC.

²² Aquí seguimos a CONTRERAS (1998) p. 19 y ss.

²³ Más informaciones en el portal del *Ministerio del Medio Ambiente*. Disponible en <<http://www.mma.gob.cl/1257/w3-channel.html>>, fecha consulta: 25 octubre 2010.

La *Ley de Bases* ya contenía disposiciones sobre responsabilidad por daños ambientales y acciones judiciales en la materia²⁴. La esperada conformación de los Tribunales Ambientales aún pendiente en el Congreso debe considerar las especificaciones sobre las Reglas de Procedimiento del Acuerdo.

VIII. LOS PRINCIPIOS DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

El penúltimo artículo se refiere a los “*Principios de Responsabilidad Social Empresarial*”, uno de los aportes más interesantes del TLC. Como aproximación, podemos decir que la responsabilidad social empresarial es entendida como el conjunto de prácticas empresariales abiertas y transparentes basadas en valores éticos y en el respeto hacia los empleados, las comunidades y el medio ambiente.

Ambos Estados Partes reconocen la importancia del comercio internacional y de las oportunidades de implementar políticas de desarrollo sostenible que sean coherentes con objetivos sociales, económicos y ambientales, por lo que procurarán que las empresas asuman por medio de sus planes estratégicos los objetivos planteados en el Capítulo.

El tema de la responsabilidad social marca una evolución hacia el desarrollo sustentable y ha contado en el mundo (y en Chile también) con el apoyo de muchas organizaciones que han decidido sumarse a estas iniciativas e implementarlas en sus organizaciones. Debemos recordar el *Global Compact* como una iniciativa para corporaciones iniciada por el Secretario General de la *Organización de las Naciones Unidas*, Kofi Annan, para sostener diez principios sobre derechos humanos, laborales, medio ambiente y anticorrupción.

Tanta relevancia está alcanzando la temática, que las normas ISO (*International Organization for Standardization*) han decidido estudiarla para incluir sistemas de estándares de eficiencias para medir la responsabilidad social empresarial, con lo cual resulta imprescindible avanzar en estos estándares de calidad para ayudar a las empresas chilenas a incorporarlos porque en el futuro pueden constituir una barrera al intercambio comercial.

²⁴ Ver BARROS (1998) pp. 47-65.

IX. LA COOPERACIÓN AMBIENTAL EN EL TLC Y EN EL ACUERDO DE COOPERACIÓN AMBIENTAL

El Anexo del Capítulo se refiere a la "*Cooperación Ambiental*" y a los proyectos de cooperación que las Partes podrán llevar adelante.²⁵ Las Partes decidieron proyectar actividades adicionales de cooperación mediante el *Acuerdo de Cooperación Ambiental*, el que se firmó en junio de 2003, y entró en vigencia, en mayo del 2004. Este acuerdo ratifica que las partes se refuerzan como componentes del desarrollo sostenible, aumentando sus capacidades institucionales, profesionales y científicas.

Se establece una Comisión Conjunta para la Cooperación Ambiental, la que se reúne con hasta cinco representantes de cada país, presidida por ambos, una vez cada dos años, alternativamente en cada país. Se establecerán programas de trabajo. Resulta llamativa la duplicidad de instituciones que surgen tanto del Capítulo 19 como del Acuerdo Complementario para ocuparse casi de los mismos temas.

Nuevamente se promueve la participación de la sociedad civil en los proyectos de cooperación y se destaca la posibilidad cierta de transferencia de tecnología. La Comisión facilita las relaciones con organismos gubernamentales, universidades, centros de investigación, etc. Las actividades quedan supeditadas a la legislación y a la disponibilidad de recursos humanos y financieros y se dispone que la información técnica quede a disposición de ambas partes, sin perjuicio de que podrá haber información 'confidencial de negocios'.

X. ALGUNAS CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, creemos que el Tratado contiene compromisos concretos para Chile que deben llevar a promover instrumentos legales para ajustarlo a nuevos estándares de protección medioambiental más altos. Los avatares que la política interna norteamericana determinan en sus relaciones con otros Estados son más que conocidos, con lo que es necesario que Chile esté atento para no caer en ningún tipo de incumplimiento y, justamente,

²⁵ Ellos son: desarrollar un Registro de Emisión y Transferencia de Contaminantes en Chile; reducir la contaminación minera (EE.UU. se compromete a ayudar a Chile); mejorar la certeza del cumplimiento y fiscalización ambiental; compartir la experiencia con el sector privado; mejorar las prácticas agrícolas; reducir las emisiones de Bromuro de Metilo; Mejorar la protección y el manejo de la vida silvestre (tanto en Chile y como en América Latina); aumentar el uso de combustibles limpios.

utilizar la herramienta de la cooperación medioambiental para procurarse ayuda financiera a fin de mejorar esos estándares.

Sin duda que este TLC junto con los demás acuerdos que Chile ha suscripto a partir de 1990, son una muestra de la superación de las diferencias comerciales que existen al interior de dichos acuerdos y entre socios comerciales tan disímiles, una potencia mundial y un país en desarrollo que ha generado mucha confianza, tanto en las negociaciones como con la firma del acuerdo.

Asimismo, también se hace evidente el esfuerzo por mantener un equilibrio entre comercio y medio ambiente, se busca un crecimiento comercial pero con conciencia ambiental, al menos en términos del cumplimiento de estándares propios de cada uno de los países sin perjuicio de que procura armonizar los niveles de protección ambiental.²⁶

El TLC Chile - EE.UU. demuestra la voluntad oficial de apertura del tema medioambiental a actores no estatales, conllevando para las ONG's una real oportunidad de influir en la política y la legislación, las que requieren de una actualización.

La reciente reforma a la institucionalidad ambiental hacen esperar que Chile eleve sus estándares ambientales en base a la mejor utilización de los instrumentos de gestión ambiental, al perfeccionamiento de la participación ciudadana y al trabajo de órganos públicos especialmente creadas para la aplicación de una política ambiental adecuada a los nuevos escenarios internacionales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARAYA, Mónica - BLANCO, Hernán - MURILLO, Carlos (editores) (2003): *ALCA y medio ambiente: ideas desde y para América Latina* (Santiago, Centro de Investigación y Planificación del Medio Ambiente (CIMPA) - Global Environment & Trade Study (GETS) - Centro Internacional de Política Económica (CINPE)) 387 p.

BARNEY, Óscar Cruz y RÁBAGO DORBECKER, Miguel (2004): "Protección al medio ambiente y a la inversión extranjera en el TLCAN: ¿objetivos

²⁶ Coincidimos con los dichos de Campusano (2006) p. 151: "*Chile ha avanzado significativamente en los últimos años, tanto en el campo de su desarrollo económico y comercial, como en el ámbito de la promoción y protección del medio ambiente*".

contradictorios? Una mirada desde la práctica arbitral", *DeCITA Revista de Derecho del Comercio Internacional* (n° 1): pp. 328-343.

BARROS BOURIE, Enrique (1998): "Responsabilidad civil en materia del medio ambiente", AA.VV., Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, *Derecho del Medio Ambiente* (Santiago, Editorial Jurídica CONOSUR Ltda.): pp. 47- 65.

BIGGS, Gonzalo (1995): "Medio Ambiente y Comercio Internacional: Algunos aspectos de política internacional desde una perspectiva latinoamericana", FIGUEROA B., Eugenio y SCHAPER H., Marianne (editores), *Chile ante el NAFTA y otros acuerdos comerciales* (Santiago, CEPAL, División de Medio Ambiente y Asentamientos Humanos, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Centro de Economía de los Recursos Naturales y el Medio Ambiente) 190 p.

BUTELMANN, Andrea y FROHMANN, Alicia (1992): *Hacia un acuerdo de libre comercio entre Chile y Estados Unidos* (Santiago, FLACSO-CIEPLAN) 29 p.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl (2006): "La institucionalidad ambiental derivada de los acuerdos comerciales firmados por Chile y su relación con la Organización Mundial de Comercio", AA.VV., *Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Institucionalidad e instrumentos de gestión ambiental para Chile del Bicentenario: actas de las terceras jornadas de derecho ambiental, Santiago de Chile, 25 al 27 de octubre de 2006* (Santiago, Universidad de Chile): pp. 139-151.

CONTRERAS, Luis C. (1998): "Biodiversidad y el sistema de evaluación de impacto ambiental en Chile: logros, dificultades y perspectivas", AA.VV., Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, *Derecho del Medio Ambiente* (Santiago, Editorial Jurídica CONOSUR Ltda.): pp. 19-35.

DRNAS DE CLEMENT, Zlata (2004): "Comercio y ambiente", *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba República Argentina*. Disponible en <<http://www.acader.unc.edu.ar/artcomercioyambiente.pdf>>, 25 p. Fecha consulta: 20 enero 2010.

ESTY, Daniel C. (1998): "Environmental protection and trade liberalization: what link makes sense?", AA.VV., Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, *Derecho del Medio Ambiente* (Santiago, Editorial Jurídica CONOSUR Ltda.) pp. 525-531.

- _____ (2001): *El reto ambiental de la Organización Mundial de Comercio*, (Barcelona, Colección Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Editorial Gedisa S.A.) 316 p.
- FIGUEROA B., Eugenio (1994): "La política comercial de Chile en el futuro: un análisis desde una perspectiva ambiental", FIGUEROA B., Eugenio y SCHAPER H., Marianne (editores), *Chile ante el NAFTA y otros acuerdos comerciales* (Santiago, CEPAL, División de Medio Ambiente y Asentamientos Humanos, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Centro de Economía de los Recursos Naturales y el Medio Ambiente) 190 p.
- MORENO SANTANDER, Carlos (2004): *Participación ciudadana en la Ley N° 19300, sobre bases generales del medio ambiente* (Santiago, Lexis Nexis Chile) 203 p.
- PLUMER BODIN, Marie-Claude (2004): "De las Peticiones en el Acuerdo de Cooperación Ambiental Chile-Canadá. Una evaluación a 7 años de su entrada en vigencia", AA.VV., Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, *Prevención y solución de conflictos ambientales: vías administrativas, jurisdiccionales y alternativas* (Santiago, Lexis Nexis): pp. 15-31.
- RICCO, Víctor Hugo (2006): "El derecho humano de acceso a la información pública ambiental", VEGA, Juan Carlos (director), *Derechos humanos. Legalidad y jurisdicción supranacional* (Córdoba, Editorial Mediterránea): pp. 241-263.
- ROJAS ARAVENA, Francisco y PEY, Coral (2003): "La sociedad civil en el proceso de integración comercial: el caso chileno", TUSSE, Diana y BOTTO, Mercedes (coord.), *El ALCA y las cumbres de las Américas: ¿una nueva relación público-privada?* (Buenos Aires, Editorial Biblos): pp. 215-233.
- SÁEZ, Raúl E. (1996): "Disposiciones relativas al medio ambiente en las reglas del comercio en la OMC y el NAFTA", *Colección de Estudios CIEPLAN* (n° 44): pp. 19-47.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Nacionales

Ley n° 19.300, aprueba ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. *Diario Oficial*, 9 marzo 1994.

Ley n° 20.417, crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. *Diario Oficial*, 26 enero 2010.

Internacionales

Acuerdo de Cooperación Ambiental entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América (2003). Disponible en < http://www.sice.oas.org/TPD/CHL_USA/ECA/ECA_s.pdf>, fecha consulta: 30 noviembre 2010.

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT, 1947). Disponible en < http://www.sice.oas.org/trade/ronda_ur/58.asp>, fecha consulta: 30 noviembre 2010.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o las siglas en inglés NAFTA). Disponible en < http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/indice1.asp>, fecha consulta: 30 noviembre 2010.

¿QUÉ PERSPECTIVA DE FUTURO TIENE EL DERECHO MILITAR CHILENO?

What Perspective of Future has the Military Chilean Law?

SERGIO CEA CIENFUEGOS*
RICARDO CORONADO DONOSO**

RESUMEN: Los autores analizan una perspectiva futura del Derecho Militar en Chile y su importante papel para las Fuerzas Armadas, la Defensa Nacional y Seguridad Nacional. Efectúan sucintamente una prospección, básicamente con la legislación chilena, de los motivos que justifican el orden jurídico militar, como de igual forma, tratan de abordar un concepto de Derecho Militar, sus características y los contenidos o materias que regula esta rama especializada del Derecho. El orden jurídico militar otorga atribuciones a los cuerpos armados, pero asimismo consagra limitaciones de ejercicio, de

-
- * Abogado Universidad de Chile, Magister en Derecho Administrativo Universidad de Chile, Profesor Universitario de la Universidad Bernardo O'Higgins, ex Fiscal General Militar de Chile y socio fundador del Instituto Chileno de Derecho Administrativo y de Asociación Internacional de Justicias Militares. <sergioceac@gmail.com>.
- ** Abogado Universidad Central, Postítulo en Derecho Público Pontificia Universidad Católica de Chile, Profesor Universitario UCINF, Teniente Coronel de Justicia Militar del Ejército de Chile. Email: <derechosfundamentales.rcd@gmail.com>.

Artículo recibido el 29 de septiembre y aprobado el 5 de diciembre de 2010.

tal manera de no afectar los derechos fundamentales. Se resaltan las características del Derecho Militar, que tradicionalmente se han considerado para esta rama, entre ellas, autonomía, especialidad y dinamismo, sin perjuicio que de ellas, la autonomía se conceptualiza con un criterio moderno que impide a dicha organización militar tener un carácter cerrado.

ABSTRACT: The authors analyze a future perspective of the Chilean Military Law and its important role for the Armed Forces, National Defense as well as National security. They succinctly carry out a prospecting, basically with the Chilean legislation, of the reasons that justify the Military Justice System as well as try to cover a Military Law concept, its characteristics and the contents or matters that regulate this specialized branch of Law. The Military Justice System provides powers to the armed bodies, but at the same time establishes limitations on exercise in such a way as not to affect the fundamental rights. The features of the Military Law are highlighted, which have traditionally been considered for this branch, among them, autonomy, expertise and dynamism, without prejudice to them, autonomy is conceptualized with a modern criteria that prevents the organization from having a closed character.

PALABRAS CLAVES: Derecho Militar - Fuerzas Armadas - Defensa Nacional - Seguridad Nacional

KEY WORDS: Military Law - Armed Forces - National Defense - National Security

I. INTRODUCCIÓN

1. *Notas preliminares*

En una sociedad moderna, el orden jurídico estatal existe para permitir el pleno desarrollo de las personas, respetando y protegiendo sus derechos fundamentales. En nuestro país se consagra un Estado Democrático de Derecho y que tiene su fuente principal y básica en la Constitución Política de la República, complementada por los tratados internacionales en aquellas materias referidas a los derechos que emanan de la naturaleza humana.

La Constitución Política de Chile del año 1980 refleja la historia e idiosincrasia de nuestro pueblo, consagra un sistema de controles múltiples, recíprocos y en alguna medida, difusos, otorgando a diversos órganos atribuciones y competencias en aspectos esenciales del Estado. Nuestra organización

republicana reconoce la separación de poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, cada cual con sus funciones principales, pero también admite la existencia de algunos vínculos entre dichas esferas potestativas, de tal manera que por ejemplo, el Presidente de la República es un *“importante colegislador”*.¹

Sin perjuicio de las tres clásicas competencias ya mencionadas, la Constitución Política de Chile establece diversos órganos dotados de autonomía e independencia, tales como la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, los Tribunales Electorales y el Banco Central, que permiten hacer más eficientes, entre otros aspectos, los sistemas de control de los diversos actos del Estado.

Así también, en nuestro ordenamiento jurídico constitucional se consagra otro mecanismo distinto a la autonomía de determinados entidades u órganos como los descritos precedentemente, y que se traduce en el otorgamiento de potestades o atribuciones exclusivas y excluyentes a ciertas instituciones en materias de relevancia para la existencia de un Estado.

En ese contexto surgen las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, que por su naturaleza, mantienen el monopolio de la fuerza física, que permite sustentar la soberanía exterior e interior, respectivamente, como verdaderos guardianes de la autodeterminación del Estado de Chile.

De tal trascendencia son las misiones constitucionales encomendadas a estos cuerpos armados, que el Estado ha establecido expresamente su sometimiento al poder civil, haciéndolas depender del Ministerio de Defensa o del Ministerio encargado de la Seguridad Pública, según sus funciones.

Cuando el papel que se atribuye es la defensa de la Patria, se está consagrando una protección a la integridad territorial, de los recursos naturales, de los habitantes de la República y finalmente de la autodeterminación del pueblo, sin sometimiento a ningún Estado extranjero.

En este caso, si bien las Fuerzas Armadas dependen administrativamente del Ministerio de Defensa Nacional, en el caso extremo que constituye una guerra, su Jefe Supremo será el Presidente de la República.

¹ Vid. Constitución Política de la República de 1980, artículos 32 n°s 1, 2, 3; 63 n°14; 64; 65; 68 y 73.

En cambio, en Chile para la protección del orden público y la seguridad pública interior y para dar eficacia al Derecho, existen los cuerpos de Carabineros e Investigaciones, que se relacionan con el Estado por medio del Ministerio encargado de la Seguridad Pública.

Las Fuerzas Armadas, integradas en nuestro ordenamiento jurídico constitucional por el Ejército, Armada y Fuerza Aérea, como además, por Carabineros de Chile, constituyen lo que se denominan *cuerpos armados*. Esta noción implica que tienen el monopolio de las armas, y por ello se les impone la obligación esencial de ser obedientes y no deliberantes, rigiéndose por el principio de apoliticidad.

La obediencia es un mecanismo de control vertical y horizontal a la vez. En efecto, el control es vertical dentro del mismo cuerpo armado, por cuanto un inferior se encuentra supeditado a un mando superior (como subalterno o subordinado), llegando hasta S.E. el Presidente de la República.

En cambio, el control es horizontal, porque debe respetar a todos los poderes públicos en sus distintas atribuciones, sin posibilidad de interferir en ellos ni menos limitarlos en su ejercicio, particularmente cuando se trata del poder más relevante en un Estado democrático, que es el poder político.

El orden jurídico estatal regula la protección de los derechos fundamentales mediante la imposición de ciertos límites a los poderes públicos, y delimita en consecuencia las funciones y deberes de los cuerpos armados, para que estos cumplan las finalidades constitucionales, reconociendo la propia Constitución Política que en circunstancias excepcionales se podrían afectar algunas garantías individuales en pro de una defensa de los intereses colectivos, tal como acontece por ejemplo en el estado de asamblea, respecto de los derechos de reunión, trabajo, libertad personal y propiedad, entre otros.

Para el adecuado funcionamiento de los cuerpos armados se requiere una normativa que establezca su estructura, atribuciones y funciones, y que obviamente regule la conducta de sus integrantes, para que se puedan satisfacer los fines constitucionales previstos para el órgano.

Creemos que esta finalidad no puede ser alcanzada por medio de las tradicionales ramas del derecho público, dada la especialidad de la función castrense. Por ello postulamos que se requiere el reconocimiento de un orden jurídico especial, el orden jurídico militar.

2. El orden jurídico militar

Los cuerpos armados, por sí solos, no pueden asumir las delicadas y particulares funciones constitucionales sin contar con una normativa jurídica especial, que asegure la eficacia operativa del respectivo órgano, orden jurídico que tiene dos características: a) El orden jurídico militar considera una organización a la que se le asignan tareas, deberes y funciones, b) El orden jurídico militar impone a su organización una serie de límites, condiciones y restricciones.

A. EL ORDEN JURÍDICO MILITAR COMPRENDE UNA ORGANIZACIÓN A LA QUE SE LE ASIGNAN MISIONES, DEBERES, ATRIBUCIONES Y FUNCIONES

En efecto, el Estado protege a las personas asignando deberes de protección a sus cuerpos armados frente a las amenazas externas o internas y a su vez, resguarda a las personas de estos mismos entes protectores, evitando eventuales abusos o arbitrariedades.

De este modo, protege los derechos fundamentales de las personas, pero a la vez mantiene el control de la fuerza frente a los poderes del Estado, que sin el monopolio de aquélla, se transforman en entes inermes, desprovistos de autoridad y autodeterminación.

Afirmamos que el orden jurídico militar comprende normas sobre organización de los entes que lo componen, e integra una multiplicidad de contenidos, entre los cuales encontramos la incorporación a las plantas o dotaciones, carrera profesional, ascensos y retiros, mando y sucesión de mando, antigüedad, previsión, presupuesto, contrataciones públicas y empresas públicas en el ámbito de la Defensa, entre otros.

Estas normas son particulares, atendida la especialidad de la función militar, y su naturaleza administrativa surge porque permiten el apropiado vínculo entre el Estado y los integrantes de los cuerpos armados, constituyendo un verdadero derecho administrativo militar.

B. EL ORDEN JURÍDICO MILITAR IMPONE LÍMITES, CONDICIONES Y RESTRICCIONES

En este aspecto, sostenemos que existe una subordinación del poder militar al civil, y sólo en aspectos técnicos relativos a la ciencia de la guerra, podrá existir cierto grado de autonomía del cuerpo militar, el que nunca será

total, por cuanto el Presidente de la República será su Comandante Supremo² especialmente en situaciones de crisis o conflicto.

En Chile, la Constitución Política de 1980, en un aprendizaje de experiencias históricas, asignó cierta relevancia al orden jurídico militar, al consagrar constitucionalmente un capítulo especialmente destinado a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, en que se determinan sus misiones constitucionales tales como la defensa de la patria y el orden público interior, respectivamente.³

A pesar de que existía una suerte de conciencia nacional acerca de la importancia de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad en la estructura de nuestra sociedad, las anteriores cartas fundamentales no consagraron de manera expresa un estatuto especial para estas instituciones.⁴

El establecimiento de una finalidad expresamente manifestada en la norma constitucional, permite sortear con éxito cualquier intento por malinterpretar su razón de ser, evitando de este modo que se utilice para obtener, mantener o modificar el poder político en contra de la voluntad soberana.

Originalmente en la Constitución Política de 1980 se había asignado a las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile la protección del orden institucional de la República⁵. Esta concepción se reveló luego desacertada, al obtenerse consenso en cuanto esa protección del orden institucional no es una obligación únicamente de los cuerpos armados, policiales o militares, sino también de todos los órganos públicos⁶. El criterio anterior es concordante

² Constitución Política de la República, artículo 32 N°s 16, 17, 18 y 19.

³ El texto original de la Constitución Política de 1980 consagraba la regulación de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública en el Capítulo X, artículos 90 a 94. El texto actual de la Carta Fundamental lo hace en el Capítulo XI, artículos 101 a 105.

⁴ La Constitución Política de la República de 1925 sólo mencionaba a los cuerpos armados en el Capítulo III artículo 22.

⁵ Constitución Política de la República de 1980, en su texto original, el artículo 90 inciso segundo disponía que: *"Las Fuerzas Armadas están integradas sólo por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República"*.

⁶ Constitución Política de la República de 1980, reformada por la ley n° 20.050 de 26 de agosto de 2005, artículo 6: *"Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República"*.

y armónico con el sistema Constitucional moderno de controles difusos y múltiples de las potestades públicas.

Por otra parte, se imponen límites a los cuerpos armados, como por ejemplo el respeto a derechos fundamentales, obediencia, no deliberancia, determinación y delimitación de fines, entre otros, consagrando bienes jurídicos que los sustentan, como jerarquía, disciplina y profesionalización de su función.

En consecuencia, el orden jurídico militar contiene límites, condiciones o restricciones determinadas en sus diversas y específicas normas, a modo de ejemplo podemos citar el derecho operacional y las normas jurisdiccionales, etc...

En efecto, las normas de derecho operacional son propias del Derecho Internacional y permiten al Estado defender su soberanía exterior e intervenir en operaciones de paz, respetando los derechos humanos, el Derecho Internacional Humanitario y las reglas de enfrentamiento.

La intervención en operaciones de paz, en casos de conflictos entre Estados es de suyo complejo, por cuanto comprende entre otros aspectos el derecho humanitario, especialmente respecto del trato debido a los prisioneros de guerra, a la población civil que ha sufrido los rigores de ella, y, en general, a una conducción de las hostilidades sin provocar daños colaterales.

Las normas jurisdiccionales, en tanto, están referidas al régimen disciplinario y penal militar, sustentándose en la protección de dos bienes jurídicos fundamentales como la jerarquía y la disciplina, que son los dos pilares en los que descansan los cuerpos armados para cumplir apropiadamente sus fines.

Cabe precisar que, históricamente, las potestades disciplinarias y jurisdiccionales se encontraban en un mismo cuerpo jurídico⁷, y sólo en el siglo pasado se produce una separación del ámbito disciplinario y jurisdiccional en relación a la normativa específica de cada una de ellas, lo que se constata en los artículos 132 y 431 del Código de Justicia Militar de 1925, que precisamente asignó a S.E. el Presidente de la República, la normativa reglamentaria en el ámbito disciplinario para las Fuerzas Armadas, produciéndose una separación de éstas.

⁷ Ordenanzas de Carlos III de 1768 y Ordenanza del Ejército Chileno de 1839.

No obstante lo anterior, actualmente en países tales como España y EEUU, el ejercicio de la potestad sancionadora, puede ser impugnado mediante recursos jurisdiccionales, es decir, se consagró la posibilidad de "judicializar" los conflictos en materia disciplinaria, entregando su decisión a los Tribunales de Justicia.

Un ejemplo concreto de lo expuesto es la situación que actualmente acontece en España, en que la Quinta Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, tiene una jurisprudencia contencioso-disciplinaria⁸, en virtud de la cual corresponde a la jurisdicción militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la *Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*, de los derechos que concedan las normas de su desarrollo y la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar.

3. El Concepto de Derecho Militar

En doctrina se constata la existencia de diversos contenidos o materias que comprenden el concepto de derecho militar, algunos de los cuales lo reducen sólo al ámbito penal o jurisdiccional.

Los oficiales auditores argentinos GONZÁLEZ y FERNÁNDEZ⁹, expresan que el Derecho Militar, es un "*conjunto de normas que describen las obligaciones y deberes militares, que surgen de la Constitución nacional, de las leyes, de los reglamentos y de las órdenes superiores, a que se encuentran sujetos los miembros de la institución militar y que le permiten a ésta cumplir sus fines*".

El coronel y auditor naval español DE QUEROL señala sobre la materia que "*es el conjunto de disposiciones legales que regulan la organización, funciones y mantenimiento de las instituciones armadas, para el cumplimiento de sus fines, en orden a la defensa y servicio de la Patria*".¹⁰

En Chile, el ex ministro de la Corte Marcial Renato ASTROZA¹¹ no considera el concepto de un Derecho Militar, sino que utiliza la denominación de jurisdicción penal y disciplinaria militar y el derecho penal militar, para comprender un sistema normativo para los cuerpos armados.

⁸ Artículo 17 de la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de Julio.

⁹ GONZÁLEZ y FERNÁNDEZ (1986) p. 103.

¹⁰ DE QUEROL y DURÁN (1948) p. 18.

¹¹ ASTROZA (1985) pp. 6 y ss.

A nuestro parecer, el Derecho Militar es una rama del derecho público, especial, nacional e internacional, que regula la organización y funcionamiento de los cuerpos armados y de sus integrantes, para el adecuado cumplimiento de sus fines y deberes, respectivamente.

En el Derecho comparado, por regla general se ha excluido a las policías encargadas del orden público interior, de la noción de cuerpos castrenses o armados, como ejemplo encontramos España, Argentina, México, Uruguay, EEUU, entre otros.

Los casos en que existe un tratamiento jurídico conjunto entre militares y policías, como cuerpos armados, en especial en el ámbito penal militar, son entre otros, Chile, Perú y Colombia.

Específicamente en el caso de Carabineros de Chile, cabe consignar que en nuestro país, esta institución policial fue incluida en el Código de Justicia Militar en el año 1932, mediante Decreto Ley n° 650 de ese año, incorporándose los artículos 405 y siguientes, conjuntamente con las normas especiales para la Armada de Chile, dado que anteriormente no se consideraban expresamente.

Nuestra Constitución Política de 1980, expresamente señala en el inciso tercero, del artículo 101, que las Fuerzas Armadas y Carabineros tienen la calidad de cuerpos armados, con las características comunes de obediencia, no deliberancia, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas, aún cuando efectivamente tienen estas instituciones fines constitucionales distintos.

Asimismo, a partir de la Reforma Constitucional del año 2005, introducida por la Ley n° 20.050, se produce una importante modificación al sistema orgánico administrativo de estos cuerpos armados, al vincularlos a ministerios distintos, toda vez que las Fuerzas Armadas mantienen su dependencia original del Ministerio de Defensa Nacional y en cambio Carabineros de Chile, como integrante de las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, pasan a estar supeditados al Ministerio encargado de la Seguridad Pública.

Entre los fines asignados por el Estado a los cuerpos armados, se destaca la Defensa de la Patria, que comprende la protección de intereses vitales de un Estado como son su Seguridad Nacional, Soberanía Exterior, la Población y el mantenimiento de la Integridad Territorial, frente a agresiones externas que les afecten.

En consecuencia, la Defensa de la Patria es la protección de la potestad de autodeterminación del Estado frente a otros Estados, esto es, su poder

soberano, y además comprende la preservación de los otros elementos esenciales de un Estado como son su territorio, comprendiéndolo en sentido amplio con inclusión de sus recursos naturales; y finalmente, su población.

En el caso de los bienes jurídicos que son protegidos por Carabineros, tales como el orden público interno y la seguridad interior, para un sector de la doctrina serían ajenos a la naturaleza castrense que se le reconoce en las normas constitucionales y de leyes orgánicas, al cuerpo policial militarizado.

En efecto, el profesor Jaime Couso a propósito de los delitos de maltrato de obra a Carabineros de servicio, expresa que "... el caso más significativo de juzgamiento de civiles en la operatoria práctica de la Justicia Militar Chilena, se encuentra lejos de la acción de las fuerzas armadas propiamente tales. Se trata del maltrato de obra y el atentado cometido por un civil en contra de un carabinero (Arts. 416 y 416 bis del CJM), en el que ni siquiera existe una tensión entre las necesidades de un juicio justo ante un juez imparcial y las supuestas necesidades de juzgamiento técnicamente más sofisticado en relación con conocimientos de cuestiones castrenses."¹²

II. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO MILITAR

Las características del Derecho Militar, deben abordarse con una visión extensiva, capaz de alcanzar sus aspectos sustantivos y adjetivos, tanto en el contexto jurisdiccional, administrativo u operacional.

Desde la citada perspectiva, surge como elemento común que el derecho militar es una rama del derecho público, con un origen en normas nacionales e internacionales, esto es, existe un ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre el Estado y los integrantes de los cuerpos castrenses, pero no en un plano de igualdad, sino en uno de naturaleza potestativa, en que el Estado asigna deberes y misiones que deben cumplirse en un entorno específico de profesionalismo, jerarquía y disciplina, para que efectivamente sean capaces de alcanzar los fines especialmente determinados para los órganos castrenses.

1. Autonomía

El derecho militar presenta una autonomía, que consiste en la regulación de los cuerpos armados como órgano de la administración del Estado¹³,

¹² Couso (2002) p. 140.

¹³ Artículo 2° del Decreto con Fuerza de Ley n°1/19.653.

pero también se refiere a las relaciones entre el Estado y los integrantes del cuerpo castrense y finalmente determina las relaciones funcionarias entre su personal.

Para FERRATER MORA¹⁴ autonomía es definida como el *“hecho de que una realidad esté regida por una ley propia, distinta de otras leyes, pero no forzosamente incompatible con ellas”*. Esta definición nos permite conceptualizar una autonomía del Derecho Militar, en el sentido que es una rama del derecho que se diferencia de las otras ramas del Derecho Público, porque existen principios y valores colectivos e instrumentales como la defensa de la patria, la seguridad de la nación, jerarquía y disciplina, que se protegen para preservar la integridad del Estado, ya que la aplicación de las demás normas del derecho público, no alcanza para satisfacer esos intereses superiores.

La autonomía del Derecho Militar no puede otorgar a las Fuerzas Armadas el carácter de una organización cerrada. En efecto, afirma SILVA BASCUÑÁN¹⁵, que *“no conviene convertir a la milicia en clase cerrada separada del resto de la colectividad. A ello tenderá el legislador limitando las normas jurídicas de excepción aplicables a los militares que los diferencia de las que rigen los sectores sociales. Tan sólo en aquellos aspectos en los que, ineludiblemente, se impongan –dadas las modalidades específicas, propias de la formación y actividad militar–, podrán dictarse leyes que consagren regímenes especiales que se aprueben con las más altas exigencias formales y de quórum calificado”*.

La norma jurídica militar requiere un complemento con otras ramas del derecho, especialmente con el Derecho Constitucional; Derecho Administrativo y el Derecho Procesal Penal. En este contexto la autonomía del Derecho Militar es relativa.

2. Especialidad

Como anota DE QUEROL¹⁶, *“para mantenerse eficientes con respecto a sus propios fines, los Ejércitos necesitan conservar sin fisuras la solidaridad de sus miembros. Necesitan guardar incólumes sus prerrogativas morales y su prestigio. Necesitan que, en la dinámica humana con que actúan, cada voluntad y cada servicio funcionen sin desviación, para que el conjunto de la máquina militar marche siempre con perfecto engranaje de todas sus piezas”*.

¹⁴ FERRATER (1979) p. 161.

¹⁵ SILVA BASCUÑÁN (2003) p. 344.

¹⁶ DE QUEROL Y DURÁN (1948) p. 54.

Sin duda que los fines constitucionales del cuerpo armado determinan su especialidad, por ello CEA CIENFUEGOS¹⁷ expresa que *"...si los cometidos constitucionales asignados a las Fuerzas Armadas son de tal trascendencia para un Estado, parece indispensable dotarlos de una normativa jurídica especial que precisamente les permita observarlos y desarrollarlos"*.

La especialidad de la función militar y de los deberes militares se fundamenta en los fines superiores del cuerpo armado, que sólo pueden lograrse cuando cada militar cumple individualmente sus obligaciones profesionales de manera disciplinada y jerarquizada. En efecto, sobre la materia la Excm. Corte Suprema ha señalado, en sentencia de fecha 28 de mayo de 2007 que: *"...la disciplina es pilar fundamental para el adecuado funcionamiento de los cuerpos armados. Se erige como la columna vertebral de las Fuerzas Armadas y de Orden y de Seguridad Públicas, eminentemente jerarquizadas, que perderían, sin ella, la íntima cohesión necesaria para el logro de sus objetivos y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. Implica, en definitiva, la observancia a las normas y órdenes que consagra el deber profesional. No es, en verdad, concebible que las instituciones armadas puedan cumplir su misión constitucional, si no se garantiza y mantiene una estricta disciplina en su seno que, sin lugar a dudas, es superior a la existente en cualquier otra organización estatal. La importancia que las formaciones castrenses otorgan a la disciplina y al respeto por las jerarquías la corrobora el hecho que uno de los primeros bienes jurídicos protegidos por el Código lo represente, precisamente la disciplina, la cual es tutelada mediante la incriminación de conductas como la insubordinación, la desobediencia y las amenazas y los ataques a superiores e inferiores"*.¹⁸

Estimamos que, como el objeto de regulación de esta rama denominada derecho militar es el cuerpo castrense. El ordenamiento jurídico constitucional y legal le asigna potestades y límites propios de aquellos entes militares, que se fundan en valores constitucionales específicamente determinados para éstas instituciones, de tal manera que puedan cumplir sus funciones, lo cual sin duda exige una normativa especial.

¹⁷ CEA (2002) p. 263.

¹⁸ Corte Suprema. *Contra Leiva Suazo* (2007), considerando 18.

En definitiva, es válido el aserto de que *“la jurisdicción militar ha dejado de ser una jurisdicción de excepción, para convertirse en una jurisdicción especializada”*.¹⁹

3. Dinamismo

Si bien el Derecho Militar presenta un contenido dinámico, derivado de los conflictos internacionales, avances tecnológicos y evolución de las sociedades modernas, no afirmaremos que es una característica propia de esta rama, dado que la mayoría de los órdenes jurídicos también presentan esa condición. En todo caso estimamos necesario detenernos en este punto, para señalar que la profesionalización de los cuerpos armados ha generado la necesidad de ir reformando los diversos contenidos del derecho militar, que en una primera época se vinculaban casi exclusivamente con la jurisdicción penal y disciplinaria, pero que hoy abarcan normas sobre operaciones de paz, contratación pública, estados de excepción constitucional, entre otras.

En efecto, en la Edad Media surgen las primeras disposiciones referida a la justicia militar, particularmente en España, destacándose entre estas el Fuero Juzgo, Fuero Real, los Fueros Municipales y las Partidas, contemplándose en toda esta normativa un ámbito exclusivamente orientado a la jurisdicción militar, separado de la justicia ordinaria. En las postrimerías del siglo XV se origina la aparición de cuerpos armados profesionales, permanentes y especializados que requieren una regulación permanente, mediante *“una justicia autónoma, rápida y enérgica, dirigida a mantener la disciplina de las Unidades creadas”*²⁰.

Desde la época en que produce profesionalización de los cuerpos armados, estas entidades castrenses se incorporan al Estado Nacional, tanto para tiempo de paz como de guerra, por lo que su normativa evolucionará de ese tipo de Estado, transitando desde aquellos de naturaleza Absolutistas, Liberales, Sociales y Democráticos de Derecho.

Una de las últimas etapas evolutivas que presentan los cuerpos armados, se origina al producirse la globalización como fenómeno político y económico, motivo por el cual se ha ido perdiendo paulatinamente el primario carácter nacional de las instituciones castrenses, pasando de una coopera-

¹⁹ Intervención del Ministro de Defensa de España, el 23 de abril de 1987 ante el Congreso de Diputados, citado por JIMÉNEZ (1995) p. 66.

²⁰ JIMÉNEZ (1987) p. 185.

ción, a la ejecución de operaciones conjuntas cuyas normas se encuentran fundamentalmente en el Derecho Internacional.

El dinamismo no se presenta de una manera homogénea, dado que depende de las características de los distintos Estados y continentes.

En Europa, el avance sobre la materia ha sido sustancial, mediante sistemas de protección conjunta, como es el caso del Tratado de Lisboa²¹, en cambio en Latinoamérica todavía existen situaciones que impiden una integración plena, como por ejemplo los asuntos limítrofes.

Para Juan Emilio CHEYRE, al referirse al dinamismo de la función militar, señala que *"la función clásica, suponía que el concepto de defensa estaba constituido fundamentalmente por la seguridad exterior y crecientemente por la seguridad internacional –entendida como aquella acción vinculada a disposiciones de organismos internacionales– y estaba muy claro que está era una tarea fundamentalmente de las Fuerzas Armadas y que la seguridad pública era una tarea [fundamentalmente] (SIC) de las policías; sin embargo el puzle que expliqué anteriormente lleva a que hoy día la función militar clásica obedezca a realidades diferentes, y que esta función militar clásica tenga como contrapartida y como límite lo que en estrategia y en ciencia política denominamos: la seguridad en su concepto amplio, esto es, el concepto de 'securitización total'; entonces, tenemos Fuerzas Armadas, que no por su propia definición, sino que incluso por disposición de los poderes democráticos, asumen roles en tareas de combate a la droga, al terrorismo, al crimen organizado, a la violencia interna, etc..."*²²

En efecto, en Latinoamérica, en forma creciente, se están asignando nuevos roles en tiempo de paz a las Fuerzas Armadas, pero si se revisan los mar-

²¹ El Tratado de Lisboa publicado el 17 de Diciembre de 2007 en el Diario Oficial de la Unión Europea, inserta un artículo 28 A al Tratado de la Unión Europea, que recoge el texto del artículo 17, con las modificaciones siguientes: *"a) Se inserta el nuevo apartado 1 siguiente y el apartado que viene a continuación pasa a ser el apartado 2: La política común de seguridad y defensa forma parte integrante de la política exterior y de seguridad común. Ofrecerá a la Unión una capacidad operativa basada en medios civiles y militares. La Unión podrá recurrir a dichos medios en misiones fuera de la Unión que tengan por objetivo garantizar el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional, conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas. La ejecución de estas tareas se apoyará en las capacidades proporcionadas por los Estados miembros"*.

²² CHEYRE (2008) p. 23.

cos constitucionales, solamente en algunas cartas fundamentales, tales como Colombia²³ y Brasil²⁴, se consideran expresamente funciones que exceden el sentido y alcance de los conceptos de defensa de la patria y de seguridad nacional.

En consecuencia, los conceptos de defensa de la patria y seguridad nacional, contenidos en nuestra Constitución Política, deben entenderse no desde una interpretación originaria o tradicional, sino mediante una perspectiva evolucionista y sociológica, que permita al Estado enfrentar los nuevos desafíos que se le presentan en los más diversos ámbitos, recurriendo al uso de la fuerza en aquellos casos en que la realidad social actual y el régimen democrático determinen el contexto de su aplicación.

Esta interpretación sociológica mediante un contexto cultural ha sido considerada por BASSA²⁵, quien señala, citando a HABERLE y ZAGREBELSKY: *“Recordemos que HABERLE postula la apertura de los intérpretes de la Constitución hacia la sociedad, rompiendo con el monopolio estatal (169); por su parte, ZAGREBELSKY afirma que “ya no es desde la Constitución desde donde se puede mirar la realidad, sino desde la realidad desde donde se debe mirar la Constitución”.*

Concluye BASSA²⁶ en definitiva que existe la posibilidad de vincular la interpretación constitucional *“con el contexto cultural de aplicación de las normas”.*

²³ La Constitución Política de Colombia en su Artículo 217 dispone que *“La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”.*

²⁴ La Constitución Política de Brasil en su artículo Art. 142 expresa que *“Las Fuerzas Armadas, constituidas por la Marina, por el Ejército y por la Fuerza Aérea son instituciones nacionales permanentes y regulares, organizadas con base en la jerarquía y la disciplina, bajo la autoridad suprema del Presidente de la República, y que tienen como misión la defensa de la Patria, la garantía de los poderes constitucionales y, por iniciativa de cualquiera de estos, de la ley y del orden”.*

²⁵ BASSA (2009) p. 112.

²⁶ *Ídem.*, p. 113.

III. CONTENIDOS DEL DERECHO MILITAR

1. *Jurisdicción Penal Militar*

Esta materia comprende aspectos sustantivos como los delitos militares, y procesales o adjetivos referidos a la competencia, procedimiento en tiempo de paz y guerra y organización de los tribunales militares.

Históricamente, en los sistemas procesales militares basados en el modelo europeo romano continental existió una muy clara diferenciación entre la potestad sancionadora disciplinaria y penal militar, asignándose la primera al ámbito del derecho administrativo, y la segunda al ámbito de justicia castrense.

No acontece lo mismo en los sistemas anglosajones en los que se ha sostenido por algunos especialistas, que no existe una separación plena entre la jurisdicción disciplinaria y la jurisdicción penal militar.

En efecto, DE LORENZO PONCE DE LEÓN refiriéndose a la *Army Regulation* 600-20 de 15 de julio de 1999 de los Estados Unidos de América, señala que "el Capítulo 4º lleva por título "Disciplina Militar y Conducta" (*Military Discipline and Conduct*) y es quizás, en lo que aquí interesa, de trascendental importancia al consagrar principios básicos de la disciplina como su concepto y fundamento; el principio de obediencia; las normas de cortesía entre los miembros de la Fuerzas Armadas; la conducta profesional; el ejercicio de la autoridad militar, en donde se establece taxativamente que los medios para corregir las faltas de disciplina, por orden de importancia, abarcan desde la simple medida de corrección administrativa (*administrative corrective measures*) para las infracciones insignificantes hasta, con carácter punitivo, la vía disciplinaria para las infracciones leves, a las que se reserva el castigo no judicial (*nonjudicial punishment*), y la vía judicial penal para las infracciones de importancia (*trial by court-martial*)"²⁷.

La tendencia constatada en los modelos de justicia militar basados en el sistema europeo romano continental comienza a desaparecer, al judicializarse una serie de resoluciones adoptadas en el ámbito de la potestad disciplinaria, haciéndose exigible por nuestro Tribunal Constitucional los límites impuestos al *ius puniendi*, como son el principio de legalidad, retroactividad de la ley penal más favorable y de tipicidad expresa.

²⁷ PONCE (2003).

En cambio, en España existe la posibilidad de impugnar el ejercicio de la potestad sancionadora de los distintos mandos militares en el ámbito de la jurisdicción, lo que es de competencia de su Tribunal Supremo, Sala Quinta, de lo militar, por lo que en consecuencia estimamos que actualmente la potestad disciplinaria, podría en consecuencia, llegar a ser conocida en sede jurisdiccional.

Sostenemos que en Chile, el ejercicio de la potestad disciplinaria, debería tener un recurso o medio de impugnación de la decisión en sede jurisdiccional especializada, tal como sería para estos efectos la Corte Marcial, para garantizar los principios del debido proceso, derecho a defensa y proporcionalidad de la sanción. Este contenido debería ser considerado en el Congreso Nacional, con ocasión del Proyecto de Ley que se refiera a la Reforma a la Justicia Militar, en materia de procedimiento.

2. Normas administrativas en el ámbito militar

Se comprende toda aquella normativa legal, que incide en la contratación administrativa militar, Estatutos del Personal de las Fuerzas Armadas en aspectos referidos a los nombramientos, ascensos, retiros, carrera profesional, previsión social, beneficios económicos, mando y sucesión de mando.

De igual forma incorpora el régimen patrimonial y financiero de la administración militar y las normas de protección medio ambiental que inciden en la función de los cuerpos armados.

Disposiciones que regulan el ejercicio operacional de los cuerpos armados: Los preceptos sobre la materia, limitan el ejercicio del uso de la fuerza, por parte de los cuerpos armados y policías militarizadas, en operaciones de guerra, tiempo de crisis o de restablecimiento o imposición de la paz, u otras que el Estado determine conforme al Derecho Internacional, mediante el pleno respeto a los derechos fundamentales, consagrados en instrumentos internacionales de derecho internacional humanitario, que se originaron principalmente al término de la Segunda Guerra Mundial, especialmente para proteger la dignidad de las personas, durante el fenómeno de la guerra.

Se considera una especial protección de los cuerpos castrenses que participen en el conflicto, los prisioneros de guerra, heridos, náufragos, población civil, personas internacionalmente protegidas (integrantes de la Cruz Roja, personal sanitario, personal religioso, representantes de organismos internacionales gubernamentales y no gubernamentales).

IV. CONCLUSIONES

1. Las Fuerzas Armadas Chilenas se encuentran reguladas por un orden jurídico militar, que se fundamenta precisamente en las misiones constitucionales asignadas a ellas y que excede las nociones tradicionales en el ámbito de la justicia militar.

2. En el nuevo orden jurídico militar, cobra especial relevancia el derecho operacional y el derecho administrativo militar.

3. La Justicia Militar sólo debe centrarse en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales sobre los cuerpos armados y específicamente para el mantenimiento de la disciplina militar y de aquellos bienes jurídicos de relevancia para el cumplimiento de sus cometidos constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ASTROZA HERRERA, Renato (1985): *Código de Justicia Militar comentado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 999 p.

BASSA MERCADO, Jaime (2009): *El Estado Constitucional de Derecho* (Santiago, Ediciones Legal Publishing) 220 p.

CEA CIENFUEGOS, Sergio (2002): "Algunas ideas de una justicia militar en Chile, para el siglo XXI", *Cuadernos de Análisis Jurídico* (n° 13): pp. 261-272.

CHEYRE ESPINOZA, Juan (2008): "Ponencia efectuada en el III encuentro internacional de Derecho Humanitario y Derecho Militar: Derecho Humanitario y Derecho Militar, una mirada prospectiva para el siglo XXI", *Revista Jurídica Militar de la Auditoría General del Ejército*: pp. 21-25.

COUSO, Jaime (2002): "Hacia una reforma de la justicia militar. Una perspectiva político-criminal", *Cuadernos de Análisis Jurídico* (n° 13): pp. 73-147.

DE QUEROL Y DURÁN, Fernando (1948): *Principios de Derecho Militar Español* (Madrid, Editorial Naval) 570 p.

FERRATER MORA, José (1979): *Diccionario de Filosofía* (6ª edición, Madrid, Alianza Editores) 3589 p.

GONZÁLEZ, Jorge y FERNÁNDEZ, Luis (1986): *Manual de Legislación Militar* (Buenos Aires, Ediciones Depalma) 779 p.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José (1995): "La jurisdicción militar", *I Comentarios a las leyes procesales militares* (Madrid, Ministerio de Defensa) pp. 61-72.

JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, Francisco (1987): *Introducción al Derecho Penal Militar* (Madrid, Editorial Civitas) 240 p.

PONCE DE LEÓN, Rodrigo de Lorenzo (2003) "La ambigua naturaleza de lo disciplinario en el derecho militar de los Estados Unidos de América", *Revista Electrónica Noticias Jurídicas*, disponible en <<http://noticias.juridicas.com>>, fecha consulta: 7 septiembre 2010.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2003): *IX Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 343 p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Nacionales

1) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE Y SUS LEYES DE REFORMA
Constitución Política de la República de 1980.
Constitución Política de la República de 1925.

2) CÓDIGOS, LEYES Y REGLAMENTOS NACIONALES
Ordenanza del Ejército Chileno de 1839.

DFL N°1/19.653, que fija el Texto Refundido Coordinado y Sistematizado de la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Extranjeras

1) CONSTITUCIONES POLÍTICAS EXTRANJERAS
Constitución Política de Colombia
Constitución Política de Brasil

2) CÓDIGOS, LEYES Y REGLAMENTOS EXTRANJEROS
Ordenanzas de Carlos III de 1768.

Ley Orgánica 4/1987 de 15 de Julio, que regula la Competencia, Organización y Jurisdicción Militar en España.

JURISPRUDENCIA CITADA

CONTRA LEIVA SUAZO (2007): Corte Suprema, casación en el fondo, 28 mayo 2007, rol n° 6251-2005, *Microjuris* MJJ10024.

TRIBUNALES Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

The Administrative Contentious Thing. Courts and Special Procedures

SERGIO ESPINOZA RIERA*

RESUMEN: El procedimiento contencioso administrativo supletorio general (Juicio Ordinario ante Jueces de Letras en lo Civil en primera instancia y una segunda, ante salas no especializadas de las Cortes de Apelación) resulta un modelo deficitario de justicia administrativa. El Juicio Ordinario es un instrumento procesal ideado para la estructuración de la litigación civil, que supone igualdad de las partes litigantes. La aplicación extensiva del Código de Procedimiento Civil a juicios de Derecho Administrativo, pone de manifiesto el problema de desigualdad en la relación entre el administrado y la Administración; enorme desequilibrio que hace abogar, al autor, por una modificación integral del proceso contencioso administrativo chileno, que dé al juez facultades de protección de la parte más débil y reestablezca el equilibrio perdido. Es necesario generar nuevos principios con Tribunales especializados e independientes

* Abogado Universidad de Chile. Diplomado en solución de controversias internacionales, Universidad de Chile, 2000. Master (LL.M.) Business Law, Universidad Adolfo Ibáñez, 2004. Master (LL.M.) Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009. Doctor (c) Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009. Socio principal Legal Santiago. <sergioespinozariera@legalsantiago.cl>.

Artículo recibido el 15 de junio y aprobado el 3 de diciembre de 2010.

de la Administración, que solucionen el desequilibrio real a nivel procesal existente, generado por una desigualdad legal entre el administrado y la Administración.

ABSTRACT: The general supplementary administrative contentious procedure (Ordinary Trial with civil judges in a first instance and a second one, in not specialized judges at the Appeal Courts) turns out like a deficit administrative justice model. The Ordinary Trial is a procedural instrument designed for the structure of the civil litigation, which supposes equality of the parts litigators. The Civil Procedure Code extensive application to judgments of Administrative Law, reveals the problem of inequality in the relation between the administered and the Administration; enormous imbalance that makes plead, to the author, for an integral modification of the Chilean administrative contentious procedure, that brings to the judge protection powers to keep an equality between parts. It is necessary to generate new principles and specialized judges and Courts independents from the Administration, which solve the real imbalance of the procedures, generated by a legal inequality between the administered and the Administration.

PALABRAS CLAVES: Procedimiento contencioso administrativo – tribunales especiales para lo contencioso administrativo – desigualdad procesal administrado / Administración – lo contencioso administrativo

KEY WORDS: administrative contentious procedure - administrative contentious special courts - procedural inequality administered / Administration - the administrative contentious thing

INTRODUCCIÓN

Una de las cosas que llaman la atención al hacer un estudio de la doctrina referida a los tribunales contencioso-administrativos en nuestro país, tiene que ver con reconocer una marcada inclinación de la Academia de enfrentar este tema desde la perspectiva de la historia constitucional de Chile desde sus albores hasta la fecha actual¹. Ello nos parece que pudiera presentar un doble error de enfoque con alguna consecuencia relevante: Primero, nos parece errado porque siguiendo las ideas de Thomas Kuhn, la historia de las ciencias no es posible plantearlas como un desarrollo continuo permanente sin grave

¹ Vid. v.g. JARA (1943) p. 267; CALDERA (1979) p. 422.

error. Sucede simplemente que con el transcurso del tiempo se producen cambios en los modelos o en los paradigmas que muchas veces son derechamente contradictorios con las matrices precedentes. Por cierto, muchas veces es posible explicar sociológicamente el cambio, fundados tal vez en las malas experiencias de la aplicación de un sistema anterior, pero esa explicación no pasa de la anécdota. Las leyes se independizan de la voluntad de sus autores y de su historia de gestación. A este respecto la verdad es que antes del artículo 38 de la Constitución Política de la República de 1980 y, particularmente, antes de la Reforma Constitucional de 1989, la cuestión acerca de si los tribunales ordinarios tenían o no competencia para controlar los actos de la Administración en Chile, era efectivamente controvertible. De hecho, la Constitución Política de 1925, no sólo era expresa en exigir la existencia de tribunales especiales contencioso administrativos que serían creados por una ley que nunca se dictó, sino que generó derechamente jurisprudencia de los tribunales ordinarios, por cuya virtud, en reiterados casos se declaró la incompetencia de los tribunales ordinarios para conocer de los asuntos contencioso administrativos. Otro tanto ocurrió con doctrina relevante que tomó partido por uno u otro bando. Por cierto, que nos parecen discutibles esa jurisprudencia y esa doctrina. Lo propio ocurre en el período situado entre la Constitución de 1833 y la de 1925, en el cual existió derechamente un Consejo de Estado con competencia resolutive en determinadas materias administrativas. Se trata de legislación derogada. Miremos al futuro, tal vez ha llegado el momento de cierta irreverencia con la historia, el objeto de estudio lo permite, se trata ni más ni menos que de dar tutela efectiva de los derechos esenciales de los ciudadanos frente al Estado. Hoy en día, con el nuevo texto del artículo 38 de la Carta Fundamental, es irrefutable que el asunto está superado: la administración está sujeta a un amplio control jurisdiccional.

En segundo lugar, otra razón por la cual nos parece que el enfoque historicista pudiera ser errado, es porque toda esa *historiografía* del tema ha centrado la discusión en la cuestión de si es o no posible el control jurisdiccional (que de hecho viene ejerciéndose en términos efectivos desde hace más de 30 años con la interpretación jurisprudencial del mentado artículo 38 de la Carta Política²), cuestión que ha quitado importancia a efectuar un juicio crítico del estado de arte, esto es, cómo debe desarrollarse ese control jurisdiccional. Nos encontramos con un enorme vacío acerca de una discusión seria acerca de los principios y características que debiesen existir en

² Jurisprudencia que estableció el pleno control jurisdiccional por parte de los tribunales ordinarios sobre la Administración y que recogió lo que ya manifestase con bastante claridad en su discurso anual del año 1973 (02.03.1973) el Pdte. de la Exma Corte Suprema don Enrique Urrutia Manzano. Vid., Montero (2002) p. 21.

lo relativo al establecimiento de tribunales y procedimientos especiales, ello salva las siguientes excepciones: (a) la honrosa y granada discusión acerca de la conveniencia o no del recurso de protección como supletorio del contencioso administrativo ordinario³ y, (b) los reiterados comentarios críticos acerca del impresentable travestismo jurídico⁴ que representa la validación como tribunales de supuesto control jurisdiccional independiente de sendos entes administrativos auto-encargados de juzgarse a ellos mismos, como el caso –hoy superado tras la llegada de los nuevos Tribunales Tributarios, del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos.

Por estas dos razones, en la primera parte de este estudio, se expone sucintamente el enfoque criticado, el cual denominaremos tradicional, para en la segunda parte, avocarnos al análisis del problema de la desigualdad real entre administrado y Administración en los juicios ventilados entre este tipo de partes litigantes, y los principios procesales rectores que debiesen gobernar en los tribunales especiales contenciosos administrativos, fundando de esta forma, el porqué se considera necesario el establecimiento de tribunales especiales a este respecto.

PRIMERA PARTE. ASPECTOS HISTÓRICO – CRÍTICOS

I. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO POST REVOLUCIÓN FRANCESA: DOS GRANDES TENDENCIAS INICIALES

La idea de que el propio soberano pueda someterse al control efectivo de sus propios actos sólo pudo tener cabida una vez recogida la idea de la sumisión de todos ellos al poder constituyente y de la limitación del mismo a un cuerpo de derechos de los ciudadanos de ese rango normativo. Esa idea, básica del Estado de Derecho, sólo tuvo cabida en la historia de Europa continental luego de la Revolución Francesa.

1. Sistema francés

Ese reconocimiento en Francia vino aparejado de la doctrina de separación estricta de poderes. Para los galos, el control de la Administración y su sumisión a la ley pareció siempre evidente, sin embargo, no les pareció lógico, sino todo lo contrario, que ese control lo hiciera el poder judicial, toda

³ En contra de su generalización, se puede mencionar a los siguientes autores: FERRADA-BORDALÍ-CAZOR (2003), VERGARA (2005), PIERRY ARRAU (1991). A favor de su generalización, se puede mencionar a Soto Kloss (1991).

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI (2006).

vez que violaba el principio de separación e independencia de los poderes. En su origen, empero se ha de advertir, que el control de la Administración se fundó por razones de interés público y no por razones de defensa de los sujetos privados; interesaba a los órganos centrales la observancia y el respeto de la legalidad. De acuerdo a esta intención, se estimuló que los particulares denunciaran las actuaciones incorrectas de los órganos públicos con el objeto de facilitar el control del aparato administrativo. Así, estos sistemas de control interno se articulan en momentos en que se ejercitan poderes dictatoriales, (*La Terreur*) en los que se aboga por la centralización. El sistema de control interno aparece en la época de poder de los jacobinos y se consolida definitivamente con Napoleón, quien institucionaliza esta forma de autocontrol al crear dos piezas maestras del sistema: el Consejo de Estado (*Le Conseil d'Etat*), de nivel nacional, para informar directamente al Emperador; y los Consejos de Prefectura, de nivel departamental, para informar al Prefecto. Ambos Consejos son órganos estrictamente administrativos a los que se les va a encomendar que despachen las reclamaciones formuladas por los particulares en contra de la actuación ilegal de la Administración. Era inconcebible que se encomendara tal tarea a órganos judiciales. Con el transcurso del tiempo este control se amplía a la protección de los derechos fundamentales individuales. Con la evolución del régimen político-administrativo, se observaron ciertas fallas del Consejo de Estado francés. Así se criticó su carácter meramente consultivo, puesto que como órgano administrativo no tenía autoridad plena para resolver, siendo en definitiva el Gobierno quien resolvía ajustándose o no a la propuesta del Consejo de Estado. Con la revolución liberal de 1848, el Consejo de Estado va a evolucionar modificándose la técnica de la jurisdicción retenida por la llamada jurisdicción delegada, lo que significó que ahora es el Consejo de Estado quien puede resolver y emitir fallos propios, porque para eso tiene una jurisdicción delegada por el Gobierno. El Gobierno, al delegar tal facultad, determinó que el dictamen emitido por el Consejo de Estado tuviera el carácter de vinculante y, por lo tanto, debía respetarlo y cumplirlo. Por otra parte, el Consejo de Estado va a continuar siendo formalmente un órgano administrativo, es decir, no será un órgano encuadrado por el Poder Judicial, pero sus miembros van a conseguir un estatuto de plena independencia y autonomía, por lo que de hecho va a funcionar como si fuera un auténtico tribunal. Es este sistema el que hoy se encuentra vigente, con la sola salvedad de que en 1953 los Consejos de Prefectura fueron sustituidos por los llamados Tribunales Regionales que siguen con el mismo estatuto administrativo que los anteriores.

2. Sistema inglés

El sistema inglés, desde la Carta Magna de 1215, reconoce el fenómeno de la limitación del poder del soberano con gran respeto a la independencia

de juicio de sus jueces. Pareció enteramente normal que en un principio, o desde su origen, el sistema inglés se estructurase sobre la base del *judicial review* de todos los actos, no sólo los del administrativo. En el sistema las Cortes también están a cargo del control constitucional del legislador.

3. Sistemas europeos actuales

Caracterizados en líneas muy simples los principales sistemas, se hace presente que ambos hoy en día han ido siendo superados. Así, en Estados Unidos y en Inglaterra, se han creado tribunales especiales de control administrativo (*administrative tribunals*), en paralelo a los ordinarios; en Francia, la determinación de la responsabilidad por la reparación de los daños ocasionados por el acto nulo pertenece a los tribunales ordinarios dependientes de la Corte de Casación, así también conocen de los litigios derivados de los actos de gestión privada de los servicios públicos y, en general, de los actos de los servicios públicos comerciales o industriales que se rigen por el Derecho Privado. Mientras que la declaración particular de nulidad del acto y otros recursos propiamente administrativos han permanecido bajo el control del Consejo de Estado.

II. SISTEMA CHILENO DE CONTROL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Constitución Política de 1925

La Constitución de 1925 suprimió al Consejo de Estado establecido en la Carta de 1833, y en su artículo 87 dispuso: "*Habrán tribunales contencioso administrativos, formados por miembros permanentes para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias, políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o por las leyes. Su organización y atribuciones son materias de ley*". Dicha ley nunca se dictó y de manera reiterada constante y uniforme los tribunales ordinarios se declararon incompetentes para conocer de lo contencioso administrativo.

2. La Constitución de 1980

La Constitución de 1980 mantuvo la referencia a los tribunales contencioso administrativos en su artículo 38 inciso 2º y dispuso: "*Cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades podrá reclamar ante los tribunales en lo contencioso administrativo que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiese causado el daño*".

3. Reforma Constitucional de 1989

Con la Ley de Reforma Constitucional de 1989, se eliminó del texto constitucional la referencia a lo contencioso administrativo, por lo que en la actualidad, la referida norma expresa: *“Cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiese causado el daño”*.

Por cierto, a la fecha no se han creado tribunales especiales para el conocimiento de lo contencioso administrativo. Lo que sí ha sucedido es que al tenor de la disposición constitucional los tribunales ordinarios se han reconocido como competentes para el conocimiento de este tipo de litigios, solucionando cualquier dificultad interpretativa.

Si es posible reconocer que, en paralelo con el sistema de control general y supletorio de lo contencioso administrativo –ejercido por los tribunales ordinarios en juicios de nulidad y responsabilidad extracontractual en procedimientos de lato conocimiento, en primera instancia por los jueces de letras de mayor cuantía en lo civil, y en segunda instancia por la Corte de Apelación- concurren algunos procedimientos especiales. En primer lugar, la ventilación de juicios contenciosos administrativos en sede de protección constitucional, conocidos en primera instancia, por las Cortes de Apelación, al existir actos ilegales o arbitrarios de las autoridades que conculquen alguna de las garantías protegidas por el recurso. Además, existen una serie de procedimientos administrativos especiales⁵, algunos de los cuales son conocidos por Tribunales que forman parte de la Administración, v.g. SVS en su calidad de tribunal arbitral especial; otros que son conocidos por Tribunales Ordinarios en procedimientos especiales, v.g. el recurso de ilegalidad de los actos de la Administración, el cual es conocido en primera instancia por las Cortes de Apelación.

III. CONCLUSIONES

Cada país ha adoptado distintas soluciones, pero lo interesante a efectos de esta investigación, es que, en general, se ha comprendido la necesidad del establecimiento de tribunales especiales con amplia competencia

⁵ Lamentablemente no ha sido actualizada la interesante obra Recursos jurisdiccionales y administrativos especiales de Núñez (1966).

para controlar los actos de la Administración⁶, con fuerte tendencia hacia la independencia. Así por ejemplo: (a) el caso francés cuyo Consejo de Estado, no obstante, inserto en la Administración, ha logrado erigirse como un tribunal independiente e imparcial (lo mismo ocurre en Italia); (b) en Alemania son tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial; y finalmente, (c) hay países como España en que se trata de tribunales con competencia especial que forman parte del Poder Judicial.

SEGUNDA PARTE. HACIA LA CREACIÓN DE TRIBUNALES Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALIZADOS EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I. ¿IGUALDAD O DESIGUALDAD REAL EN LA RELACIÓN SUSTANTIVA?

La respuesta a la pregunta precedente es, a nuestro juicio, clave para reconocer la necesidad de tribunales y procedimientos especiales en lo contencioso administrativo.

Tal como se expone en la primera parte de este artículo, la historia del procedimiento contencioso administrativo francés, y en general, de lo contencioso administrativo en el resto del mundo, puede ser representada o sintetizada como la histórica lucha por la obtención de la igualdad⁷ de la Administración al ciudadano, tanto en la formación del acto administrativo⁸, como de frente a los tribunales, y del reconocimiento de la posibilidad de que efectivamente pueda existir un control jurisdiccional cabal sobre la misma. Ha sido una lucha por la acción y por el derecho a unos tribunales con poder de control sobre el soberano.

En este sentido, la igualdad ante la ley y la igualdad en el ejercicio de los derechos, aparecen como una de las justificaciones político-jurídicas más

⁶ Como destaca, GARCÍA DE ENTERRÍA (1979) p. 97, "el poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable. A ello llevan otras razones de principio que no es este el momento oportuno para puntualizar, pero, por de pronto, una razón básica es que no es un poder soberano".

⁷ BOCKANG (2006) p. 28, enfatiza que "la igualdad en los procedimientos administrativos comprende una afirmación básica: sus disposiciones son aplicadas igualmente a todos sus destinatarios. Sin distinciones ni de carácter textual ni interpretativas, ni de otra índole".

⁸ De acuerdo a BERMÚDEZ (2006) p. 24, "la igualdad jurídica o más concretamente la igualdad de medios jurídicos (*waffengleichheit*) se debe traducir a una similitud de oportunidades que tanto la administración pública como los particulares interesados deben tener en el planteamiento, defensa y prueba de sus intereses".

esenciales de esta lucha. Se trataba de lograr que los tribunales tuviesen competencia para revisar los actos de la Administración, poniéndola al mismo nivel que los administrados. Fue una lucha relevante y esencial, si se quiere calificar de algún modo.

Sin embargo, nos parece que se ha estado tan ocupado en hacer evidente la necesidad del juzgamiento de la Administración por parte de los tribunales, que no ha existido tiempo para examinar los procedimientos y los principios rectores de los tribunales por los cuales ese control se realiza efectivamente día a día.⁹

Ahora que ya se ha logrado conquistar estrados que se reconocen como capaces de ejercer ese control jurisdiccional sobre la Administración, parece conveniente seguir profundizando esa lucha por la igualdad, llevando la discusión hacia el plano de las realidades y no continuar con las ficciones.

Para ello, y considerando que mi mundo es el Derecho Procesal, interpele a los colegas administrativistas, analizar y responder, si al tenor de la observación de la realidad (aún suponiendo que el anhelo del control general jurisdiccional sobre la administración se cumpliera), ¿es efectivo que existe en el sustrato de la relación administrado-Administración una igualdad real entre ambos? La pregunta podría ofender, pues la respuesta pareciera ser obvia: no existe real igualdad.

Consideramos que el ciudadano está frente a la Administración, monstruo todopoderoso; debido a la falta de mecanismos claros de control jurisdiccional distintos al –cada vez más restringido jurisprudencialmente¹⁰– recurso de protección; una Administración, que enfrentada a un litigio menor, trae a colación serie de excusas y prácticas dilatorias, y que una vez en la arena litigiosa, no trepida en desplegar ingentes cantidades de recursos, en defensas legales y en la producción de pruebas y testimonios, simplemente fuera del alcance del particular; un Consejo de Defensa del Estado que no transa prácticamente extrajudicialmente, no obstante, lo obvio de algunas pretensiones, y que ejercita hasta el último de los recursos procesales para evitar la responsabilidad del Estado, no obstante que implique avasallar con la contraparte particular, pues entiende que así defiende los intereses de Chile.

⁹ En rigor, tal vez lo que ha sucedido, más que falta de tiempo, es simplemente que al no existir un control general de la Administración, no tenía sentido preguntarse acerca de las características que debía tener ese control.

¹⁰ Declarado inadmisibles por las Cortes de Apelación por razones cada vez más sofisticadas y quizás cuestionables.

Entonces, si existe esta tremenda desigualdad real de recursos, ¿no será conveniente, prudente y necesario generar un estatuto procesal tutelar que se haga cargo de la indefensión de los ciudadanos de frente a la Administración y que reconozca garantías procesales, distintas al equilibrio clásico de pretensiones que funda nuestros procedimientos civiles?

Pareciera que en lo referente a la desigualdad real de las partes sujetos de la relación jurídica Administración-administrados, es del todo procedente su analogía con la relación laboral o con la relación de familia. El reconocimiento de esa desigualdad real, en los planos mencionados de modo ejemplar, no sólo ha generado estatutos sustantivos de protección de los trabajadores (Código del Trabajo) o de los menores (Derecho de Familia), sino especialmente, sobre todo en los últimos años, ha devenido en el reconocimiento de la necesidad imperiosa de que existan procedimientos y tribunales especiales que se hagan cargo de esa realidad de desigualdad.

Plantear que el procedimiento contencioso administrativo chileno (supletorio general del recurso de protección y de los contenciosos especiales, como los procedimientos tributarios y el reclamo de ilegalidad municipal) pudiera ser el procedimiento ordinario de mayor cuantía¹¹, regulado en el Libro II de nuestro Código de Procedimiento Civil, y las disposiciones comunes a todo procedimiento existentes en el Libro I del mismo Código, resulta francamente impresentable.

Es necesario aquí desterrar de plano esa discusión académica acerca de si el recurso de protección es o no un buen sustituto de la falta de un contencioso administrativo ordinario, pues esa no es la discusión actual, no es el problema real a resolver, sino el problema de la estructuración de la litigación administrativa sobre la base del juicio ordinario a través de las acciones de nulidad de Derecho Público y las de indemnizaciones en juicio ordinario.

Sería ideal que el recurso de protección fuera la solución efectiva a la falta de un juicio contencioso administrativo, pues si bien es criticable la utilización de la protección como recurso de ataque, se ha de reconocer que significó un gran avance en la lucha contra las potestades del soberano. Mientras las Cortes de Apelación no renegaban de conocer estos recursos, por cierto, se trató de una discusión pertinente, pero ya hace tiempo este recurso pasó en la práctica a ser declarado inadmisibles por la judicatura por una serie

¹¹ Al igual que su pariente el Juicio de Hacienda cuando se demanda al Fisco.

de líneas jurisprudenciales de dudosa legalidad.¹² Por lo que este recurso se ha tornado absolutamente insuficiente como mecanismo de control efectivo, desviándose la práctica a la interposición de la acción ordinaria de nulidad de Derecho Público y de las acciones de indemnización de perjuicios en procedimientos ordinarios de mayor cuantía (o de hacienda) ante los Jueces de Letras en lo Civil de primera instancia¹³.

El Código de Procedimiento Civil es el correlato adjetivo de los principios inspiradores del Código Civil. La relación civil tradicional matriz de la Codificación suponía la igualdad real de las partes. Se trata, por lo demás, de la base matriz del pensamiento liberal revolucionario: la igualdad como supuesto no sólo jurídico, sino político, y particularmente, económico. Así entonces, el Código de Enjuiciamiento, se hizo cargo de tal realidad y estableció un meticuloso sistema de equilibrio procesal, prácticamente absoluto, con un juez.

Desde el punto de vista orgánico basado en principios: (a) principio dispositivo, es decir, con una restricción al máximo de la labor oficial o inquisitiva del magistrado, con el fin de evitar la parcialidad; (b) principio de competencia común, es decir, que los tribunales en principio pueden conocer de todas las materias sin necesidad de especialización, pues los estatutos especiales tendían a ser desconocidos.

Desde del punto de vista procesal funcional, (a) garantiza la bilateralidad de la audiencia, no sólo a nivel de emplazamiento, sino a través de todo el procedimiento, con la incorporación de numerosas etapas de discusión y derecho a recursos latos; no importando, que desde el punto de vista práctico, ello significase efectivamente mayor retardo en la decisión, (b) hace primar absolutamente el principio de prueba legal o tasada, esto es, el principio de legalidad en materia probatoria, con fijación total de los medios de prueba, de la forma como producirlos y de su valoración, y (c) finalmente, dificulta de admisión de mecanismos auto-compositivos de solución negociada de las controversias.

¹² Como esa por cuya virtud se declaran inadmisibles miles de recursos de protección, "por existir otras vías procesales para reparar el daño", cuando la Carta es expresa en que el recurso es sin perjuicio de otros recursos.

¹³ V.g. la Corte Suprema. *Municipalidad de Peumo con Brown* (1999), considerando 4º, ha indicado que "la acción de nulidad de Derecho Público se ventila ante el Juzgado de letras correspondiente al domicilio del demandado y en un juicio de lato conocimiento".

La existencia de la desigualdad sustantiva en la relación jurídica matriz lleva a abogar por la necesidad de que existan tribunales y procedimientos contencioso administrativos especializados, que tengan a los derechos ciudadanos como centro de protección frente al obrar de la Administración, en una labor y principios, por lo menos análogos, a aquellos, que en reciente data, se han reconocido en otras disciplinas. Parece de rigor reconocer la desigualdad real de partes desde la perspectiva procesal, evitando que ésta menoscabe los derechos fundamentales de los administrados, especialmente, en lo que tiene relación v.g. con el debido proceso.

II. PRINCIPIOS PROCESALES RECTORES PARA LA CREACIÓN DE NUEVOS TRIBUNALES CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS EN CHILE

En las líneas siguientes proponemos un debate de *lege ferendae*, tendiente al establecimiento de los criterios básicos para fundamentar las bases normativas de los nuevos tribunales y procedimientos contencioso-administrativos que proponemos. En estricto rigor, puede afirmarse que esta es una continuación de un debate que ha estado siempre presente en nuestra doctrina jurídica, sin embargo, la novedad, tal vez, está en su presentación desde una óptica diferente, no tan centrada en el derecho al control jurisdiccional sobre la Administración, ni en el recurso de protección como alternativa supletoria de la falta de tribunales especiales de lo contencioso administrativo para dar las debidas garantías a los derechos de los administrados de frente a la Administración, sino se enfoca en la racionalidad y en la justicia de los procedimientos establecidos por la ley para la realización de dicho control jurisdiccional.

Se trata de buscar desde la realidad y desde los principios matrices propios del Derecho Administrativo, principios procesales que sirvan de base para el establecimiento en Chile de tribunales y procedimientos especializados en lo contencioso administrativo. La técnica a utilizar será recurrir a las teorías procesales de las bases de la jurisdicción y de los principios formativos de los procedimientos. Además, nos valdremos de algunas notas que hemos encontrado en la doctrina extranjera europea más reciente sobre este punto.

Los principios rectores que se proponen, son los siguientes: 1. Principio de independencia. 2. Principio de especialización, y no competencia común u ordinaria. 3. Principio pro administrado. 4. Principio de concentración. 5. Principios de inquisitividad y de contradictoriedad. 6. Principio de tutela judicial efectiva. 7. Principio de facilitación de recursos profesionales. 8. Otros principios complementarios, tales como: inmediatez, limitación de mecanismos de impugnación, facilitación de legitimación popular, facilitación de intervención adhesiva o excluyente de instancias colectivas de participación

ciudadana respecto del acto atacado, flexibilización de medios probatorios, reconocimiento de métodos alternativos de solución de conflictos.

1. Principio de independencia

No parece acorde con el principio de la independencia la existencia de órganos administrativos con facultades de autorevisión de sus actuaciones administrativas, que además se autodenominen Tribunal. No se discutirá en este trabajo, si resistía el principio de separación de poderes el que los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos hayan sido en Chile una primera instancia de justicia tributaria. Sin embargo, en general, nos parece que no hay nada más cercano a un no-tribunal que aquel en el cual un mismo sujeto de derecho se controla.¹⁴

Los tribunales contencioso administrativos deben ser independientes del órgano administrativo que juzgan. Esto se podría hacer, (a) creando tribunales administrativos generales con una estructura análoga al Poder Judicial, pero desmembrados de relaciones jerárquicas y de responsabilidad del órgano administrativo a ser juzgado, (b) creando una línea de especialización al interior del Poder Judicial, (c) finalmente, hay quienes han propuesto una vía "autonómica"¹⁵, o no dependiente de ninguno de los poderes clásicos.

2. Principio de especialización y no competencia común u ordinaria

Cualquiera que fuese la forma de estructurar esta nueva judicatura, es claro que su competencia no ha de ser común u ordinaria, sino especializada. Si se optara por la alternativa de crear Tribunales de lo contencioso administrativo bajo el alero del Poder Judicial, no puede ser una atribución más que se entregue a los Jueces de letras en lo Civil, sino que debiesen crearse tribunales especiales con competencia específica y conocimientos especializados, tal como ha ocurrido respecto de los nuevos Tribunales de Familia, o con los Tribunales del Trabajo.

La primera instancia no puede quedar radicada en Tribunales Ordinarios de competencia común, pues los Jueces de Letras en lo Civil tienen una vocación civil de Derecho Privado, los inspiran principios dispositivos y ven a las partes como iguales. El método para enfrentar la resolución de los problemas jurídicos traídos a su jurisdicción, evidentemente, también es diversa, así por

¹⁴ Cfr. DEGOFFE (1996) p. 135: "*le concept de juridiction est lié intimement à celui d'indépendance: l'on ne saurait concevoir une juridiction dépendante*".

¹⁵ Vid. PITTO (1976) p. 52.

ejemplo, mientras el Derecho Civil se presenta en su mayor parte codificado, el Derecho Administrativo presenta altos niveles de dispersión normativa, resultando de difícil sistematización, por lo que requiere de altos niveles de preparación, sus normas, como normas de Derecho Público, tienden a ser indisponibles, mientras que las civiles presentan rasgos supletorios de la voluntad de las partes. El Derecho Civil tiene un sistema de sanciones propias que no debe ser confundida con las sanciones de derecho administrativo, v.g. no es equiparable la nulidad de Derecho Público con el sistema de nulidad de derecho civil.

En las bases del Derecho Privado está la idea de que los sujetos de derecho pueden hacer todo lo que no está expresamente prohibido, mientras que el Derecho Público tiene normas de clausura que exige a sus sujetos de derecho obrar de la manera prescrita por la ley y previa investidura regular de las autoridades. En el Derecho Privado suele haber participación consentida de todos los obligados en la producción de la regla y contenido obligacional, mientras que en el Derecho Público los obligados reconocen a determinados sujetos la posibilidad de obligarlos unilateralmente.¹⁶ No hay igualdad en la relación jurídica matriz; hay más bien subordinación.¹⁷ Las fuentes formales de expresión de reglas vinculantes suelen ser diversas, en el Derecho Público está la regulación legal y administrativa, mientras que en el Derecho Privado los actos y contratos son una fuente primera de reconocimiento de vinculación¹⁸. El recurso a la aplicación analógica de principios y normas civiles para solucionar vacíos legales en el Derecho Administrativo debe ser efectuado

¹⁶ Esta sería la única diferencia formal que Hans Kelsen (1995) reconocería a ambos tipos normativos, la que en todo caso sitúa al interior del sistema jurídico, por oposición a los que promueven su carácter dicotómico *ex ante* el derecho positivo.

¹⁷ De acuerdo a Bobbio (2004) p. 15, *"al ser el derecho un ordenamiento de relaciones sociales, la gran dicotomía público/ privado se duplica primeramente en la distinción de dos tipos de relaciones sociales: entre iguales y entre desiguales. El Estado, y cualquiera otra sociedad organizada donde hay una esfera jurídica pública, no importa si es total o parcial, está caracterizado por relaciones de subordinación entre gobernantes y gobernados, esto es entre detentadores del poder de mandar y destinatarios del deber de obedecer que son relaciones entre desiguales; la sociedad natural como fue descrita por los iusnaturalistas, o bien la sociedad de mercado en la idealización de los economistas clásicos, en cuánto son tomadas normalmente como modelos de una esfera privada contrapuesta a la esfera pública, están caracterizadas por relaciones entre iguales o de coordinación."*

¹⁸ Como lo destaca Bobbio (2004) p. 18, citando a Cicerón, *"el Derecho Público consiste en la lex, en el senatus consultus, y en el foedus, el Derecho Privado en las tabúlam en los pactum conventum y en las stipulatio. Particiones oratoriae, 37, 131. Cicerón"*.

con cautela¹⁹. El Derecho Administrativo, además, tiene principios propios absolutamente diversos de los civiles.

Muchas de las dificultades anteriormente anotadas han ido siendo superadas, hoy hay una Ley de Bases Generales de la Administración, por lo que el recurso al Código Civil resulta menos claro; se ha ido generando un excelente cuerpo de doctrina administrativa con presencia de Doctores y Revistas de primer nivel; en otros países, y cada vez con más fuerza en la Cátedra de Derecho Civil se ha dado paso a estudios particulares de Derecho Privado, y la cuestión del método está reservada a un ramo de Teoría del Derecho; también se ha morigerado la cuestión ideológica comprendiendo que de lo que se trata no es de hacer política especulativa, sino de reconocer las diferencias entre las disciplinas y, por tanto, de normas aplicables. Sin embargo, continúan faltando los tribunales especializados y se aprecia, ya que en definitiva el Derecho aplicable es aquel que las sentencias de los tribunales determinan reconocer. Efectivamente, se puede constatar que ello ha producido efectos concretos, v.g. existen sendos errores jurisprudenciales generados por Tribunales Ordinarios no especializados (Jueces de letras, Cortes de Apelación e, incluso, Corte Suprema) ocasionados por la falta de especialización y por esta vocación civilista²⁰: 1. El derecho a la carrera funcionaria y la estabilidad en el empleo que garantiza la Constitución en su artículo 38, como también la ley de bases generales de la administración del Estado, la ley de municipalidades, y el estatuto administrativo para funcionarios municipales, en cuanto a que el empleado no puede ser privado de su cargo sino por las causales que la ley contempla y conforme al procedimiento que ellas señalan, importa una especie de propiedad garantizada como bien incorporal por este artículo²¹; 2. Habiéndose dado cumplimiento a todas las normas legales, reglamentarias y bases del concurso que se llamó para proveer el cargo de docente directivo, el Alcalde no estaba autorizado legalmente para declarar desierto el concurso, incurriendo en un acto ilegal que vulnera el derecho de propiedad,

¹⁹ MODERNE (2005) p. 152.

²⁰ Se ha escogido a propósito estas sentencias, vertidas en el marco del conocimiento del recurso de protección, pues privatizan el Derecho Administrativo. En descargo de nuestros tribunales digamos que el problema que ellos enfrentan es precisamente que de no encuadrar el recurso dentro de una garantía protegida por la acción de protección (léase derecho de dominio, por ejemplo) el recurrente queda en indefensión. Por ello, la técnica de los litigantes y de los jueces si bien criticada, debe ser comprendida como un esfuerzo extremo y pretorio para no dejar en indefensión precisamente a los ciudadanos frente a violaciones flagrantes de sus derechos.

²¹ Corte de Apelaciones de Santiago. *Díaz con Contralor General de la República y otro* (1995).

en cuanto priva al reclamante de un derecho incorporal a ser designado en el cargo de Director²²; 3. La norma del artículo 7 de la Constitución en que se hace descansar la presunta imprescriptibilidad adquisitiva es similar a la del artículo 10 del Código Civil, y establecen idéntico tratamiento para los actos que contravengan prohibiciones legales. La afirmación de que no cabe aplicar en materia de Derecho Público normas de Derecho Privado, a falta de texto legal específico, resulta carente de toda sustentación en la sistematización jurídica nacional²³.

3. Principio pro administrado

Parece evidente que uno de los principios procesales que debiesen inspirar la labor procesal del nuevo tribunal especializado en lo contencioso administrativo que proponemos para el país sea efectivamente el principio de la interpretación más favorable del derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos. Efectivamente, el administrado está en una relación de total desequilibrio real frente al poderoso obrar de la Administración. Este desequilibrio no termina con la incorporación del litigio en un proceso, al contrario, se sigue expresando con toda intensidad. Una de las técnicas que el Derecho Procesal utiliza y reconoce para regular legislaciones especiales en donde existe una parte que es desigual respecto de la otra, es precisamente la de generar un contrapeso procesal que permita sostener que frente a una multiplicidad de interpretaciones normativas diferentes, la que el tribunal debe preferir es aquella que sea más favorable al derecho de los ciudadanos, en este caso, del administrado. Esto no sólo porque es de responsabilidad de la Administración siempre subordinar sus actuaciones por el camino que cause un menor daño, sino porque no se debe olvidar que el Estado está al servicio de la persona humana y no al revés. No se trata, aclaremos, de superponer el interés individual por sobre el difuso interés general, sino de conciliarlos, y de entender que lo que se busca no es avasallar sino de equilibrar las posiciones.

4. Principio de concentración

Ha dicho el Tribunal Constitucional Español que: "*desde el punto de vista sociológico y práctico puede afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva*"²⁴. Ya tendremos oportunidad de referirnos a la disposición de la Constitución Española que consagra

²² Corte Suprema. *Mansilla contra Contralor Regional de Aysén* (1998).

²³ Corte Apelaciones Santiago. *Peña con Fisco* (1999).

²⁴ *Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 26/1983*.

el principio de la tutela judicial efectiva. En este momento, sólo queremos expresar que la idea de que lo contencioso administrativo deba ser ventilado en un procedimiento ordinario de mayor cuantía, realmente se expresa en una carga que hace inviable la litigación ciudadana. Se trata de un proceso cuya fase de discusión consta de cuatro escritos principales: demanda, contestación, réplica y dúplica; con un término probatorio ordinario de 20 días y con apelación general de las interlocutorias, así como con posibilidad suspensiva de la sentencia definitiva de primera instancia²⁵. Con ilimitado acceso a la Excma. Corte Suprema por la vía de la casación. La nulidad procesal resulta bastante protegida, con posibilidades de su utilización mediante diversos mecanismos de impugnación, tales como excepciones dilatorias, incidentes de nulidad procesal (en el caso de la incompetencia absoluta sin plazo), y recursos de casación en la forma. En este procedimiento, resulta obligatoria la presencia de abogados y de auxiliares de la Administración de Justicia, cuyos honorarios deben ser asumidos por las partes. Se trata entonces de un régimen que ahoga y coarta y que tiende a imponer por sofocación la solución de la Administración. En conclusión, la ventilación de la pretensión contencioso administrativa en juicios de lato conocimiento, por oposición a juicios más concentrados, de una o dos audiencias, desincentiva seriamente la posibilidad de recurrir al control jurisdiccional y se erige en una herramienta injusta para el administrado, y a favor de la Administración que cuenta con toda un aparataje orgánico para la defensa de sus casos.

5. Principios de inquisitividad y de contradictoriedad

Se ha dicho a lo largo de este estudio que el procedimiento civil funciona sobre la base del principio dispositivo. En efecto, el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales señala que *“los tribunales no pueden ejercer su ministerio, sino a petición de parte, salvo los casos legales”*. Se ha de considerar que en el concepto de las ideas de la ilustración todo lo que tuviera relación con inquisición, es decir, con la actuación de oficio por parte de los tribunales era sinónimo de parcialidad, de intervención judicial, recordándose así los abusos incurridos por el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición. Por tanto, el juez debe ser un ser pasivo, la iniciación y desarrollo de la litis depende de las partes e incluso la determinación precisa del objeto litigioso, bajo sanción de ultra petita si el tribunal da más de lo pedido o incluso de infra petita si no se pronuncia sobre todo lo que las partes le han planteado.

²⁵ CEJA (2002-2003) p. 17, según la Corporación Administrativa del Poder Judicial, la duración promedio de un juicio tramitado de acuerdo a las normas del procedimiento civil ordinario, el año 2002, era de 509 días.

El juez, aunque observe que una parte no lo está actuando adecuadamente, o que está quedando desprotegida, no puede intervenir.

¿Cómo explicar, entonces, que leyes especiales admitan una intervención del juez en el marco del desarrollo de la litis, de la admisión de prueba, o de la determinación de la necesidad de medidas cautelares de oficio? Simplemente, porque esas legislaciones especiales entienden que el juez debe asumir una labor tutelar de la parte más débil. *“Que el juez administrativo dispone de un poder inquisitivo debe constituir una garantía para el justiciable, como una manera enérgica de poder de reestablecer el equilibrio en las relaciones no igualitarias existente entre la administración y el administrado”*²⁶. Se trata de reconocer la inmensa prudencia de que un juez letrado cuente con la facultad de proteger las garantías procesales de un humilde campesino iletrado que lo único que pide es la defensa de su derecho de aguas frente a una resolución administrativa manifiestamente ilegal y arbitraria.

En cuanto a la extensión, debe hacerse presente que toda la doctrina está conteste en que el procedimiento debe tener rasgos inquisitoriales, manteniendo por cierto el derecho al contradictorio. La extensión del ámbito o extensión de lo inquisitorial: *“El Sr. Denaix de Sain Mac el Labetoulle estima que el carácter inquisitivo debe importar para el juez el poder de fijar la duración de la instrucción, de usar a su criterio, diferentes elementos para lograr su convicción, de determinar la carga de la prueba de los hechos del juicio”*.²⁷

Debemos sí reconocer, y hacer presente, que en países en los que se ordena precisamente la aplicación supletoria expresa de las leyes de enjuiciamiento civiles en el silencio de los procedimientos administrativos a lo contencioso administrativo, este principio tiende a ceder por el viejo principio de la dispositividad de las partes²⁸.

²⁶ DEGOFFE (1996) p. 258, traducción nuestra de *“Que le juge administratif dispose d’un pouvoir inquisitorial devrait constituer une garantie pour le justiciable, celle de voir son juge agir manière énergique por rétablir l’équilibre dans del relations prétendues inéglitaires entre l’admnracion et l’admnnistre.*

²⁷ *Ibidem.*, traducción nuestra de *“MM Denaix de Saint Mac et Labetoulle estiment que le caractère inquisitorial emporte pour le juoge re pouvoir de faxer la dureé de l’instruction, d’user, à son gré, de différents moyens pour établir sa conviction, d’intervenir meme pour nuancer la détermination de la charge de la preuve.”*

²⁸ V.g. la doctrina española enfrentada a disposiciones de esa naturaleza establece el principio dispositivo como general, y el inquisitivo limitado a casos excepcionales, así lo indica, GIMENO (1992) p. 43.

6. Principio de tutela judicial efectiva

Este principio se manifiesta, (a) orgánicamente, en la necesidad de reconocer una amplia competencia²⁹ al control jurisdiccional sobre los actos dañosos de la Administración³⁰, y (b) en la desformalización procedimental³¹. A modo de ejemplo a seguir, señalemos que la tutela judicial efectiva, se encuentra consagrada en el artículo 24 de la Constitución Española³², presentándose a modo de garantía procesal general, lo cual ha generado jurisprudencia específica del Tribunal Constitucional relativa a sus efectos en la regulación del procedimiento contencioso administrativo, v.g. ha sentenciado que *“constituyen un atentado al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva aquellos obstáculos que pueden estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalizando, y que no se compaginen con el derecho a la tutela a la justicia o que no aparezcan justificados proporcionales conforme a las finalidades para que se establecen”*; y que *“las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la justicia, garantizando el acierto de la decisión jurisdiccional: jamás como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento de sentencia acerca de la cuestión de fondo,*

²⁹ En este aspecto de amplia competencia, nos parece perfectamente sostenible que la redacción del artículo 38 de la Carta, es absolutamente compatible y permitirá sostener que en materia de amplitud de competencia del control jurisdiccional sobre la Administración, nuestra Constitución admite la recepción del principio de tutela judicial efectiva.

³⁰ Así, destaca MEYER (1993) p. 282, que *“la jurisdicción administrativa alemana está diseñada en términos muy amplios y se articula a través de los Tribunales administrativos generales, los tribunales sociales y los financieros. A todo ciudadano le asiste el derecho constitucional a acceder a la jurisdicción (art. IV. GG, derecho a la tutela judicial efectiva) cuando estime que los poderes públicos le han lesionado en sus derechos”*. Esta idea, ha sido, de acuerdo a BACIGALUPO (1997) p. 102, reconocida por los Tribunales Alemanes. *“De este modo en Alemania el Tribunal Constitucional federal ha entendido que el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 19.4 de la ley fundamental de Bonn, se deriva un derecho subjetivo de los ciudadanos a un control jurídico y fáctico plenario de las actuaciones administrativas que les afecten sus derechos.”*

³¹ RIVERO (1993) p. 222, señala al respecto que *“la relativización de los requisitos formales especialmente la aplicación ponderada de los requisitos formales que provoque la inadmisión del recurso y el principio pro actione son ya criterios de interpretación del tribunal constitucional que han de incidir de forma decisiva en la configuración del proceso contencioso administrativo.”*

³² Artículo 24. 1 de la Constitución de España: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*. El principio, también se encuentra consagrado en otras cartas, vid. v.g., artículo 19.4 de la Carta de Bonn.

y así obstaculizar la actuación de lo que constituye la razón misma de ser de la Jurisdicción".³³

Otra de las manifestaciones del principio de la tutela jurisdiccional efectiva es el principio antiformalista en la admisibilidad de los recursos, que intenta poner fin a una jurisprudencia exageradamente formalista que conducía a inicuas situaciones al haber inventado requisitos de admisibilidad absurdos, carentes de todo sentido.

Este principio constitucional ha sido recogido en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, la cual señala que: "*Los Juzgados y de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsane por el procedimiento establecido en las Leyes*".

Doctrinalmente se ha dicho que el principio obliga a los Juzgados y Tribunales de los distintos órganos judiciales y, por tanto, también, a los del orden contencioso administrativo a: (a) Interpretar las normas del Ordenamiento procesal en el sentido más favorable a la admisibilidad de la pretensión y, por tanto, a dictar sentencia sobre la cuestión de fondo, (b) No declarar la nulidad de actuaciones por defectos subsanables, sin dar oportunidad a la parte de subsanación, y (c) Limitar las nulidades en lo posible, no extendiéndola a actos sucesivos que fueren independientes ni a aquellos que hubieren permanecido inalterables, aunque no se hubiese cometido la infracción. Finalmente también hay doctrina que señala que el principio se expresa en la no generación de doctrinas judiciales de inadmisibilidad de los recursos de casación.³⁴

7. Principio de facilitación de recursos profesionales

Para quienes no han enfrentado un litigio con la Administración la necesidad de que exista una defensa orgánica de las personas pudiera parecer

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 90/1983.

³⁴ Tal doctrina no cuenta con respaldo del Tribunal Constitucional español, el cual ha señalado que en el momento de la admisión de los recursos contra las resoluciones judiciales no cabe una interpretación del principio *pro actione* tan amplia como cuando se trata de interpretar las normas reguladoras de los supuestos de admisibilidad para la iniciación del proceso, porque, en definitiva, el ciudadano ya tuvo una respuesta judicial a su pretensión.

excesiva, pero no lo es. No se trata de eliminar el recurso a los abogados –idea seguida a los inicios de la reforma de los juicios de familia– sino reconociendo que el no acceso a los mismos resulta un arma lesiva en contra del más débil, generar el derecho a abogados con cargo al erario nacional que permitan enfrentar con paridad de medios la frondosa estructura burocrática de la Administración. Idea que ha sido recogida en diversos países, por diferentes vías: mediante la representación gratuita de los ciudadanos por procuradores generales, por fiscalías públicas, por el Ombudsman³⁵.

Esta figura resulta de interés no sólo por la gratuidad del oficio, sino porque se los dota de facultades investigativas, cual fiscal administrativo con poder de requerir información a la Administración bajo sanción legal. Efectivamente, resulta evidente que el diálogo con las agencias gubernamentales y el acopio y análisis de información resulta árido e imposible para el ciudadano común y corriente.

8. Otros principios complementarios

Hemos expuesto los grandes trazos de lo que nos parece debiese ser el nuevo sistema de justicia contencioso administrativo chileno. No por eso dejamos de anotar otros principios complementarios relevantes en cuanto colaterales de los expuestos, tales como:

A) *PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN*. Siempre es preferible un juez presente que uno ausente. El juicio ordinario es un procedimiento escrito en el cual rara vez se produce un contacto directo del juez con las partes.

B) *PRINCIPIO DE LIMITACIÓN DE MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN*. Manifestación del principio de desformalización. Resulta evidente que la posibilidad de introducir recursos implica una mayor dilación en la solución definitiva del caso.

C) *PRINCIPIO DE FACILITACIÓN DE LEGITIMACIÓN POPULAR*. Una de las barreras procesales típicas de la litigación civil es la legitimación procesal, el acreditar interés. A fin de evitar esa barrera se ha recurrido, por ejemplo, a las acciones populares que no exigen acreditar perjuicio con el acto atacado.

D) *PRINCIPIO DE LA FACILITACIÓN DE LA INTERVENCIÓN ADHESIVA O EXCLUYENTE DE INSTANCIAS COLECTIVAS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA RESPECTO DEL ACTO ATACADO*. El artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, que exige a los terceros en juicio acreditar interés no facilita la intervención de otros ciudadanos que

³⁵ Esta es la mejor opción de acuerdo al autor AL- WAHAB (1979) p. 13.

podiesen tener intereses coadyuvantes y especialmente excluyentes con los pretenses. La nulidad de derecho público de un acto de la Administración puede tener un sustrato de aplicación material directo o por la vía de precedente administrativo bastante extenso. Debe establecerse la posibilidad de que otros ciudadanos se incorporen al debate.

E) PRINCIPIO DE FLEXIBILIZACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS. El juicio ordinario establece un sistema de prueba legal o tasada. Los medios probatorios son los que taxativamente señala la ley, la forma de producirlos en juicio también está reglada, y finalmente, también hay normas sobre el valor o apreciación comparativa de medios divergentes. Si hemos adoptado el sistema de sana crítica para analizar la responsabilidad penal de los ciudadanos, ¿por qué tanto rigor con la responsabilidad fiscal?

F) RECONOCIMIENTO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Debe facilitarse la posibilidad de la concurrencia de equivalentes jurisdiccionales, reconociendo a autoridades de la Administración facultades para la solución de conflictos. Para proteger el interés fiscal pudieran limitarse esas facultades a determinados efectos o sanciones o montos a pagar. La idea generalizada y tal vez errada de que el Estado transa en Chile mediante el acuerdo de la mayoría de los miembros del Consejo de Defensa del Estado supone una concentración de poder absurda.

III. CONCLUSIONES

En el sistema chileno de control jurisdiccional sobre lo contencioso administrativo cambió su paradigma a partir del artículo 38 de la Constitución de 1980, y particularmente, desde su reforma del año 1989, dejó de ser una cuestión problemática la de determinar si los tribunales ordinarios están facultados o no para ejercer control sobre la Administración.

Históricamente el recurso de protección fue utilizado como el mecanismo procesal preferente para el conocimiento de cuestiones contencioso administrativas. Sin embargo, la nulidad de derecho público, la prescripción y otras sanciones han sido objeto de doctrinas jurisprudenciales de inadmisibilidad que impiden, para bien o para mal, que este recurso sea un mecanismo general de solución de este tipo de juicios. La consecuencia directa de esta realidad es que la falta de procedimientos contenciosos especiales sea aplicable el juicio ordinario de mayor cuantía de conocimiento de los Jueces de Letras Civiles de mayor cuantía, en primera instancia, y por salas de Cortes de Apelación, en segunda instancia. Ambos tribunales sin especialización en lo contencioso administrativo.

El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía ventilado ante Jueces de Letras en lo Civil, como procedimiento contencioso administrativo supletorio general –por defecto del cada vez más lleno de barreras de admisibilidad recurso de protección y de los escasos procedimientos contenciosos especiales– resulta un modelo deficitario de justicia administrativa.

El juicio ordinario es un instrumento procesal pensado para la estructuración de la litigación civil, que supone igualdad de las partes, y por lo mismo de los litigantes. Los problemas que se presentan en la aplicación extensiva del Código de Procedimiento Civil a juicios de derecho administrativo, son análogos a los que plantea la aplicación extensiva del Código Civil a esas mismas relaciones. No encontramos igualdad en la relación entre el administrado y la Administración, sino un enorme desequilibrio que nos hace abogar por una modificación integral del proceso contencioso administrativo chileno que de al juez facultades de protección de la parte más débil y reestablezca el equilibrio perdido.

La lucha por la igualdad legal entre el administrado y la Administración debe hacerse cargo de este desequilibrio real a nivel procesal generando nuevos principios con tribunales especializados, e independientes de la Administración, dotados de facultades inquisitivas, con reconocimiento de asistencia legal profesionalizada a favor del administrado, como mínimo, entre otras.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Obras Generales

AL-WAHAB, Ibrahim (1979): *The Swedish institution of Ombudsman: an instrument of human rights* (Stokholm, Liber Förlag) 190 p.

BACIGALUPO, Mariano (1997): *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución* (Madrid, Marcial Pons) 338 p.

BOBBIO, Norberto (2004): *Estado, Gobierno y sociedad: por una teoría general de la política* (México, Fondo de Cultura Económica) 243 p.

BOCKSANG HOLA, Gabriel (2006): *El procedimiento administrativo chileno: estudio analítico y sistemático de coherencia* (Santiago, Editorial Lexis Nexis) 234 p.

CALDERA, Hugo (1979): *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 661 p.

DEGOFFE, Michel (1996): *La juridiction administrative spécialisée* (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence) 559 p.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1979): *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)* (2ª edición, Editorial Civitas) 97 p.

GIMENO, Vicente y otros (1992): *Curso de Derecho Procesal Administrativo* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch) 407 p.

JARA CRISTI, Manuel (1943): *Derecho Administrativo: anotaciones de clases* (Santiago, Chile Artes y Letras) 854 p.

KELSEN, Hans (1995): *Teoría pura del Derecho* (8ª edición, México D.F., Editorial Porrúa) 364 p.

MODERNE, Frank (2005): *Principios Generales de Derecho Público* (Traducc. Alejandro Vergara Blanco, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 301 p.

NÚÑEZ, J. Cristóbal (1966): *Recursos jurisdiccionales y administrativos especiales* (Valparaíso, Alcazar y Sacaluga Editores) 2 vol.

Artículos

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2007): "Funciones y tipología del procedimiento administrativo", *Acto y procedimiento administrativo. Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) pp. 1-17.

CEJA (CENTRO DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS) (2002-2003): *Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002-2003: Chile*, 25 pp. Disponible en < <http://www.cejamericas.org/reporte01ed/rep01-chile.pdf>>, fecha consulta: 18 junio 2010.

FERRADA, Juan Carlos, BORDALÍ, Andrés y CAZOR, Kamel (2003): "El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo", *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile) (vol. XIV): pp. 67-81.

- KELMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2006): "La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 33 n° 1): pp. 17-36.
- MEYER, Hans (1993): "El procedimiento administrativo en la República Federal Alemana", BARRES, Javier (coord.), *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado* (Editorial Civitas S.A.): pp. 281-316.
- MONTERO, Osvaldo (2002): *Recurso de protección como una forma de control de la Administración. Análisis jurisprudencial* (Concepción, Tesis Universidad de Concepción).
- PIERRY ARRAU, Pedro (1991-1992): "Conferencia inaugural. Lo contencioso-administrativo y el recurso de protección", *Revista Chilena de Derecho* (vol. XIV): pp. 155-172.
- PITTO DALMAZZO, Hernán (1976): "Organización de lo contencioso administrativo", AA.VV., *Lo Contencioso Administrativo: ponencias presentadas a las jornadas sobre lo Contencioso Administrativo celebradas en la escuela de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) 68 pp.
- RIVERO YSERN, José Luis (1993): "Vía administrativa y jurisdicción contencioso administrativa", BARRES, Javier (coord.), *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado* (Editorial Civitas S.A.) pp. 201-226.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1991): "El recurso de protección y el amparo de los derechos de las personas frente a las arbitrariedades de la administración del Estado", *Revista de Derecho Universidad Central* (vol. 5 n° 1): pp.185-200.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2005): "El recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contencioso-administrativa especializada. Elementos para el análisis", *Gaceta Jurídica* (n° 297): pp. 7-17.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Nacionales

Código Civil.

Código de Procedimiento Civil.

Código del Trabajo.

Código Orgánico de Tribunales.

Constitución Política de 1980.

Ley n° 18.825, modifica la Constitución Política de la República de Chile. *Diario Oficial*, 17 agosto 1989.

Ley n° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 5 diciembre 1986. Y sus posteriores modificaciones.

Internacionales

Alemania. Ley Fundamental de Bonn para la República Federal Alemana, 1949.

España. Ley 6/1985, Orgánica del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 1 julio 1985. Y sus posteriores modificaciones.

JURISPRUDENCIA CITADA

Nacional

Díaz con Contralor General de la República y otro (1995): Corte de Apelaciones de Santiago, recurso de protección, 28 agosto de 1995, rol n° 1406-95, *Gaceta Jurídica* n° 182, pp. 68-73.

Mansilla contra Contralor Regional de Aysén (1998): Corte Suprema, apelación recurso de protección, 28 julio 1998, rol n° 2300-98, *Gaceta Jurídica* n° 217, pp. 50-57.

Municipalidad de Peumo con Brown (1999): Corte Suprema, casación en el fondo, 5 octubre 1999, rol n° 3288-98, *Microjuris RDJ519*. También disponible en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 93, sección V, pp. 172 y ss.

Peña con Fisco (1999): Corte Apelaciones Santiago, casación en la forma y apelación, 18 enero 1999, rol n° 5681-96, *Gaceta Jurídica* n° 223, pp. 97-106.

Internacional

Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 26/1983, 13 abril 1983, recurso de amparo. Disponible en <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1983-0026>, fecha consulta: 18 junio 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 90/1983, 7 noviembre 1983, recurso de amparo. Disponible en <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1983-0090>, fecha consulta: 18 junio 2010.

LA PROPIEDAD ABSOLUTA DEL CÓDIGO CIVIL: ¿ES LIBRE O FUNCIONAL?*

The Absolute Property in the Civil Code: A Free or a Functional Idea?

CATALINA NOVOA MUÑOZ **

RESUMEN: Este estudio se centra en la evolución que ha experimentado el derecho de propiedad en cuanto a sus límites, especialmente, indaga acerca de la influencia que el constitucionalismo ha tenido en el Código Civil chileno en esta materia. De acuerdo a la autora, de no comprender estrictamente el sentido que el legislador da al artículo 582 del Código Civil, pueden ser considerados contradictorios los límites impuestos por la Constitución Política al dominio, sobre todo en lo que dice relación con la denominada función social de la propiedad y el derecho a disponer arbitrariamente de un bien del cual se es dueño.

ABSTRACT: This study centres on the evolution that has experienced the property rights in relation to its limits, especially, it investigates over the influence that the constitutionalism has had in the Civil Chilean Code in this matter. The authoress thinks that if we

* Estudio realizado bajo la dirección del Dr. Carlos Amunátegui Perelló en el curso *Orígenes de la propiedad* del Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

** Abogado. Doctoranda en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. <cbnova@uc.cl>. *Artículo recibido el 29 noviembre y aprobado el 16 de diciembre de 2010.*

don't understand strictly the sense that the legislator gives to the article 582 of the Civil Code, the limits imposed by the Political Constitution on the domain can be considered to be contradictory, especially in relation with the property social function and the right to have arbitrary a good which one is owner.

PALABRAS CLAVES: derecho de propiedad – límites del derecho de propiedad - función social de la propiedad

KEY WORDS: property right- property right limits – property social function

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo al artículo 582 del Código Civil chileno, se deducen tradicionalmente, las características del derecho de dominio¹, siendo las de ser un derecho de carácter absoluto, exclusivo y perpetuo.

El presente trabajo se centra en el análisis de la primera característica, esto es, su carácter de absoluto que, de modo simple, significa que faculta para gozar y disponer arbitrariamente no siendo contra ley o derecho ajeno. Esta calidad se confronta con la idea que ha existido en torno a que, mediante la fórmula de "arbitrariamente" se le estaría reconociendo un poder soberano al propietario de un bien².

De esta forma, las limitaciones que estableció el legislador, fueron el derecho ajeno y la ley. Ello no podía ser de otra forma si se considera que la convivencia social, exige imponer delineamientos.

Sin embargo, desde hace un largo tiempo, se dice que la sola reglamentación civilista del dominio, no basta para configurar las limitaciones a esta característica del dominio. La razón se encontraría en que, dada la importancia para el desarrollo de un país que tiene la propiedad, ésta ha sido regulada por las Cartas Fundamentales³, en lo relativo a los derechos y garantías.

¹ ARELLANO (1956) p. 503, ALESSANDRI y SOMARRIVA (1974) p. 137.

² ALESSANDRI y SOMARRIVA (1974) p. 138.

³ Se analizan las de 1833, 1925 y 1980, que son las que han estado vigentes desde la dictación del Código Civil.

Esta irrupción constitucionalista encuentra su fundamento en el mismo sistema jurídico y que, por tanto, las normas de inferior jerarquía no deben ser contrarias a lo por ella preceptuado⁴.

En todo caso, pese a tener las concepciones civiles y públicas, aparentemente un carácter opuesto, ello no resulta tan claro y para sostener esta idea, habrá que estudiar de qué manera se han ido configurando estas garantías y cómo se ha visto influenciado la preceptiva civil al respecto.

En ese sentido, puede observarse que la normativa constitucional en ningún caso contradice lo regulado por el Código Civil, sino que más bien lo enfoca desde uno de los ángulos que tiene la propiedad, el cual es, la función social. Para ello, cada vez que se busca identificar una etapa, se cita jurisprudencia, fiel reflejo a la forma en que ambos ordenamientos se han ido adaptando.

II. LA PROPIEDAD LIBRE EN EL CÓDIGO CIVIL

El derecho de propiedad ha ido desarrollándose desde la perspectiva de dos elementos que se encuentran en permanente delineación. Estos son, en primer lugar, el principio de libertad del dominio, con la sola limitación del bien común y, en segundo, aquel que le da prioridad a los intereses colectivos sosteniendo su primacía, restringiendo los derechos del dueño⁵.

Sin embargo, ello no significa que han coexistido permanentemente ambos elementos. En la época inicial de la República de Chile, al parecer, los ideales que inspiraron la Revolución Francesa estaban muy presentes en la mentalidad de los ciudadanos, sobre todo, aquellos que emanaban de la libertad. Este hecho puede confrontarse si se examinan las leyes y obras de autores franceses⁶.

⁴ En todo caso, esta irrupción es, como se verá, un aspecto relativamente nuevo y aún así, no es considerado plenamente. De hecho, hay normas esenciales para la estabilidad del sistema jurídico que podrían considerarse como contrarias a la Constitución Política, pero no por ello se considerarán inconstitucionales, tales como la prescripción adquisitiva en que se priva del dominio sin derecho a indemnización alguna. En otras palabras, una errada concepción del rol de la Carta Fundamental ante el Derecho inferior conduce a ideas tan equivocadas como aquella que señala que las normas inferiores serían innecesarias.

⁵ CORDERO (2006) p. 128.

⁶ LIRA (1944) p. 173. Quien luego de exponer a numerosos autores franceses señala que *“como no es posible en un resumen hacer una relación completa de la evolución de propiedad en las diversas legislaciones, vamos a examinar únicamente el caso de Francia.*

En efecto, no lejano a esta realidad, el Código Civil chileno fue creado, promulgado y entró en vigencia, en tiempos en que se consideraba un imperativo la propiedad libre, sin trabas como único requisito para el progreso económico⁷.

Por dichas consideraciones, el régimen de propiedad del Código Civil chileno, se basa en un *pseudo* absolutismo propietario, que encuentra sus raíces en el Derecho francés. Ello no podía ser de otra manera si se toma en cuenta que la reglamentación francesa está formulada bajo un modelo liberal burgués el cual, para desarrollar su actividad, requería una propiedad libre de trabas, terminando con todas aquellas que provenían del régimen precedente, aboliendo definitivamente, cualquier derecho feudal. Así, es fácil entender que este carácter de absoluto tiene un gran sentido histórico⁸.

Esta idea se ve reflejada en que, para BELLO, el interés colectivo estaba vinculado al progreso y buena administración de los bienes y a su libre circulación; era servido por la propiedad libre e individual que alienta el deseo de conservarlos y de adquirirlos, propende al perfeccionamiento humano y como secuela, contribuyen al adelanto y al bienestar comunes⁹.

Lo anterior puede observarse ya en el mismo Mensaje del Código, al señalar que *"pugnaría con el interés social, ya embargando la circulación de los bienes, ya embarazando aquella solicitud en conservarlos y mejorarlos que tiene su más poderoso estímulo en la esperanza de un goce perpetuo, sin trabas, sin responsabilidades y con la facultad de transferirlos libremente entre vivos y por causa de muerte"*¹⁰.

Que es particularmente interesante para nuestro intento porque la legislación francesa ha servido de modelo a la nuestra. A lo menos hasta el estallido de la segunda guerra".

⁷ No obstante, se ha sostenido que existe dificultad en la determinación de a quién siguió efectivamente, Bello. Lo anterior, porque en ninguna parte explícita su concepto de propiedad. Existe alguna teoría que plantea que habría entrado en contacto con la escuela histórica y que tuvo contacto con el economista Courcelle-Seneuil, uno de los máximos exponentes de la interpretación liberal individualista. Sin embargo, se contrargumenta que la definición de Bello estaría estructurada de más antiguo. En este sentido, BRAHM (1996) p. 11.

⁸ Vid. ALDUNATE y CORDERO (2008).

⁹ RODRÍGUEZ (1972) p. 113.

¹⁰ LIRA (1954) p. XXXI: *"Quedaron atrás las trabas a que estaba sujeto en la legislación colonial el derecho de propiedad. El legislador chileno admite sin vacilaciones la doctrina liberal del Código Civil francés, piensa que en ella anida un potente factor de progreso"*.

De la cita, puede inferirse que para Bello, la libertad era el principio básico, sobretodo en materia de propiedad, alejándose de una idea que recién años más tarde, comenzaría a ocupar un lugar importante, cuál es aquel que le da relevancia a la función social que conlleva este derecho.

Sin embargo, en la definición de propiedad, el legislador se apartó del *Code*, siguiendo en este punto al glosador de las *Siete Partidas*, don Gregorio LÓPEZ y a POTHIER¹¹, ya que era este autor quien reconoció dos límites al derecho de propiedad, los cuales eran la ley y el derecho ajeno¹². Esta última idea no fue tomada por el Código Civil francés, que sólo establece como límites a la ley y los reglamentos.

En la misma línea, lo expresado queda plasmado en la misma definición de propiedad o dominio –asimilados por el legislador– que da el artículo 582 al indicar que el dueño puede gozar y disponer *arbitrariamente*¹³, no obstante las limitaciones impuestas por la ley y el derecho ajeno.

Ello implica, haciendo un examen literal de la norma según el artículo 19 del mismo Código, que *“el propietario puede hacer de la cosa lo que quiera, pues le está sometida de la manera más extensa, más general, para aprovecharse de todos los servicios, ventajas o utilidades que ella es susceptible de proporcionar”*¹⁴.

En otras palabras, significa que el dueño puede ejercitar sobre la cosa, todas las facultades que emanan del dominio, estos es, usar, gozar y disponer, con un poder soberano sobre la cosa¹⁵.

¹¹ AMUNÁTEGUI (2009) p. 509, LIRA (1954) p. 409, señala que la fuente utilizada es la del Código Civil francés, en su artículo 544.

¹² Pothier (1817) pp. 52-53. *“On peut définir le droit de propriété, le droit de disposer d’une chose comme bon semble, sans donner atteinte au droit d’autrui, ni aux lois. Ce droit de disposer qu’ a le propriétaire, renferme celui de percevoir tous les fruits de la chose, de s’en servir non seulement aux usages auxquels elle parait naturellement destinée, mais même à tels usages que bon lui semblera; d’en changer la forme de la perdre et détruire entièrement; de l’aliéner (...) et de leur en permettre tel usage qu’ il juguera à propos”*.

¹³ Así, y como se verá más adelante, Bello tomó este concepto como sinónimo de “libre”. Ello se ve en que en el Proyecto de 1853, utiliza la fórmula “(...) para gozar i disponer de ella a nuestro arbitrio (...). Luego, en el proyecto siguiente adopta la locución actual de “arbitrariamente” (artículo 686 de ambos proyectos).

¹⁴ CLARO SOLAR (1979) p. 334.

¹⁵ ALESSANDRI y SOMARRIVA (1974) p. 137.

Ahora bien, el que el legislador haya utilizado la palabra "*arbitrariamente*" y que históricamente se haya entendido un especial interés en la libertad de la propiedad, no puede desconocerse que el mismo artículo 582 establece límites necesarios.

Lo anterior se debe a que la ilimitación plena de la propiedad es imposible ya que ello no se condice con la coexistencia social. En otras palabras, al vivir en sociedad se hace imposible sostener un dominio absoluto carente de delimitaciones que permitan respetar a los demás¹⁶.

En este sentido¹⁷, BELLO tomó la definición de POTHIER al establecer dos límites a la propiedad, cuales son, la ley y el derecho ajeno. En cuanto al primero, no hay mucho que plantear, más aún si se considera que el Código tiene igual jerarquía, por lo que resulta fácil establecer límites a través de mandato legislativo. En lo que atañe al segundo, son necesarias ciertas precisiones.

Se sostiene que "*la acción de un propietario en su bien, puede turbar la posesión de su vecino, en el sentido que le dificulte ejercer por sí mismo el uso que desee. En este caso, podrá el propietario que sufre las inmisiones o injerencias defenderse a través de interdictos posesorios, como la querrela de amparo, o de una acción real sustantiva, conocida en el derecho comparado como acción negatoria*"¹⁸. Así, cada cual puede realizar los actos que estime convenientes en su propiedad, en la medida que no se afecte a terceros.

De esta forma, se concluye que el Código Civil chileno, adoptó los mismos principios libertarios que la Declaración del Derechos del Hombre¹⁹ y el *Code*²⁰ y que los tratadistas de la época, en cuanto a la consideración de una

¹⁶ LASARTE (2002) p. 44. El mismo autor, acto seguido, señala que "*una concepción absoluta y totalitaria de la propiedad no existió ni siquiera al día siguiente de la revolución liberal, al igual que no existe hoy día ni ha existido nunca*".

¹⁷ AMUNÁTEGUI (2009) p. 509.

¹⁸ *Idem.*, p. 513. En esta línea se ha desarrollado la teoría de las inmisiones, de los actos de emulación y del abuso del derecho que por la especialidad de este trabajo, se limita a mencionar

¹⁹ La de 1789 no la define, pero en el artículo 16 de la Declaración de 1793, señala "El derecho de propiedad es aquel que pertenece a todo ciudadano, de disfrutar y disponer, según su voluntad, de sus bienes, de sus rentas, del fruto de su trabajo y de su industria".

²⁰ Para el cual "*La propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ellas un uso prohibido por la ley y los reglamentos*" (Artículo 544 Código Civil francés).

propiedad libre²¹, sin mas limitaciones que las estrictamente necesarias que emanan de la convivencia social.

Teniendo lo anterior presente, procede analizar si el Código tuvo que ir adaptándose a nuevas concepciones recibidas a través de las Constituciones o, por el contrario, ellas no lo han afectado de manera alguna. En razón de ello, y para evaluar de qué manera se pudo ir produciendo o no esta evolución, es necesario proceder a analizar la contribución constitucional en este respecto.

III. LA PROPIEDAD CIVIL EN LA CONSTITUCIÓN: ¿IGUALMENTE LIBRE?

Como un primer aspecto, es necesario estudiar por qué resulta relevante convocar las normas constitucionales. Esta pregunta podría ser fácilmente contestada como que la razón estriba en que se trata de una norma de mayor jerarquía de la ley y, en consecuencia, debe darle mayor preponderancia que a lo dispuesto en el Código civil.

1. *La pretendida constitucionalización del Derecho Privado*

No obstante encontrar cierta tal afirmación, y muy relacionada a ella, se ha descrito en la doctrina el fenómeno conocido como constitucionalización del Derecho Civil²². Esta situación se ha producido al momento de constatar que las normas jurídicas forman parte de un orden, es decir, de un todo coherente y sistematizado jerárquicamente, de ahí que sea una exigencia la subordinación de unas normas a otras según un orden de jerarquía, conllevando una serie de consecuencias prácticas y técnicas, tanto en el alcance obligatorio de las normas unas respecto a otras, como para su interpretación²³.

Dicho fenómeno ha sido producto de *“la consagración expresa constitucionalmente de materias y criterios referidos a asuntos fundamentales de Derecho Privado, tanto como el desarrollo jurisprudencial de criterios civilmente aceptados a partir de disposiciones de la Constitución, es decir, la cons-*

²¹ Cfr. cita número 12.

²² Que, para quienes se encuentran desde el Derecho Público, ha tenido como consecuencia la Desconstitucionalización de la Constitución. En este sentido, ALDUNATE (2001) p. 28. Para otros, la razón se encuentra en el principio de vinculación directa de los principios y normas de la Carta Fundamental, sin que sea necesario que la ley mediatice esa ejecución, CEA (1997) p. 32.

²³ DOMÍNGUEZ (1996) p. 110.

tucionalización consiste en una intromisión de la normativa constitucional en el ámbito de las materias de naturaleza puramente civil"²⁴.

En otras palabras, por la constitucionalización del Derecho Civil²⁵, la Constitución Política debe utilizarse no sólo en la creación de normas de modo de no contradecirla, sino que además, exige al intérprete enfocar su actividad en resultados que sean compatibles con la misma Carta Fundamental.

En materia de propiedad, ello ha sido evidente desde que esta institución es básica para el orden estatal y, consecuentemente, ha sido permanentemente regulada. De ahí que cualquier análisis de la evolución que ha tenido la propiedad en Chile, que prescindiera de la Constitución política, difícilmente logrará abarcarla a cabalidad. Más aún si se considera que su estudio ya es difícilmente englobable.

Habiendo hecho esta aclaración, procede estudiar de qué manera las constituciones que han acompañado la historia republicana de Chile, han influenciado una reglamentación civil que no ha sido modificada en ningún momento, encontrándose plenamente vigente desde que comenzó a regir el Código Civil en 1857. En específico, corresponde ver de qué forma se han compatibilizado las distintas normativas, tanto constitucional como civil en los últimos ciento cincuenta años.

2. La Constitución de 1833 y el Código Civil: La propiedad libre

La Corte Suprema, en fallo de 8 de septiembre de 1922, sentenció que en doctrina y en el Derecho Privado, no deben considerarse como quebrantamientos del dominio que corresponde a los particulares sobre sus bienes, las limitaciones a que se ve sometida la propiedad privada cuando está afecta a un servicio público y que estas limitaciones adquieren mayor extensión en el Derecho Público, dada su finalidad de satisfacer necesidades de interés general.²⁶

De acuerdo a lo expresado, la Constitución de 1833 es plenamente coincidente con la idea de una propiedad libre, sin más limitaciones que las se-

²⁴ VARGAS (2004) p. 7.

²⁵ Desde la perspectiva pública, esta situación se produce por la idea de "irradiación de los derechos fundamentales", de manera que la Constitución se proyecta hacia el orden subconstitucional por la vía de los derechos fundamentales. ALDUNATE (2003) pp. 13-14.

²⁶ Vid. Corte Suprema. *Cía. Ascensores Mecánicos de Valparaíso con Municipalidad de Valparaíso* (1922).

ñaladas. Ello se debe a que el Código fue dictado durante la vigencia de esta Carta, que se mantuvo por noventa y dos años, siendo la de más duración en la historia constitucional chilena.

Esta Constitución²⁷, siendo hija de su época al igual que el Código Civil, tuvo como fundamento la propiedad privada individual, absoluta, que recibe el nombre de propiedad libre²⁸. De esta manera, su artículo 12 número 5, prescribía: *“La Constitución asegura a todas las habitantes de la República: La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, i sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una lei, exija el uso o la enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos”*.

De la transcripción puede fácilmente advertirse que se reconoce la inviolabilidad de *todas las propiedades*, de manera amplia y más aún, incorpora la utilidad del Estado, calificada por la ley como tal, que autoriza a su expropiación previo pago de indemnización. Ello no es sino reflejo de lo que se viene anunciando, en cuanto a que no se reconoce ninguna limitación que no de lugar a una indemnización al titular del bien, ya sea fijada de mutuo acuerdo o por hombres buenos, que al decir de la época, se refiere a los peritos.

Así, puede desprenderse fácilmente que no hay contradicción alguna entre la Constitución Política y el Código Civil vigente desde 1857. La propiedad se entiende del todo libre, sin más limitaciones que las estrictamente necesarias para la vida en sociedad. No obstante reconocerse estas limitaciones, acto seguido, se establece la obligación de pagar una indemnización al titular del dominio limitado en su derecho de tal, en atención a intereses generales o utilidad pública. Ello fue reconocido, según el encabezado del presente párrafo, por la Corte Suprema.

²⁷ Valga aclarar que las Constituciones anteriores a la de 1833, también regularon el derecho de propiedad. Así, la de 1823, en el artículo 117 se consagraba este derecho y sólo podía privarse de él por causa de necesidad pública calificada por el Senado de notoriamente grave y previo pago de indemnización. Luego, la de 1828, en su regla 17, establece que sólo se puede ser privado de la propiedad por sentencia judicial.

²⁸ RODRÍGUEZ (1972) pp. 112-113.

3. La Constitución de 1925 y el Código Civil: ¿Contradicción o consecuencia?

A 30 de septiembre de 1937, la Corte Suprema falló que ciertas pensiones de jubilación y de retiro, estaban sometidas a las limitaciones que exige el mantenimiento del orden social. Así, una ley podía perfectamente imponer obligaciones en el carácter de impuesto a favor de los intereses generales del Estado, sin que ello implique expropiación²⁹.

De la simple lectura de la sentencia citada, se observa una clara diferencia en el raciocinio de la judicatura en cuanto al deber del titular del dominio respecto de la sociedad en que se encuentra inmerso.

La sentencia señalada no habría sido posible ser pronunciada al alero de la Constitución de 1833, ni del Código Civil³⁰, ya que establecer una limitación, sin pago de indemnización para el sólo mantenimiento del orden social, es totalmente ajeno a la concepción de una propiedad libre y absoluta.

¿Qué sucedió que se produjo este cambio, calificable como punto de inflexión en la historia de lo que se entendía por propiedad privada absoluta?

Lo anterior es entendible si se considera el gran cambio que experimentó el concepto de propiedad libre con posterioridad a la primera guerra mundial. El cambio es sustancial, lo que antes se exigía con el pago previo de una indemnización junto a la calificación mediante ley, hoy se autorizaba sin límite alguno más que el mantenimiento del orden social.

²⁹ El asunto se trataba de una demanda interpuesta por jubilados del Ejército y Armada por cuanto se habían dictado ciertas leyes sobre las remuneraciones de personal del Ejército y de la Armada (leyes números 4093; 4092 y 4075, todas ellas de carácter provisional mientras no se dictaran las leyes definitivas en estas materias) que fijaban los montos de retiro y luego, en 1927 se dictó una ley tributaria que reorganizaba las finanzas nacionales estableciendo que mientras no se dictara el Estatuto Administrativo y las leyes que regirían las jubilaciones y retiros, se fijaba una contribución por impuesto del veinte por ciento sobre las cantidades percibidas. Los afectados demandaron su inconstitucionalidad por tratarse de una expropiación. *Vid.* Corte Suprema. *Arenas y otro* (1937).

³⁰ ¿Sería posible incluir el interés social, dentro de la fórmula "no siendo contra derecho ajeno"? Ello, sin embargo, debe ser analizado en otra investigación por exceder del presente tema.

En este sentido, se escribía en esta época que la propiedad estaba siendo sujeta a varias limitaciones, cada vez más crecientes, luego de la primera guerra mundial ya que se orientaba la propiedad en un sentido social³¹.

La evolución sociológica de esta concepción de la propiedad, con un sentido más social, se encuentra fundamentalmente, en la intención de poner freno a los abusos del derecho de propiedad absoluto y ello, a causa de dos vertientes, la primera, el socialismo y la segunda, el catolicismo social³².

En cuanto al primero, siguiendo a Ríos, producto de la Revolución Industrial, fueron naciendo clases sociales que reclamaban su condición de pobreza extrema producto de dicho abuso, lo que fue dando origen al socialismo y al comunismo. Pero además, existió otra presión igualmente importante, derivada de la concepción tomista de la propiedad, plasmada en 1891 en la *Encíclica Rerum Novarum* y, cuarenta años después, en la *Quadragesimo Anno*. Estas ideas fueron tomadas por los partidos políticos de sello socialcristiano, que lo hicieron parte de su programa, abriéndole un cauce legislativo a estas ideas.

La justificación de este “*espíritu de solidaridad social*” se debió a que se valorizó la participación de las clases inferiores en la conflagración, razón por la cual, cada Estado se encontró en la obligación de retribuir mediante el mejoramiento de las condiciones de vida de estas clases. Así, esta guerra, acentuó la reacción contra el liberalismo político y económico. A ello debe sumarse, además, la situación en Chile, que luego de la Primera Guerra Mundial, se produjo el fin de la riqueza proveniente del salitre generándose además, un conflicto social en el país³³.

Esta nueva realidad ha llevado a muchos autores a calificar esta etapa de la evolución como de “*propiedad limitada*”³⁴ en contraposición de la antigua “*propiedad absoluta*”. Esto ha sido producto de la constatación que la reali-

³¹ ARELLANO (1956) p. 496, ALESSANDRI y SOMARRIVA (1974) p. 151, LASARTE (2002) p. 83, GÓMEZ (2004) p. 109.

³² RÍOS (1987) p. 60

³³ HEISE (1951) pp. 102-104. No obstante la influencia decisiva de la Guerra en cuanto al nacimiento de una mayor consciencia de la cuestión social, ya se pregona por un famoso jurista de la época, DUGUIT (1926) p. 276, en relación a la reglamentación de la propiedad impuesta por el Code, que “*hoy la propiedad deja de ser el derecho subjetivo del individuo, y tiende a convertirse en la función social del detentador de capitales mobiliarios e inmobiliarios*”.

³⁴ RODRÍGUEZ (1972) p. 115, EVANS (1986) p. 161, CORDERO (2006) p. 131.

dad impuso a través de la nueva reglamentación constitucional que, a su vez, respondió a lo que ocurría en el resto del mundo jurídico occidental.

Así, la Constitución de 1925, estableció en su artículo 10 número 10 que *"la Constitución asegura a todos los habitantes de la República: La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna. Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso, se dará previamente al dueño indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente. El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública a favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública"*³⁵.

Aquí se encuentra la fundamentación de la sentencia que encabezó esta idea, con la frase *"limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social"*. Es decir, desde este momento, además de poder privar del dominio mediante una expropiación y pago de la correspondiente indemnización, se acepta que el derecho de propiedad sea limitado.

De acuerdo al anteproyecto de la Constitución de 1925, a 12 de mayo de 1925, se celebró la séptima sesión de la Subcomisión de Reformas Constitucionales. En esta oportunidad se discute el establecimiento de la denominada Función Social de la Propiedad.³⁶

³⁵ Valga aclarar que este texto fue modificado en los años 1967 y 1971, agregando el interés social como causa de expropiación, lo cual debe relacionarse con la función social de la propiedad que comprende lo indicado en el inciso segundo de la norma. Cfr. CALDERA (1979) pp. 317-318.

³⁶ Si bien hubo discusión al respecto, terminan concluyendo que *"de todo lo que se ha dicho en esta reunión sólo se saca en limpio, en primer lugar, que debe reconocerse al derecho de propiedad un carácter más social. Aquello de si la propiedad es o no una función social, es un juego de palabras; en el fondo todos estamos de acuerdo en que ella debe estar más subordinada al interés social que lo que estuvo antes"*, MINISTERIO DEL INTERIOR (1925) p. 87.

Lo anterior se debe a que comienza a perfilarse dicho nuevo concepto³⁷, respecto del cual se ha planteado³⁸ la dificultad para su elaboración un concepto, siendo más perfecto tratarlo como un concepto jurídico indeterminado en parte porque no todas las categorías de bienes tienen la misma significación social e importancia económica, por lo que es imposible elaborar una teoría unitaria al respecto.

Su justificación, en todo caso, se encontró en la época a partir del *“principio positivo de que, en una sociedad organizada, los hombres carecen de derechos y solamente tienen deberes que cumplir, deberes correlativos con la función que a cada cual le corresponde desarrollar en la vida social”*³⁹.

Si bien durante el siglo XIX se consideraba a la propiedad individual y absoluta como única fuente de progreso colectivo, a mediados del siglo XX –y producto de lo ocurrido históricamente– se plasmó el deber del Estado de amparar la propiedad, subordinando su existencia al interés público para conseguir ese mismo fin de progreso general. Lo anterior, no significó la instauración del socialismo en Chile a partir de la Carta de 1925, por el contrario, en ningún caso se buscó la abolición de la propiedad privada, sino que tal como sostuvo un autor⁴⁰, el problema de la propiedad, es un problema de límites para evitar que ésta sea un entorpecimiento de los derechos de la sociedad.

En esta línea, DUGUIT, propulsor de esta fundamentación, señalaba que *“de ahí que la propiedad, se socialice. Esto no significa que llegue a ser colectiva en el sentido de las doctrinas colectivistas; pero significa dos cosas:*

³⁷ Sobre la naturaleza jurídica, se han plasmado tres teorías: la primera que la considera como un conjunto de cargas externas a la propiedad; la segunda, que estima que el contenido de la propiedad se encuentra delimitado desde su origen; y, la tercera, una intermedia, que la trata como un concepto indeterminado. En este sentido, GÓMEZ (2004) pp. 122-127.

³⁸ LASARTE (2002) p. 85.

³⁹ FERMANDOIS (1937) p. 1731. El mismo exponente de esta teoría, DUGUIT (1902) p. 178, la justificaba en la base de que *“todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza”*.

⁴⁰ ARELLANO (1956) p. 515.

primeramente, que la propiedad individual deja de ser un derecho del individuo, para convertirse en una función social; y en segundo lugar, que los casos de afectación de riqueza a las colectividades, que jurídicamente deben ser protegidas, son cada día más numerosos"⁴¹.

De esta manera, nunca se entendió que el establecimiento de limitaciones a la propiedad significara una privación de la propiedad. Este aspecto se entendió tanto en la doctrina –según se señaló– y la jurisprudencia.

En este último sentido, la Corte Suprema en sentencia de 18 de marzo de 1948, falló que la calidad de dueño, no obstaba a que pudieran existir limitaciones que entraban el ejercicio del derecho de dominio. Así, quedó plasmada la idea de la posibilidad de establecer limitaciones al dominio sin por ello, desconocer el carácter de propietario al dueño del bien.⁴²

En 1980, comenzó a regir una nueva institucionalidad bajo la Constitución Política vigente hasta el día de hoy. Se procede, entonces, a estudiar de qué manera el concepto y la extensión de la propiedad hasta entonces, continuó vigente.

4. La Constitución de 1980 y el Código Civil: ¿Ruptura o reconducción?

La misma Corte Suprema que ha establecido los parámetros anteriores bajos las Constituciones de 1833 y de 1925, a 18 de junio de 2004, falló lo siguiente: *"Ninguna limitación u obligación impuesta por la ley a la propiedad privada produce para el afectado derecho a indemnización, pero esa garantía no puede, en caso alguno, afectar la esencia del derecho con medidas como: privar, o reducir gravemente, del derecho de uso, del de goce, del de disposición, restringir alguno de ellos con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente de la autoridad pública; privar de la capacidad de administrar; llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos, como consecuencia de actos de autoridad no aceptados ni consentidos por los propietarios y que no están comprendidos en los bienes jurídicos que conforman la función social del dominio"*.

Esta sentencia refleja un cambio en el modo de razonar de los sentenciadores, por cuanto reconocen que existen limitaciones emanadas de la función social de la propiedad y que ellas no son indemnizables pero, acto seguido, deja como corolario que esa limitación no puede en caso alguno,

⁴¹ DUGUIT (1902) pp. 168-169.

⁴² Vid. Corte Suprema. *Lepe con Porte* (1948).

afectar la esencia del derecho, ya que ello implicaría una expropiación que deba ser indemnizada.

Una vez más, es posible comprender que hubo una transformación en la idea que clásicamente se entendía de propiedad, la cual proviene de los nuevos conceptos introducidos por la Constitución de 1980, que regula en el artículo 19 número 24, el derecho de propiedad, bajo la fórmula siguiente:

“La Constitución asegura a todas las personas: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. (...)”.

De acuerdo a las normas dadas a la *Comisión de Estudios de la Nueva Constitución* (en adelante, CENC), la labor de ésta consistía en elaborar una nueva Constitución cuya concepción del Estado y del ejercicio de la soberanía preservara *“a la Nación de una nueva infiltración del marxismo-leninismo en el aparato gubernativo y en el cuerpo social”*.⁴³

Esta petición fue recibida por la Comisión, la cual justificó la reglamentación efectuada al derecho de propiedad en el sentido que mientras más respetuoso sea un Estado de este derecho, habrá mayor libertad, lo que acarrea el bienestar de todos. *“Un régimen que desconozca o debilite el derecho de propiedad, desconoce o debilita la democracia y asfixia la capacidad creadora del hombre que es el gran motor que impulsa el desarrollo de los pueblos (...) La nueva normativa que contiene el anteproyecto, junto con fortalecer el derecho de propiedad, reconoce la importante función social que él cumple”*⁴⁴.

⁴³ COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1978) p. III, Carta enviada por don Augusto Pinochet Ugarte al Presidente de la Comisión de Estudios.

⁴⁴ *Idem.*, p. 118.

En este sentido, se deja establecido que en ningún caso se puede afectar la esencia del derecho⁴⁵ lo cual, a su vez, ha sido definido por el Tribunal Constitucional, en sentencia de 24 de febrero de 1987, bajo la fórmula que *"un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que es cosustancial, de manera tal, que deja de ser reconocible. Se impide su "libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica"*⁴⁶.

Ahora bien, el mismo Tribunal Constitucional a 2 de diciembre de 1996, bajo la vigencia de la Constitución actual, también ha contextualizado la función social de la propiedad, señalando que ello significa que ésta tiene un valor individual y social, por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. Al respecto, hace el símil con la Constitución alemana que prescribe que *"la propiedad obliga"* haciendo referencia a que el dominio además de conferir derechos y facultades, impone deberes y responsabilidades que armonizan los intereses del propietario y de la sociedad.⁴⁷

Relacionado con lo dicho, es importante tener en cuenta que la función social de la propiedad es un elemento inherente al dominio⁴⁸, y por ello, nada debe pagarse al titular. Sin embargo, la Carta vigente introduce elementos que ayudan a compatibilizar de mejor manera sus preceptos junto con los del Código Civil.

La misma Comisión de Estudios fundamentó esta preceptiva, comparándola con la anterior y justificando su mayor grado de perfeccionamiento, por cuanto la de 1925 permitía que las limitaciones por función social tuvieran por objeto hacer la propiedad accesible para todos, lo cual era equívoco, ya que permitía que se privara a una persona de todo o parte de su derecho, para que el resto de la sociedad tuviera acceso a ella. En razón de ello, no dan derecho a indemnización, pero sólo en la medida que no afecten los derechos en su esencia⁴⁹.

⁴⁵ Ello, por aplicación del número 26 del artículo 19.

⁴⁶ Tribunal Constitucional. *Ley Orgánica Constitucional de partidos políticos, rol n° 43* (1987).

⁴⁷ Tribunal Constitucional. *Decreto Supremo N° 1°, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año, rol n° 245 y 246 /acumulados* (1996).

⁴⁸ GÓMEZ (2004) p. 119, VIVANCO (2006) p. 460.

⁴⁹ CENC (1978) pp. 120-122.

Así las cosas, es dable concluir que se puede limitar un derecho –sólo el de propiedad– en aras de la función social que lleva implícito y ello no genera derecho a indemnización de ninguna especie⁵⁰. Ahora bien, si la privación es de tal envergadura, que afectará al derecho en su esencia, no quedará otra alternativa que expropiar⁵¹.

En refuerzo y justificación de lo anterior, se ha dicho que esta propiedad puede ser intervenida por el legislador, para la consecución de objetivos sociales, sin que proceda la indemnización, ya que la intervención no es un fenómeno extraordinario ni proviene de su mundo externo, sino que nace en su interior⁵².

En otras palabras, la función social puede constreñir el ejercicio de las facultades del dominio, pero si llega a constituirse en una actitud discriminatoria, el afectado puede exigir ser indemnizado, por ser una expresión del principio de igualdad⁵³.

De lo anterior emana, la urgencia y la necesidad de precisar en concreto, si se trata de una limitación o si ella afecta a la esencia del derecho lo que genera el deber de indemnización.

En esta línea se ha fallado que *“no puede transformarse el concepto de intereses generales de la nación en un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponerle a la propiedad”*⁵⁴.

Sin embargo, ello no es una tarea sencilla y ello es prueba que se le ha tratado incluso como una *tarea metafísica*, por lo cual la doctrina ha tenido que recurrir a fijar la naturaleza del derecho. Según ZÚÑIGA, *“la doctrina constitucional identifica límites internos y externos de los derechos. Los límites internos son los que permiten determinar el contenido del derecho (...) los límites externos son todos aquellos que permiten modificar los elementos configuradores de los derechos (titular, destinatario u objeto)”*⁵⁵.

⁵⁰ VERDUGO et al. (1997) p. 311.

⁵¹ DOUGNAC (2006) p. 42.

⁵² BORDALÍ (1998) p. 155.

⁵³ Art. 19 número 2 Constitución Política, Ríos (1987) p. 68.

⁵⁴ Corte Suprema. *Sociedad Inmobiliaria Maullín Ltda. Con Fisco de Chile* (2004).

⁵⁵ ZÚÑIGA (2004). El método usado por los tribunales, ha sido objeto de múltiples críticas, por cuanto no distinguen entre la faz objetiva y subjetiva del derecho de propiedad, así al establecer los límites, y que la cuestión se encuentra sometida a los requisitos derivados de la reserva legal, la función social y el contenido esencial, la cuestión se lleva a la

Ahora bien, la noción privada del derecho de propiedad, no se opone a la constitucional, tampoco es posible concluir que la modifica. En efecto, se ha dicho que *"esta tensión es resuelta por el Código con magistral sentido común: plenitud (esto es, máximo alcance e intensidad) de potestades individuales sobre el objeto de dominio, determinadas lingüísticamente mediante el uso de la enfática locución adverbial "arbitrariamente"; con la condición explícita del previo respecto al marco regulatorio ("no siendo contra ley") y a los derechos de los particulares"*⁵⁶.

De esta manera, si se toma el artículo 582 del Código Civil, en cuanto a que el derecho de propiedad da derecho a gozar de la cosa y disponer de ella arbitrariamente, no se opone ni modifica el actual concepto constitucional, ya que se reconoce este derecho de propiedad en términos irrestrictos –a tal punto que de ser privado de él o de alguno de sus elementos esenciales, debe indemnizarse– pero haciendo uso correctamente del vocablo *"arbitrariamente"*, ello significa que el derecho se ejerce libremente, a su arbitrio, lo que de acuerdo a la Real Academia de Lengua Española, es la *facultad que tiene el hombre de adoptar una resolución con preferencia a otra*.

En este razonamiento, resulta importante la acotación hecha en el sentido que *"el derecho real de dominio en una cosa corporal comprende las facultades de gozar y disponer de ella arbitrariamente, esto es, según el libre arbitrio del propietario, no con arbitrariedad o contrariamente a la justicia, la razón o las leyes"*⁵⁷.

Conforme a lo anterior, de ninguna manera el usar la cosa arbitrariamente quiere decir que pueda hacerse de manera ilícita. En otras palabras,

posible privación en los términos de una expropiación, lo que es un absurdo cuando se trata de un control abstracto ya que *"para llegar a involucrar dicho precepto en un control normativo el tribunal tiene que desnaturalizar la actividad de control que realiza y entrar a operar sobre un supuesto de que la ley produce por si misma una lesión al derecho subjetivo de un titular"*, CORDERO (2006) p. 141.

⁵⁶ VARAS (2003) p. 158.

⁵⁷ CLARO SOLAR (1979) p. 334. Hay autores, v.g. ALDUNATE y CORDERO (2008), que analizan que la propiedad es una manifestación de la libertad individual y la autoridad queda sometida a los requisitos generales de su regulación y en este punto hacen aparecer la idea de función social, extendiendo las potestades reguladoras a un ámbito que va más allá del choque de derechos entre particulares, permitiendo disponer límites a la propiedad en vistas de la consecución de fines colectivos. En contra, AMUNÁTEGUI (2009) p. 507, para quien si bien históricamente provenga de la libertad, ello es una idea equivocada porque la libertad puede limitarse por lo fáctico y lo jurídico y la propiedad sólo por lo fáctico.

lo arbitrario, según el concepto actual de propiedad, tanto del Código como de la Constitución, no se opone al reconocimiento de la función social de la propiedad, ya que si debe limitarse en aras de este principio, y el dueño, se opone o lo ignora, estará haciendo un mal uso de su arbitrio.

IV. CONCLUSIONES

Efectivamente, el derecho de propiedad en el Código Civil responde a la época de los códigos decimonónicos que, producto de la influencia de ideales libertarios propios de la época, dieron gran libertad a la propiedad, dotándolas de características tales como su condición de absoluta.

Ello significa que el dueño goza de un poder soberano, para ejecutar sobre el bien lo que estime necesario, con las solas limitaciones derivadas de la convivencia social, tales como la ley y el derecho ajeno.

Sin embargo, el Código Civil tiene el rango de ley y, tanto en sus orígenes como durante su vigencia, ha estado rigiendo bajo la jerarquía normativa de tres Constituciones Políticas, la de 1833, la de 1925 y la de 1980.

La consideración a estas cartas fundamentales, es necesaria ya que han complementado la preceptiva civil en materia de propiedad, por lo que mal se podría estudiar la evolución que ha tenido el carácter de absoluto del derecho, si no se las toma en cuenta.

Lo anterior se ve profundizado con la tendencia de alguna doctrina citada, denominada Constitucionalización del Derecho, en particular, del Civil, la cual tiene múltiples consecuencia, siendo la más relevante para el presente trabajo, la que obliga al intérprete a leer el Código Civil desde la Constitución Política vigente.

Teniendo presente lo anterior, son claramente identificables tres etapas que ha experimentado el carácter absoluto de la propiedad y sus consecuentes limitaciones, cada una de ellas responde a las tres Cartas Fundamentales que han regido durante la vigencia del Código de Bello.

Así, la primera, bajo la Constitución de 1833, refleja el mismo carácter absoluto de la propiedad, sin más limitaciones que las experimentadas por una expropiación, que exige un pago previo. Luego, bajo la de 1925, se va incorporando el concepto de función social de la propiedad el cual se ha entendido que es intrínseco al concepto de dominio. Esta misma función se incorporó, con algunas perfecciones, en la de 1980.

En efecto, según la función social, el dueño de un bien debe aceptar ciertas limitaciones impuestas por las causales señaladas en la misma Constitución, por derivar del mismo derecho real de dominio. En otras palabras, tal como la propiedad confiere facultades y prerrogativas, igualmente impone deberes y cargas. Es por esta razón que no da origen a indemnización alguna.

Ahora bien, de acuerdo a la Carta actualmente vigente, las limitaciones derivadas de la función social, en ningún caso pueden afectar a la esencia del derecho de propiedad, ya que si constituye una privación, es necesario proceder a la expropiación y pagar la indemnización correspondiente.

En atención a ello, pareciera a simple vista, que existe una contradicción entre la definición decimonónica y la elaborada a partir del Derecho Constitucional chileno.

La interrogante surge porque, de acuerdo a la misma definición del 582, el dueño puede disponer arbitrariamente de la cosa –en la medida que no sea contra ley y contra derecho ajeno– y, según la Constitución, se le podría imponer limitaciones sin derecho a indemnización alguna, por derivar de la función social que cumple su propiedad.

Efectivamente, la Carta de 1980, al igual que todas, tiene superioridad jerárquica y, si se considera además la constitucionalización que experimenta el Derecho, el artículo 582 debe leerse desde la norma constitucional.

En todo caso, sea una u otra la vía en que se valora la Constitución, el texto civil no es contrapuesto al artículo 19 número 24. En efecto, el vocablo "arbitrariamente", debe ser contextualizado correctamente. De esta forma, usar la cosa arbitrariamente, implica usar la cosa haciendo uso del libre arbitrio y ello no significa en caso alguno, que se trate de un mal uso de él. Así, usar la cosa arbitrariamente, no se opone a tener que respetar las limitaciones tanto impuestas por el derecho ajeno y la ley, sino que además, por la función social que le es inherente de acuerdo a las actuales concepciones de la materia.

Más aún, de analizar el texto constitucional, éste señala "*Sólo la ley puede establecer (...) y las limitaciones que deriven de su función social*". Así, siguiendo el mismo artículo 582, si es la ley la que impone las limitaciones derivadas de esta función, tampoco afectaría la redacción del precepto civil y ello no es sino porque, de lo contrario, se estaría haciendo un mal uso del arbitrio, no correspondiéndose con la definición misma de dominio del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE, Eduardo (2001): "La desconstitucionalización de la Constitución", *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 22): pp. 17-36.
- _____ (2003): "El efecto de irradiación de los derechos fundamentales", FERRADA, Juan Carlos (editor), *La Constitucionalización del Derecho Chileno* (Valdivia, Universidad Austral de Chile) pp. 13-38.
- ALDUNATE, Eduardo y CORDERO, Eduardo (2008): "Evolución histórica del concepto de propiedad", *Revista de Estudios Histórico – Jurídicos* (n° 30): pp. 345-385.
- ALESSANDRI, Arturo et al. (1974): *Curso de Derecho Civil: Los Bienes y Los Derechos Reales* (Santiago, Editorial Nascimento) 1030 p.
- AMUNÁTEGUI, Carlos (2009): "No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 36 n° 3): pp. 505-525.
- ARELLANO, Juan (1956): "La propiedad", *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (n° 95): pp. 489-524.
- BORDALÍ, Andrés (1998): "La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental", *Revista de Derecho Universidad Austral* (n° especial): pp. 153-172.
- BRAHM, Enrique (1996): "El concepto de propiedad en el Código Napoleónico", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 23 n° 1): pp. 7-12.
- CALDERA, Hugo (1979): "La garantía constitucional del derecho de propiedad y la expropiación", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 6): pp. 312-335.
- CEA, José Luis (1997): "Flujo y reflujo público-privado", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 18): pp. 31-38.
- CLARO SOLAR, Luis (1979): *III Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 606 p.

COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1978): *Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 415 p.

CORDERO, Eduardo (2006): "La dogmática constitucional de la propiedad en el Derecho chileno", *Revista de Derecho Universidad Austral* (vol. 19 n° 1): pp. 125-148.

DOMÍNGUEZ, Ramón (1996): "Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil chileno", *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (vol. XCIII n° 3): pp. 107-137.

DOUGNAC, Fernando (2006): "Gravamen ambiental de la propiedad", *Gaceta de los Tribunales* (vol. 311): pp. 37-56.

DUGUIT, León (1902): *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón* (Traducc. Carlos G. POSADA, Madrid, Librería Española y Extranjera) 231 p.

_____ (1926): *Manual de Derecho Constitucional* (Traducc. José G. ACUÑA, Madrid, Librería Española y Extranjera) 571 p.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986): *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 2 volúmenes.

FERMANDOIS, Francisco (1937): "De la propiedad", *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (vol. 21/22): pp. 1727-1746.

GÓMEZ, Jorge (2004): "Las limitaciones al dominio derivadas de su función social", *Lex et Veritas Universidad Internacional Sek*: pp. 109-149.

HEISE, Julio (1951): *La Constitución de 1925 y las Nuevas Transformaciones Político-Sociales* (Santiago, Editorial Universitaria) 144 p.

LASARTE, Carlos (2002): *IV Principios de Derecho Civil* (Madrid, Editorial Marcial Pons) 421 p.

LIRA, Pedro (1944): *El Código Civil y el Nuevo Derecho* (Santiago, Editorial Nascimento) 335 p.

_____ (1954): *Código Civil de la República de Chile con introducción y notas de Pedro Lira Urquieta* (Caracas, Ediciones del Ministerio de Educación) 611 p.

- 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, Editorial Universitaria) 753 p.
- POTHIER, Joseph (1817): *I Oevres de Pothier* (Paris, Libraire De S.A. Mgr. Duc D' Angoulême) 643 p.
- RÍOS, Lautaro (1987): "El principio constitucional de la función social de la propiedad", *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (vol. LXXXIV n° 2): pp. 57-73.
- RODRÍGUEZ, Pedro (1972): "La propiedad privada", *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (vol. LXIX n° 5/6): pp. 111-142.
- VARAS, Juan Andrés (2003): "Limitaciones a la propiedad: Una perspectiva civil", FERRADA, Juan Carlos (editor), *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, (Valdivia, Universidad Austral de Chile) pp. 143-165.
- VARGAS, Luis (2004): "Recepción jurisprudencial de la Constitucionalización del Derecho civil en nuestro sistema", *Gaceta de los tribunales* (vol. 286): pp. 7-24.
- VERDUGO, Mario *et al.* (1997): *I Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 375 p.
- VIVANCO, Angela (2006): *II Curso de Derecho Constitucional: Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980* (Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile) 555 p.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2004): "Inconstitucionalidad sobrevenida y límites al derecho de propiedad", *Gaceta de los Tribunales* (vol. 289): pp. 26 y ss.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil.

Constitución Política de 1833, de 1925 y de 1980.

JURISPRUDENCIA CITADA

Cía. Ascensores Mecánicos de Valparaíso con Municipalidad de Valparaíso (1922): Corte Suprema, 8 de septiembre de 1922 (Casación en el Fondo) en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (tomo 21, sec. 1) pp. 813-820.

Arenas y otro (1937): Corte Suprema, 30 de septiembre de 1937 (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad) en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (tomo 35, sec. 1) pp. 78-86.

Lepe con Porte (1948): Corte Suprema, 18 de marzo de 1948 (Casación en el Fondo) en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (tomo 46, sec. 1) pp. 94-108.

Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley orgánica constitucional de partidos políticos (1987): Tribunal Constitucional, 24 de febrero de 1987, rol n° 43, disponible en < <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/566>>, fecha consulta: 12 diciembre 2010.

Requerimiento de Diputados y Senadores respecto del Decreto Supremo N° 1°, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año (1996): Tribunal Constitucional, 2 de diciembre de 1996, rol n° 245 y 246 (acumulados), disponibles en < <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/372>>, fecha consulta: 12 diciembre 2010.

Sociedad Inmobiliaria Maullín Ltda. Con Fisco de Chile (2004): Corte Suprema, recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, 18 de junio de 2004, rol n° 4309-2002, sentencia comentada por ACCATINO (2004), *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* (vol. 12): pp. 215-226.

EXTENSIÓN MORAL DEL PATRIMONIO

Patrimony Moral Extension

JOSÉ GONZALO BAEZA OVALLE*

RESUMEN: El autor sostiene que, el patrimonio, como atributo de la personalidad, incluye todos los derechos de las personas, sin excluir los calificados como morales. Es necesario “corregir” las normas civiles en función de su armonía con el sistema jurídico y, en particular, con nuestra Constitución. Es fundamental concebir como parte del patrimonio de las personas su ámbito moral, pues este puede ser dañado y ello da derecho a reparación. El autor no concuerda con aquella visión que considera que toda reparación pecuniaria que reconozca por causa un daño moral importaría, en último término, un enriquecimiento de la persona que asume el papel de víctima afecta a indemnización, con lo cual se pierde el sentido reparatorio que es propio a esta modalidad de prestaciones. El autor para establecer si su desacuerdo reconoce o no algún fundamento atendible, revisa algunos conceptos en torno al patrimonio de la persona y su contenido.

ABSTRACT: The author understands that, the patrimony, like a personality attribute, includes all the personal rights, without excluding qualified like morals. It is necessary to “correct” the civil norms according with a harmony with the juridical system and, especially,

* Abogado. Doctorando en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Comercial Universidad Bernardo O’Higgins. <baezabogados@vtr.net>.

Artículo recibido el 22 de noviembre y aprobado el 5 de diciembre de 2010.

with our Constitution. It is fundamental to conceive as part of the persons patrimony its moral area, since this one can be damaged and it gives right to repair. The author does not agree with that vision that considers that any pecuniary repair that should recognize a moral hurt, in last term, would bring an enrichment of the person who assumes the paper of victim sympathetic on indemnification, with which there gets lost the sense of repair that is own to this modality of presentations. The author to establish if his disagreement recognizes or not some worthy foundation, checks some concepts concerning the patrimony of the person and its content.

PALABRAS CLAVE: patrimonio – atributos de la personalidad - daño moral

KEY WORDS: patrimony – personality attributes - moral injure

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1556 del Código Civil chileno preceptúa: *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.*

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.”

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, a la alocución *daño emergente*, en derecho corresponde asignar el sentido de *“detrimento o destrucción de los bienes a diferencia del lucro cesante”*.

Joaquín ESCRICHE¹ inscribe en ese concepto *“el daño o pérdida que a uno sobreviene por prestar su dinero, o detenersele el que otro le debe. Los teólogos y jurisconsultos que condenan la usura, se han visto en la precisión de mitigar el rigor de sus principios permitiéndola en el caso de que el prestamista haya de sufrir alguna pérdida, o privarse de alguna ganancia por prestar su dinero; el caso de pérdida se llama daño emergente, y el de privación de ganancia lucro cesante”*.

¹ ESCRICHE (1991) p. 282.

Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ² explica el alcance de esa norma aduciendo que corresponde reparar la pérdida o disminución efectiva que la víctima ha experimentado en su patrimonio y lo que dejó de ganar o percibir a consecuencia del delito o cuasidelito, aclarando que esa norma es aplicable tanto a las obligaciones contractuales como en materia delictual o cuasidelictual, es un principio de aplicación general.

En esa senda alinean también los artículos 2317 y 2329 del Código Civil, en cuanto consideran reparable todo daño proveniente de un delito o cuasidelito.

Por otro lado surge el artículo 2331 del mismo Código estableciendo que *“las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”*.

Pablo RODRÍGUEZ GREZ³ no discurre en torno a la corrección de esta norma en función de su armonía con el sistema jurídico y con la Constitución en particular, limitando sus explicaciones a puntualizar que su propósito pasa por excluir la reparación del daño moral, limitando la indemnización al daño material lo cual concordaría, en su concepto, con la regla general enunciada en el artículo 2329.

Apoyándose en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, estima que el artículo 2331 no delimita los derechos de la víctima de un delito penal, sino sólo los de un delito civil, cuestión que reconoce haber quedado en entredicho, al ser interpretado por el artículo 31 inciso segundo de la Ley n° 16.643, (*sobre abusos de publicidad*) que acota el sentido de ese precepto a los delitos de injuria y calumnia cometidos a través de medios distintos de los expresados en el artículo 16 de esa ley.

Contra lo anterior surge el artículo 40 de la Ley n° 19.733 al disponer que *“la comisión de los delitos de injuria y calumnia a que se refiere el artículo 29, dará derecho a indemnización por el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral”*.

² ALESSANDRI (1943) p. 547.

³ RODRÍGUEZ (1999) p. 316.

Continuando en el ámbito de las aclaraciones acudamos nuevamente a Alessandri RODRÍGUEZ⁴, para acotar que el daño puede ser material o moral, siendo el primero una lesión pecuniaria y, el segundo, en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico y, agrega, lo que estimamos relevante para los efectos de este estudio *"el daño material lesiona a la víctima pecuniariamente, sea disminuyendo su patrimonio o menoscabando sus medios de acción; la víctima, después del daño, es menos rica que antes. El daño moral, en cambio, no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria –el patrimonio de la víctima está intacto,- consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos. De ahí que a la indemnización que lo repare se la denomine Pretium doloris."*

Para RODRÍGUEZ GREZ⁵, el daño emergente está constituido por el detrimento patrimonial efectivo que experimenta una persona. Constituye un empobrecimiento real, esto es, la desaparición por obra del ilícito civil de un bien que formaba parte del activo del patrimonio. Concluye diciendo que el daño emergente es la diferencia que se produce en el activo del patrimonio de una persona, como consecuencia del ilícito civil, entre su valor original (anterior al hecho que se reprocha) y el valor actual (posterior al mismo hecho).

Resulta evidente que, para ese autor, el patrimonio sólo está integrado por cosas que pueden y deben ser consideradas para estimar a una persona como más o menos rica.

Separar de esa idea de patrimonio los aspectos denominados *morales* vinculados al Hombre, no es una creación de RODRÍGUEZ GREZ ni mucho menos, más bien corresponde a la doctrina tradicional.

Tan es así que Georges RIPERT y Jean BOULANGER⁶ intentan una definición negativa del daño moral, aduciendo que es aquel que no atenta en ninguna forma contra los elementos del patrimonio, con lo cual resulta evidente que el ámbito moral del hombre, que puede ser dañado y da derecho a reparación, para ellos no forma parte del patrimonio de las personas.

Vista así las cosas, toda reparación pecuniaria que reconozca por causa un daño moral importaría, en último término, un enriquecimiento de la persona que asume el papel de víctima afecta a indemnización, con lo cual se

⁴ ALESSANDRI (1943) p. 220.

⁵ RODRÍGUEZ (1999) p. 290.

⁶ RIPERT - BOULANGER (1965) p. 94.

pierde el sentido reparativo que es propio a esta modalidad de prestaciones, visión con la cual no podemos estar de acuerdo.

Lo expuesto nos lleva a revisar algunos conceptos entregados en torno al patrimonio de la persona y su contenido, cuestión que dará inicio a nuestra investigación del tema, para establecer si nuestro desacuerdo reconoce o no algún fundamento atendible.

II. ACERCAMIENTOS EN TORNO AL CONCEPTO DE PATRIMONIO

Louis JOSSERAND⁷, tomando por base a diversos autores franceses, explica que es un atributo de la personalidad que puede ser definido como el conjunto de valores pecuniarios, positivos o negativos, pertenecientes a una misma persona y que figuran unos en el activo, los otros en el pasivo, reconociendo que no se trata de un concepto exacto sino más bien un acercamiento técnico.

Luego de afirmar, como característica del patrimonio, que éste es esencialmente pecuniario, realiza una aproximación mucho más cercana a nuestros tradicionales conocimientos jurídicos sobre la materia que lo identifican antes que nada y por sobre todo, como un atributo de la personalidad.

Esto último conlleva, en sus términos, que el patrimonio conlleva “una noción abstracta de orden intelectual, metafísico: es, si se quiere, *la aptitud para convertirse en el centro de relaciones jurídicas pecuniarias*, o también, *en receptáculo ideal dispuesto a recibir los valores positivos o negativos.*”⁸

En el orden del contenido que es de nuestro interés, ese autor agrega que “*el patrimonio es un atributo, una emanación de la personalidad, y como proyección de dicha personalidad en el campo del derecho. En efecto, hagamos notar: Toda persona tiene un patrimonio; a la inversa, sólo una persona puede tener un patrimonio; el patrimonio es inalienable como la personalidad misma, de la cual es uno de los atributos: no se puede tampoco ceder, vender un patrimonio, como no se podría enajenar el propio estado, su capacidad, o su reflejo.*”

Habremos de reconocer, basado en los dichos del mismo autor, que ese concepto del patrimonio es vivamente discutido por las doctrinas alemanas, que restringen su ámbito a una masa de bienes que, por consecuencia, no

⁷ JOSSERAND (1952) p. 454.

⁸ *Idem.*, p. 455.

estaría indisolublemente unida a la personalidad, siendo posible concebir un patrimonio sin titular, que estaría sostenido por su afectación misma, representando su justificación y razón de ser.

Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ⁹ afirma que no existiendo antecedentes al respecto en el Derecho Romano, como un todo autónomo, explica que la teoría clásica del patrimonio, elaborada por AUBRY ET RAU, es denominada subjetiva, por la íntima relación que guarda la existencia del patrimonio con la persona que lo exhibe o detenta, a un nivel que lo hace inseparable, no siendo posible concebir un patrimonio sin persona y viceversa, como explicaba JOSSERAND.

Aludiendo a esos autores, al afirmar que el patrimonio siendo en su más alta expresión, la personalidad misma del hombre en relación con los objetos exteriores sobre los cuales puede o podrá ejercer derecho, comprende no sólo *in actu* los bienes ya adquiridos, sino *in potentia* los bienes por adquirir. Es lo que expresa muy bien la palabra alemana *Vermögen*, que significa, a la vez, poder y patrimonio.

Esa versión importa una reducción drástica del concepto de patrimonio, en la medida que lo mal entiende a la vinculación de la persona con las cosas, sea en potencia o en acto, lo que no hace una diferencia importante a la hora de concebir al patrimonio como atributo de la personalidad y, aún más, que siempre tiene contenido.

La descripción precedente incide en la definición misma que se tenga respecto al Hombre y su existencia, cuestión que abordaremos en el capítulo siguiente para no alterar el orden lógico de la exposición.

La doctrina alemana, por su lado, llamada también objetiva o finalista, toma por base un conjunto de situaciones en que, bajo su perspectiva, existirían patrimonios sin estar vinculados a persona determinada, que denominan, genéricamente, como "*patrimonios de afectación*".

En ese sentido expresaban que si se admite la idea sugerida por IHERING, que el derecho subjetivo no es más que un interés jurídicamente protegido, no será difícil concluir que el ordenamiento jurídico podrá querer proteger –además de las personas– ciertas finalidades u objetivos, y entonces no habrá inconvenientes en aceptar que en torno a esas finalidades puedan agruparse también bienes y deudas. Los derechos pertenecerán en este caso a un destino protegido por el ordenamiento jurídico; si existe una persona, ella será el

⁹ FIGUEROA (1991) p. 28.

destinatario directo; si sólo existe una finalidad, ella será el centro de los bienes y deudas que conforman su patrimonio, sin perjuicio de que tras aquella finalidad ideal puedan encontrarse siempre destinatarios indirectos o indeterminados, en forma de personas. La persona es siempre el destinatario directo o indirecto del ordenamiento jurídico, pero es perfectamente aceptable que ella se encuentre disimulada tras la finalidad ideal que el ordenamiento jurídico protege.¹⁰

En nuestro concepto, asumido el patrimonio como un atributo de la personalidad y la visión clásica de ese elemento, es posible realizar una primera aproximación al marco que nos interesa acotar: toda persona tiene patrimonio aun cuando no tenga bienes.

Sobre esa idea no existe una gran controversia. El problema surge por la apreciación de un fenómeno de hecho, la presencia de conjuntos de bienes y deudas que no reconoce a una persona en particular como titular o no han precisado de la existencia de una persona para surgir como una realidad.

De allí a sostener que donde existe un activo y un pasivo también hay un patrimonio sólo faltó un paso, dando lugar a la tendencia finalista, objetiva o alemana como quiera ser denominado.

Con todo, estimamos que en esta última forma de visualizar el fenómeno existe una confusión entre patrimonio y universalidades, sean de hecho o de derecho, lo que no hace una diferencia importante para identificar esa confusión.

A nuestro modo de ver, el problema que subsiste o mejor dicho, se torna más dramático en ese planteamiento, discurre por perder de vista o no aceptar al patrimonio como un atributo de la personalidad, identificándolo con la materialidad visible del ejercicio de ese atributo, como son los activos y pasivos, lo que ni con mucho agota la existencia de ese atributo, en la medida que este es anterior a ese o esos hechos.

La síntesis de esa posición es sencilla: el patrimonio no constituiría un atributo de la personalidad. En la medida que sea postulada otra opinión, vale decir, considerar al patrimonio como atributo de la personalidad, la doctrina objetiva o finalista resulta insustentable.

¹⁰ *Idem.*, p. 41.

Las universalidades pueden no requerir a una persona como elemento esencial para su existencia, pero difícilmente podremos concebir un atributo de la personalidad sin una persona a la cual remita, pues importaría una contradicción *ab initio*.

Así las cosas, concluiremos, para no sobreabundar en el tema, lo que nos desviaría de nuestro propósito investigativo, que tomaremos como pauta de trabajo que el patrimonio es un atributo de la personalidad, por lo cual siempre existirá en función de la presencia de una persona a la que pueda atribuir.

Por otro lado, también habremos de fijar el sentido que el patrimonio al ser, antes que nada y por sobre todo, un atributo de la personalidad, no está determinado en su existencia por su contenido, vale decir, la presencia o ausencia de cosas materiales.

Una persona tiene patrimonio siempre, aun cuando esté perfectamente desprovisto de esas cosas pues, al menos, tendrá un conjunto de potencialidades además de derechos que resultan inalienables, para lo cual, en el punto siguiente, haremos un breve acercamiento a ellos.

Nos parece interesante, como última cuestión, acudir a las enseñanzas de Luis CLARO SOLAR¹¹ que, marginalmente trata el tema al hablar de los bienes, explicando que Justiniano señala en sus Instituciones, como objeto del derecho, las personas, las cosas y las acciones: *omne autem jus quo utitur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad acciones*; y se ocupa de ellas en el mismo orden pero, expresa que, en realidad esa clasificación de los objetos del derecho sólo persigue una exposición metódica y clara de las instituciones jurídicas que, establecidas en vista de las personas, tienen a las personas como objetivo único. Se principia por considerar a las *personas* independientemente de sus relaciones con las cosas para determinar su estado, su capacidad, sus vinculaciones de familia y las vinculaciones de dependencia que entre ellas existen; se contempla, en seguida, a las personas en sus relaciones con las cosas del mundo exterior, que se transforman para ellas en *bienes* incorporados a su patrimonio mediante los derechos que sobre ellas adquieren; y para el caso de desconocimiento de esos derechos, se estudia bajo el nombre de *acciones*, el procedimiento para hacerlos respetar judicialmente. *"En último análisis, la teoría de las personas tiene, así, por objeto los **derechos no apreciables en dinero y que están fuera del comercio**; la teoría de las co-*

¹¹ CLARO (1979) p. 6.

sas, **los derechos que constituyen el patrimonio;** y la teoría de las acciones, la sanción práctica encaminada a garantizar esos derechos”.

Agrega más adelante, al distinguir entre derechos, bienes y cosas, que inscriben en los primeros algunos que se confunden con la existencia misma de la persona, como son los que tienen por objeto la libertad, el honor, el cuerpo mismo de la persona; “...y no pueden dar lugar a reclamación sino en cuanto puedan ser lesionados por un delito o cuasidelito que produzca una acción para la indemnización de daños y perjuicios. Hay también otros que provienen de las relaciones de potestad y dependencia de una persona con respecto a otra, como los que resultan de la potestad marital o de la patria potestad. Sin duda todos esos derechos reportan al hombre una utilidad, y en este sentido se han calificado de bienes innatos, las facultades, las aptitudes y todos los derechos inherentes a las personas, su libertad, su honor, su vida; y protegen los derechos resultantes de la potestad marital y de la patria potestad. Más no basta que un derecho presente una utilidad cualquiera para ser contado entre los bienes que forman el patrimonio, si esa utilidad de carácter moral que contribuye sin duda a aumentar el bienestar del hombre, no se presta a una evaluación en dinero”.¹²

Con lo expuesto nos queda bastante claro lo que entienden incorporado y formando parte del patrimonio los autores tradicionales en el ámbito chileno y, también el legislador de la época, por lo cual nos resta analizar la procedencia de esa forma de visualizar esa realidad jurídica, sin dejar de lado el trato jurisprudencial efectuado respecto a aspectos de la persona humana que, conforme a lo dicho, no serían parte de su patrimonio.

III. EN TORNO AL HOMBRE Y SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

E. AHRENS¹³ dice que la historia de la cultura de los pueblos se halla dominada por una ley fundamental, que apenas se percibe, y sin embargo, manifiesta, de la manera más brillante, el designio de la Providencia para el progreso moral de la humanidad: es la ley que guía lentamente a los hombres ya a las naciones al través de los grandes períodos históricos hacia la inteligencia más profunda y a la práctica más extensa de esta verdad, a saber, que el hombre y su perfeccionamiento son el fin a que deben tender todas las instituciones, y que por consiguiente, todas las relaciones deben hallar su regla y media en el fin armónico de la vida humana.

¹² *Idem.*, p. 8.

¹³ AHRENS (1873) p. 267.

Lo expuesto no es muy diferente a la versión que nos entrega Antonio HUNEUS¹⁴, al reconocer la doble funcionalidad del derecho, bajo sus formas objetivas y subjetivas. En ese sentido explica que el *"individuo conserva siempre en la asociación su propia personalidad. Concorre a la vida común, pero persigue a un tiempo fines i propósitos que exclusivamente miran a su persona, a sus necesidades i a su bien particular. La vida subjetiva, que es propia de todo ser organizado o inorgánico, no puede negarla la colectividad a ninguno de sus individuos, los aniquilaría en vez de perfeccionarlos i perecería con ellos"* (sic.).

En ese orden de ideas apunta que el derecho es una condición, dado que el hombre es un ser superior dotado de atributos que le permiten disponer de la naturaleza exterior para aplicarla a la satisfacción de sus necesidades. *"La sensibilidad, en fin, liga al hombre por medio de lazos con los demás hombres, con las ideas i objetos que representan la verdad, el bien i lo bello. Esta organización privilegiada de facultades tan diversas i a la vez integrante de su personalidad, permite al hombre dilatar los beneficios que le ofrece la naturaleza i realizar todos los fines i objetos que dentro de su vida limitada se presentan a su alcance"*.¹⁵

Esa orientación, llena de optimismo en el destino de la evolución humana, que compartimos en su deber ser es, lo que nos conduce a reformular algunos conceptos sobre el patrimonio para su mejor servicio a la inteligencia y bienestar de las personas.

Rafael FERNÁNDEZ CONCHA¹⁶ explica que *"el concepto del hombre como individuo y como meramente coexistente con sus semejantes precede al del hombre como miembro de la sociedad humana"*, lo cual si bien pareciera una obviedad no resulta serlo tanto, al envolver un sentido de pertenencia y proyección que no podemos pasar por alto: el hombre es antes que la sociedad, dando lugar a una exposición de principios.

Por esa vía concluye que la sociedad deviene como algo agregado al hombre y, en cierta forma, instrumental a él, al extremo que *"el fin de la sociedad se halla subordinado al del individuo, como quiera que la sociedad sólo tiene por objeto garantir, desenvolver y perfeccionar la persona de los asociados. Es, por tanto, necesario el previo conocimiento de los derechos individuales para inquirir y determinar las leyes fundamentales del orden social"*.

¹⁴ HUNEUS (1904) p. 16.

¹⁵ *Idem.*, p. 20.

¹⁶ FERNÁNDEZ (1888) p. 5.

Los derechos individuales -continúa- suponen ciertas condiciones comunes a todos ellos que atribuyen a la naturaleza del ser humano.

Esas condiciones las agrupa en las siguientes: 1º. La racionalidad, que confiere al hombre la dignidad de persona, por cuanto sólo éstas pueden ser sujetos del poder jurídico; 2º la coexistencia de los hombres, ya que el derecho es una relación entre dos personas por lo menos, de las cuales la una es sujeto y la otra término, y 3º Cierta independenciamiento entre los hombres, en virtud de la cual unos no son pertenencia de otros.

Todo hombre –enseña– por virtud de su racionalidad, constituye una persona con un fin propio, no subordinado al de sus semejantes: de donde es que las relaciones entre ellos no pueden ser de medio a fin, sino de fin a fin.

La naturaleza humana, en cuanto contiene las tres condiciones indicadas, representa la fuente de donde derivan los derechos de las personas.

El carácter inmediata o mediata de la ante dicha derivación atribuye a los derechos individuales, igualmente, la calidad de innatos, absolutos o primitivos, por un lado, o de adquiridos, hipotéticos o derivados, por el otro.

Así expone que hay derechos producidos en el individuo tan sólo por virtud de su existencia y naturaleza racional, como “la conservación y defensa de la vida”¹⁷, atribuyéndoles calidad de innatos o coexistentes con el principio de las personas para lo cual incluso, aclara de modo muy pertinente, que hay derechos innatos que preceden al nacimiento, surgiendo a partir de la concepción, como el derecho a la vida y, nosotros podemos agregar, a la integridad.

Otros derechos que, igualmente son innatos, surgen con posterioridad, como la independenciamiento y todos los que ella supone, que exigen un adecuado desarrollo de las facultades racionales. Así estos “nacem con el hombre in habitu, mas no in actu; por cuanto, si bien la naturaleza no los produce junto con la existencia del individuo, sino después que éste ha alcanzado cierto desenvolvimiento, contiene la virtud de producirlos por sí sola, y de hecho por sí sola los produce sin necesidad de título alguno extrínseco a la misma”.¹⁸

Al explicar los derechos adquiridos, también lo hace con el sentido de la pertenencia, aduciendo que ellos tienen una vinculación mediata con la

¹⁷ *Idem.*, p. 9.

¹⁸ *Ibidem.*

naturaleza del individuo *"puesto que, si el hombre, por razón de su dignidad personal, no tuviera la posesión de su propia naturaleza, y el dominio de sus facultades y de sus actos, nada de lo que a su ser se le agregase constituiría una pertenencia suya, una propiedad sagrada e inviolable para los demás"*.¹⁹

Esta diferencia que efectúa entre derechos innatos y adquiridos también marca una impronta de la cual derivan consecuencias no menos relevantes, como es que los primeros responden a una misma naturaleza, el carácter racional de los individuos y, por ende, pudiendo ser que la materia de esos derechos sea en unos más extensa o valiosa que en otros, el derecho sigue siendo el mismo, lo que no acontece con los derechos adquiridos.

En el estudio de los derechos innatos distingue dos elementos, el formal y el material. El primero lo hace radicar en la *"potestad moral e inviolable que compete a una persona, de obrar o exigir algo"*²⁰ y el segundo, en algún bien propio de la persona respecto del cual versa la enunciada potestad. El formal es idéntico en todos los derechos, más no así, el material, ya que los bienes propios de las personas son de varias especies, dando lugar a diversas clases de derecho.

Con esa orientación explica que el supremo bien que reconoce el hombre en sí mismo por virtud de su naturaleza racional, radica en su condición de persona que le asigna un fin que no está subordinado al de ninguna criatura.

La personalidad, afirma y en lo cual concordamos plenamente, no es un derecho, sino la cualidad sustancial que la atribuye al hombre la condición de sujeto de derechos.

Cosa diferente es el *"derecho de personalidad, entendiéndolo por éste la facultad que compete al hombre de ser reconocido por todos como persona"*²¹, lo que importa un fin sí mismo, con todos los atributos que de ello deriva.

De esa calidad, dicho autor deriva la pertenencia de todos los bienes comprendidos en la propia naturaleza. *"Entre ellos se cuentan, ante todo, las facultades de la misma, las físicas y las racionales. De aquí el derecho a no ser dañados en los sentidos y otros miembros del cuerpo, y a no ser objeto de*

¹⁹ *Idem.*, p. 10.

²⁰ *Idem.*, p. 11.

²¹ *Idem.*, p. 12.

ningún acto que traiga consigo la pérdida, perturbación o debilitamiento de las potencias del alma".²²

De lo expuesto, además deriva el derecho de toda persona a no ser engañado, tentado o provocado al vicio, que no se causen enfermedades físicas ni dolores, a no ser impedido ni perturbado en el uso y goce de los bienes comunes o de utilidad ilimitada.

Esas facultades son pasivas y activas. Los actos ordenados de ellas que nos pertenecen, no pudiendo ser privados de los mismos sin injuria.

En esto radica el derecho de independencia, de lo cual deriva la libertad de conciencia; inquirir y comunicar la verdad en cualquier ciencia; procurarnos los medios de subsistencia por medio de trabajo o profesión honesta; pedir y dar ayuda a los demás, etcétera.

IV. EL PATRIMONIO COMO UN TODO ARMÓNICO

Todo lo expuesto nos permite llegar a extraer dos conclusiones intermedias: la primera, que hay muchos derechos que derivan de la naturaleza del Hombre, por lo que son calificados como innatos, a los cuales, la doctrina tradicional los priva de la categoría de ser avaluables pecuniariamente y, la segunda, que deriva de lo anterior, al considerar el patrimonio integrado, formado únicamente por derechos avaluables pecuniariamente, esos derechos innatos y, no por ello menos importantes, sino por el contrario, sin duda que más valiosos que aquellos con expresión pecuniaria inmediata, no serían parte del patrimonio de la persona.

Estimamos ese predicado erróneo, asumiendo en parte pero aún en forma más extensa, la doctrina tradicional sobre el patrimonio, en el sentido que éste representa un atributo de la personalidad cuya integridad queda conformada, básicamente, por los derechos innatos y, además, por la facultad del Hombre en orden a generar relaciones con el medio de naturaleza jurídica, lo que también incorpora a su patrimonio.

El postulado contrario, que reduce el patrimonio sólo a un activo y pasivo valorizable determinaría que el expósito carecería de ese atributo de la personalidad, lo que es una inconsecuencia lógica. Todas las personas naturales disponen y exhiben como parte de su ontología, la integridad de los atributos que las caracteriza como persona.

²² *Ibidem.*

Salvada esa situación, sólo en términos provisionales, dado que un análisis más extenso rebasa los propósitos de este trabajo que es una simple aproximación al tema, podemos también atacar esa postura desde el mismo alero objetivista.

Haciendo nuestras las explicaciones de W. LUYPEN²³ que inicia su texto "*Fenomenología del derecho natural*" acudiendo a Erich FECHNER con su conocida máxima "*El derecho natural ha muerto; viva el derecho natural*", podemos decir que es cierto que los defensores de las teorías objetivistas demuestran particular sensibilidad ante el hecho innegable de que un orden jurídico existente contiene asimismo la factibilidad de una sociedad. "*En cualquier orden jurídico se puede apreciar, al menos hasta cierto punto, el tipo de las relaciones que efectivamente se producen entre los hombres. En verdad, el orden jurídico indica cómo deben comportarse entre sí y con la sociedad los miembros de ésta, pero también muestra, al mismo tiempo y al menos hasta cierto punto, qué clase de relaciones existe efectivamente en esa sociedad*".

Nos ayuda Alfredo FOUILLÉE²⁴ al exponer que ha llegado la época de distinguir más claramente lo que debe ser, de lo que es, la idea del hecho material. Cuando se tiene cuidado de no confundir el dominio de lo ideal con el de lo real, no se corre el peligro de perder el sentimiento de la realidad, y por otra parte, se es más capaz de acomodar aquélla poco a poco, por términos medios sabiamente combinados, a ese ideal cuya realización se quiere apresurar.

Para aquellos que justifican el derecho en la fuerza que lo imponga, el ideal es en sí mismo una fuerza, puesto que mueve a la humanidad, y, en cierta medida, puede mover al mundo mismo, es también un interés, puesto que es la necesidad incesante del pensamiento y el objeto perpetuo del deseo. Por esto mismo, es uno de los factores de la evolución humana, uno de los motores del organismo social, uno de los resortes más importantes de la vida consciente.

En detrimento de Hans Kelsen, la fuerza sola no puede realizar la concepción social que persigue, y lo mismo pasa con el interés y con el derecho abstracto, de modo que en términos de Alfredo FOUILLÉE, que compartimos, sólo la debida combinación de todos esos factores nos lleva a adoptar un sistema jurídico que, junto con satisfacer la necesidad social de una adecuada

²³ LUYPEN (1968) p. 47.

²⁴ FOUILLÉE (1869) p. 308.

justicia, corresponda con los valores imperantes en ella y sea capaz, además, de sobrevivir en el tiempo por la aceptación colectiva.

Estos conceptos nos permiten apartarnos de la letra de la ley como de las doctrinas tradicionales, para establecer, incluso también al amparo de la ley vigente, lo que acontece a la vista de la aplicación positiva, además de práctica del principio de inexcusabilidad que, parte por radicar la atribución constitucional de juzgar en los tribunales (artículo 73 de la Constitución Política de la República de Chile y 1° del Código Orgánico de Tribunales) para concluir en el inciso segundo del artículo 10 de este último Código, estableciendo que: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su *decisión*”.

Esa falta de ley para resolver las controversias es suplida por dos vías, la costumbre, bastante cercana en materia comercial en razón a lo dispuesto en el artículo 4° del Código de Comercio y los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo, nos dirá el número 5° del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

Si el patrimonio, bajo el punto de vista objetivo, sólo está integrado por *bienes* o derechos *avaluables* pecuniariamente, habremos de convenir que no existen derechos o bienes *avaluables* fuera del patrimonio.

Ahora bien, si esos derechos *avaluables* no corresponden, por lo menos en parte, a ganancias futuras, también estaremos forzados a concluir que, en la visión que la sociedad actual tiene de ellos y, por consecuencia, forma parte del sistema jurídico, en tanto son valores normativos vigentes, de ser reparados en caso de sufrir alguna injuria, inscriben en la reparación del daño emergente a que alude el artículo 1556 del Código Civil, aun cuando Andrés BELLO no haya tenido esa idea al escribirlo, lo que nos maravilla todavía más respecto de su genialidad.

Como última reflexión, es precisamente lo expuesto la idea matriz que inspiró el título de este capítulo, desde que la consistencia conceptual del patrimonio se reblandece si existen bienes o derechos *avaluables*, en tanto son susceptibles de reparación indemnizatoria que no sean considerados incorporados al patrimonio.

Nuestra posición que hemos ido asentando trabajosamente en las líneas precedentes postula que todo derecho del Hombre forma parte de su patrimonio, pues todo derecho del Hombre es susceptible de ser injuriado y, toda injuria amerita reparación pecuniaria, no solamente moral.

V. ÚLTIMOS APUNTES DOCTRINARIOS, POSITIVOS Y JURISPRUDENCIALES

No deseamos sobreabundar en las citas doctrinarias, ya que disponemos del material suficiente para ello pero, en alguna medida, empiezan a ser reiterativas o con diferencias marginales en cuanto hace a la línea matriz de este esfuerzo de investigación.

Con todo, las expresiones de Pablo NOGUEIRA MUÑOZ²⁵, a la hora de las conclusiones de su trabajo, nos llevó a extrapolarlas, cuando sintetiza la doctrina tradicional en el sentido que los derechos de la personalidad carecen de una valoración pecuniaria, ya que tendrían por fundamento el libre desarrollo de la personalidad, por lo cual se caracterizarían como extrapatrimoniales para sustentar que esa, siendo una doctrina por largo tiempo imperante, está profundamente equivocada, pues todo es susceptible de compensación pecuniaria, aun cuando la valorización sea subjetiva o imprecisa o incluso insatisfactoria, dado lo que está comprometido.

En el sistema anglosajón es corriente hablar de indemnizaciones punitivas, que parecen más ajustadas y explicables en relación a una injuria de un derecho que, objetivamente, no puede ser avaluado, desde que la reparación opera a través de la *vindicta* pecuniaria y, por ende, se traduce en una significación monetaria.

Eso nos permite desembarazarnos de la rémora de estar reparando un daño a través del enriquecimiento incausado de la víctima, con lo cual deja de existir la reparación si es adoptado ese punto de vista. La reparación existe pues la víctima tiene derecho a la *vindicta* sancionatoria de manera que no podrá hablarse en ningún contexto de una reparación pecuniaria indebida si ésta ha sido entregada a título de indemnización punitiva.

Así la evolución de los derechos de la personalidad, cimentado en la multiplicidad de textos legales nacionales e internacionales que amparan los derechos humanos, ha intensificado la intensidad de su protección, reconociendo que en ellos va envuelta la dignidad de la persona, no siendo suficiente el amparo meramente privado, determinando el reconocimiento constitucional de muchas facetas que antes sólo operaban en el mundo privado o particular.

²⁵ NOGUEIRA (2010) p. 126.

Resulta ahora pertinente que nos colabore en los argumentos SANTO TOMÁS DE AQUINO²⁶ al justificar el gobierno unitario a partir de la *Ilíada*, para concluir que, más allá de los argumentos teológicos del Angélico, el mundo tiende hacia la unidad en lo que dice a los bienes jurídicos protegidos. Debemos volver a ese santo pensador para reflexionar con él en que la unidad pertenece a la razón de bondad, según lo prueba BOECIO (*De Consolat.* 1.3, prosa 11), fundándose en que, como todo ser desea el bien, así desea la unidad, sin la cual no puede existir, porque algo en tanto existe en cuanto es uno. Por esto vemos que las cosas repugnan su división cuanto pueden; y que la disgregación de una cosa acusa defecto en ella. Agrega que es evidente que muchos no pueden unir ni concordar muchas cosas, si ellos mismos no se unen de algún modo.

Sin entrar a un análisis jurisprudencial detallado²⁷, nos quedamos con las conclusiones que de ese análisis extrae Juan Pablo RODRÍGUEZ CURUTCHET²⁸ que, reconociendo la inexistencia de una definición del perjuicio moral en los ordenamientos jurídicos antiguos, constata el surgimiento de diversas doctrinas jurisprudenciales²⁹, que enmarcan el daño moral como el *pretium doloris*; como una lesión a un derecho patrimonial, entre otras.

Conviene tener presente la precisión de Eduardo A. ZANNONI³⁰, en orden a que el daño moral podría ser resarcible a condición de que sea provocado por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, que ese autor como la mayoría los entiende los “*no avaluables en dinero*”, reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico, de manera que para ese autor, si ese ordenamiento no lo reconoce no sería reparable, con lo cual estamos en perfecto desacuerdo.

En el orden positivo, más allá de las normas civiles citadas, la posibilidad de reparación del daño moral es explícitamente acogida en el inciso tercero del artículo 168 del Código del Trabajo, al establecer la facultad del juez para aumentar hasta en un cincuenta por ciento la indemnización por años de servicio, si el empleador hubiere invocado las causales señaladas en los números 1, 5 y 6 del artículo 160 y el despido fuere además declarado carente de motivo plausible por el tribunal. Esa norma, por lo demás, tenía su

²⁶ DE AQUINO (1988) p. 489.

²⁷ Hay numerosas obras que pueden ser consultadas sobre el tema.

²⁸ RODRÍGUEZ (2009) p. 36.

²⁹ Expresión de los valores jurídicos vigentes en nuestra sociedad.

³⁰ ZANNONI (1987) p. 290.

precedente inmediato en el artículo 162 de la Ley n° 18.620, por la cual, si el empleador invocaba maliciosamente la causal establecida en el número 1 del artículo 156 o alguna de las causales del artículo 157, debía indemnizar los perjuicios que ello irrogara al trabajador, lo que correspondía evaluar incidentalmente por el tribunal que conociera de la causa de terminación del contrato. En estos casos, concretamente, estamos hablando de *evaluación* de daño moral, traducido en una injuria al honor del trabajador.³¹

En lo que dice razón con el artículo 2331 del Código Civil, que nos resultaba particularmente incómodo en nuestro análisis, el Tribunal Constitucional se ha encargado de liberarnos de ese agravio argumentativo, al declarar, reiteradamente, que se trata de una norma inconstitucional.

El más interesante de esos fallos, en tanto compendia los anteriores, es aquél librado el 16 de abril de 2009, enderezado por el Senador Carlos Ominami Pacual³², junto al emitido el 10 de junio de 2008, a propósito de la causa rol 2429-2007, caratulada "*Valdés con Jaime Irrázabal Covarrubias y otros*"³³, concluyendo que, en términos generales, la obligación de responder por los perjuicios causados por la infracción de un deber jurídico, sea sufriendo el castigo por el delito cometido se ha perjudicado a la sociedad quebrantando la ley penal, sea satisfaciendo la indemnización del daño inflingido a otro cuando deliberadamente o por pura negligencia se ha contravenido una obligación de carácter civil, configura el principio de responsabilidad, que impregna todo el ordenamiento jurídico y adquiere las más variadas formas a través de estatutos jurídicos especiales de responsabilidad.

En esos fallos fue concluido que la responsabilidad civil como deber de indemnizar el daño inferido a otro procede tratándose de la lesión de un derecho constitucional, siendo ello una aplicación de las bases fundamentales del ordenamiento constitucional chileno, configuradas por ciertos principios y valores básicos asentados en disposiciones concretas de la Constitución Política, como los artículos 1°, 4°, 5° y 19, citando al respecto el considerando 21 de la sentencia rol n° 46, en el que razonó "*estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto*

³¹ Sobre el tema existe un artículo de COURT (2002).

³² Tribunal Constitucional. *Artículo 2331 del Código Civil y artículo 40 inciso 2° de la Ley n° 19733, rol n° 1185* (2009).

³³ Tribunal Constitucional. *Artículo 2331 del Código Civil, rol n° 943* (2008).

*normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución”.*³⁴

Agrega el primero de los fallos que *“del mismo modo, reflexionó dicha sentencia en que siendo regla general de nuestro ordenamiento jurídico –regla que se ha derivado del texto del inciso primero del artículo 2329 del Código Civil– que todo daño causado por un acto ilícito debe ser indemnizado –esto es, que tanto el daño patrimonial como el daño moral, si se han producido, deben ser reparados por el responsable–, el artículo 2331 del mismo Código, que prohíbe demandar una indemnización pecuniaria por el daño moral causado por imputaciones injuriosas en contra del honor o el crédito de una persona, representa una excepción de este principio general sobre responsabilidad”.* Continúa, *“se concluyó que se trata de un derecho de carácter personalísimo que es expresión de la dignidad humana consagrada en el artículo 1° de la Constitución, que se vincula, también, con el derecho a la integridad psíquica de la persona, asegurado por el número 1° de su artículo 19, pues las consecuencias de su desconocimiento, atropello o violación, si bien pueden significar, en ocasiones, una pérdida o menoscabo de carácter patrimonial más o menos concreto (si se pone en duda o desconoce la honradez de un comerciante o de un banquero, por ejemplo), la generalidad de las veces acarrea más que nada una mortificación de carácter psíquico, un dolor espiritual, un menoscabo moral carente de significación económica mensurable objetivamente, que, en concepto del que lo padece, no podría ser reemplazada o compensada con una suma de dinero, tratándose, en definitiva, de un bien espiritual, no obstante tener en ocasiones también un valor económico; ...”.*

Finalmente, concluye que el artículo 2331 del Código Civil contraviene los artículos 1°, 4°, 5° y 19, de la Constitución Política de la República de Chile, independientemente de la dificultad de la evaluación.

VI. CONCLUSIONES

1. El patrimonio está constituido por todos los derechos de las personas, incluso aquellos que se encuentran en un ámbito meramente potencial, vale decir, que conforman meras expectativas.
2. El patrimonio, como atributo de la personalidad, está indisolublemente ligado a ella y su contenido es integral de todas las facultades y potencialidades del ser humano.

³⁴ Tribunal Constitucional. *Artículo 8° Constitución, rol n° 46* (1987).

3. Todos los derechos de las personas son susceptibles de reparación pecuniaria, no obstante a ello, que esa reparación pueda ser juzgada insuficiente o difícil de practicar, desde que la dificultad de la operación no es argumento bastante para desconocer su procedencia.
4. La reparación subsecuente a una injuria es un derecho innato que no dando lugar a una expresión monetaria inmediata reconoce fundamento jurídico y moral, en el derecho a la vindicta de la víctima, de tal manera que la indemnización establecida en ese contexto es procedente y obedece a una naturaleza punitiva.
5. De todo lo anterior resulta pertinente derivar que el patrimonio tiene un contenido moral traducido en todos aquellos derechos que no reconocen una expresión o se traducen en una valoración monetaria inmediata, en tanto atribuyen a característica de honorabilidad, dignidad u otras equivalentes, de superior jerarquía y connotación para las personas y la sociedad en general, que las meramente pecuniarias.
6. La reparación del daño moral ha de ser considerada reparación del daño emergente, en tanto el agravio provocado no haya puesto en peligro o comprometido ganancias futuras de la víctima pues en este último evento y en todo aquello que pueda traducirse en una pérdida de ganancias legítimas esperadas, será lucro cesante.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- AHRENS, E. (1873): *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho* (Madrid, Cárlos Bailly-Bailliere) 682 p.
- ALESSANDRI, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria) 716 p.
- CLARO, Luis (1979): *VI Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 606 p.
- COURT MURASSO, Eduardo (2002): "Indemnización del daño moral por despido injustificado", AA.VV., *Derecho de Daños* (Santiago, Editorial Lexis Nexis Chile) 353 p.
- DE AQUINO, Tomás (1988): *Suma Teológica* (Buenos Aires, Club de Lectores) 489 p.

- ESCRICHE, Joaquín (1991): *II Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* (Bogotá, Editorial Temis) 878 p.
- FERNÁNDEZ, Rafael (1888): *II Filosofía del Derecho o Derecho Natural, dispuesto para servir de Introducción a las Ciencias Legales* (Barcelona, Tipografía Católica) 547 p.
- FIGUEROA, Gonzalo (1991): *El patrimonio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 661 p.
- FOUILLÉE, A. (1896): *Novísimo Concepto del Derecho en Alemania, Inglaterra y Francia, traducido por Eduardo Gómez de Baquero* (Madrid, La España Moderna) 324 p.
- HUNEUS, Antonio (1904): *Apuntes Jenerales de Filosofía del Derecho* (Santiago, Imp. Leon V. Caldera) 335 p.
- JOSSERAND, Louis (1952): *I Derecho Civil* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores) vol. I, 469 p.
- LUYPEN, W. (1968): *Fenomenología del Derecho Natural* (Buenos Aires, Carlos Lohlé, Soc. Anon. Ind. y Com.) 268 p.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1965): *V Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol* (Buenos Aires, La Ley) 670 p.
- NOGUEIRA, Pablo (2010): *El derecho a la propia imagen. Naturaleza jurídica y sus aspectos protegidos* (Santiago, Librotecnia) 369 p.
- RODRÍGUEZ, Juan (2009): *La evaluación del daño moral en la jurisprudencia* (Santiago, Legal Publishing) 157 p.
- RODRÍGUEZ, Pablo (1999): *Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 505 p.
- ZANNINO, Eduardo (1987): *El daño en la responsabilidad civil* (Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma) 471 p.

Normas Jurídicas citadas

Código Civil.

Código de Comercio.

Código de Procedimiento Civil.

Código de Procedimiento Penal.

Código del Trabajo.

Código Orgánico de Tribunales.

Constitución Política de la República.

Ley n° 16.643, fija el texto definitivo de la Ley 15.576, sobre abusos de publicidad. *Diario Oficial*, 4 septiembre 1967.

Ley n° 18.620. *Diario Oficial*, 6 julio 1987.

Ley n° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. *Diario Oficial*, 4 junio 2001.

Jurisprudencia citada

Requerimiento formulado por el ministro del interior, en virtud del artículo 82 de la Constitución, para que se declare la responsabilidad del señor Clodomiro Almeyda Medina por infracción al artículo 8° de la Constitución (1987): Tribunal Constitucional, 21 diciembre 1987, rol n° 46, disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl>>.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Luis Carlos Valdés Correa en relación al artículo 2.331 del Código Civil, en causa Rol N° 2429-2007 caratulada "Valdés con Jaime Irrázabal Covarrubias y otros", del Décimo Octavo Juzgado Civil de Santiago (2008): Tribunal Constitucional, 10 junio 2008, rol n° 943, disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl>>.

Requerimiento de Carlos Ominami Pascual respecto de los artículos 2.331 del Código Civil y 40, inciso segundo, de la Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, en el proceso Rol IC 800-08, caratulada "Ominami con Urbano y otros", actualmente en la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 965-2006 (2009): Tribunal Constitucional, 16 abril 2009, rol n° 1185, disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl>>.

COMENTARIOS A LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL: LA EXPRESIÓN PLANIFICADA DE UN CAMBIO EN EL DERECHO DE FAMILIA

*Comments Concerning to the
Marriage Patrimonial Regime
Modification: The Planned Expression
of a Change in the Family Law*

YASNA OTÁROLA ESPINOZA*

RESUMEN: La autora revisa ciertos aspectos relevantes del proyecto de ley actualmente en tramitación que pretende reemplazar el régimen de sociedad conyugal por el de comunidad de bienes. Plantea la inconveniencia del mismo, pues atraería aparejada la transformación de importantes principios subyacentes en relación al contenido de las obligaciones maritales y del régimen patrimonial bajo

* Abogado. Licenciada en Derecho, Universidad de Talca. Magíster en Ciencias Jurídicas y Doctor © en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Civil Universidad San Sebastián. <yeotarol@uc.cl>.

Artículo recibido 12 noviembre y aprobado el 15 diciembre de 2010.

la impronta de un Derecho de Familia individualista que propone un cambio en los modelos de matrimonio y familia, pues confiere a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones. La pregunta que plantea es si estamos frente a una modificación que expresa la transformación hacia la cual transita nuestro Derecho de Familia, o si es el fruto de ideas preconcebidas, que quizá no representan nuestra realidad familiar - patrimonial.

ABSTRACT: The authoress checks certain relevant aspects of the law project nowadays in processing that tries to replace the actual marriage patrimonial regime to a goods community. She thinks that it is unsuitability since it would bring the transformation of important underlying principles in relation to the marital obligations content and the marriage patrimonial regime under the stamp of individualistic Family Law that proposes a change in the models of marriage and family, since it gives to the woman and to the husband equalize rights and obligations. The question that she formulates is if this modification expresses the transformation towards which our Family Law is going, or if it is the fruit of preconceived ideas, which probably do not represent our familiar and patrimonial reality.

PALABRAS CLAVES: Derecho de Familia – sociedad conyugal – modificación régimen matrimonial

KEY WORDS: Family Law – marriage patrimonial regime – modification marriage patrimonial regime

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de ley¹ que modifica el Código Civil en materia de obligaciones y derechos entre los cónyuges y sustituye el régimen de sociedad conyugal en el que el marido es el jefe de la sociedad y por tanto le corresponde la administración ordinaria, además de sus bienes, de los bienes sociales y los de la mujer, por el de comunidad de bienes en que cada cónyuge administra en forma independiente su patrimonio, esto es, tanto sus bienes propios como aquellos que conforman la futura comunidad. Sin embargo, con particulares características respecto a lo que entiende la doctrina como comunidad restringida de ganancias.

¹ *Proyecto de Ley que Modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones.* Boletín n° 1707-18, octubre de 1995.

Por ejemplo, en el ámbito de la administración, cada cónyuge administra, goza y dispone, libre y separadamente del patrimonio de la comunidad y el suyo propio. Luego, en torno al derecho que tiene cada cónyuge para suscribir individualmente los contratos que tienen por objeto mantener la familia común, obligando pasiva y solidariamente al otro. Finalmente, en cuanto a los poderes de la mujer, puesto que deroga su administración, tanto de los bienes reservados como de aquellos separados parcialmente e impone la responsabilidad separada del marido y de la mujer por la administración de sus patrimonios, otorgando a ésta y a aquél iguales derechos y obligaciones.

La moción respectiva señala que esta aspiración se asienta, por una parte, en el cambio del sistema cultural-rural por uno urbano-industrial, cuestión que ha permitido no sólo la incorporación de la mujer en el mundo laboral, sino también un cambio de conducta en orden a compartir ambos cónyuges el rol profesional y el doméstico.

Por otra parte, indica que la *“Declaración Universal de los Derechos Humanos garantiza la igualdad de derechos al hombre y a la mujer, en cuanto al matrimonio, durante éste y en caso de su disolución; y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer, le otorga los mismos derechos a ambos cónyuges en materia de propiedad, administración, goce y disposición de los bienes”*.

Para armonizar la disposición precedente con nuestra normativa, propone modificar ciertas expresiones dada su importancia por el mensaje psicológico que implican, sumado al deber de no ser discriminatorias. Así las normas que en forma genérica se refieren a ambos sexos deben reemplazarse por persona, ser humano o individuo; ya que hacer referencia en este sentido a la palabra hombre, significa menoscabar a la mujer.

Situación que constriñe –según el proyecto– a reparar la desigualdad jurídica que existe entre los cónyuges en torno a la administración de los bienes y obliga a constituir los principios normativos de la igualdad y equidad de derechos y deberes entre la mujer y el marido a través de la referida modificación.

De este modo, el proyecto que a continuación se revisa –en algunos de sus puntos más relevantes– plantea serias dudas respecto a su conveniencia. La fundamental, viene dada por los principios que eventualmente subyacen tras la transformación y que se manifiestan en la alteración del contenido de las obligaciones maritales y del régimen patrimonial bajo la impronta de un Derecho de Familia individualista que propone un cambio en los modelos de

matrimonio y familia tras el que cabe preguntarse, cuál es ahora el alcance de los deberes conyugales.

2. DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS A LOS DERECHOS Y DEBERES ENTRE LOS CÓNYUGES

La indicación sobre regímenes patrimoniales del matrimonio sustituye el título VI sobre *"Obligaciones y derechos"* por el denominado *"Derechos y deberes entre los cónyuges"*. Particularmente respecto a las obligaciones matrimoniales, esto es, aquellas que determinan el contenido de la relación matrimonial y en definitiva el matrimonio declara que los cónyuges gozan de iguales derechos y tienen los mismos deberes al interior del matrimonio².

Acto seguido prescribe que *"los cónyuges se deben mutuamente fidelidad, respeto, protección, socorro y asistencia"*³, derogando, de esta manera, el artículo que establece que *"los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíproco"*.

Desde esta perspectiva la intención del legislador ha sido introducir la igualdad de los cónyuges ante la ley otorgando paridad de oportunidades y de posibilidades jurídicas, es decir, concediendo un trato exactamente igual a los cónyuges.

Sin embargo, resulta a lo menos difícil, pretender establecer por ley una paridad equivalente entre los cónyuges, dando por sentado que cada uno tiene y tendrá los mismos derechos y los mismos deberes y en la misma medida⁴.

² De acuerdo a LÓPEZ DE LA CRUZ (2007) p. 7, un proceso similar ha sufrido el Derecho de Familia español a través de la modificación del Código Civil por medio de la introducción del capítulo V, del Título IV, Libro I que afirma la igualdad del marido y de la mujer en derechos y deberes (Ley 14/1975 y Ley 30/1981) que implicó según se ha afirmado- el paulatino abandono de concepciones históricamente arraigadas en la mente del legislador, como es la superioridad masculina y consiguiente inferioridad femenina, que conlleva la necesidad de protección y representación de la mujer casada (...). En definitiva se trata de acabar con una situación de preeminencia y dominación que se traduce en un trato desigual y discriminatorio para la mujer y que tiene sus efectos en muy distintas parcelas de su vida personal y profesional.

³ Artículo 131 inciso 2º de la indicación.

⁴ LACRUZ (1994) p. 652, *"(...) se parte ahora de plataformas de pretensiones y obligaciones totalmente homólogas en las que todo deber o derecho de la mujer*

De esta forma la igualdad al interior del matrimonio plantea, desde nuestro punto de vista las siguientes disquisiciones.

La primera implica admitir que las conductas incumplidoras de los deberes matrimoniales de los cónyuges se neutralizan jurídicamente. Si el matrimonio impone deberes a los cónyuges y en cada situación a uno de ellos dependiendo del otro, significa que el incumplimiento de una parte exonera el de la otra y que deberes conyugales que eran recíprocos se tornan en paralelos⁵.

Sin embargo, en ocasiones la reciprocidad⁶ no se traduce en un igual cumplimiento, depende de las posibilidades y la situación en que se encuentren cada uno de los cónyuges.

La segunda cuestión gira en torno a la codirección del matrimonio, la comunidad de vida que implica el matrimonio acusa la más de las veces la necesidad de pactar y ceder para así tomar decisiones comunes tanto en materia patrimonial como personal.

En consecuencia, la pregunta es qué o quién definirá el conflicto cuando los cónyuges no puedan o no sean capaces de tomar una decisión, si por sobre todo, prima la decisión personal e independiente: *“la pretendida igualdad y libertad”*.

Al existir una disposición que establece que cada cónyuge puede administrar, disponer...en forma independiente, una intromisión a favor de uno u otro podría constituir una vulneración a la paridad; una discriminación positiva o negativa hacia alguno de ellos, pues *“ya no hay un factor externo al sinalagma, al equilibrio de poderes (como la autoridad marital (...), que pueda modalizar su apreciación”*⁷ y resolver el apuro por el que puede atravesar el matrimonio debido a la implantación de un sistema de igualdad e individual de decisiones.

se hallan correspondidos por otros del marido iguales en entidad, accidentes y duración...”.

⁵ LACRUZ (1994) p. 67, *“(...) no se trata de un deber recíproco sino paralelo, que ha de estar presente en la vida de los cónyuges como guía de comportamiento”*.

⁶ NOVALES (2007) p. 61, *“Tal reciprocidad no significa que los deberes personales de los cónyuges sean obligaciones sinalagmáticas, por lo que, como apunta la doctrina no son, Per se, obligaciones sinalagmáticas, y no rige para ellos el artículo 1.124 del CC.”*

⁷ LACRUZ (1994) p. 652.

Precisamente, el camino elegido, un concepto democrático de matrimonio que reconoce a los cónyuges como seres libres e iguales puede terminar siendo un foco de conflicto y, en algunos casos, el fin del matrimonio.

Finalmente, la tercera surge de la intención de terminar con el deber de guardarse fe, la lealtad y la confianza conyugal en todos los ámbitos y circunstancias de la vida matrimonial⁸, desvaneciendo así la rectitud y el compañerismo necesario para la plena consecución del matrimonio y del bien de los cónyuges, "*supuesto que sin él aparecería como imposible la constitución de la comunidad de vida instituida entre marido y mujer desde el mismo momento en el que se ofrecieron y aceptaron recíprocamente como tales, comprometiendo la integridad de sus personas en el consorcio que formaron*"⁹ y que hasta hoy, es sólo exigible mutuamente, en función de la calidad de marido y mujer que ostentan.

Luego entonces habrá que determinar las consecuencias que se derivan en relación con la fidelidad¹⁰.

En efecto la interpretación de ella en el Derecho comparado ha llevado a superar la idea de débito conyugal y que actualmente la fidelidad invista una dimensión afectada por la "*autonomía sexual de los cónyuges*"¹¹. La perspectiva democrática del matrimonio y la exclusión de la lealtad como obligación jurídica, reduciéndola a un deber moral deja atrás la noción de que el matrimonio es un proyecto de vida común y que el deber de guardarse fe junto a la

⁸ SANCHO (2001) p. 84, "*Etimológicamente la palabra fidelidad significa lealtad, observancia de la fe o confianza que uno debe al otro. En ese sentido la fidelidad se halla ligada a conceptos como el del honor, reputación, honestidad y dignidad. Aplicada a la institución matrimonial la fidelidad conllevaría la obligación negativa de los cónyuges de abstenerse de realizar cualquier acto o conducta, sea o no en relación con terceras personas, que suponga una traición o engaño a esa confianza o fe que se tienen depositados los cónyuges y que pone en peligro valores como el honor, la honestidad, la reputación, la integridad o la dignidad del otro cónyuge*".

⁹ BARRIENTOS y NOVALES (2006) p. 284.

¹⁰ RAGEL (1997) p. 301, relaciona la fidelidad con el respeto y señala que el deber conyugal de respeto mutuo es "*mucho más intenso que el deber general de respeto a la dignidad, que merece toda persona por el hecho de serlo. Si cualquier individuo tiene derecho a que los demás respeten su honor, su fama, su intimidad personal y familiar, su moral individual, su integridad física o su libertad, por citar los derechos más inherentes al ser humano, una persona casada tiene derecho a que su pareja le respete ese lugar de privilegio que ocupa dentro de la familia*".

¹¹ LÓPEZ DE LA CRUZ (2007) p. 17.

fidelidad sexual es una derivación de ese proyecto y por lo tanto no se puede sustraer de consecuencias jurídicas.

Adicionalmente desaparece el deber de ayudarse en todas las circunstancias de la vida, la colaboración física y moral, el ejercicio de la solidaridad¹² necesaria para la realización de los cónyuges y para la consecución de una plena comunidad de vida. Reafirmando el paso a un matrimonio constituido sólo para la felicidad y el egoísmo particular¹³.

En conclusión la supresión de algunos deberes¹⁴ supone abandonar el interés de la familia para dar lugar al de los distintos miembros que la componen y asumir que toda clase de sacrificio personal tiene hoy como límite la libertad y la igualdad personal como valores predominantes¹⁵.

¹² LACRUZ (1994) p. 646 señala que *“La ayuda implica distinta posición entre quien la presta y el que la recibe y supone el ejercicio de la solidaridad”*.

¹³ Siguiendo a *Idem.*, p. 652, hacemos propia la idea que *“de un matrimonio en el cual la enfermedad del marido o la mujer, igual que las desgracias y las pérdidas, exige mayor dedicación y devoción en el otro esposo. Se pasa a un matrimonio constituido sólo para lo mejor, y en el cual el derecho individual de un cónyuge “derecho a ser feliz”, prima sobre las obligaciones jurídicas que impone el matrimonio”*.

¹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1996) p. 24, *“Todas estas transformaciones han sido generadas, entre otras causas, por factores filosóficos- ideológicos, que han influido decisivamente en la evolución de las ideas sobre el matrimonio y la familia en los últimos siglos. “Puede hablarse de una ideologización del matrimonio, la familia y la sexualidad humana, que hace depender estas realidades (...) de planteamientos subjetivos...: así, la secularización y el positivismo, que conducen a afirmar el poder de la voluntad política (jurídica) a la hora de definir qué es el matrimonio y cuál es su contenido, o qué tratamiento debe darse a la sexualidad por la sociedad; el individualismo liberal, que contempla el matrimonio y la familia exclusivamente como cause de satisfacción de intereses puramente individuales de sus miembros, como mecanismo de desarrollo de la personalidad individual, a través de su sometimiento a los deseos de dicha voluntad; ligado a éste último, el triunfo de la afectividad (el amor- sentimiento) como razón de ser y fundamento del matrimonio, no sólo en su momento fundacional, sino a lo largo de toda su vida; por último, el pluralismo ideológico y el principio de neutralidad del Estado (y, por tanto, del Derecho)...”*.

¹⁵ DOMÍNGUEZ (2005) p. 214, señala *“El prisma desde el cual se mira a la familia ha variado, centrándose en el presente más en los individuos que la componen que en la entidad familiar misma. (...) aunque se sigue percibiendo como un conjunto de individuos unidos por ciertos vínculos, la tendencia legislativa se ha encaminado a regular sus componentes de manera separada y a tratar a los miembros de la familia como seres autónomos e independientes”*.

3. DE LOS DERECHOS Y DEBERES PATRIMONIALES ENTRE CÓNYUGES

En relación a los deberes patrimoniales entre los cónyuges, el legislador procura incorporar, entre otros, que: *"los cónyuges se deben mutuamente socorro y asistencia en todas las circunstancias de la vida"*¹⁶. Agregado que genera la inquietud de si estos deberes pueden ser impuestos por igual a ambos cónyuges; como también de cuál es la diferencia entre el socorro y la asistencia o si por el contrario son expresiones que denotan lo mismo.

En cuanto al primero no es igual en cada uno de los cónyuges, socorrer o asistir al otro supone hacerlo en la medida de las posibilidades del que socorre y las necesidades del socorrido.

Referente a lo segundo, la distinción aparentemente carece de relevancia jurídica ya que no existe ninguna diferencia apreciable entre los contenidos y los efectos de uno u otro término en la regulación. Sin embargo la tiene, desde el momento de la separación de los cónyuges, pues tras ella desaparece la ayuda, la asistencia *"los cuidados de tipo espiritual e incluso de índole física o material"*¹⁷ y la posibilidad de afirmar que tras la asistencia se hallaría la desaparecida ayuda conyugal que prescinde el proyecto¹⁸.

El deber de ayuda supone la cooperación y colaboración entre los cónyuges; de manera que puede abarcar el sentido restringido de socorro, esto es, el apoyo ante la emergencia¹⁹. Como también una acepción más amplia que se traduce en *"la obligación de cada cónyuge (hablar de esposos alude a aquellos que han celebrado el contrato de esponsales que es la excepción, para hablar genéricamente es más apropiado usar la expresión cónyuge) de asistir al otro en su negocio o profesión, colaborando con él en la medida que exigen las circunstancias personales, familiares y económicas de la familia"*²⁰.

¹⁶ Artículo 135 de la indicación.

¹⁷ ALBADALEJO (1989) p. 131.

¹⁸ PUIG (1947) pp. 218 y 219, señala *"Recuerda que el empleo del término socorro por el legislador, no debe instar al olvido de que la doctrina española y extranjera emplean más adecuadamente los términos auxilio mutuo o recíproca asistencia que son más adecuados para significar el comportamiento exigido derivado de la esencia matrimonial, porque si el matrimonio viene a completar la personalidad humana, cada cónyuge deberá observar respecto del otro una amplia conducta de satisfacción para que el necesitado pueda encontrar cumplimiento. Este deberá abarcar todo lo que se podría llamar el lado negativo de la vida"*.

¹⁹ RAGEL (1996) p. 309.

²⁰ LACRUZ (2005) p. 67.

A mayor abundamiento el Código Civil francés en el artículo 212²¹ distingue entre el socorro y la asistencia. En el sentido de que ésta última es una manifestación de la ayuda conyugal extra patrimonial, en cambio, el socorro surge como solución de apremio patrimonial cuando los cónyuges están separados²².

En consecuencia el vacío que deja el legislador al terminar con el deber de ayuda podría ser suplido con la asistencia considerada sólo como un deber patrimonial entre cónyuges.

Secundariamente, el legislador plantea incorporar en el artículo 137 que *“cada cónyuge puede individualmente suscribir los contratos que tienen por objeto mantener la familia común, obligando al otro solidariamente”*. Premisa que a lo menos insinúa un factor de división e incluso conflicto al interior del matrimonio, particularmente, cuando las relaciones maritales están en crisis o uno de los cónyuges gasta más de lo que debe y acostumbra a despilfarrar el dinero, o definitivamente existen diferencias respecto a si el contrato efectivamente cumple con el objetivo de mantener la familia. Con todo, si el fin de la disposición era prever situaciones en las que uno de los cónyuges no quiere proveer a la familia común, el criterio desvanece, desde el momento de que hay mecanismos jurídicos específicos para ello.

Como también una cierta contradicción entre otorgar libertad e igualdad entre los cónyuges para administrar y disponer del patrimonio común y suscribir estos contratos y, por otra parte, imponer al otro cónyuge solidaridad pasiva en las obligaciones asumidas, siendo la solidaridad la más eficiente de las cauciones personales pero una excepción en materia de obligaciones llama la atención que el legislador tenga que recurrir a esta figura para proteger los intereses del acreedor, en consideración a que en virtud de lo que establece el artículo 166-3: *“cada cónyuge se reputa, respecto de terceros,*

²¹ El artículo 212 del Código Civil francés señala que: *“Les époux se doivent mutuellement respect fidélité, secours, assistance”*.

²² Respecto a la diferencia, COURBE (2003) p. 78, ha señalado que: *“Le devoir d’assistance est théoriquement distinct du devoir de secours. Alors que celui-ci est l’expression de l’obligation alimentaire entre époux, le devoir d’assistance est une manifestation de l’entraide conjugale extrapatrimoniale. Mais la distinction peut être plus facilement faite lorsque les époux vivent en commun. Quand ils sont séparés, le devoir d’assistance se fonde dans le devoir de secours”*. Y particularmente en relación al contenido de la asistencia, HESS-FALLON (2009) p. 65, ha dicho que: *“Les époux ont un devoir d’aide et de soins l’un vis-à-vis de l’autre, qui est fonction de l’âge, de la santé, de la situation professionnelle”*.

dueño de los bienes pertenecientes a la comunidad de bienes, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante el régimen de comunidad de bienes los acreedores de cada cónyuge podrán perseguir tanto los bienes de éste como aquellos de la comunidad de bienes; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba un cónyuge a la comunidad de bienes o la comunidad de bienes a ese cónyuge".

De esta forma, si los cónyuges son sujetos de derechos, libres e iguales para administrar su patrimonio propio y el de la comunidad y por ende individualmente responsables por las obligaciones contraídas, resulta a lo menos contradictorio imponer la solidaridad mencionada.

En seguida, aunque el legislador intenta reparar la situación señalando que *"no existirá solidaridad respecto de gastos que puedan ser considerados excesivos, atendiendo el nivel de vida de la familia común, la inutilidad de la operación o la mala fe del tercero contratante"*, la solución resulta inconveniente porque obliga a recurrir a los tribunales de justicia, generando una beligerancia en un matrimonio que quizás tiene diferencias, pero que no está irremediablemente roto y, tardía porque en el ínter tanto el acreedor puede haber iniciado acciones para el cumplimiento de las obligaciones e impetrado medidas prejudiciales o precautorias que afectan el patrimonio común.

4. CAPITULACIONES MATRIMONIALES

El legislador mantiene el derecho de los cónyuges a celebrar convenciones de carácter patrimonial antes del matrimonio o en el acto de su celebración. Sin embargo, altera su objeto porque, por una parte, en el ámbito de la administración cada cónyuge conduce, goza y dispone, libre y separadamente del patrimonio de la comunidad y del suyo propio y por otra, a causa de que en materia de patrimonio reservado de la mujer casada ha sido concebido como un derecho del cónyuge no administrador si ha delegado la administración de la comunidad y de sus bienes propios.

Desde este punto de vista, en las capitulaciones que se celebren en el acto del matrimonio –suponiendo que la indicación sea aprobada– sólo podrá pactarse separación total de bienes, participación en los gananciales o la delegación de la administración de la comunidad de bienes y de los bienes

propios, prevista en el artículo 167-1²³ con la declaración de exclusión de bienes prevista 165-1²⁴, en su caso.

Por su parte, en las que se celebren antes del matrimonio podrá estipularse separación total o parcial de bienes o participación en los gananciales, el pacto de delegación de la administración de la comunidad de bienes y de los bienes propios, previsto en el artículo 167-1, la declaración de exclusión de bienes prevista en el 165-1 o cualquier otra convención patrimonial lícita²⁵.

Así entonces tiene lugar un cambio de objeto que no es ni más ni menos amplio que el que existía, pero si congruente con las modificaciones que se pretenden establecer y particularmente con los principios inspiradores de la reforma: la libre decisión de los cónyuges en la elección del régimen de bienes o, en términos privatistas, a la autonomía de la voluntad, que otorga mutabilidad a esta materia²⁶.

5. LA COMUNIDAD DE BIENES

La iniciativa legal en trámite persigue sustituir la sociedad conyugal por el régimen patrimonial de la comunidad de bienes. Tal fenómeno responde a que la administración del marido es una expresión de la discriminación en

²³ Artículo 167-1 inciso 1º: *“En las capitulaciones matrimoniales un cónyuge podrá delegar en el otro la administración de la comunidad de bienes y de sus bienes propios sujeto a las obligaciones y restricciones de este párrafo”.*

²⁴ Artículo 165-1 inciso 1º: *“El cónyuge que ha delegado la administración de la comunidad de bienes y de sus bienes propios, podrá efectuar una declaración de voluntad expresada en la capitulación matrimonial en que se pacta la delegación, para excluir de la administración delegada ciertos bienes propios necesarios para el desarrollo de su profesión u oficio separado de los del otro cónyuge, siempre que éstos no estén destinados a un comercio o explotación que forme parte principal de la comunidad de bienes del matrimonio”.*

²⁵ Actualmente las capitulaciones que se celebran en el acto del matrimonio; sólo pueden tener por objeto pactar la separación total de bienes o el régimen de participación en los gananciales. Y las que se celebran antes del matrimonio el objeto puede ser: acordar la separación total o parcial de bienes; estipular que la mujer dispondrá libremente de una determinada suma de dinero, o de una pensión periódica; hacerse los esposos donaciones por causa de matrimonio; eximir de la sociedad conyugal cualquier parte de los bienes muebles, renunciar a los gananciales...no existiendo más límites que los que señala el artículo 1717 del Código Civil.

²⁶ DOMÍNGUEZ (2005) p. 209.

contra de la mujer²⁷ y un atentado a principio de igualdad entre los cónyuges en el régimen de bienes²⁸ reconocido en nuestro texto constitucional en los artículos 1º y 19 N.º 2.

En correspondencia la indicación prescribe que en el régimen de *"comunidad de bienes se forma un patrimonio común"* y, respecto a la administración indica que *"cada cónyuge administra, goza y dispone, libre y separadamente, el patrimonio de la comunidad y su patrimonio propio..."*.

Así, la idea es mantener una especie de comunidad restringida de gananciales, donde sólo ingresan al haber común los bienes muebles o inmuebles que los cónyuges adquieran durante el matrimonio a título oneroso y los frutos producidos tanto por esos bienes como por sus bienes propios,

²⁷ Respecto al régimen patrimonial sociedad conyugal, FIGUEROA YÁÑEZ, manifiesta que es muy difícil sostener la constitucionalidad de la sociedad conyugal. *"En primer lugar porque de los cuatro haberes que normalmente conforman ese régimen, tres son administrados por el marido, lo que resulta claramente discriminatorio respecto de los derechos de la mujer"*. Asimismo, DOYHARCABAL señala que *"el principio que inspiró este régimen fue el de unidad o cohesión de la familia, sometida a una voluntad rectora, que es la del marido y el padre, es decir el gran proveedor"*. Posteriormente expresa que *"ha pasado mucho tiempo desde entonces y que hoy vivimos circunstancias muy distintas..."* Por último, GALVÁN resalta que *"el régimen propuesto es más acorde con las tendencias que se advierten en el moderno Derecho de Familia, de sustitución de sistemas puros de comunidad o de separación por fórmulas mixtas de participación, categoría esta última a la cual pertenece tanto el régimen de participación en los gananciales como el de comunidad. Esta evolución está inspirada (...) en el principio de igualdad o equiparación jurídica que lleva aparejada la supresión de los beneficios y prerrogativas de la mujer..."* Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 17-04-2007 sobre el Proyecto de Ley que Modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones. Boletín N° 1707-18, octubre de 1995.

²⁸ La Comisión Nacional de la Familia en su informe señala: *"No existen alternativas, como se ha dicho, existe sólo un régimen patrimonial dentro del matrimonio; la alternativa es tomarlo o no tomar ninguno, porque la separación de bienes no es un régimen propio del matrimonio"*. Por último, expresa que en relación con la capacidad de la mujer, salvo que ésta tenga patrimonio reservado o alguno de los demás patrimonios que excepcionalmente puede administrar, resulta ilusoria en el ámbito patrimonial. Moción de los Diputados señorita Saa, señoras Prochelle, Rebolledo y Pollarolo, y señores Palma (don Andrés), Jocelyn-Holt, Balbontín y Pérez (don Aníbal). Modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de gananciales otorgando a la mujer y el marido iguales derechos y obligaciones. (Boletín N° 1707-18).

para constituir una masa o fondo común que pertenece a ambos cónyuges y que se divide entre ellos una vez disuelta la comunidad, con la paradoja de otorgar un derecho absoluto y exclusivo a cada cónyuge permitiéndoles usar, gozar y disponer libre y separadamente, en circunstancias, que en la comunidad los atributos del dominio sobre el patrimonio común están limitados por el derecho del otro.

Inmediatamente puntualiza el derecho de cada cónyuge a través de autorizaciones para realizar determinados actos jurídicos generando un espacio de control sobre la decisión unilateral, dejando igualmente sentado el principio de la libertad y la igualdad²⁹.

Adicionalmente el proyecto salvaguarda la figura del patrimonio reservado al cónyuge que delega la administración de la comunidad de bienes pudiendo en consecuencia ser titular tanto la mujer como el marido y proscribiendo el derecho que tenía la primera a mantener un patrimonio reservado y renunciar a los gananciales de la sociedad conyugal, en virtud de su calidad de cónyuge generalmente más débil³⁰.

Desde esta perspectiva bastaba con incluir los bienes propios de la mujer en la administración del patrimonio reservado y otorgar más celeridad procesal a la vía que permite a la cónyuge asumir la administración extraordinaria de los bienes sociales en determinadas circunstancias para terminar de esta forma con el poder del marido sobre los bienes de la mujer casada en sociedad conyugal y no terminar con la sociedad conyugal.

Finalmente nada justifica la sustitución de la sociedad conyugal siendo un sistema que se ajusta al matrimonio como comunidad de vida, que resguarda los derechos de los cónyuges, ya sea que la mujer trabaje y particularmente si

²⁹ DOMÍNGUEZ (2005) p. 2132, *“El principio de libertad del individuo tiende a formularse sin referencia alguna a la familia y, por lo mismo, a desprenderse de algunas de las trabas que el orden público envuelto en ella le imponen”*.

³⁰ A la luz de las estadísticas del último censo la fuerza laboral femenina asciende a un 35,6% de la población; la participación laboral de la misma ha aumentado en 7,5 puntos porcentuales entre los años 1992 y 2002; el nivel educacional indica que de un universo de 13.965.359 habitantes un 1.119.321 de mujeres declara poseer educación superior, 2.922.219 básica y 2.575.346 media. la realidad indica que al año 2002 que de un total de 4.141.427 hogares, 3.708.224 son propietarios de una vivienda; 308.828 poseen dos viviendas; 82.935 son propietarios de tres y sólo 41.440 es dueño de cuatro o más. Síntesis censal (2002) p. 41.

no lo hace, salvaguarda el equilibrio entre marido y mujer al permitir la administración del marido de la sociedad conyugal, la gestión de la mujer en sus bienes (patrimonio reservado), sin perjuicio de la existencia de un patrimonio de responsabilidad para enfrentar esta última³¹.

6. EFECTOS DEL DIVORCIO: LAS EXCEPCIONES

Respecto a las excepciones relativas al divorcio, el legislador excluye el artículo 174 que prescribe que: *"El cónyuge que no haya dado causa al divorcio tendrá derecho a que el otro cónyuge lo provea de alimentos según las reglas generales"*. Como también el artículo 177 que señala: *"Si la culpabilidad del cónyuge contra quien se ha obtenido el divorcio fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del cónyuge que lo solicitó, podrá el juez moderar el rigor de las disposiciones precedentes"*, para limitarla a la separación judicial.

Con la incorporación legal del divorcio vincular, en particular la modalidad divorcio remedio por cese de convivencia que permite *"liberar el matrimonio de la idea de culpa en el cumplimiento de sus deberes"*³² y el divorcio de común acuerdo; ambos que permiten dejar sin efecto el compromiso matrimonial. En relación a este último y en lo que concierne al incumplimiento de los deberes conyugales se advierte una paulatina difuminación

³¹ Al respecto cabe tener en cuenta los *"poderes de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal"*, específicamente *"los poderes propios de la mujer; poderes de coadministración; poderes sancionatorios; poderes respecto de sus bienes propios"*, lo cual revela que la *"situación de la mujer casada... no es tan desmedrada como se acostumbra indicar"*. DOMÍNGUEZ (1999) pp. 94-103. En el mismo sentido se ha señalado que *"El régimen de sociedad conyugal proporciona a la mujer beneficios de gran envergadura; sólo a ella se le permite pedir la separación de bienes; ella goza del beneficio de emolumentos, por lo cual sólo responde con los gananciales por las deudas sociales; tiene derecho, sin necesidad de declaración judicial o autorización marital, al patrimonio reservado..."*. En definitiva, *"no toda diferencia de trato es discriminatoria si está justificada en la realidad social, cultural y económica, como justamente sucede con la mujer que claramente tiene una posición desventajosa en el desempeño de labores fuera del hogar. Se trata (...) de una discriminación positiva absolutamente legítima y conveniente"* CORRAL, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 2007 sobre el Proyecto de Ley que Modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones. Boletín 1707-18, octubre de 1995.

³² CORRAL (2004) pp. 2 y 7.

de sanción jurídica a las obligaciones derivadas del matrimonio³³. Además, de una disolución que ya no obedece únicamente a causas predeterminadas por el Derecho, sino de aquellas que determinen conjunta o unilateralmente los cónyuges.

Esta tendencia se ha ido gestando poco a poco en nuestro país, primero con la casi total retirada del Derecho penal del ámbito del matrimonio, a través de la despenalización de la infidelidad conyugal y luego con el mantenimiento de sanciones civiles bastante inofensivas³⁴. Y -actualmente- por medio de la imposibilidad de obtener alimentos del cónyuge culpable y la implantación de un modelo jurídico de familia³⁵ que en virtud de la libertad y la paridad conviene en otorgar valor a la autonomía de los cónyuges en la decisión de regular los conflictos conyugales a través de la separación y el divorcio sin culpa³⁶.

Estas transformaciones jurídicas y en particular la que propone la indicación altera significativamente el concepto jurídico de matrimonio, así como la representación que la sociedad se hace del mismo hasta llegar a vaciarlo prácticamente de sentido. Se difumina así el sentido natural y estricto de matrimonio integrando bajo su nombre a una asociación de individuos independientes y jurídicamente irresponsables ante el incumplimiento de los deberes conyugales³⁷.

³³ En este sentido, LACRUZ (1984) p. 179, hace hincapié en que para la escuela histórica las virtudes de la fidelidad, la devoción y el respeto se imponen por la costumbre y no por la ley, de manera que debiera dejarse la ordenación de las relaciones familiares a los miembros de la familia y a su sentido moral, puesto que no pertenecen al campo del Derecho. Asimismo, ALBALADEJO (1989) p. 128, sostiene que todos estos deberes tienen un marcado contenido moral y que no existe posibilidad de imponer su cumplimiento forzoso específico. Del mismo modo, hay también quienes ven en aquellos deberes auténticas obligaciones jurídicas incluidas entre los efectos del matrimonio, que los cónyuges deben o están obligados a cumplir, incluso indirectamente, toda vez que en cuanto a su transgresión puede dar lugar a responsabilidad civil y al resarcimiento de daños y perjuicios. Vid. v.g. ROMERO (1988) p. 66, ROCA (2000) p. 547, RAGEL (2005) p. 563, NOVALES (2006) p. 201, DE VERDA (2007) pp. 94-99.

³⁴ CORRAL (2002) p. 27.

³⁵ DE LA CÁMARA (1981) p. 979.

³⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1996) p. 38, *“El matrimonio y la familia serán lo que la voluntad de sus miembros quiera que sean; y durarán lo que la voluntad de sus miembros quiera que duren”*.

³⁷ FERRER (2003) p. 1840, indica que *“la inmunidad al interior de la familia se está reduciendo en virtud de la tendencia, asociada al individualismo liberal, que persigue realzar los derechos individuales de las personas en el seno de la familia, a potenciar la autonomía privada en la configuración de las relaciones conyugales o de pareja, y a facilitar que la*

CONCLUSIONES

La indicación que propone la sustitución del régimen de sociedad conyugal por el comunidad de bienes no tiene por objeto regular un cambio social, tampoco otorgar igualdad en el ámbito patrimonial, ni menos romper con la discriminación de género, sino sólo “mostrar la supuesta arbitrariedad que guarda el régimen de sociedad conyugal”³⁸. Teñirlo de principios que no han nacido en nuestra cultura jurídica, ni menos de nuestra realidad patrimonial-familiar³⁹.

De esta manera estamos frente a una modificación que expresa el camino hacia el cual –algunos– desean que transite nuestro Derecho de Familia en materia de propiedad, pero que bajo ningún concepto responde a la realidad patrimonial de aquellas mujeres de escasa preparación académica, que todavía no ingresan al campo laboral o de aquellas que han ingresado con disminuidas remuneraciones, lo que demuestra a nuestro juicio la voluntad preconcebida de implantar un régimen matrimonial y patrimonial que no nos personifica y la indiferencia por mantener un régimen que se ajusta a nuestra realidad o por incorporar a éste –eventualmente– los ajustes que procedan.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBADALEJO, Manuel (1989): *IV Curso de Derecho Civil. Derecho de familia* (Barcelona, Editorial Bosch) 341 p.
- ATIENZA NAVARRO, M^a L. (2006): “La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio”, De VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ (coordinador), *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005* (España, Colección de Monografías de Aranzadi) 300 p.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu (2004): *Nuevo Derecho Matrimonial chileno. Ley N° 19.947: celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad* (2^a edición, Santiago, LexisNexis) 472 p.

persona pueda, en el marco de dicha autonomía, reevaluar permanentemente si mantiene o abandona sus compromisos de convivencia a la vista de sus costos y beneficios individuales”.

³⁸ HESPANHA (2002) p. 249.

³⁹ En esa línea se ha dicho que en el Derecho Comparado las ideas matrices de autoridad y subordinación han cedido a la de igualdad y cooperación. Cuestión que permite proponer una sistematización de las nuevas ideas que subyacen y fundamentan el actual Derecho de Familia. Veloso (1998) p. 38.

- CORRAL TALCIANI, Hernán (2002): "Claves para entender el Derecho de Familia contemporáneo", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 29 n° 1): pp. 25-34.
- COURBE, Patrick (2003): *Droit de la Famille* (París, Armand Colin) 458 p.
- DE LA CÁMARA, Manuel (1981): "La reforma española del Derecho de Familia y su comparación con el Derecho de otros países", *Revista Notarial de La Plata, Colegio de Escribanos* (n° 857): pp. 975-1001.
- DOMÍNGUEZ, Carmen (1999): "La situación de la mujer casada en el régimen patrimonial chileno: mito o realidad", *Revista chilena de Derecho* (vol. 26 n° 1): pp. 87-103.
- _____ (2005): "Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formación clásica y su revisión moderna", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 32 n° 2): pp. 205-218.
- FERRER RIBA, Joseph (2003): "Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños", CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (Madrid, Editorial Civitas) pp. 1837-1867.
- GLENDON, Mary Ann (1996): *The transformation of family law: state, law, and family in the United States and western Europe* (Chicago, The University of Chicago Press) 347 p.
- HESS-FALLON, Brigitte (2009): *Droit de la famille* (7ª edición, París, Editorial Dalloz) 257 p.
- HESPANHA, A. M. (2002): *Cultura jurídica europea síntesis de un milenio* (Madrid, Tecnos) 280 p.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (1984): *Elementos de Derecho Civil* (Barcelona, Editorial Dykinson), tomo IV.
- _____ (2005): *IV Elementos de Derecho Civil. Familia* (2ª edición, Madrid, Editorial Dykinson), 462 pp.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura (2007): "La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares", *Revista de Derecho Privado: Año N° 91*, pp. 3-45, año 91.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos (1996): *Diagnostico sobre el Derecho de familia* (Madrid, Editorial Gráficas Rógar) 214 p.

NAVARRO-VALLS, Rafael (1997): *Matrimonio y Derecho* (Madrid, Editorial Tecnos) 133 p.

NOVALES, María (2007): *Los deberes personales entre los cónyuges ayer y hoy* (Granada, Comares) 399 p.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis (1996-1997): "Los Deberes conyugales", *Anuario de la Facultad de Derecho* (vol. 14-15): pp. 261-314.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil chileno.

Código Civil francés.

Proyecto de Ley que Modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones. Boletín n° 1707-18, octubre de 1995.

ENSAYOS

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA LIMITACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA: ¿CRISIS DE LA DOCTRINA CLÁSICA O TRIUNFO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?

*The Constitutional Interpretation
Concerning the Limitation of the
Right to Private Property: Crisis of the
Classic Doctrine or Victory of the New
Constitutionalism Tendencies?*

ALEJANDRO SAN MARTÍN BARRAZA*

RESUMEN: El autor en este ensayo indaga acerca del nuevo paradigma del neoconstitucionalismo, cuál es el papel del juez dentro de esta nueva tendencia, cómo este interpreta los preceptos constitucionales, especialmente, cuáles son las problemáticas generadas

* Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile. Alumno de Magíster en Derecho Público, mención en Derecho Constitucional. Profesor de Introducción al Derecho e Historia del Derecho, Universidad Bernardo O'Higgins. <asanmartin@ubo.cl>.

Artículo recibido el 9 de julio y aprobado el 24 de agosto de 2010.

por la interpretación del precepto constitucional del artículo 19 Número 24 de la Carta Fundamental, y finalmente, cómo el Tribunal Constitucional, en los últimos años, ha entendido las limitaciones del derecho de propiedad. Concluye al respecto que el derecho a la propiedad no ha escapado a la modernidad. Los nuevos tiempos y el paradigma del neoconstitucionalismo, se han encargado de elevar al dominio, como un derecho constitucional ya no sólo protegido por una Carta Fundamental, sino que también por la labor del juez, quién en virtud a la modernidad y al nuevo paradigma, ha triunfado por sobre el legislador.

PALABRAS CLAVES: derecho a la propiedad – limitaciones a la propiedad – interpretación judicial – neoconstitucionalismo

ABSTRACT: The author in this article studies about the new paradigm of the Constitutional Law, which is the role of the judge inside this new trend, how does he interpret the constitutional rules, specially, which are the problematic generated regarding interpretation of the constitutional rule of the article 19 Number 24 of the Chilean Constitution, and finally, how the Constitutional Court, in the last years, has understood the limitations of the right of property. The author concludes in the matter that the right to the property has not escaped to the modernity. The new times and the paradigm of the New Constitutional Law Tendencies, have taken charge raising up to the right of property, as a constitutional law already not only protected by a Constitution, but also for the labor of the judge, whom in virtue to the modernity and to the new paradigm, has triumphed for over the legislator.

KEY WORDS: right to property – property limitations – judicial interpretation – new constitutionalism tendencies

I. INTRODUCCIÓN

Un Estado inserto en la Edad Contemporánea creará un ordenamiento jurídico que tenga por consideración y objetivo la dignidad del ser humano como base para todas sus leyes. En consecuencia, todos los habitantes que integren una democracia representativa, tendrán igualdad de oportunidades para alcanzar el bien común, entendido éste como el conjunto de condiciones materiales y espirituales que, en un orden social normal, permiten el pleno desarrollo de las personas en una sociedad dada. El considerar al ser humano como un ladrillo que edificaba la estructura misma del Estado

y que constituía la propia existencia de éste, en una forma no democrática, y frente al cual, este Leviatán se sirviera de ellos para sus propios fines no humanistas, es un pensamiento actualmente anacrónico y retrógrado¹. En consecuencia, el fin primordial para todo Estado moderno que desee ingresar al mundo civilizado en el actual proceso de globalización, girará en torno al ser humano. Dicha premisa, pese a ser reafirmada por las nuevas concepciones de nuestra propia existencia humana, ya ha sido corroborada por la

¹ Lo anterior no deja de ser interesante en mencionarlo. George ORWELL, fue uno de los autores más impactantes en torno a la manera en la cual criticaba los regímenes políticos en los cuales se utilizaba al ser humano como un ladrillo para su superestructura y se despojaba de cualquier tipo de dignidad humana. En la novela "1984", el significado para la vida para todo ser humano giraba en torno a la existencia de un ente político denominado "Gran Hermano", a quién nunca se le ve en persona, sino que se le menciona en la novela, como el ser que todo sabe, todo ve y que debe ser amado incondicionalmente por todos los ciudadanos. En este Estado ficticio, puede advertirse la noción del ser humano, despojado de su dignidad de tal y convertido en mero sirviente de esta Entelequia malévol. La Policía del Pensamiento, no permitía el amor entre dos seres humanos si contravenía los intereses del Gran Hermano. Se entraba en guerra con un país y después con otro sin motivo aparente, y en toda la novela no se explicaba el porqué de toda esta situación. Es una novela muy cruda para leer, pero interesante para comentar. En cambio, en *La Granja de los Animales*, ORWELL, nos muestra en un tono de fábula, la profunda crítica del régimen soviético, en la época en donde la URSS se levantaba como la gran superpotencia. La novela fue escrita para niños, pero con un trasfondo muy crítico. En una granja inglesa, que simbolizaba a la Unión Soviética, el cerdito Napoleón representaba a la cruel tiranía de Stalin; su rival, el cerdito Snowball, al desterrado Trotsky; el caballo Boxer, al proletariado ruso; las ovejas, al campesinado; el cuervo Moses, a la Iglesia Ortodoxa y los perros que servían a Napoleón, a la KGB. En la novela, los cerditos llegan al poder prometiendo una mejor calidad de vida para sus miembros, pero en el transcurso de la obra, los cerditos (quienes simbolizaban al comité central del partido comunista ruso) cambian las reglas que fueron entregadas por el cerdito fundador del animalismo (ideología política que simbolizaba al comunismo) para servir a esta clase dirigente. En el final de la novela, podemos ver que los cerditos, negocian políticamente con un grupo de seres humanos, pese a que los postulados del animalismo no aceptaban tal situación. Lo anterior, es la parodia al pacto de no agresión Ruso-Alemán de 1938, entre Hitler y Stalin. En ambas novelas, es posible advertir la profunda crítica y la manera tan horrible en la cual podría convertirse un Estado, que se sirva de un ser humano para cumplir sus propios fines ajenos a la propia beneficencia del hombre y su bien común. Se recomienda, además de George ORWELL, para efectos de profundizar la noción del ser humano como un ladrillo del Estado y que aborda el género literario denominado como Distopía, a Aldo HUXLEY, *Un Mundo Feliz*, a Anthony BURGESS, *La Naranja Mecánica*, o en el cine a Charles Chaplin, con su crítica película, *Tiempos Modernos*.

experiencia de la humanidad en las primitivas formas de organización social. Una de las enseñanzas que nos han entregado estas primeras organizaciones, es la imposibilidad de considerar al hombre como un ente aislado, pues su naturaleza demanda una vida en comunidad con otros individuos de la misma especie. El ser humano, necesita de sus semejantes y no será concebible algún tipo de forma de organización social o política en que el hombre se encuentre en solitario, sin el constante apoyo de sus compañeros de especie². Para lograr lo dicho anteriormente, es necesario que concurren adecuadas condiciones sociales para una convivencia sana entre todos los ciudadanos, dentro de una democracia representativa. Una de esas condiciones lo constituye el estricto respeto a un derecho que siempre ha estado en el subconsciente de todo ser humano racional: El Derecho a la Propiedad. Debemos tener presente que cuando el ser humano no ha respetado a este derecho, se han generado problemáticas durante toda la historia de la humanidad³. Sin embargo, en momentos de crisis o de situaciones límites, afloran los más bajos instintos que desean ser satisfechos: El instinto de la apropiación surge como necesidad pronta a ser satisfecha. Es por ello que, el legislador ha procedido a regular el derecho a la propiedad desde que el hombre es hombre, pero elevado a categoría de derecho constitucional esa particularidad sólo en los últimos años, en especial por las nuevas tendencias que nos plantea el neoconstitucionalismo.

II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO NUEVO PARADIGMA PARA EL DERECHO DE PROPIEDAD

El neoconstitucionalismo es un fenómeno evolutivo, que presenta entre sus principales características, romper con los modelos ya establecidos, revisar todo lo clásico, presentar nuevas formas para interpretar la Constitución y dar amplias facultades a los jueces para velar por la Supremacía Constitucional, a través de los juicios de ponderación. El constitucionalismo europeo de

² ARISTÓTELES, fue el filósofo griego, que además de estudiar muchas Constituciones Políticas de Polis griegas, siendo en definitiva el más grande constitucionalista de la historia de la humanidad, enfatizó la importancia de la sociabilidad del ser humano. El estagirita mencionaba *"El ser humano que vive solo, o es un Dios o un Bruto"*.

³ A mencionar: Guerras preventivas, Ideologías políticas totalitarias, crisis en las democracias representativas, quiebres institucionales, etc. Debe tenerse presente, que el ser humano es un animal civilizado, en atención a la propia evolución de la naturaleza, y que es cierto que éste podría estar educado, culturizado, vivir en sociedad, tal cual lo afirmó Aristóteles y que éste pronto conquistará el universo por los viajes espaciales, sin embargo, siempre mantendrá su naturaleza animal, la que debe ser controlada por las leyes.

posguerra ha adquirido una singularidad tan acusada que, en opinión de algunos, no sólo encarna una nueva y peculiar forma política inédita en el continente, sino que ha dado lugar al surgimiento de una nueva cultura jurídica: El Neoconstitucionalismo⁴. Sin embargo, y a juicio del profesor José Luis CEA⁵, Chile aún esta en curso de alumbramiento, atendido a que tardíamente se incorporó al proceso. En palabras de Luis PRIETO SANCHIS, tres serían las acepciones principales para este nuevo paradigma: En primer lugar, el neoconstitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender, también, la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada⁶. Como paradigma, el neoconstitucionalismo presenta a la supremacía sustantiva y formal del Código Político, secuela de lo cual es la fuerza normativa, propia y directa, de los valores y principios incluidos en su texto y en el bloque de constitucionalidad⁷. Es claro que los derechos constitucionales tendrán un nuevo rol frente al tenor literal del positivismo. Para el Neoconstitucionalismo, de una forma teórica, ideológica u metodológica, toda limitación al dominio sería indemnizable. A raíz de la codificación, el positivismo se nos presentó como la tendencia de moda dentro los ámbitos académicos del derecho; con autores de renombre, que hasta el día de hoy se nos enseñan en las escuelas de derecho: Los postulados de Kelsen, Hart, Schmidt iluminaron a toda una generación de juristas en tiempos en donde los pueblos comenzaban a codificar sus leyes⁸. Sin embargo, opinamos que no existía, hasta estos últimos años, una concepción jurídica y constitucional de considerar al Derecho de la Propiedad como un derecho natural innato del ser humano, constitucionalmente protegido en la Carta Fundamental. La delicada experiencia del Gobierno de la Unidad Popular, que nos mostró situaciones en donde el Gobierno de la época, procedía a limitar, restringir o privar los atributos y facultades del dominio, sin existir ningún tipo de ley expropiatoria o debido proceso, posibilitó que la Comisión de Estudio

⁴ PRIETO (2007a) p. 213.

⁵ CEA (2008) p. 317.

⁶ PRIETO (2007b) p. 110.

⁷ CEA (2008) p. 317.

⁸ Chile no estuvo ajena a las corrientes positivistas y en razón de aquello se procedió a codificar nuestro derecho privado, cuando recién avanzábamos como nación independiente y decidíamos nuestro destino. El tratamiento jurídico del derecho de la propiedad, que se regulaba en nuestro Código Civil, tuvo una fuerte influencia del Derecho Privado Romano, Derecho Francés, *Las 7 partidas de Alfonso X* y *Corpus Iuris Civile*.

de la Nueva Constitución (CENC), consideraba al Derecho de la Propiedad como una garantía constitucional, protegida y amparada por los Jueces de la República a través del recurso de protección.

El derecho a la propiedad se encuentra contemplado en el artículo 19 Número 24 de nuestra Constitución Política, y establece como garantía constitucional el derecho a adquirir toda clase de bienes corporales e incorporeales y a ser garantizada por mandato del Código Político, el acceso a ella. Sólo una ley podrá privar del derecho de propiedad o limitarla por causas derivadas de la función social, que comprenderían las exigencias de los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental. Sin embargo, en el Derecho Constitucional Chileno, el dominio no encuentra una correcta tratativa doctrinaria y sigue ligada a las doctrinas clásicas, de claras tendencias al positivismo de Andrés Bello. Pese a las escasas investigaciones jurídicas al respecto, se nos presenta el problema de interpretación constitucional sobre *la limitación al Derecho de la Propiedad*, cuando alguien recurre a la justicia constitucional, por algún acto que tienda a perturbar el legítimo ejercicio de tal derecho. Una de las más grandes dificultades que se han presentado es entender el concepto de limitación a la Propiedad y cuando ésta, efectivamente, deba ser limitada y no expropiada. El concepto *Función Social*, es materia de confusión para muchos, atendida la poca discusión en nuestra jurisprudencia y doctrina. Estamos más que seguros que tal situación, en la actualidad podría ser dirimida por medio de los jueces que se encuentren inmersos en el paradigma del neoconstitucionalismo. Recordemos que para la teoría clásica, una limitación a la propiedad no es indemnizable, situación que sí se produce en el caso de una expropiación.

III. LA LIMITACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD DENTRO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Mencionábamos en párrafos anteriores, que el Derecho a la Propiedad fue elevado a la categoría de garantía fundamental, por exclusiva iniciativa del Constituyente de 1980. Uno de las justificaciones para tal cautela, lo constituye el hecho de evitar tristes experiencias en torno a la privación y limitación de tal Derecho, que pudiesen recordar los oscuros años de la Unidad Popular. Sin embargo, es posible ya encontrar un atisbo de regulación a la propiedad en materia constitucional, al momento de Reformar la Carta de 1925, por motivos de la Reforma Agraria, en la época del Presidente Eduardo Frei Montalva. Será el garantismo de los derechos, una pieza clave para comprender el nuevo fenómeno en el cual nos encontramos inmerso, traducéndose en que ya en nuestro sistema, el Derecho a la Propiedad para todas las cosas corporales e incorporeales pasa a tener rango de garantía constitucional.

No debemos olvidar que actualmente este derecho ya goza de un diferente tratamiento constitucional, que rompe con los modelos de la llamada teoría clásica, debido a la presencia en nuestro sistema jurídico del recurso de protección. En caso de existir una privación o limitación en las facultades esenciales del dominio, sin existir ley expropiatoria o sin un debido proceso, se establece la protección por parte de los Jueces (La Corte de Apelaciones respectiva) a fin de adoptar de forma inmediata las providencias que juzgue necesaria para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado. Sin embargo, el principal problema que se presenta, y que necesariamente aborda temas relacionados al papel del juez dentro del nuevo paradigma, corresponde al juzgamiento de la limitación al dominio y cuando efectivamente se deba indemnizar, en el caso que, por un acto de un tercero, se perturben las facultades y atributos del mismo. Si un simple decreto, que en apariencia sólo pretendería implementar una ley, en aras de la potestad reglamentaria de ejecución y se pasa a privar de las facultades o atribuciones del dominio ¿Será tal acto constitucional? En definitiva las grandes interrogantes que se presentan en este tema son: ¿Qué es y cuándo hay una limitación del derecho de propiedad? ¿Qué es una expropiación? ¿Cómo diferenciamos una de la otra?

Tales interrogantes han generado variadas problemáticas en nuestros tribunales, atendido a que la doctrina nacional no ha tratado con detalle estos delicados temas. La teoría clásica en torno a la propiedad es clara en torno a que siempre existirá limitación en el caso de función social. ¿Cuándo estamos en presencia de función social? En este caso, la respuesta sería sencilla, atendido a que la propia Constitución en su Artículo 19 Número 24 manifiesta: *“Comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la Seguridad Nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”*. Sin embargo, y pese a lo establecido en el párrafo anterior, subsisten las interrogantes: ¿Cómo ponderar cada una de estas limitaciones? ¿Cuándo existe limitación o expropiación? ¿Hay alguna manera de determinar si estamos en presencia de un acto expropiatorio o sólo regulatorio? ¿Cómo un juez debe fallar a objeto de proteger este derecho constitucional, al verse amenazado por una limitación o expropiación de carácter ilegal? ¿Puede el juez contravenir a un legislador, al requerir alguna norma que sea abiertamente contraria a la protección del artículo 19 Número 24? ¿Se indemnizarán las limitaciones? Para la doctrina clásica, una limitación al dominio no será indemnizable, mientras que, si existe un proceso expropiatorio, en donde se este comprometiendo la esencia misma del derecho, habría privación en los atributos del dominio y sería indemnizable. ¿Qué parámetros otorga la Constitución a este fenómeno? ¿Deben indemnizarse estas limitaciones o, por el contrario, su titular debe soportarlas gratuitamente, en nombre de la

función social, como podría sugerir el inciso segundo del Número 24 del Artículo 19 de la Carta Fundamental?⁹

IV. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL NUEVO PARADIGMA Y LA LIMITACIÓN AL DERECHO DE PROPIEDAD: LA CRISIS DE LA TEORÍA CLÁSICA

Realizar una interpretación constitucional sobre la limitación al derecho de propiedad, no deja de plantear desafíos. La interpretación constitucional es, sin lugar a dudas, la actividad que con mayor frecuencia enfrenta a los intérpretes del derecho, para la determinación del significado de términos que encierran criterios valorativos o morales. Estos términos, unidos a otros, perfilan, en muchos casos, los derechos fundamentales.¹⁰ Nuestra carta fundamental de 1980, pese a ser muy pulcra en sus postulados constitucionales, no ha escapado de uno de los típicos problemas que surgen en torno a la interpretación de algunas de sus normativas: el alto grado de abstracción, lo que implica en gran medida su indeterminación y, en consecuencia, inevitables desacuerdos a la hora de precisar o delimitar su alcance.¹¹

En virtud al nuevo paradigma que nos plantea el neoconstitucionalismo, las doctrinas clásicas se encuentran en franca retirada, frente al paso demolidor de las ideas de la modernidad, que nos entregarían soluciones frente al dilema de la indemnizabilidad de la limitación al dominio. Recordemos que, de lo expresado en párrafos anteriores, el nuevo paradigma plantea como parte de sus variadas tesis, a la duda o la incertidumbre. Todo es en la actualidad relativo; nada es bueno o malo en absoluto. Tal es el síntoma de la modernidad. En consecuencia, frente al panorama que nos plantea la post-modernidad, las teorías clásicas ya no dan abasto frente a las nuevas tendencias; y dado lo anterior, no sería posible aplicar reglas de interpretación tan arcaicas, a un tema importante como lo sería la interpretación y comprensión de la limitación al derecho de propiedad. La palabra *limitación* ha planteado muchas incertezas. En el debate contemporáneo el tema ha sido analizado como consecuencia de la indeterminación del Derecho, por cuanto se comprende que las dificultades de precisión semántica que plantean los términos valorativos son un factor más que, unido a otros, incide en la determinación del Derecho¹².

⁹ FERNANDOIS (2010).

¹⁰ CIANCIARDO (2006) p. 37.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Idem.*, p. 42.

No sería correcto abordar el significado semántico de *Limitación*, si no entendemos lo que se entendería por Dominio. Siguiendo a la doctrina civilista clásica, Dominio sería entendido como el Derecho Real que se ejerce sobre una cosa determinada (Corporal e Incorporal) con facultades de usar, gozar y disponer. El punto que se nos presenta, radica en que, limitar el derecho de dominio, significaría sencillamente restringir una de éstas facultades. Privar, muy por el contrario, constituiría en eliminar o reducir a una de dichas facultades, y en consecuencia el Dominio quedaría reducido en derecho ya degenerado en otro. El problema que se da en la práctica lo constituye en que se entiende por parte de las autoridades administrativas, jefes de servicio, que tanto limitar como restringir sencillamente constituye *privación*. Los autores clásicos de Derecho Administrativo suelen tomar la palabra limitación en un sentido amplio, y consideran limitaciones al dominio por causa de interés público, tanto a las simples modalidades impuestas a su ejercicio, como a su desmembración y a su misma privación¹³. Frente a esta panorámica, somos de la opinión que se deberían realizar interpretaciones constitucionales, teniendo por base aspectos valóricos, que en definitiva son de la esencia de la nueva paradoja existente. Iglesias Vila propone una semántica para los términos valorativos de los textos constitucionales –denominados en su trabajo “*conceptos esencialmente controvertidos*”– desde la base teórica que le proporciona “*Law’s Empire*”, principalmente los capítulos 2 y 3, en los que DWORKIN expone su teoría interpretativa del Derecho. En dicho estudio, la autora hace un uso semántico de la teoría interpretativa y trata de proponer el modelo constructivo para resolver un problema de significado. La semántica de la cual, la autora hace referencia se basa en las prácticas interpretativas, en el uso que los habitantes dan a los términos lingüísticos dependientes del contexto discursivo y deja de lado toda semántica que haga depender el uso correcto de los términos de algo externo a las prácticas humanas en las que estos términos son usados¹⁴. La línea que fundamenta su propuesta, sostiene las siguientes tesis: 1) la pregunta del significado de los términos es siempre interna a una práctica de uso; 2) el uso correcto del término x depende de qué es algo para ser x, lo que, a su vez, no depende de lo que ordinario se acepta como x, con lo que la autora trata de evitar el convencionalismo, y 3) no obstante, el significado se determina de acuerdo con nuestras creencias y capacidades epistemológicas¹⁵. Esta teoría de interpretación, enmarcada dentro del neoconstitucionalismo, ofrece ventajas que no deberíamos dejar de mencionar. Iglesias Vila resume las ventajas de la siguiente manera: 1) Flexibiliza nuestras prácticas lingüísticas y reconoce el desacuerdo y,

¹³ UGARTE (2001) p. 425.

¹⁴ CIANCIARDO (2006) p. 47.

¹⁵ *Idem.*, p. 45.

2) contribuye a la determinación semántica, por cuanto, si bien no hay coincidencia en las concepciones y los paradigmas, la coincidencia en el concepto interpretativo posibilita el juicio acerca de que unas respuestas son más correctas que otras, porque tendremos un objeto de discusión, de forma que no cualquier desacuerdo implica indeterminación semántica y confusión.

Para determinar si la limitación al derecho de propiedad, debe ser indemnizable, somos de la opinión de efectuar este tipo de interpretación, atendiendo a la limitación del derecho, en base a un tenor literal, no significa un retroceso a lo clásico, presente en el Código Civil de Andrés Bello, sino que por el contrario, dar una fuerte atribución creadora al juez ordinario o constitucional, para efectos de realizar una ponderación en torno a la limitación y enmarcarla en lo cotidiano. De esta manera, se dilucidaría de forma expedita si se debe o no indemnizar tal limitación. Sin embargo, hay una problemática: Puede darse el caso que, de tiempo en tiempo o en cada época histórica, se desarrollen distintas concepciones sobre lo que se entendería por Limitación o Función Social. Tal sería el único punto débil de la teoría de Iglesias Vila.

V. LA LABOR DEL JUEZ DENTRO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Hacíamos mención en los párrafos anteriores, sobre el papel del Juez dentro del nuevo paradigma denominado neoconstitucionalismo. El juez frente a la Constitución será fundamental dentro del Neoconstitucionalismo y se tenderá a una exacerbación en directa relación con el respeto íntegro de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional. La derrota del estado legislativo (Democrático) a manos del Estado jurisdiccional (elitista o aristocrático); la constitución marco que permitiría el juego de las mayorías en sede legislativa, vendría a ser suplantada por una Constitución dirigente donde, por su alto grado de indeterminación, terminan siendo los jueces quienes tienen la última palabra sobre todos los asuntos¹⁶. Este paradigma del llamado nuevo constitucionalismo, hace posible que finalmente sea el juez el que triunfe por sobre el legislador. Será el juez el llamado a velar por el respeto íntegro de los derechos que la Constitución ampare en su seno. Será rasgo esencial del nuevo paradigma, el rol protagónico activo o dinámico de todos los jueces, en el despliegue de las potencialidades humanistas de la Constitución¹⁷.

¹⁶ PRIETO (2007a) p. 217.

¹⁷ CEA (2008) p. 318.

1. Los Juicios de Ponderación en la limitación al Derecho de Propiedad

El juicio de ponderación supone un loable esfuerzo de racionalización de las operaciones de interpretación constitucional, y con ello, con independencia de que pensemos que es capaz de conducir a la anhelada unidad de solución correcta o que, más escépticamente, consideramos que siempre queda algún hueco para el decisionismo y la discrecionalidad¹⁸. En la ponderación, en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión¹⁹. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (La mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificadoras, conflictivas y del mismo valor²⁰. Efectivamente, el sentido de la ponderación consiste en ofrecer una forma de argumentación plausible, cuando nos hallamos en presencia de razones justificadoras del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales. Por eso, su regla general constitutiva tiene como punto de partida, un conflicto: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro²¹. Muy en especial, su labor se torna imprescindible a la hora de determinar el sentido y alcance del artículo 19 Número 24 de la Carta Fundamental de 1980, en cuanto a lo que efectivamente se entiende por limitación o privación en las facultades esenciales del dominio. Lo anterior no deja de ser importante, si lo confrontamos a que muchas de las regulaciones realizadas por los órganos administrativos del Estado de Chile o simples decretos de inferior jerarquía legal, pese a señalarse a sí mismo como cuerpos reguladores del dominio tendientes a limitar tal asunto, en la práctica son expropiadores, sin el debido proceso para ello; o frente a proyectos de ley, que derechamente vulneran a la propiedad como garantía constitucional. Nos encontraríamos de frente a un interesante panorama, para analizar en base a las nuevas tendencias que nos presenta el neoconstitucionalismo, a la hora de llevar a cabo juicios de ponderación, en calidad de juez constitucional u ordinario, si tal situación constituye una mera limitación o una expropiación sin debido proceso. Para ello, siempre será necesario que el juez se sirva en ponderar cada uno de los factores, a la hora de tomar una decisión que permita mantener el imperio del Derecho. El juez constitucional hace posible el nacimiento de las ideas, los proyectos, los consensos y disensos acerca del sentido y alcance efectivo de la defensa del

¹⁸ PRIETO (2007a) p. 220.

¹⁹ PRIETO (2007b) p. 128.

²⁰ *Idem.*, p. 129.

²¹ PRIETO (2007a) p. 220.

Código Político. El Juez constitucional determina, con su conducta, el vigor de las organizaciones que integra, dándoles o no la independencia, imparcialidad y coherencia que comprueben la cualidad de instituciones²².

2. El contenido esencial del derecho de propiedad enmarcado en el nuevo constitucionalismo

Determinar el contenido esencial del derecho de propiedad será el primer objetivo de todo Juez, ya sea constitucional u ordinario para dilucidar la gran problemática que intenta resolver este trabajo. De allí podremos determinar si estamos en presencia de una limitación o derechamente de una expropiación. El contenido total de un derecho, su determinación completa, implica la especificación de, al menos los siguientes elementos: Quién es su titular, quién debe respetar o dar efecto al derecho de aquél; cuál es el contenido de la obligación, describiendo no sólo sus actos específicos, sino también el tiempo y otras circunstancias y condiciones para su aplicación; cuáles son las condiciones en las que el titular pierde su derecho, incluyendo aquéllas –si las hubiere– bajo las cuales puede renunciar a las obligaciones relevantes; que facultades y poderes ostenta el titular en cada caso de incumplimiento del deber; y sobre todo, qué libertades disfruta el titular que demanda el derecho, incluyendo una especificación de sus fronteras, como es el caso de la determinación de sus deberes, especialmente el deber de no interferencia con las libertades de otros titulares de ese derecho o de otros derechos reconocidos²³.

3. Fallos del Tribunal Constitucional y las nuevas teorías basadas en el neoconstitucionalismo

Nuestro Tribunal Constitucional no estuvo ajeno a lo que implica la interpretación constitucional, en torno a la Limitación del Dominio y las problemáticas que generaban.

En Estados Unidos, fallos como *Pennsylvania Coal v. Mahor*, 260 U.S. 393 (1922), hicieron posible el nacimiento de la denominada expropiación regulatoria, bajo el nombre de *Regulatory Taking*.

En el año 2007, el Tribunal Constitucional recepciona la idea sobre como debería entenderse una limitación al dominio, en base a una tesis

²² CEA (2008) p. 320.

²³ SERNA – TOLLER (2000) p. 57.

reversionista de lo clásico: *La Teoría de Expropiación Regulatoria*²⁴, y que se expresan en dos fallos de sus fallos.²⁵ Las Empresas Eléctricas Panguipulli S.A. y Puyehue S.A. recurrieron al Tribunal, para efectos de que fuese declarada la inaplicabilidad del artículo 3° transitorio de la Ley Número 19.940, que modificó el Decreto con Fuerza de Ley Número 1 de 1982, del Ministerio de Minería, *Ley General de Servicios Eléctricos*. A juicio de los requirentes, se estaría vulnerando la garantía constitucional del artículo 19 Número 24 de la Constitución, en cuanto al derecho de propiedad de cosas incorporales, en este caso, el pago de determinados peajes por conceptos de transmisión de electricidad. En ambas sentencias, el Tribunal Constitucional opta por rechazar la acción intentada por las empresas por existir una causa de utilidad pública, cual es la electricidad para la población, y, en consecuencia, estaría subsumido en la noción de función social, por lo cual sería procedente la limitación, sin existir hechos que configuren algún tipo de expropiación. Sin embargo, lo que resulta interesante y que reafirma lo expuesto en este ensayo, son los criterios que la Corte desarrolla para identificar cuando la regulación se convierte en una expropiación y que se reafirman de forma muy correcta en el considerando 22 del fallo 505 y 506. La intensidad de la conducta misma de la regulación será lo que determinará si estamos en presencia de una limitación o privación en las facultades o atributos del dominio. Esta tesis de la expropiación regulatoria, constituye una revisión a todo lo clásico y rompe con todo lo establecido en la interpretación constitucional en el derecho chileno. El Tribunal Constitucional señaló en su considerando número 22, como debe ser entendida la diferencia entre limitación y privación:

“Que la distinción entre privar de propiedad por una parte y regular o limitar la propiedad por otra, es una de las que mayor debate han suscitado en la doctrina. A su respecto, han debido pronunciarse las jurisdicciones constitucionales más influyentes del mundo. En general, puede decirse que

²⁴ Una de las teorías que ha sido importada desde USA, país que desde 1922 viene abordando esta tesis en torno a la privación de la propiedad mediante regulaciones, y que sólo recién en 2007, ha sido seguida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: *La Teoría de la Expropiación Regulatoria*. Para este caso, es innegable sostener que esta simple regulación, limitación o restricción a la propiedad, adquiere tal intensidad que produce los mismos efectos que la privación misma del derecho. En suma, existe, por su intensidad, toda la potencia para expropiar. El derecho y las cortes norteamericanas, han añadido además de lo referente a la intensidad de la limitación a la propiedad, elementos tales como las expectativas del retorno de la inversión por parte del dueño y el sacrificio de todos los usos económicamente beneficiosos de la propiedad objeto de la restricción.

²⁵ Tribunal Constitucional. *Ley 19.940, rol n°s 505 y 506* (2007).

conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse pues un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa. Así habrá casos claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio) y otros casos claros de regulación (como aquellos en que los actos propios del dominio que se limitan afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo regulaciones expropiatorias".

Sin avanzar mucho, el Tribunal Constitucional reconoce que una regulación puede transformarse en una expropiación, cuando su magnitud es significativa²⁶: *"Que la magnitud de la regulación no resulta entonces indiferente. Por una parte porque toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular."*

VI. CONCLUSIÓN

El neoconstitucionalismo ha modernizado al Derecho Constitucional Chileno y su Justicia Constitucional. Uno de los principales problemas que se nos presenta en el Derecho a la Propiedad, es saber si una limitación al dominio es indemnizable y cuando estamos ante una mera restricción o de una privación. El juez constitucional del nuevo constitucionalismo, por su amplio papel que le corresponde desempeñar al llenar vacíos normativos, conforme a los valores de la constitución, establecerá que una limitación con rasgos expropiatorios, siempre constituirá una situación indemnizable, cuando sea la misma situación fáctica la que delate si una persona está siendo limitada en su facultad de usar, gozar o disponer de un bien corporal o incorporal o a contrario sensu, privada de alguno de tales atributos. Para ello, el juez deberá realizar juicios de ponderación, a objeto de sopesar entre una limitación o una privación, teniendo como eje central el contenido esencial del derecho de propiedad. Somos de la opinión que ha triunfado el neoconstitucionalismo, que da mayores libertades al juez constitucional, quien va creando derecho, y que lo clásico ya está extinto, por el avance de la modernidad. La modernidad se impuso a la tradición y en consecuencia, toda limitación que prive de algún elemento constitutivo del dominio, debe ser indemnizado.

²⁶ FERMANDOIS (2010).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CEA EGAÑA, José Luis (2008): "Derecho Natural y Nuevo Constitucionalismo", *Revista Humanitas* (año 13 n° 50): pp. 313-323.

CIANCIARDO, Juan (2006): *La Interpretación en la era del neoconstitucionalismo* (Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma) 455 p.

FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo (2010): *Indeminzabilidad de las limitaciones a la propiedad: Cuatro Teorías Constitucionales* (Santiago, apuntes de clase, Magíster en Derecho UC).

PRIETO SANCHIS, Luis (2007a): "El Constitucionalismo de los Derechos", CARBONELL, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid, Editorial Trotta) 334 p.

_____ (2007b): *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial* (Lima, Palestra Editores) 236 p.

SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando (2000): *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los Conflictos de Derechos* (Buenos Aires, Editorial La Ley) 170 p.

UGARTE GODOY, José Joaquín (2001): "Limitaciones al Dominio de las meras restricciones y de cuando dan lugar a indemnización", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 28 n° 2): pp. 425 – 448.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley n° 19.940, regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la ley general de servicios eléctricos. *Diario Oficial*, 13 marzo 2004.

Decreto con Fuerza de Ley n° 1, aprueba modificaciones al D.F.L. n° 4, de 1959, ley general de servicios eléctricos, en materia de energía eléctrica. *Diario Oficial*, 13 septiembre 1982.

JURISPRUDENCIA CITADA

Pennsylvania Coal v. Mahor (1922): Corte Suprema de los Estados Unidos, 11 diciembre 1922, 260 U.S. 393, disponible en < <http://caselaw.lp.findlaw>.

com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=260&page=393>, fecha consulta: 20 agosto 2010.

Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. respecto del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940, en la causa caratulada "HQI Transelec S.A. con Empresa Eléctrica Panguipulli S.A" que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2007): Tribunal Constitucional, 6 marzo 2007, rol n° 505, disponible en < <http://www.tribunalconstitucional.cl/>>, fecha de consulta: 21 agosto 2010.

Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Empresa Eléctrica Puyehue S.A. respecto del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940, en la causa caratulada "HQI Transelec S.A. con Empresa Eléctrica Puyehue S.A." que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2007): Tribunal Constitucional, 6 marzo 2007, rol n° 506, disponible en < <http://www.tribunalconstitucional.cl/>>, fecha de consulta: 21 agosto 2010.

LAVADO DE DINERO Y BLANQUEO DE ACTIVOS

Money Laundering

ANDRÉS CORREA CRUZAT*
EDMUNDO ELUCHANS ANINAT**

RESUMEN: Los autores indagan acerca del tratamiento que tienen en Chile los delitos de Lavado de Dinero y Blanqueo de Activos. Como consideraciones generales revisan su concepto en el derecho chileno en contraste con las *Convenciones de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* (1988) y *de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (2000) de la Organización de las Naciones Unidas, y el *Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves* elaborado por el Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Activos, Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, Organización de Estados Americanos; y los sujetos activos en la comisión del delito en este último instrumento. Luego, reseñan el tratamiento del delito en la normativa legal y administrativa chilena vigente.

ABSTRACT: The authors investigate about the treatment in Chile of the money laundering crimes. Like general considerations they check its concept in the Chilean Law in contrast with the *Conventions*

* Abogado del Estudio Eluchans y Cía. Abogados. Master en Derecho en Resolución de Conflictos Pepperdine University. <acorrea@eluchans.cl>.

** Abogado del Estudio Jurídico Eluchans y Cia. Abogados. <eea@eluchans.cl>.

Artículo recibido el 13 de julio y aprobado el 29 agosto 2010.

Against the Illicit Traffic in Narcotics and Psychotropic Substances (Viena, 1988) and *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* (Palermo, 2000), and the *Model Regulations concerning Laundering Offenses Connected to Illicit Drug Trafficking and Related Offenses* elaborated by the Group of Experts on Money Laundering, Inter-American Drug Abuse Control Commission, Organization of American States; and the active subjects in the commission of the crime in the latter instrument. Then, they outline the treatment of the crime in the legal and administrative Chilean regulation in force.

PALABRAS CLAVES: lavado de dinero – blanqueo de activos

KEY WORDS: money laundering crimes

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Concepto

A. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: CONVENCIONES DE VIENA¹ Y DE PALERMO²

Internacionalmente se entiende que el lavado de activos es un “subterfugio para formalizar flujos financieros informales de procedencia ilícita, particularmente el narcotráfico, o como la introducción subrepticia de activos de origen ilícito en los canales legítimos de la economía formal” (artículo 3° de la Convención de Viena; normativa de la Organización de las Naciones Unidas – en adelante, ONU).

En términos generales, lo que hace la ONU es mandar a sus países miembros para que tipifiquen como delitos penales en sus respectivos derechos internos algunos actos, cuando se cometan de forma intencional. Dentro de este grupo de actos encontramos por ejemplo: (i) la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, distribución, venta, entrega en cualesquiera condiciones, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica; y (ii) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos delitos tipificados, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto

¹ Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988).

² Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000).

de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones (artículo 3° de la *Convención de Viena*).

Más tarde, en la *Convención de Palermo* (año 2000) la ONU amplía el catálogo de delitos precedentes de lavado de activos, y propone en su artículo 6° la penalización de otras conductas, por ejemplo: (i) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; y (ii) la ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito.

B. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS: COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS

La *Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas* (en adelante CICAD) de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) y su *Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Activos*, han definido el lavado de activos como “el proceso consistente en ocultar o dar apariencia de legalidad a activos o bienes cuyo origen es ilícito, especialmente del tráfico de drogas”.

En cumplimiento de su rol de colaborador en la prevención y el combate contra estos delitos, este grupo de expertos elaboró el *Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves* (en adelante Reglamento). Se trata, en términos generales, de una guía legal para aquellos Estados que establecen o modifican normas jurídicas en materia de control de lavado de activos.

C. DERECHO CHILENO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley n° 19.913, publicada en el Diario Oficial con fecha 18 de diciembre de 2003, se entiende por Lavado de Activos el ocultamiento o disimulo del origen ilícito de determinados bienes (por ejemplo, por que provienen del tráfico de drogas, del financiamiento de conductas terroristas, etc.), o la adquisición, posesión, tenencia o uso de dichos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos se conoce su origen ilícito.

No sólo el lavado de activos es sancionado por la ley en Chile, si no además, la asociación u organización con el objeto de llevar a cabo las conductas descritas en el párrafo precedente (artículo 28 de la Ley N° 19.913).

2. Sujetos activos en la comisión del delito

El artículo 2° del Reglamento establece quienes son los sujetos activos en la comisión del delito de Lavado de Activos, a saber:

- a) la persona que convierta, transfiera o transporte bienes a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional que los mismos son producto o instrumentos de actividades delictivas graves.
- b) la persona que adquiera, posea, tenga, utilice o administre bienes a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional que los mismos son producto o instrumentos de actividades delictivas graves.
- c) la persona que oculte, disimule o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional que los mismos son producto o instrumentos de actividades delictivas graves.
- d) la persona que participe en la comisión de alguno de los delitos tipificados, la asociación o la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, la asistencia, la incitación pública o privada, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión, o que ayude a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

II. TRATAMIENTO EN CHILE DE LOS DELITOS DE LAVADO DE DINERO Y BLANQUEO DE ACTIVOS

En Chile existen una serie de normas (de carácter legal y administrativo) que rigen en materia de lavado y blanqueo de activos, destacando las siguientes: a) Ley N° 19.913, la cual crea la Unidad de Análisis Financiero – en adelante UAF); b) Normativa de carácter administrativo de la UAF (Circulares), y c) Ley N° 20.393, la cual establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho.

1. Ley N° 19.913

Los aspectos más relevantes de la Ley son los siguientes: a) La creación de la Unidad de Análisis Financiero; b) La consagración del Deber de Informar, y c) La tipificación de los delitos y aplicación de penas (artículo 19).

A. UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO

a.1) *Objeto*: Se crea la UAF con el objeto prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica para la comisión de los delitos contemplados en la Ley. La UAF es un servicio público descentralizado que se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda.

a.2) *Principales atribuciones y funciones de la UAF*: (i) Solicitar, examinar y analizar la información respecto de actos, transacciones u operaciones de carácter sospechosas; (ii) Recomendar a los sectores públicos o privados medidas para evitar la comisión de delitos de lavado de dinero (Lavado de Dinero); y, (iii) Impartir instrucciones de carácter general para el adecuado cumplimiento de la Ley.

Se entiende por Operación Sospechosa *“todo acto, operación o transacción que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulte inusual o carente de justificación económica o jurídica aparente, sea que se realice en forma aislada o reiterada”* (inciso 2° del artículo 3 de la Ley).

B. DEBER DE INFORMAR

El artículo 3 de la Ley, en su inciso 1°, establece una serie de entidades que se encuentran obligadas a informar sobre los actos, transacciones u operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades, a saber: los bancos e instituciones financieras; las empresas de factoraje; las empresas de arrendamiento financiero; las empresas de securitización; las administradoras generales de fondos y las administradoras de fondos de inversión; El Comité de Inversiones Extranjeras; las casas de cambio y otras entidades que estén facultadas para recibir moneda extranjera; las emisoras y operadoras de tarjetas de crédito; las empresas de transferencia y transporte de valores y dinero; las bolsas de comercio; los corredores de bolsa; los agentes de valores; las compañías de seguros; los administradores de fondos mutuos; los operadores de mercados de futuro y de opciones; las sociedades administradoras y los usuarios de zonas francas; los casinos, salas de juegos e hipódromos; los agentes de aduana; las casas de remate y martillo; los corredores de

propiedades y las empresas dedicadas a la gestión inmobiliaria; los notarios; los conservadores; las administradoras de fondos de pensiones; y las sociedades anónimas deportivas profesionales regidas por la Ley n° 20.019.

C. MODALIDADES DE REPORTE

Como se expresó precedentemente, las entidades antes señaladas deberán informar a la UAF sobre los actos, transacciones u operaciones sospechosas que detecten en el ejercicio de sus actividades. Para estos efectos, deberán designar a un funcionario responsable de relacionarse con la UAF.

El deber de informar será también exigible a todo aquel que porte o transporte moneda en efectivo o instrumentos negociables al portador, desde y hacia el país, por un monto que exceda los US\$10.000 o su equivalencia en otras monedas.

La Circular n° 17 (08/03/2007) de la UAF regula el envío de Reportes de Operaciones Sospechosas (en adelante ROS) y el Registro de Operaciones en Efectivo (en adelante ROE).

Las entidades señaladas precedentemente deberán mantener registros especiales, por el plazo mínimo de 5 años, e informar a la UAF cuando esta lo requiera, respecto de toda operación en efectivo superior a UF 450 (cuatrocientas cincuenta unidades de fomento³) o su equivalente en otras monedas.

En relación con lo anterior, la Circular n° 35 de la UAF (19/11/2007), establece que se debe considerar como efectivo, sólo a aquellas operaciones que se materialicen mediante papel moneda o dinero metálico. Luego, *“se instruye a los sujetos obligados que sólo deben informar aquellas operaciones que realmente se hayan materializado en efectivo, independiente de la forma en que se expresen en los respectivos instrumentos que dan cuenta de ellas, siendo de responsabilidad directa del propio sujeto obligado el realizar la respectiva distinción”*.

Los reportes a la UAF deben ser enviados por medio de un sistema en línea disponible en la página web de dicha institución. El sistema de envío es de carácter seguro y sólo se tiene acceso al mismo una vez que la persona natural o jurídica se ha registrado adecuadamente en la UAF como entidad informante.

³ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000).

Por último, se establece una prohibición a las personas e instituciones indicadas en el artículo 3 de la Ley, incluidos sus empleados, de informar al afectado o a terceras personas, respecto del hecho de haber sido requeridos o haber remitido información a la UAF, como asimismo, de proporcionarles cualquier otro antecedente al respecto. Se consagra pena de presidio menor en sus grados medio a máximo (de 541 días a 5 años) y multa de 100 a 400 unidades tributarias mensuales⁴ (en adelante UTM), en caso de infracción (artículo 7 de la Ley).

D. TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS Y APLICACIÓN DE PENAS (ARTÍCULO 19)

d.1) Infracciones y sanciones

En sus artículos 19 y siguientes, la Ley establece una serie de infracciones y sanciones que podrá aplicar el Director de la UAF en contra de las personas naturales o jurídicas que no cumplan con las obligaciones o deberes contenidos en la Ley, tomando en especial y estricta consideración la capacidad económica del infractor como, asimismo, la gravedad y las consecuencias del hecho u omisión realizada, de acuerdo a la siguiente graduación:

- (i) *Infracciones leves* (letra a del artículo 19): no dar cumplimiento a las instrucciones impartidas por la UAF. Sanciones: i) Amonestación; y ii) Multa a beneficio fiscal hasta por un monto equivalente a 800 UF. Para la aplicación de esta sanción se deberá acreditar por la UAF que el infractor tenía conocimiento de la instrucción incumplida.
- (ii) *Infracciones menos graves* (letra b del artículo 19): contravenciones a lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Ley. Sanciones: i) Amonestación; y ii) Multa a beneficio fiscal hasta por un monto equivalente a 3.000 UF. En el caso de incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 4, se tomará en especial consideración, además, el monto de los valores no declarados, no pudiendo, en caso alguno, la multa superar el 30% de estos.
- (iii) *Infracciones graves* (letra c del artículo 19): no dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en los artículos 2, letra b y artículo 3 de la Ley.

⁴ Unidad de Fomento (UF): sistema que expresa la reajustabilidad (es decir, el valor actualizado de una moneda, dependiendo de la inflación) que ha sido autorizado por el Banco Central de Chile. La UF se reajusta a partir del día 10 de cada mes y hasta el día 9 del mes siguiente, en forma diaria.

Sanciones: amonestación; y multa a beneficio fiscal por un monto que no podrá exceder de 5.000 UF.

Tratándose de infracciones reiteradas, cualquiera sea su naturaleza, podrá aplicarse una multa de hasta 3 veces el monto señalado. Hay reiteración cuando se cometen dos o más infracciones de la misma naturaleza entre las cuales no medie un período superior a 12 meses.

El artículo 21 de la Ley n° 19.913 establece que en el caso que las sanciones señaladas precedentemente hayan sido cometidas por una persona jurídica, las sanciones podrán además ser aplicadas a sus directores o representantes legales y que hayan concurrido con su voluntad a la materialización de la infracción.

Por su parte, el artículo 22 consagra los procedimientos administrativos para la aplicación de sanciones administrativas.

d.2) Tipificación de los delitos (tipos penales)

Los artículos 27 y 28 de la Ley establecen los distintos tipos penales en materia de Lavado de Dinero, estableciendo las penas aplicables a cada caso.

El artículo 27 consagra penas de presidio mayor en sus grados mínimo a medio (de 5 años y 1 día a 15 años) y multas de 200 a 1.000 UTM.

Por su parte, el artículo 28 establece 2 tipos de sanciones: (i) presidio mayor en su grado medio (de 10 años y 1 día a 15 años), al que financie, ejerza el mando o dirección, o planifique los actos que se proponga; y (ii) presidio mayor en su grado mínimo (de 5 años y 1 día a 10 años), al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamiento, escondite, lugares de reunión, o colabore de cualquier forma para la consecución de los fines de la organización.

Si la UAF estima que existen indicios de la comisión de algunos de los delitos contemplados en la Ley, deberá enviar al Ministerio Público toda la información del caso. La UAF no podrá ejercer funciones propias de los Tribunales de Justicia o del Ministerio Público (parte final del artículo 2 de la Ley).

El Ministerio Público es un órgano autónomo y jerarquizado, que forma parte de la Administración Pública del Estado, cuya función es dirigir en for-

ma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito y, en su caso, ejercer la acción penal pública.

Serán aplicables a los delitos de los artículos 27 y 28 de la Ley (aludidos en la sección I.1.c. de este ensayo), y todas las normas de la Ley n° 19.366, sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, y que se refieran a la investigación; inhabilidades de abogados; medidas cautelares e incautaciones; juzgamiento y cumplimiento de sentencia.

2. Normativa de Carácter Administrativo de la UAF

Existe una serie de normativa administrativa dictada por la UAF y que se denominan Circulares⁵. Destacamos las siguientes Circulares de la UAF:

A. CIRCULAR N° 10 (05/09/2006)

Por medio de esta Circular se instruye a las personas naturales y a las personas jurídicas señaladas en el artículo 3° de la Ley n° 19.913, que realizan o reciben transferencias electrónicas de fondos, ya sea transfronterizas o nacionales, para que incorporen información precisa y significativa del remitente, sobre las transferencias de fondos y los mensajes relacionados enviados. Esta información deberá permanecer con la transferencia o mensaje relacionado a través de la cadena de pago.

Lo anterior, sin embargo, no será necesario en los siguientes tipos de pagos: (i) Cualquier transferencia que se derive de una transacción realizada utilizando una tarjeta de crédito o débito siempre que el número de dicha tarjeta acompañe a todas las transferencias derivadas de la transacción. Sin embargo, si las tarjetas de crédito o débito se utilizan como sistema de pago para efectuar una transferencia de dinero, esta instrucción es aplicable, y debe incluirse la información necesaria en el o los mensajes; y (ii) Las transferencias y liquidaciones entre instituciones financieras cuando tanto el ordenante como el beneficiario son instituciones financieras que actúan en su propio nombre.

Para todas las transferencias electrónicas de fondos, las instituciones remitentes deberán obtener y conservar por un plazo mínimo de 5 años, al menos, la siguiente información relativa al ordenante de la transferencia, verificando,

⁵ Unidad Tributaria Mensual: unidad definida en Chile que corresponde a un monto de dinero expresado en pesos y determinado por ley, el cual se actualiza en forma permanente por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) y se actualiza como medida tributaria.

además, que esta sea exacta: (i) monto y fecha de la transferencia; (ii) nombre del ordenante; (iii) número de cédula de identidad, para chilenos o residentes, o de pasaporte o similar documento de identificación para extranjeros no residentes; (iv) número de cuenta del ordenante -en su defecto el número de referencia asignado a la operación-, y (v) domicilio del ordenante.

Señala, por último, esta Circular que las entidades que reciben transferencias electrónicas de dinero deben adoptar políticas y procedimientos de riesgo efectivos para identificar la ausencia u omisión de información del remitente, por cuanto la falta de información puede ser considerada como un factor relevante respecto de si la transferencia es o no sospechosa y su consecuente reporte a la UAF.

B. CIRCULAR N° 31 (16/08/2007)

Esta Circular, de carácter obligatorio para los agentes de valores, establece que éstos, por la naturaleza de sus actividades, podrían llegar a ser utilizados por terceros para ocultar, gestionar o transferir fondos provenientes de actividades ilícitas, como así también, para dar apariencia de legitimidad a activos provenientes de tales actividades. Esta situación, además de quebrantar el orden legal, los expone a riesgos de reputación, operativos y jurídicos que pueden comprometer su estabilidad y solvencia.

Los agentes de valores deben contar con un sistema de prevención de lavado o blanqueo de activos, basado en el concepto de "*conozca a su cliente*".

Se entiende por clientes a "*todas las personas naturales o jurídicas con las cuales los agentes de valores establezcan o mantengan una relación contractual, como consecuencia de la prestación de un servicio o contratación de un producto ofrecidos por éstos en el marco de las actividades propias de su giro. Esta relación puede ser ocasional o habitual*".

Luego, los agentes de valores deberán hacer constar en un manual los principales componentes del sistema de prevención del delito de lavado o blanqueo de activos que desarrollen, y que deberá contener, como mínimo:

- a) *Conocimiento del cliente*: (i) elaboración de políticas y procedimientos de identificación de clientes tanto para su aceptación como para su mantención. (ii) mantener actualizados los antecedentes de sus clientes en el curso de su relación contractual, de modo de asegurarse de que los datos de identificación y financieros correspondan en tiempo y forma a los verdaderos. (iii) información mínima que debe requerirse a los clientes

(nombre completo, sexo, nacionalidad, cédula de identidad, profesión/oficio/ocupación, domicilio, teléfono de contacto).

- b) *Detección y reporte de operaciones sospechosas*: implementación de mecanismos necesarios para la detección de operaciones sospechosas teniendo como base ilustrativa, ejemplar y no taxativa, el documento "Señales de alerta" entregado por la UAF mediante Circular n° 8 (31/05/2006).
- c) *Funcionario responsable*: cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 3 inciso 4° de la Ley n° 19.913 (establecimiento de un cargo de alto nivel, el Oficial de Cumplimiento).
- d) *Capacitación del personal*: desarrollo y ejecución de programas de capacitación e instrucción permanentes a sus empleados, actividad a la que éstos deberán asistir a lo menos una vez al año.

El manual anteriormente mencionado deberá constar por escrito y ser de conocimiento de todo su personal. Además, deberá ser actualizado periódicamente, tanto respecto de las operaciones que incorporen a su cartera de productos como de las nuevas señales de alerta y eventuales tipologías que se entreguen.

C. CIRCULAR N° 18 (11/05/2007)

Esta Circular es obligatoria para las casas de cambio, empresas de transferencia de dinero y empresas de transporte de valores y dinero. Se establece que estas entidades, por la naturaleza de sus actividades, pueden ser utilizadas para convertir y/o trasladar fondos, cuyo objetivo sea legitimar activos provenientes de actividades ilegales. Esto las expone a riesgos de reputación, operativos y jurídicos que pueden comprometer su estabilidad y solvencia.

Para dictar las instrucciones que contiene esta Circular, la UAF tomó como base fundamental tanto las recomendaciones internacionales sobre la materia, como la práctica uniforme en el resto de países con regímenes jurídicos cambiarios similares.

Con el objeto que estas entidades tengan un adecuado conocimiento de las personas con las que realizan sus operaciones y de las actividades que éstas desarrollan como, asimismo, del origen o destino de los fondos que transan o transfieren se instruye lo siguiente: (i) Requerimiento y registro de algunos datos mínimos para toda transacción por un monto igual o superior a US\$ 5.000.- o su equivalente en otras monedas; (ii) Deberá exigirse como

requisito de la transacción, una declaración suscrita o firmada por el solicitante de la operación, en la cual de cuenta del origen y/o destino de los fondos involucrados en la transacción (su negativa no impide en si misma la operación pero deberá considerarse como una importante señal de alerta de operación sospechosa y, consecuentemente, considerar su reporte a la UAF); (iii) Obligación de registrar y mantener la información sobre identificación de las personas, conjuntamente con la documentación correspondiente a la operación, por al menos 5 años desde la fecha en que ésta se realizó (obligatoria tanto para personas que realizan una operación en forma ocasional como para aquellas que lo hacen permanentemente).

3. Ley n° 20.393

Hacemos, por último, mención a la Ley n° 20.393, que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho.

Las principales materias abordadas en la Ley son: (i) Se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas; (ii) Se consagra un modelo de prevención que las personas jurídicas podrán adoptar; (iii) Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica; (iv) Se establecen diferentes tipos de sanciones aplicables a las personas jurídicas; (v) Transmisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y (vi) Procedimiento para la aplicación de sanciones.

A. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las disposiciones de la Ley se aplican a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado. Los delitos sancionados son el lavado de activos (artículo 27 de la Ley n° 19.913), el financiamiento del terrorismo y el cohecho.

Estos son los supuestos para la aplicación de la Ley: comisión de alguno de los delitos mencionados; que el delito cometido sea directa e inmediatamente en interés o provecho de la persona jurídica; que el delito haya sido cometido por algún funcionario de importancia de la persona jurídica (artículo 3°: dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración o supervisión), y que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de los deberes de dirección y supervisión.

Excepción: las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

B. MODELO DE PREVENCIÓN

La Ley, en su artículo 4°, establece un modelo de prevención que podrán adoptar las personas jurídicas, con el objeto de cumplir con su deber de dirección y supervisión. El modelo de prevención deberá contener -de adoptarse-, las siguientes menciones:

- a) *Designación de un encargado de prevención* (por regla general es designado por la administración de la persona jurídica; debe contar con autonomía respecto de la administración; y en el caso de personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de UF 100.000, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención).
- b) *Definición de medios y facultades del encargado de prevención* (recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores; acceso directo a la administración de la persona jurídica; rendición de cuentas de su gestión).
- c) *Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos* (identificación de actividades o procesos de la entidad en los que se incrementa el riesgo de comisión de los delitos sancionados; establecimiento de protocolos, reglas o procedimientos específicos; sistema de persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos); y
- d) *Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos* (certificado expedido por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas en la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor).

C. RESPONSABILIDAD PENAL AUTÓNOMA DE LA PERSONA JURÍDICA

La Ley establece que la responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales. Excepciones: cuando habiendo concurrido los demás presupuestos para la aplicación de la Ley: (i) la responsabilidad penal individual se hubiere extinguido (numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal); o, (ii) en el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en el artículo 3° de la

Ley se hubiere decretado el sobreseimiento temporal de el o los imputados –respecto de las causales b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal–; o, (iii) no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el artículo 3° de la Ley.

D. SANCIONES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

La Ley, en su artículo 8°, establece una serie de penas aplicables a las personas jurídicas, a saber: (i) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. Esta pena no se aplica a las empresas del Estado, ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales o económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena; (ii) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado; (iii) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado (subvenciones o subsidios); (iv) Multa a beneficio fiscal (de 200 a 20.000 UTM); (v) Penas accesorias (publicación de un extracto de la sentencia; comiso).

El artículo 17° de la Ley contiene las reglas para la determinación judicial de las penas. En la práctica, los tribunales antes de aplicar la pena, deberán tener presente (dando cuenta pormenorizada en el fallo): los montos de dinero involucrados en la comisión del delito; el tamaño y la naturaleza de la persona jurídica; la capacidad económica de la persona jurídica; el grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria; la extensión del mal causado por el delito, y la gravedad de las consecuencias sociales y económicas (para el caso de las empresas del Estado o aquéllas que presten un servicio de utilidad pública, se deberán tomar en consideración los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena).

E. TRANSMISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA (ARTÍCULO 18°).

Caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más delitos sancionados por la Ley; responsabilidad derivada de su comisión se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismos –sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

F. PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES

Se aplica el mismo procedimiento establecido para las personas naturales en el Código Procesal Penal; salvo algunas menciones especiales que sólo se hacen extensivas a las personas jurídicas, por ejemplo, la improcedencia en la aplicación del principio de oportunidad (artículo 24 de la Ley y artículo 170 del Código Procesal Penal).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Internacionales

Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988). Aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19 de diciembre de 1988.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000). Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y otros Delitos Graves. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, 1992. Y modificaciones introducidas por el Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Activos (en Chile, 1997; Argentina, 1998; México, 2002; Estados Unidos, 1998 y 2004 y Colombia, 2005) y aprobadas por la CICAD.

Nacionales

Circular de la UAF n° 8, da a conocer señales de alerta de lavado o blanqueo de activos (31/05/2006). Disponible en <<http://www.uaf.gov.cl>>, fecha consulta: 12 julio 2010.

Circular de la UAF n° 10, transferencias electrónicas de fondos (05/09/2006). Disponible en <<http://www.uaf.gov.cl>>, fecha consulta: 12 julio 2010.

Circular de la UAF n° 17, envío de Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) y Registro de Operaciones en Efectivo (ROE) (08/03/2007). Disponible en <<http://www.uaf.gov.cl>>, fecha consulta: 12 julio 2010.

Circular de la UAF n° 18, imparte instrucciones en materia de prevención de lavado o blanqueo de activos (11/05/2007). Disponible en <<http://www.uaf.gov.cl>>, fecha consulta: 12 julio 2010.

Circular de la UAF N° 35, instrucciones para reporte de operaciones en efectivo sobre 450 Unidades de Fomento (19/11/2007). Íd. anterior

Ley n° 19.366, sanciona Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, dicta y modifica diversas disposiciones legales y deroga Ley n° 18.403. *Diario Oficial*, 30 enero 1995.

Ley n° 19.913, crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos. *Diario Oficial*, 18 diciembre 2003.

Ley n° 20.393, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. *Diario Oficial*, 2 diciembre 2009.

ELEMENTOS BÁSICOS DE LA TEORÍA DE LOS CAMPOS SOCIALES DE PIERRE BOURDIEU. APUNTES PARA ESTUDIANTES Y DOCENTES DE DERECHO*

*Basic Elements of the Pierre Bourdieu's
Social Fields Theory. Notes for Law Students
and Teachers*

J. IGNACIO NÚÑEZ LEIVA**

* Documento elaborado únicamente con la intención de facilitar la comprensión del tema a los estudiantes de Ciencias Jurídicas, especialmente al momento del estudio de las instituciones políticas y los Derechos Fundamentales.

** Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Metodologías de Investigación e Intervención Social, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Diplomado en Derechos Humanos, Universidad Católica del Uruguay. Especialista en Constitucionalismo y Garantismo, Universidad de Castilla La Mancha, España. Magíster en Derecho Público Pontificia Universidad Católica de Chile, beneficiario de la beca de postgrado a los ex alumnos destacados de la PUC. Doctorando en Derecho, Universidad de Castilla La Mancha. Director de Postgrado, Facultad de Derecho Universidad Andrés Bello. Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. <jinunez@uc.cl>.

Artículo recibido el 12 de julio y aprobado el 30 de agosto de 2010.

RESUMEN: El presente trabajo revisa algunos elementos básicos de la teoría de los campos sociales, destacando su profunda ligazón con el estudio de la teoría política y los Derechos fundamentales. El autor intenta explicar de la forma más clara posible dentro de su propia complejidad, la teoría de Pierre BOURDIEU. Tras ahondar en el concepto de campos sociales; los elementos fundamentales de la teoría; las relaciones entre campo social, capital y sujetos; y, la autonomía relativa de los campos; finalmente, como un pretexto para aplicar la teoría de los campos sociales, se reflexiona acerca de la reforma a la calidad de la educación chilena.

ABSTRACT: The present work checks some basic elements of the social fields theory, emphasizing its deep attachment with the study of the political theory and the fundamental rights. The author tries to explain as clear as possible inside its own complexity, Pierre BOURDIEU 's theory. After explain the concept of social fields; the fundamental elements of the theory; the relations between social field, capital and subjects; and, the fields relative autonomy; finally, as a pretext to apply the the social fields theory, the author thinks over the reform of the Chilean education quality.

PALABRAS CLAVE: Instituciones Políticas - Derechos Fundamentales - Sociología del Derecho - Campos Sociales – Pierre BOURDIEU

KEY WORDS: Political institutions - Fundamental rights – Legal Sociology - Social Fields - Pierre BOURDIEU

I. INTRODUCCIÓN

En términos simples, una teoría es un conjunto ordenado de ideas que describen un objeto de estudio determinado y su funcionamiento. El valor de las teorías depende del nivel con que nos permite comprender y explicarnos los fenómenos de la naturaleza y de la sociedad. Ellas perviven, siguiendo el análisis de Thomas S. KUHN sobre las revoluciones científicas, hasta que son reemplazadas por una propuesta más satisfactoria que es adoptada por la comunidad. Durante el último tiempo ha gozado de muy buena salud en el ámbito de la sociología la propuesta diseñada por el francés Pierre BOURDIEU, especialmente aquella parte de su obra referida a los campos sociales.

Por los diversos motivos que se tendrá oportunidad de apreciar en el desarrollo de este trabajo, la teoría de los campos sociales ofrece un modelo de análisis sumamente útil para comprender las relaciones de poder al interior de la sociedad, la dinámica de funcionamiento de diversos sectores

aparentemente muy distintos entre sí y algunos elementos que el Estado social y democrático de Derecho debe tener a la vista al momento de realizar las tareas que le son propias, especialmente en la promoción y defensa de los derechos fundamentales.

Debido a ello, en este breve trabajo hemos emprendido la tarea de rescatar algunos de los elementos básicos de la *teoría de los campos sociales*, destacando su profunda ligazón con el estudio de la teoría política y los Derechos fundamentales, intentado explicarlos de la forma más clara posible dentro de su propia complejidad. Advertimos al lector que este se trata de un texto escrito por un hombre de Derecho destinado a actuales y futuros hombres y mujeres de Derecho. Por lo tanto, en este trabajo será sumamente fácil para un especialista en Ciencias Sociales detectar algunas fallas, imprecisiones e incluso excesivas simplificaciones. Pido desde ya las excusas del caso en atención a la finalidad ya declarada.

Dicho lo anterior, solamente resta señalar que este se trata de un trabajo descriptivo, por lo que no cabe la generación de conclusiones. Sin embargo, con el afán pedagógico que nos inspira el final del texto se incluye un brevísimo análisis en el cual se pretende ilustrar la aplicación de esta teoría a situaciones de relevancia política y jurídica.

II. EL CONCEPTO DE CAMPOS SOCIALES

En la teoría de BOURDIEU se define a los *campos sociales* como: espacios de juego históricamente constituidos por sus instituciones específicas y sus leyes de funcionamiento propias.¹ Para el sociólogo francés la sociedad puede ser concebida como un espacio diferenciado de posiciones sociales en el que las relaciones entre estas posiciones constituyen el núcleo de lo que es propiamente social.² Es decir, la actividad propia de la vida en sociedad se define por las relaciones entre entes que se distinguen entre sí por la posesión de diferentes bienes y valores que los sitúan en distintas posiciones, las que, a su vez, permiten y definen las relaciones entre ellos. Luego, los campos sociales son espacios identificables en donde ocurren tipos específicos de relaciones entre sujetos, siendo posible analizar estas relaciones como tales y con independencia de aquellos que las realizan.

En las sociedades (altamente diferenciadas) el cosmos social está conformado por varios de estos microcosmos sociales relativamente autónomos,

¹ BOURDIEU (1988) pp. 108 – 114.

² AGUILAR (2003) p. 81.

es decir, espacios de relaciones objetivas que son el sitio de una lógica y una necesidad específicas e irreductibles a aquellas que regulan otros campos. Por ejemplo, el campo artístico, el religioso o el económico siguen todos lógicas específicas: mientras que el campo artístico se ha constituido a si mismo rechazando o revirtiendo la ley del provecho material, el campo económico ha emergido históricamente a través de la creación de un universo dentro del cual, como solemos decir, "*los negocios son los negocios*", donde las encantadas relaciones de amistad y amor están en principio excluidas.³

Este concepto es –en cierto sentido– similar al de *sistema autorreferencial* para la teoría de LUHMANN, aunque BOURDIEU se ocupe de marcar las diferencias con aquél⁴. En efecto, ambas nociones se refieren a subáreas de la vida social, autónomas, con reglas endémicas de funcionamiento y que no pueden ser explicadas por lo que ocurre fuera de ellos. Esto constituye, precisamente, su principal utilidad a efectos del estudio de las instituciones políticas, pues permite apreciar algunos elementos que condicionan su creación y configuración, y comprender –además– algunos de los diversos comportamientos de los sujetos en sociedad, sea de forma individual o colectiva, en relaciones de politicidad.

III. ELEMENTOS Y CONCEPTOS FUNDAMENTALES PARA LA TEORÍA DE LOS CAMPOS SOCIALES

1. *El Capital y los distintos tipos de capital*

La especificidad de cada campo se distingue por el tipo de capital que está en juego en cada uno de ellos. El capital desde este punto de vista es el conjunto de bienes acumulados que se producen, se distribuyen, se consumen, se invierten y/o se pierden, con la condición de que dichos bienes se presenten como raros y sean dignos de ser buscados en una formación social específica.

Se trata de un concepto metaeconómico, que se predica de bienes que no tienen naturaleza económica, pero que respecto de ellos se puede observar la existencia de especies de mercados en los cuales circulan y se distribuyen entre sus distintos agentes. A partir de cada tipo distinto de capital, se constituyen diferentes campos sociales.

³ BORDIEU - WACQUANT (2008) p. 135.

⁴ *Idem.*

BOURDIEU, además del capital económico –constituido por la posesión de bienes con significación económica– distingue principalmente los siguientes tipos de capital. Esta distinción no agota los tipos posibles de bienes y capitales, sino que solamente los agrupa en grandes categorías.

A) CAPITAL CULTURAL

Es aquel ligado a conocimientos, ciencia, arte, etc. Puede existir bajo tres formas, en *Estado incorporado*, esto es, bajo la forma de disposiciones durables relacionadas con determinado tipo de conocimientos, ideas o valores (es decir como hábitos), en *Estado objetivado*, esto es, bajo la forma de bienes culturales individualizados, tangibles o no, como obras de arte, libros, instrumentos, etc. Y en *Estado institucionalizado*, esto es a través de las certificaciones de posesión de tal capital emitida por instituciones educativas.⁵

B) CAPITAL SOCIAL

Es aquel ligado a la existencia de relaciones estables con sujetos e instituciones, y ha sido definido como la pertenencia a un grupo, como conjunto de agentes que no sólo están dotados de propiedades comunes, sino también están unidos por lazos permanentes y útiles.

C) CAPITAL SIMBÓLICO

Es aquel capital de prestigio, reconocimiento o consagración, corresponde a una forma que adquieren los otros tipos de capital cuando su posesión se vincula a su poseedor prescindiendo de lo arbitrario de su acumulación.⁶

2. El concepto de intereses

Para BOURDIEU el concepto de intereses adquiere una significación que sobrepasa el ámbito económico. Su expansión se explica pues permitiría comprender una serie de actividades habitualmente designadas como gratuitas o desinteresadas que a la luz de los campos sociales y los capitales en juego pueden ser calificadas como acciones intencionadas destinadas a la obtención de beneficios. Así por ejemplo en campos ligados al honor o a la salvación de las almas, en el ámbito de las creencias trascendentales, ciertas actividades observadas mediante el prisma economicista del interés no tienen mayor calificación que el mero altruismo. En cambio, apreciando –por

⁵ GUTIÉRREZ (2006) p. 36.

⁶ BOURDIEU - WACQUANT (1995) pp. 81-82.

ejemplo– el comportamiento caritativo de un sujeto a la luz de las normas morales de un credo específico, podríamos concluir que el agente despliega su conducta con interés en la perfección, la trascendencia y la salvación de su alma.

La noción de interés rompe con la visión encantada –y extremadamente mercantilista– que rechaza reconocer las diversas formas de beneficios no materiales que pueden orientar las prácticas de los agentes, a la vez que sugiere la idea de que los sujetos son movilizados desde estados de indiferencia por los estímulos proporcionados por ciertos campos y no por otros.⁷ En definitiva reconoce la racionalidad en el obrar de aquel que se mueve por fines no económicos o inmateriales.

En cada campo pueden distinguirse al menos dos tipos genéricos de intereses: uno general, compartido por todos los participantes del campo, y varios intereses específicos. El interés general se refiere al hecho de participar en el campo específico, se liga a la existencia del campo, al capital en juego, generando entre todos los participantes una especie de acuerdo en torno a que el capital objeto de lucha en el campo merece tener tal condición. En cambio los intereses específicos dicen relación con la posición que cada sujeto ocupa dentro del campo y con su disposición a mantenerla o modificarla.

3. La posición y la distribución del capital

Hemos señalado que cada campo se define por la distribución de un capital específico. Y que en razón de esa distribución cada sujeto adquiere posiciones y genera intereses. Una posición puede entenderse como el lugar ocupado en cada campo en relación con el capital específico en juego.⁸

Las posiciones –anota GUTIÉRREZ– no dicen relación a lugares funcionalmente definidos en una organización y, por lo tanto, no supone la existencia de organizaciones formalmente constituidas⁹. Además son relativas, pues no se definen objetivamente sino en comparación con la situación de terceros respecto del mismo capital.

⁷ GUTIÉRREZ (2006) p. 44.

⁸ *Idem.*, p. 49.

⁹ *Ibidem.*

Según COSTA¹⁰, pueden distinguirse tres criterios o parámetros de distribución del capital que definen las posiciones en cada campo, y las relaciones entre los sujetos participantes:

A) *POSESIÓN O NO*. Este criterio apunta a determinar si un sujeto posee o no el capital específico que define el campo, o sin ser dueño goza de la facultad de administrarlo como tal.

B) *POSESIÓN MAYOR O MENOR*. Este criterio atiende al volumen del capital que posee o administra un sujeto. Los campos se estratifican distinguiendo primariamente entre los que tienen y los que no tienen un capital, y luego según el volumen de que goza cada uno de los que lo tiene.

C) *LEGITIMIDAD DE LA POSESIÓN*. La posesión y/o la facultad de administrar es también valorada socialmente. No es completamente objetiva, depende de la valoración que el resto hace del dueño o administrador del capital.

Así por ejemplo, en el campo de los bienes de salvación, integrado por aquellos bienes que para los fieles de un credo representan la proximidad a la vida eterna, puede distinguirse conforme al primer criterio entre quienes tienen y quienes no tienen la capacidad de administrar esos bienes: el clero y los laicos. Además, conforme al segundo criterio, dentro del clero, podemos diferenciar sujetos con mayor o menor capacidad de administrarlos: el Papa, los cardenales, los obispos, Etc. Por último, conforme al tercer criterio se puede separar a aquellos a quienes se reconoce la legitimidad para administrar dichos bienes: el clero, de aquellos a quienes no se reconoce; brujos, magos o profetas no reconocidos.

Los tres criterios mencionados son también útiles para precisar las relaciones que existen entre quienes se hallan en las distintas posiciones generadas. Estas relaciones serán –precisamente– relaciones de poder o de dominación y dependencia. Así el quien tiene un capital específico se sitúa en una relación de poder respecto de quien no lo tiene, lo tiene en menor volumen o su tenencia no está legitimada.¹¹

IV. ALGUNAS RELACIONES ENTRE CAMPO SOCIAL, CAPITAL Y SUJETOS

La estructura de cada campo social se determina de acuerdo al capital que ha logrado ser acumulado anteriormente por sus integrantes. Y un

¹⁰ COSTA (1976).

¹¹ *Ibíd.*

capital no existe ni funciona sino en relación con un campo. Tal acumulación configura las relaciones de fuerza y poder entre los distintos agentes e instituciones participantes en cada campo. La actividad al interior del campo consistirá principalmente en una dialéctica entre la conservación de las relaciones existentes a partir de la distribución del capital y la subversión de dicha estructura.

Explicando aquello BOURDIEU escribió: *"Aquellos que, dentro de un estado determinado de la relación de fuerzas, monopolizan (de manera más o menos completa) un capital específico, que es el fundamento del poder o de la autoridad propia de un campo, se inclinarán hacia estrategias de conservación, mientras que los que disponen de menos capital (lo que incluye a los recién llegados al campo, a los más jóvenes y los pobres respecto de dicho capital) se inclinarán a utilizar estrategias de subversión".*¹²

El poder de cada capital es relativo, influyen en él la valoración que se le asigne en cada campo y el estado del campo mismo. El valor de una especie de capital (por ejemplo el conocimiento del Derecho) depende de la existencia de un campo en donde pueda ser utilizado. Así, una especie de capital es aquello que es eficaz en un campo determinado, tanto a modo de arma o fuente de poder como de asunto en juego.

Cada sujeto puede participar en distintos campos y ser poseedor de diferentes tipos de capitales, esto último se denomina el capital general. Un mismo tipo de capital específico puede ser utilizado en distintos campos, pero se le valorará de distinta forma. Dos individuos con similar capital general pueden diferir en la posición que ocupan en un campo determinado y en como se desempeñan en él. Por ejemplo, uno que detenta mucho capital económico y escaso capital cultural y otro que tenga los mismos capitales pero en la proporción inversa. Cada uno tendrá diferentes potencialidades para el uso de su capital. Pero la estrategia de cada sujeto no dependerá solo de aquello, sino también de la trayectoria de su capital y del comportamiento objetivo del campo.

Por último, los objetivos de los sujetos al interior del campo pueden ser también muy diferentes. Algunos, pueden ingresar al campo movidos por la inercia sin intención de producir cambios. Otros lo hacen con la intención de aumentar su capital conforme a las reglas de valoración imperantes. Pero otros lo hacen con el propósito de alterar los parámetros de atribución de valor mediante la desacreditación del capital de terceros y la pugna por aumentar

¹² BORDIEU (1990) p.137 citado por GUTIÉRREZ (2006) p. 32.

el valor del propio. A juicio de BOURDIEU, la actividad de la que conocemos como faz agonal de la política coincidiría con esta última alternativa.¹³

V. LA AUTONOMÍA RELATIVA DE LOS CAMPOS

La teoría de BOURDIEU atribuye a los campos sociales una propiedad que él denomina autonomía relativa. Con ella se refiere a que si bien cada campo genera su propia dinámica de funcionamiento a través de la distribución de un capital específico, los campos no son completamente independientes e impermeables. Un mismo sujeto puede participar en varios campos y lo que ocurre en un campo puede ser tributario de lo acontecido en otro. Los autores suelen coincidir en que el campo económico tiende a ejercer una importante influencia en otros campos. Esto no debe ser entendido como una necesidad de replanteamiento de la manera en como observamos las lógicas internas de cada campo, reemplazándolas por la dinámica económica, sino simplemente debe ser tenido en cuenta como un elemento más en el funcionamiento de cada campo.

VI. BREVÍSIMA REFLEXIÓN ACERCA DE LA REFORMA A LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN CHILENA, UN PRETEXTO PARA APLICAR LA TEORÍA DE LOS CAMPOS SOCIALES

Hace ya bastante tiempo –afortunadamente– existe un relativo consenso acerca de la necesidad de revertir las durísimas, e incluso inmorales, situaciones de inequidad en la distribución de la riqueza en Chile. Desde mediados de los años noventa suena con fuerza el discurso de denuncia que describe cómo un muy pequeño porcentaje de la población chilena disfruta de un altísimo porcentaje de la riqueza del país, mientras que un enorme grupo se reparte el saldo restante.

La propuesta teórica de los capitales múltiples revisada anteriormente nos permite distinguir con cierta nitidez algunos factores que inciden en esta situación.

En efecto, las posiciones más ventajosas en la sociedad son disfrutadas por personas que tienen la gracia de ser poseedores y/o administradores –al mismo tiempo– en un volumen considerable de los cuatro tipos principales de capital: económico, social, cultural y simbólico. Sin duda, lo relativo de la autonomía de los campos sociales se evidencia en la influencia que el

¹³ BORDIEU (1995) p. 137.

capital económico es capaz de ejercer sobre la distribución del resto de los capitales.

Así por ejemplo, la mayor disponibilidad de capital económico permite la adquisición de altos niveles de capital cultural a través del acceso a instituciones educativas de mejor calidad. Por otra parte, el respaldo aportado por dicho capital permite un uso más prolongado de los espacios de contacto con el resto de los capitales, ya sea por el menor costo alternativo en el proceso de adquisición del capital cultural institucionalizado, sea porque permite la creación de capital simbólico o porque fomenta la interacción para la reproducción de capital cultural mediante el contacto con otras personas que también gozan de posiciones aventajadas.

Pero es también la autonomía relativa de los distintos campos lo que permite que agentes con la intención de promover cambios en las posiciones del campo realicen intervenciones destinadas a redistribuir la posesión y/o administración de un capital específico. En los estados sociales y democráticos de derecho la intencionalidad interventora es asignada principalmente al Estado que busca revertir –mediante las herramientas que el ordenamiento jurídico le entrega– las situaciones de inequidad o desigualdades injustificadas. De hecho, la doctrina suele señalar que una de las funciones del Derecho es la función distributiva. Un análisis de la situación general de inequidad ya descrita que no tuviera en cuenta la multiplicidad de los capitales y de los campos que ellos originan, tendería a sugerir que la participación del ente interventor se dirigiera a redistribuir el capital económico. Sin embargo, una observación que tuviese presente la teoría estudiada sería capaz de notar que no basta con la mera redistribución de la riqueza (capital económico) sino también es necesaria –para la construcción de una sociedad igualitaria que respete los derechos fundamentales de las personas también– al menos la redistribución del conocimiento (capital cultural) de las redes sociales (capital social).

Si las asimetrías de poder se producen por las diferencias en una pluralidad de factores estas no podrán ser remediadas interviniendo la distribución de sólo uno de ellos. Más aun si el acceso y posesión de capital cultural depende, paradójicamente, del propio capital cultural. En efecto, una de las propiedades del capital cultural es su tendencia a la regeneración, siempre y cuando existan las condiciones económicas para ello. Sujetos carentes de un nivel básico de capital cultural tenderán a utilizar sus excedentes económicos en bienes propios del campo económico, no necesariamente rentables. Por último –y sin perjuicio de otros análisis– la perspectiva propuesta por Bourdieu permite apreciar la complejidad y multidimensionalidad de la dignidad humana y los imperativos que derivan de ella. Un ser humano reducido

a claves e intervenciones economicistas, al cual no se reconocen otros intereses, vería satisfechas todas sus aspiraciones mediante una redistribución del capital económico. Sin embargo, el capital económico es irrelevante a la hora de la interacción en aquellos campos definidos por relaciones orientadas por otros intereses e insuficiente en la asignación de los bienes que permiten a la persona transformarse en sujeto titular de Derechos en la república y el Estado. La sociedad políticamente institucionalizada requiere del individuo una serie de destrezas, conocimientos y habilidades que no necesariamente son apreciables en términos pecuniarios, pero que sin embargo son indispensables para el funcionamiento del modelo político y la emancipación de la dominación ejercida a través del yugo de la ignorancia. Tales elementos resultarían completamente invisibles a un análisis basado en un único tipo de capital y en un único campo social unitario y uniforme.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILAR NOVOA, Omar (2003): "Campo y sistema en la teoría sociológica", *Revista de Sociología Universidad de Chile* (n° 17) pp. 81-94.

BOURDIEU, Pierre (1988): "El interés del sociólogo", *Cosas Dichas* (Buenos Aires Editorial Gedisa) pp. 108-114.

_____ (1990): "Algunas propiedades de los campos", *Sociología y Cultura* (México, Editorial Grijalbo) pp. 135-141.

BOURDIEU, Pierre, y WACQUANT, Loic (1995): "Respuestas", *Por una antropología reflexiva* (México, Editorial Grijalbo) pp. 185-190.

_____ (2008): *Una invitación a la sociología reflexiva* (2ª edición, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI Editores) 411 p.

COSTA, Ricardo (1976): *Para una definición social de los actores sociales. La teoría del campo* (Córdoba, Editorial Mimeo).

GUTIÉRREZ, Alicia (2006): *Las practicas sociales: una introducción a Pierre Bourdieu*. (Córdoba, Editorial Ferreira Editor) 124 p.

COMENTARIOS DE
JURISPRUDENCIA

DERECHOS ADQUIRIDOS EN TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONNOTADAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL*

*Acquired Rights in Administrative
Courts of Connoted International
Organizations. Jurisprudential Study*

JUAN LAPENNE**

RESUMEN: El presente trabajo es un estudio de ilustrativa jurisprudencia de tribunales de importantes organizaciones internacionales en relación a los Derechos Adquiridos. Se analizan, sentencias emitidas por los siguientes tribunales: Tribunal Administrativo de Las Naciones Unidas (ONU), Tribunal Administrativo de la

* Trabajo realizado a solicitud del Departamento de Servicios Legales de la OEA, a efectos de tener un panorama más claro de la situación de los Derechos Adquiridos en organizaciones internacionales pares.

** Abogado de Fox & Lapenne. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay. Mster en derecho (LLM) de la universidad American Univesity, WCL, Washington, DC. Miembro de FIA (Federación Interamericana de abogados), ASIPI (Asociación Interamericana de Propiedad Intelectual) y INTA (International Trademark Asociation). <juanlapenne@hotmail.com; jlapenne@fox.com.uy>

Artículo recibido el 5 de octubre y aprobado el 30 noviembre 2010.

Organización de Estados Americanos (OEA), Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Tribunal Administrativo del Banco Mundial, y, por último, el Tribunal Administrativo del Banco Interamericano del Desarrollo (BID). El análisis tiene como objetivo ilustrar y describir, dentro de lo posible, cómo los Derechos Adquiridos son tratados bajo tribunales de importantes organismos internacionales.

ABSTRACT: The present work is a study of illustrative jurisprudence of courts of important international organizations and banks in relation to the Acquired Rights. Judgments issued by the following courts are analyzed: The United Nations Dispute Tribunal, The Administrative Tribunal of the Organization of American States, The Administrative Tribunal of the International Labour Organization, World Bank Administrative Tribunal, and, finally, IDB Administrative Tribunal. The analysis has as aim illustrate and describe, inside the possible thing, as the Acquired Laws they are treated under courts of important international organizations.

PALABRAS CLAVES: Derechos Adquiridos – Tribunales Administrativos Internacionales – jurisprudencia internacional

KEY WORDS: acquired rights – International Administrative Courts - international jurisprudence

I. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

1. Sentencias del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas

A) MORTISHED VS. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1981)

El actor comenzó sus tareas dentro de dependencias de las Naciones Unidas (NU) en el año 1948. En el año 1958 es transferido a las oficinas en Ginebra de las NU.

Con fecha 30 de abril de 1980 el actor se retira y se le niega el derecho al cobro a la repatriación. Este beneficio al cobro de la repatriación se le negó por no haber probado efectivamente un cambio de domicilio con respecto al último lugar de trabajo.

El actor acciona contra el demandado por los perjuicios sufridos en relación al no pago de la repatriación, elemento que el actor considera como un derecho adquirido.

A partir del año 1953 no se requería, para el cobro de la repatriación, el acreditar cambio de domicilio¹.

Posteriormente, y frente a las iniciativas de la Asamblea General de supeditar el derecho al cobro de la repatriación a la prueba de cambio de domicilio, la Secretaría General emite la instrucción n° 262². En ella si bien elimina el derecho al cobro de la repatriación sin prueba de cambio de domicilio, expresa que los empleados en servicio a la fecha de Julio de 1979 retendrán su derecho al cobro de la repatriación ya generado hasta esa fecha (Julio 1979) sin necesidad de acreditar cambio de domicilio. Este cálculo de la repatriación se realizaba en proporción a los años trabajados.

Posteriormente, meses más tarde, la Secretaría General, siguiendo direcciones de la Asamblea General, emite una nueva instrucción n° 269³ la cual modifica la anterior instrucción n° 262, del año 1979, en cuanto a que a partir de enero de 1980 ningún empleado tendría el derecho al cobro de la repatriación sin acreditar el cambio de domicilio. Por tanto el derecho a la repatriación (sin necesidad de acreditar cambio de domicilio) ya generado al año 1979 era eliminado.

La cuestión entonces es resolver si la nueva instrucción no 269 de la Secretaría General con vigencia a partir del año 1980 se puede aplicar retroactivamente, como ella pretende, y dejar por tanto sin efecto el derecho de repatriación ya generado al año 1979 en relación a aquellos empleados que se encontraban en servicio con anterioridad a la vigencia de esta norma. Agréguese que este derecho a la repatriación sin necesidad a la prueba de cambio de domicilio hasta el año 1979 había sido expresamente reconocido por la instrucción n° 262 de ese mismo año.

¹ Regla del Personal n° 109. Esta norma implementa la normativa de la Asamblea General en cuanto a la repatriación y establece que si la persona no viajaba a otro país, luego su desvinculación con la Organización, ello no sería causal para no pagar la repatriación. Con ello el vínculo entre la repatriación y el traslado había quedado eliminado. Párrafo VII de la sentencia.

² *Repatriation grant* (1979) ST/AI/262.

³ *Repatriation grant* (1979) ST/AI/269.

El tribunal decreta la existencia del derecho adquirido sobre el derecho al cobro de la repatriación generada a la fecha de Julio de 1979, sin necesidad de acreditar cambio de domicilio⁴.

El tribunal apoya esta decisión en el hecho de que el derecho al cobro a la repatriación fue expresamente previsto en el momento en que el actor entró a las NU⁵.

A su vez, el Tribunal reconoce que al momento en que el actor se incorporó a las NU, el pago de la repatriación no requería la prueba de cambio de domicilio.

Es por ello que el Tribunal entiende que el demandado, al requerirle al actor, a efectos de abonarle la repatriación generada al año 1979, prueba sobre cambio de domicilio, ha violado su derecho adquirido y por tanto ordena se indemnice al actor con el pago de la suma que hubiera correspondido por concepto de repatriación.

Si bien esta sentencia reconoce como Derecho Adquirido al derecho a la repatriación sin necesidad de acreditar cambio de domicilio, el Tribunal no obstante acepta la modificación unilateral de este derecho con consecuencias únicamente hacia el futuro. La única protección que esta sentencia le otorga a este derecho es la prohibición de afectarlo retroactivamente.

B) SUE-TING-LEN VS. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1982)

En este caso la actora es un empleado de las Naciones Unidas. La actora posee la categoría de empleo G y solicita sea ascendida a la categoría P (categoría profesional) utilizando un procedimiento de promoción que ya ha sido sustituido por otro, pero en el cual ella alega un derecho adquirido (en el anterior procedimiento).

El actor solicita al tribunal que reconozca su derecho adquirido en el anterior procedimiento de promoción y que por tanto declare se ha violado su derecho al establecer y pretender aplicarle un nuevo y distinto procedimiento de promoción.

⁴ Párrafo XVI.

⁵ Al momento en que el actor fue trasladado a las UN en el año 1958, recibió una carta que expresamente establecía su derecho al cobro a la repatriación a partir del año 1949. Párrafo VI de la sentencia.

El demandado expresa que ha procedido con total respeto a los derechos adquiridos y que por tanto ninguna violación a un derecho adquirido se ha producido en este caso.

El Tribunal decreta que no se ha producido ninguna violación a un derecho adquirido.

Hasta el 29 de agosto de 1979 rigió el procedimiento de promoción que el actor busca se le reconozca como derecho adquirido. Este procedimiento claramente favorece a la actora ya que el mismo tendría en cuenta de manera especial la antigüedad de la persona. La actora tenía una antigüedad importante y es por ello que se veía beneficiada con el anterior procedimiento de promoción.

Con fecha 29 de agosto de 1979, una nueva norma interna establece un nuevo procedimiento de promoción llamado *Exanimación Competitiva*, que es desfavorable al actor en comparación con el anterior procedimiento.

La Secretaría General reconoce que este sistema es desfavorable para algunas personas dentro de la organización y es por ello que emite la circular n° 19, en la cual establece un medio de transición entre un sistema y otro. Esta circular se emitió, expresa el Tribunal en la sentencia, para prevenir que este nuevo sistema tenga efecto retroactivo en personas que a la fecha del 29 de agosto de 1979 ya hubieren adquirido derechos en el anterior sistema de promoción. Esta circular haría que estas personas siguieran beneficiándose con el anterior sistema, bajo ciertas condiciones y circunstancias⁶.

La circular n° 19 establece que se mantendrá el sistema de promoción a la categoría P (categoría profesional) con respecto a las personas que a la fecha de la entrada en vigencia del nuevo sistema habían adquirido ya derechos adquiridos en aquel sistema. Esta circular exige dos requisitos para seguir aplicando el viejo sistema de promoción: 1) La persona debería de haber estado realizando funciones de carácter profesional a la fecha de agosto de 1979 (fecha de entrada en vigencia del nuevo procedimiento), 2) Con anterioridad a esta fecha, el respectivo departamento debió de haber recomendado la promoción de esta persona.

Luego de evaluar estas circunstancias, el Tribunal entiende que ninguno de estos dos requisitos se ha cumplido y que por tanto el actor no queda comprendido bajo esta circular.

⁶ Párrafo III de la sentencia.

La actora solicita al Tribunal que en el caso que el mismo entienda que ella no queda comprendida bajo la circular n° 19, decrete que de todas maneras ella tiene derechos adquiridos sobre el anterior procedimiento y por tanto tiene derecho a la evaluación de promoción siguiendo las pautas del antiguo sistema.

El Tribunal decreta que únicamente habría una violación a un derecho adquirido cuando el anterior procedimiento de promoción, estando este en práctica y en vías de decisión, fuera en ese instante sustituido por este nuevo procedimiento. Pero esta circunstancia, expresa el tribunal, fue prevista y evitada por la circular n° 19, y por tanto ninguna violación a un derecho adquirido se ha producido en este caso⁷.

2. Sentencias del Tribunal Administrativo de la Organización de los Estados Americanos

A) TORRES Y OTROS VS. SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (1994)

En este caso los actores, un grupo de empleados de la Organización de Estados Americanos (OEA), manifiestan que sus derechos emergentes de un acuerdo firmado entre ellos y el Secretario General sobre aplicación de un nuevo sistema de reajuste de salarios y de emolumentos ha sido violado desde su inicio. Este nuevo sistema de reajustes, denominado *sistema del Comparador*, sustituyó el anterior sistema de reajustes de salarios denominado *de Paridad* (en relación a los salarios de las Naciones Unidas).

Los actores solicitan a este Tribunal que declare que el Comparador (sistema de reajuste de salarios) es una estipulación contractual y un elemento esencial de la relación laboral del personal que forma parte, desde 1983, de cada uno de los contratos de empleo firmados entre la OEA y sus empleados. Solicitan, a su vez, sean indemnizados por la violación continuada de este derecho.

El apoderado del Secretario General señaló que el principal motivo para no aplicar el sistema del Comparador acordado en el Acuerdo del 1983, fue la difícil situación financiera de la Organización.

⁷ Párrafo X de la sentencia.

A su vez, manifestó en autos que el sistema del Comparador únicamente establecía los lineamientos a seguir en relación al reajuste de los salarios, y no el monto a ser autorizado.

El Tribunal manifiesta en esta sentencia que el derecho en cuestión (derecho al reajuste de los salarios) no puede ser dejado sin efecto unilateralmente, y que mientras no sea modificado por acuerdo de partes, produce derechos subjetivos a favor de los trabajadores de la OEA⁸.

A su vez, este Tribunal decreta que *“el salario y los demás emolumentos debidos por la Organización a sus funcionarios constituye un elemento básico o esencial del contrato individual del trabajo”*⁹.

Por tanto, este Tribunal no solo manifestó que el sistema de ajuste del salario por costo de vida es un derecho esencial de la relación laboral, y por tanto un derecho adquirido, sino que fue un poco más allá y expresó que cualquier emolumento del salario debe ser considerado un elemento esencial de los contratos de trabajo, y por tanto deben ser también considerados derechos adquiridos, con la consecuencia de que no podrán ser modificados unilateralmente por la OEA.

Emolumento, según el *Diccionario de la Real Academia Española*, significa *“remuneración adicional que corresponde a un cargo o empleo”*. De esta manera, si bien el objeto de este proceso no era el decidir sobre una cuestión tan amplia, el Tribunal decretó que el salario y los demás emolumentos debidos por la Organización a sus funcionarios, constituyen elementos básicos o esenciales del contrato individual de trabajo.

3. Sentencias del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo

A) DE LOS COBOS Y WENGER VS. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1980)

Por medio de una circular la OIT informa a sus empleados que 4 días en un período de seis meses serían libres y que a su vez esos días no generarían derecho al salario (serían días no pagos).

⁸ Párrafo V de la sentencia, p. 36.

⁹ Resuelve, Numeral 3, p. 37.

La consecuencia de esta circular es que disminuye durante un período de seis meses un 2.2 por ciento el salario de los empleados comprendidos en esta nueva norma.

La causa de esta circular fue el mal momento económico que atravesaba la OIT, a causa, mayormente, de la desafiliación de los EE.UU. como uno de sus miembros.

Los actores alegan que esta circular reduce su remuneración y con ello se violan sus derechos adquiridos. Expresan que la remuneración fue un factor clave para aceptar su empleo dentro de la OIT y que por tanto la remuneración no puede ser reducida unilateralmente por esta Organización.

El demandado alega que no se ha violado ningún derecho adquirido de los actores y que dicha modificación fue llevada a cabo por el Director General bajo la autoridad que el artículo 4.8 de la regulación del personal le otorga.¹⁰

A su vez, los mismos actores alegan que esta misma norma fue violada por el Director General, ya que ellos encuentran en esta norma la protección de los derechos adquiridos.

Por medio de esta sentencia, este Tribunal expresa que la decisión del demandado de decretar 4 días no laborables y no pagos no constituye ninguna violación a los derechos adquiridos de los actores.

El Tribunal expresa que son dos las situaciones en las cuales se generan derechos adquiridos: 1) Cuando ese elemento se encuentra en una norma dentro de la Regulación del Personal o dentro de las Reglas del Personal, y a su vez ese elemento fue de vital importancia para que el empleado aceptara el puesto dentro de la OIT; 2) Alternativamente, estamos ante un derecho adquirido cuando un elemento de la relación laboral tiene su fuente en el contrato y ambas partes tuvieron la intención de que ese elemento fuera inviolable. Por tanto, no todos los elementos que tienen su fuente en el contrato de trabajo son derechos adquiridos, ni siquiera aunque ellos versen sobre la remuneración. Es esencial para ello, entiende el Tribunal, que el contrato establezca

¹⁰ Artículo 4.8 de la Regulación del Personal: *"Los términos de cualquier contrato podrán ser modificados, sin perjuicio de los derechos adquiridos de los oficiales, por el Director General, para poner estos contratos en conformidad con las medidas relativas a las condiciones de trabajo de los oficiales que la Conferencia General o el Cuerpo de Gobierno decidan aplicar a los oficiales en servicio"*.

de manera expresa o implícita que esos elementos no serían pasibles de ser perjudicados o modificados. Sino hay tal manifestación de inviolabilidad, entonces esos elementos no serán considerados derechos adquiridos¹¹.

En este caso, el derecho al pago del salario no se encuentra establecido en la Regulación del Personal ni en las Reglas del Personal, sino que encuentra su fuente en el contrato de trabajo. Como consecuencia de ello, el salario solo sería inmodificable si las partes tuvieron la intención de que ese derecho fuera inviolable.

Pero las partes, argumenta el Tribunal, no previeron la especial situación económica en la que se encontró la OIT a la hora de realizar esta circular que altera la remuneración del salario. Por tanto, el Tribunal hace un razonamiento hipotético y expresa que de haber previsto las partes esta particular y difícil situación que atraviesa la OIT, ellas no hubieran tratado al salario de inviolable o inmodificable, sino que por el contrario, hubieran consentido en una leve y temporal reducción del salario, como sucedió en este caso¹².

El Tribunal entiende entonces que en este caso no se ha violado ningún derecho adquirido del personal.

B) AYOUB, LUCAL, MONAT, PERRET-NGUYEN Y SAMSON VS. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1987)

En este asunto un grupo de actores acciona contra una modificación en la escala de retribución de pensiones.

Bajo esta modificación, la retribución de pensiones aumentaría para los empleados de grado inferiores y disminuiría para los empleados de categorías superiores.

Los actores, al ser empleados de rango superior, se ven afectados por esta modificación en la escala de retribuciones.

Los actores alegan entonces una violación a su derecho adquirido en la anterior escala de pensiones.

Esta sentencia rechaza la existencia de un derecho adquirido de parte de los actores sobre la antigua escala de remuneración de pensiones.

¹¹ Numeral 6 del considerando.

¹² Numeral 7 del considerando.

El Tribunal define a los derechos adquiridos como aquellos que el personal puede aspirar a que sobrevivan ante cualquier modificación de las reglas¹³.

Habría una violación a un derecho adquirido, expresa este Tribunal, toda vez que se produzca una modificación de un término de la relación laboral en detrimento del empleado sin su consentimiento y cuando ese término constituya un elemento esencial o fundamental que fue tenido en cuenta por el empleado a la hora de aceptar el empleo¹⁴.

El Tribunal debe resolver primero si el derecho modificado constituye o no un elemento fundamental o esencial. Para resolver esto, el Tribunal evaluará tres cuestiones en relación a esta modificación en la escala de retribuciones¹⁵: 1) La naturaleza del término alterado o modificado, 2) La razón o causa de esta modificación, y 3) Las consecuencias de dicho cambio.

Aplicando el test al presente caso: 1) Los actores reclaman la existencia de un derecho adquirido emergente no del contrato sino de una regla general del personal, y esta situación podría calificar como derecho adquirido. De todas maneras, la sentencia expresa que de haber sido este derecho un elemento contractual, ello haría de él un elemento más fuerte y sería más fácilmente considerado como derecho adquirido. Sin perjuicio de ello, expresa el tribunal, lo que importa en este caso es dilucidar las razones y consecuencias de la modificación en la escala de retribución de pensiones¹⁶. 2) La remuneración de pensiones, expresa el Tribunal, ha variado constantemente en el pasado según las circunstancias. Esta depende de factores variables como el costo de vida, la moneda del país de residencia del beneficiario y los impuestos vigentes en dichos países. Esto, entiende el tribunal, son variables que atentan contra la creación de un derecho adquirido; la contingencia de un elemento atenta contra su caracterización como derecho adquirido. Súmese a esto, que el cambio fue motivado por razones de difícil situación económica que atravesaba el fondo que administra estas pensiones. El tribunal argumenta entonces que reconocer un derecho adquirido en dicha remuneración sería desconocer las dificultades que de hecho puede atravesar este fondo y la organización. Este segundo elemento del test juega a favor de la no existencia de un derecho adquirido en la antigua escala de remuneración de

¹³ Numeral 12 del considerando.

¹⁴ Numeral 13 del considerando.

¹⁵ Numeral 14 del considerando.

¹⁶ Numeral 15 del considerando.

pensiones¹⁷. 3) Al evaluar este tercer punto, el Tribunal lo primero que hace es reconocer que esta modificación afecta desfavorablemente a los actores. Pero el Tribunal expresa que ello no es suficiente para encontrar en esta modificación una violación a un derecho adquirido. Al evaluar las consecuencias de esta modificación, el Tribunal no solo mira las consecuencias producidas en los actores, sino que mira más allá de ellos y evalúa las consecuencias en las demás personas que fueron afectadas, ya sea favorable o desfavorablemente, por esta modificación. Como esta modificación afecta desfavorablemente únicamente al personal de alto rango y de manera favorable al personal de rangos menores, el tribunal entiende que las consecuencias de este cambio no ameritan la configuración de una violación a un derecho adquirido¹⁸.

Debido a que los términos modificados están en las normas del personal y debido a las razones que la organización del fondo en cuestión tuvo para modificar estos términos, junto con las consecuencias de esta modificación, el Tribunal concluye que no hubo en este caso una violación a un derecho adquirido.

*c) M.M.A, R.H., S.R.-C. y B.S.G vs. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2008)*¹⁹

En este caso un grupo de actores acciona contra una modificación de una norma interna de la Organización Panamericana de la Salud que modifica el sistema a seguir en caso de abolición de puestos de trabajo.

Antes de esta modificación el sistema a seguir ante una abolición de un puesto de empleo, llamado Procedimiento de Reducción Forzada, era el siguiente: la persona titular del puesto abolido competiría con todas las demás personas de su mismo grado y de un grado menor, para establecer quiénes mantendrían su puesto de trabajo. A aquella persona que perdiera esta competencia, se le ofrecería un nuevo puesto si ello fuera posible. De lo contrario, sería despedido y se lo indemnizaría al respecto.

En esta competencia se daba importancia en primer lugar al rendimiento de las personas, y si ello no fuera decisivo, entonces se decidiría la cuestión de acuerdo a la antigüedad de los empleados. En los hechos, bajo este sistema, la antigüedad era el elemento determinante, debido a que en casi todas

¹⁷ Numeral 15 del considerando.

¹⁸ Numeral 15 del considerando.

¹⁹ El Tribunal Administrativo de la OIT ejerce jurisdicción sobre la Organización Panamericana de la Salud (OPS).

las situaciones los empleados del banco tenían un buen rendimiento y por tanto la cuestión se decidía en base a la antigüedad.

De esta manera el titular del puesto que era abolido no necesariamente era la persona que perdería su empleo si la reasignación no era posible.

A partir de la modificación de esta norma, el sistema pasaría a ser el siguiente: si un puesto se eliminaba, se intentaría reasignar a esa misma persona en un empleo del mismo nivel o en un nivel inferior, durante un período de seis meses. Además, durante este período esa persona tendría prioridad ante cualquier vacante que se origine. Si la reasignación no era exitosa en este período de seis meses, se despediría a esa persona junto con el pago de una indemnización 50 por ciento mayor a la prevista bajo el antiguo sistema. Aquí, el titular del puesto que era abolido era efectivamente la persona que perdería el empleo, si la reasignación no era exitosa. No habría, luego de esta modificación, competencia alguna bajo el nuevo sistema.

Como ya se dijo, otra diferencia importante entre un sistema y el otro, es que en el primero (Procedimiento de Reducción Forzada) la persona con mayor antigüedad tenía la mejor chance de ser retenido en caso de abolición de empleos.

Todos los actores tenían más de 20 años de antigüedad dentro de la OPS, por lo que ellos se veían beneficiados con el anterior sistema ya que éste les otorgaba una seguridad de continuidad de empleo dentro de la OPS muy importante.

La parte actora solicita al Tribunal que declare que el derecho que los actores tienen en el anterior sistema (procedimiento de reducción forzada) es un derecho adquirido de los actores.

El tribunal decreta que el derecho que tienen los actores al sistema anterior (Procedimiento de Reducción Forzada) no constituye un derecho adquirido.

El Tribunal expresa que la cuestión de este asunto es determinar si se ha producido un deterioro de un elemento esencial o fundamental de la relación laboral (sea éste originado en el contrato, en una norma del personal o en alguna decisión de la administración) sin el consentimiento del empleado. Para determinar el carácter de esencialidad del elemento, el tribunal debe

determinar si ese elemento fue considerado especialmente por el empleado para aceptar el empleo dentro de la organización²⁰.

En esta modificación, dice el tribunal, es claro que no hubo consentimiento por parte de los empleados. También es claro que esta modificación afecta la situación de los empleados (la seguridad de empleo que les procuraba el anterior sistema era más elevada a la establecida luego de la modificación del sistema)²¹.

Por tanto, la única cuestión a considerar es si el anterior sistema (Procedimiento de Reducción Forzada) constituía o no un elemento esencial o fundamental de la relación laboral. Para ello el tribunal tomará en cuenta la naturaleza de este elemento y las razones y consecuencia de esta alteración²²:

- i) *Naturaleza del elemento.* El tribunal entiende que este es un elemento remoto o contingente en el sentido que no tiene aplicación directa. Este elemento se aplicaría en la eventualidad de una abolición de un puesto de trabajo, acontecimiento que sucede de vez en cuando pero de manera esporádica y eventual. Los elementos contingentes y remotos, argumenta el tribunal, tienen menos posibilidades de sobrevivir a modificaciones que los elementos de aplicación directa e inmediata. Por tanto la naturaleza de este elemento no ayuda a considerarlo un elemento esencial o fundamental²³.
- ii) *Razones para su modificación.* El tribunal entiende que las razones que argumenta el demandado no son convincentes para justificar la presente alteración. El demandado argumentó que esta modificación fue hecha para acomodarse a la normativa del WHO y para facilitar el sistema anterior el cual era de muy difícil aplicación²⁴.
- iii) *Consecuencias de la alteración.* Si bien el nuevo sistema apunta directamente al titular del empleo que se extingue, esa persona tiene bajo el nuevo sistema una protección mayor que el candidato a perder el empleo bajo el antiguo sistema. El nuevo sistema hace la reasignación más factible, establece la preferencia de estas personas para obtener vacantes

²⁰ Numeral 5 del considerando.

²¹ Numeral 6 del considerando.

²² Numeral 6 del considerando.

²³ Numeral 7 del considerando.

²⁴ Numeral 8 del considerando.

que se originen dentro de la organización, y en caso de no ser posible la reasignación, la indemnización es notoriamente superior a la del antiguo sistema²⁵.

También influyó en la decisión del tribunal el hecho de la imposibilidad de aplicar conjuntamente los dos sistemas. No es posible aplicar el antiguo sistema a un sector del personal y a otro sector, comprendido por los nuevos empleados, el nuevo sistema.

Es debido a la contingencia de este elemento, a los beneficios que se derivan de la modificación del sistema y a la imposibilidad e aplicación conjunta del antiguo y nuevo sistema, que el tribunal decreta que los actores no tienen un derecho adquirido en el procedimiento de reducción forzada²⁶.

II. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES DE BANCOS INTERNACIONALES

1. Sentencias del Tribunal Administrativo del Banco Mundial

A) DE MERODE Y OTROS VS. BANCO MUNDIAL (1981)

Con respecto a los derechos adquiridos, esta sentencia expresa que en toda relación laboral hay ciertos elementos que son esenciales y fundamentales. Estos elementos constituyen el adecuado equilibrio de los derechos y obligaciones en la relación laboral. Entiende este Tribunal que los elementos esenciales y fundamentales no son pasibles de ser modificados unilateralmente por el empleador²⁷.

A su vez, esta sentencia expresa que hay otros elementos de la relación laboral que no son esenciales ni fundamentales, y que por tanto si podrían, bajo ciertas restricciones y condiciones, ser modificados unilateralmente por el Banco.

El Tribunal reconoce que no es posible describir la línea que separa a un elemento esencial de uno no esencial. La tarea de diferenciar elementos esenciales de no esenciales se asemeja a la tarea de deslindar el concepto de lo razonable de lo no razonable, o lo justo de lo injusto. Es por ello que manifiesta que la determinación de lo que constituye un elemento esencial

²⁵ Numeral 9 del considerando.

²⁶ Numeral 11 del considerando.

²⁷ Párrafo 42 de la sentencia.

no puede ser descrito de antemano, y que por el contrario esa determinación quedará sujeta a las condiciones concretas de determinada situación de hecho²⁸.

Este Tribunal no adhiere a la doctrina que equipara a los elementos esenciales con los contractuales, y a los elementos no esenciales con los estatutarios. Por el contrario, manifiesta que hay condiciones en los contratos de trabajo que no son esenciales ni fundamentales, y que a su vez, hay condiciones o elementos que no se encuentran en los contratos individuales de trabajo, sino que se encuentran en las normas, y que por el contrario si son esenciales o fundamentales a la relación laboral²⁹.

Por tanto, a la hora de determinar qué constituye un elemento esencial, este Tribunal no prestará atención a la calidad estatutaria o contractual del elemento en cuestión. El Tribunal expresa que los elementos no esenciales de la relación laboral pueden ser modificados unilateralmente por el Tribunal, pero siempre bajo ciertas restricciones o límites³⁰.

Primero, ninguna modificación de la relación laboral puede tener efecto retroactivo. A su vez, los cambios deben estar basados en consideraciones de hecho y deben de estar dirigidos en lograr el objetivo que con ellos se propone. Así mismo, los cambios deben ser realizados en buena fe y no bajo motivos impropios o inadecuados. No pueden, estos cambios, dar lugar a discriminación entre distintos miembros o grupos dentro del Banco. Por último, estos cambios deben evitar causar un daño excesivo o innecesario al personal del Banco³¹.

En esta misma sentencia el Tribunal manifiesta que el reembolso de impuestos no puede ser eliminado unilateralmente por el Banco, pero si modificado, siempre y cuando el personal reciba por concepto de reembolso una cantidad no inferior a lo que ellos deben pagar de impuestos. Por tanto, el Banco si puede modificar el sistema de reembolso de impuestos, con los límites ya expresado anteriormente (no retroactividad, razonabilidad, no discriminación y no arbitrariedad) y siempre y cuando la suma a abonar al personal emergente del nuevo sistema de cálculo de reembolso no sea inferior a lo que ellos efectivamente deban de pagar por concepto de impuestos³².

²⁸ Párrafo 43 de la sentencia.

²⁹ Párrafo 44 de la sentencia.

³⁰ Párrafo 42 de la sentencia.

³¹ Párrafos 46 y 47 de la sentencia.

³² Párrafo 48 de la sentencia.

Parecería entonces que el Tribunal califica de esencial el derecho al reembolso de impuestos que el Banco ha llevado a cabo, y de elemento no esencial al sistema de cálculo aplicable a dicho reembolso.

Por otra parte, en esta misma sentencia el Tribunal entiende que la práctica establecida por el Banco de ajustar periódicamente los salarios constituye un elemento fundamental de los contratos individuales de trabajo, y que por tanto no puede ser eliminada unilateralmente por el Banco³³.

El Banco, opina este Tribunal, si bien tiene cierta discreción a la hora de realizar dicho reajuste, está obligado a realizar esta operación teniendo en cuenta el incremento en el costo de vida y otros factores relevantes, de modo de continuar con la práctica anterior del Banco³⁴.

*B) PINTO VS. BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y DESARROLLO (1988)*³⁵

En este caso el Banco aplica un nuevo plan de recategorización de empleos. Como consecuencia de este nuevo plan, se le recategoriza el empleo a la actora en un rango inferior al que tenía. El empleo de la actora estaba categorizado en el rango 16, pero luego de esta recategorización su empleo decayó al rango 15.

Como consecuencia de este nuevo acto administrativo (el cual disminuye la categoría de empleo de la actora) el monto del salario de la actora quedó situado por encima del tope del salario correspondiente a su nueva categoría. Por tanto, y de acuerdo a la nueva regla de derecho interno del Banco Mundial, la actora no sería beneficiada de ningún reajuste, hasta tanto su salario no se encontrara dentro de los márgenes del salario de su nueva categoría.

La actora entonces recurre el acto administrativo que determina que su salario no sería reajustado –como venía siéndolo anteriormente– siguiendo las pautas del incremento en el costo de vida.

Es importante destacar que la actora, en este caso, no invoca la existencia de un derecho a mantener su categoría de empleo y por tanto el tribunal no se pronuncia sobre ello.

³³ Párrafo 112 de la sentencia.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ El Tribunal Administrativo del Banco Mundial ejerce jurisdicción sobre el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo.

Siguiendo el mismo criterio de la sentencia *De Merode y otros vs. Banco Mundial* (1981), este mismo Tribunal expresa que el derecho de la actora a ser beneficiada con periódicos ajustes de su salario que contemplen el incremento del costo de vida es un elemento esencial de la relación laboral, y que como tal no puede ser modificado unilateralmente por el Banco³⁶.

El Tribunal no indica que el salario no pueda, bajo ninguna circunstancia, ser reducido o congelado. Por el contrario, admite esta reducción o congelamiento, por ejemplo cuando ello es motivado por faltas disciplinarias del empleado. Pero como en este caso, concluye el Tribunal, este congelamiento fue llevado a cabo por razones de organización del Banco, y no por faltas disciplinarias, el congelamiento del salario de la actora es indebido.

Es por ello que el Tribunal decreta la anulación del acto administrativo en cuanto al congelamiento del salario de la actora.

C) *BAARTZ VS. BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y DESARROLLO* (2002)³⁷

El actor, empleado del Banco Mundial, trabajó bajo un contrato a término hasta setiembre de 1997. Luego de finalizado este contrato se le ofreció, y el actor aceptó, un puesto como consultante. Pero bajo esta nueva situación, la de consultante, el actor no estaba más habilitado a participar en el plan de retiro de empleados (en adelante SRP, *Staff Retirement Plan*).

A consecuencia de ello, el actor tuvo dos opciones en relación a los beneficios que adquirió bajo el SRP: i) dejar los beneficios que adquirió bajo el SRP para recibir luego esa compensación o la posibilidad de acreditar esos beneficios en la eventualidad de que el actor calificara nuevamente en el plan de retiro; ii) optar por el retiro de todos los beneficios acumulados, posibilidad por la cual el actor no podría acumular los años trabajados al SRP a no ser que pagara esos beneficios que decidió retirar más intereses (en la eventualidad de que el actor calificara nuevamente para participar en el plan de pensión). El actor optó por la segunda alternativa.

En abril de 1998, existe una modificación sobre los planes de retiros de empleados del Banco. En lo que a nosotros concierne, esta modificación expresó que los empleados que participaron en el pasado en el SRP y que

³⁶ Párrafo 40 de la sentencia.

³⁷ El Tribunal Administrativo del Banco Mundial ejerce jurisdicción sobre el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo.

habían optado por la opción de retiro de sus beneficios (opción ii), quedarían comprendidos ahora bajo un nuevo plan, llamado *Net Plan*.

Posteriormente el actor obtiene un nuevo contrato a término en el Banco. Quedaría entonces habilitado para participar de este nuevo plan de retiro (*Net Plan*).

El problema fue que ese nuevo plan de retiro no preveía, a diferencia de lo que ocurría anteriormente con el SRP, la posibilidad de acreditar los años que el actor aportó en el pasado (pagando, claro está, aquellos beneficios que el interesado recibió más intereses).

El actor, por tanto, reclama que su derecho de acreditar los años anteriores de servicio, que existió en el momento en que él optó por retirar los beneficios, es un derecho adquirido y esencial que el Banco no puede modificar unilateralmente.

A su vez, expresa el actor, en la eventualidad de que el Tribunal entienda que este derecho no es esencial, la acción del Banco en cuanto a esta modificación comprende un abuso de discrecionalidad y es, a su vez, retroactiva, afectando derechos que adquirió en el pasado.

El demandado entiende que no hubo una aplicación retroactiva debido a que el actor, al momento de optar por el retiro de sus beneficios del SRP, renunció a todo derecho emergente de dicho plan. Esto, aunque no lo dice expresamente el demandado, refutaría a su vez la condición de derecho adquirido alegada por el actor (si el mismo no tiene derechos bajo el plan de retiro, tampoco podría tener en él derechos adquiridos).

El Tribunal expresa que el derecho a acreditar el período de servicio anterior no es un elemento esencial del contrato de trabajo. Lo que es un elemento esencial es el derecho al beneficio de pensión, pero los detalles y elementos accesorios de este derecho (como lo sería la cuestión de acreditar períodos anteriores de servicio al plan de retiro) forman parte de la política del Banco que pueden ser modificados por éste siguiendo pautas y objetivos de buena administración y actuando bajo el principio de razonabilidad³⁸.

Asimismo, este Tribunal expresa que el nuevo plan de retiro (el cual no incluye una norma similar a aquella del SRP por medio de la cual se establecía la posibilidad de acreditar el servicio anterior prestado) no fue aplicado

³⁸ Párrafo 23 de la sentencia.

en forma retroactiva al actor, puesto que el mismo, al momento de adoptarse dicho cambio, no tenía ningún derecho (puesto que al retirar sus beneficios del SRP renunció a cualquier derecho emergente del plan del SRP).

Sin perjuicio de lo antedicho, el Tribunal condena al demandado al pago de una suma de dinero entendiendo que el actor fue mal aconsejado por el demandado y no fue advertido del peligro de hacer uso de la opción de retiro de sus beneficios bajo el SRP.

2. Sentencias del Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo

A) ABRAHAMS Y OTROS CON BID (1993)³⁹

Un grupo de actores acciona contra una decisión administrativa del BID que disminuye la edad jubilatoria de los 65 a los 62 años de edad. Esta acción se presenta 16 años luego de que esta modificación tuvo lugar.

Los actores alegan, 16 años más tarde, que este es un derecho adquirido de los empleados y que por tanto no es posible su modificación unilateral por el BID. A su vez ellos alegan que el fenómeno prescriptivo solo puede contarse a partir de la carta o comunicación al respectivo empleado indicándole su fecha de retiro.

El demandado alega que hubo una aceptación tácita de esta modificación de parte de los empleados, ya que transcurrieron 16 años sin que ellos presentaran ninguna queja sobre esta modificación jubilatoria.

El Tribunal expresa al respecto que *“no admite que la variación en la edad de jubilación, si era considerada como condición del empleo y además expresamente incorporada en los contratos individuales de trabajo, pudiera merecer silencio de los afectados por un lapso tan prolongado. Es por lo anteriormente dicho que frente a las normas existentes, así como al transcurso de tantos años, se estima prescrita la acción originada en el cambio de edad para disfrutar de jubilación por los demandantes”⁴⁰.*

³⁹ En otros casos llevados ante este mismo Tribunal, las partes mencionan y basan sus alegaciones y defensas en relación al instituto del Derecho Adquirido, tales como la Sentencia n° 20 (1988) y n° 51 (2004). Sin embargo, en estas sentencias el Tribunal, pese a los dichos de las partes, al decidir, no se refiere a los derechos adquiridos y resuelve estos asuntos sin pronunciarse sobre ellos.

⁴⁰ Párrafo 10 del considerando.

Con respecto al fenómeno prescriptivo, el Tribunal entiende que es suficiente la evidencia presentada en autos que prueba que los empleados tuvieron conocimiento hace 16 años de dicha modificación de la edad jubilatoria, no requiriendo para el conteo de la prescripción, como lo alegaban los actores, ninguna carta individual a los empleados manifestándoles su fecha de retiro.

Sin pronunciar el término derecho adquirido, parecería que el Tribunal da importancia a la hora de considerar un elemento esencial o no del contrato de trabajo, al comportamiento que tienen los empleados frente a la modificación de ese elemento. Si su actitud es pasiva, y no se pronuncian sobre cambios en elementos de su relación laboral, ello podría hacer pensar que aquel elemento no es tan importante a la relación laboral y por tanto tendrían, aquellos elementos, una protección menor. De esta manera es que resuelve el Tribunal en este caso: al no haberse pronunciado los empleados del BID sobre la modificación del sistema de jubilación, este tribunal entendió entonces que ese elemento no era tan importante a la relación laboral y por tanto no le otorgo ninguna protección excepcional, declarando prescrita la acción originada en el cambio de edad de jubilación.

Sin perjuicio de lo antedicho, la principal razón para no acoger la demanda fue la prescripción extintiva de la acción.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Instrucciones Administrativas de la Secretaría de las Naciones Unidas

N° 262. *Repatriation grant* (1979): Assistant Secretary-General for Personnel Services, 23 april 1979, ST/AI/262, disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NS0/003/32/IMG/NS000332.pdf?OpenElement>>, fecha consulta: 10 diciembre 2010.

N° 269. *Repatriation grant* (1979): Assistant Secretary-General for Personnel Services, 21 december 1979, ST/AI/262, disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NS0/001/38/IMG/NS000138.pdf?OpenElement>>, fecha consulta: 10 diciembre 2010.

JURISPRUDENCIA CITADA

De los Cobos y Wenger vs. Organización Internacional del Trabajo (1980): Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo, 24 abril 1980, sentencia n° 391, disponible en inglés en <<http://www.ilo.org/>

[dyn/triblex/triblexmain.fullText?p_lang=en&p_judgment_no=391&p_language_code=EN&p_word=cobos](http://www.triblex.org/dyn/triblex/triblexmain.fullText?p_lang=en&p_judgment_no=391&p_language_code=EN&p_word=cobos)>, fecha consulta: 10 noviembre 2010.

De Merode y otros vs. Banco Mundial (1981): Tribunal Administrativo del Banco Mundial, 5 junio 1981, sentencia n° 1, disponible en inglés en <[http://inweb90.worldbank.org/crn/wbt/wbtwebsite.nsf/\(resultsweb\)/470F6C6098A11FDF852569ED006BB877](http://inweb90.worldbank.org/crn/wbt/wbtwebsite.nsf/(resultsweb)/470F6C6098A11FDF852569ED006BB877)>, fecha consulta: 6 octubre 2010.

Mortished vs. Secretaría General de las Naciones Unidas (1981): Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, 15 mayo 1981, sentencia n° 273, caso n° 257, disponible en inglés en <http://untreaty.un.org/unat/UNAT_Judgements/Judgements_E/UNAT_00273_E.pdf>, fecha consulta: 10 noviembre 2010.

Sue-Ting-Len vs. Secretaría General de las Naciones Unidas (1982): Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, 6 octubre 1982, sentencia n° 295, caso n° 286, disponible en inglés en <http://untreaty.un.org/unat/UNAT_Judgements/Judgements_E/UNAT_00295_E.pdf>, fecha consulta: 10 noviembre 2010.

Ayoub, Lucal, Monat, Perret-Nguyen y Samson vs. Organización Internacional del Trabajo (1987): Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo, 5 junio 1987, sentencia n° 832, disponible en inglés en <http://www.ilo.org/dyn/triblex/triblexmain.fullText?p_lang=en&p_judgment_no=832&p_language_code=EN&p_word=ayoub>, fecha consulta: 10 noviembre 2010.

Pinto vs. Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (1988): Tribunal Administrativo del Banco Mundial, 26 mayo 1988, sentencia n° 56, disponible en inglés en <[http://inweb90.worldbank.org/CRN/WBT/WBTWebSite.nsf/\(resultsweb\)/166EAC162F40BF46852569EE005737E4](http://inweb90.worldbank.org/CRN/WBT/WBTWebSite.nsf/(resultsweb)/166EAC162F40BF46852569EE005737E4)>, fecha consulta: 6 octubre 2010.

Valderrama con BID (1988): Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo, 7 octubre 1988, sentencia n° 20, disponible en <www.iadb.org/idbdocs.cfm?docnum=1079277>, fecha consulta: 25 noviembre 2010.

Abrahams y otros con BID (1993): Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo, 12 febrero 1993, sentencia n° 31, disponible en <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1079307>>, fecha consulta: 25 noviembre 2010.

Torres y otros vs. Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (1994): Tribunal Administrativo de la OEA, 13 mayo 1994, recurso n° 192, sentencia n° 124, disponible en <http://www.oas.org/tribadm/catalog_test/spanish/hist_94/no_124.doc>, fecha consulta: 6 octubre 2010, 53 p.

Baartz vs. Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (2002): Tribunal Administrativo del Banco Mundial, 24 mayo 2002, sentencia n° 256, disponible en inglés en <[http://lnweb90.worldbank.org/crn/wbt/wbtwebsite.nsf/\(resultsweb\)/8FBC1A5F444CBFEA85256BE40050C23B](http://lnweb90.worldbank.org/crn/wbt/wbtwebsite.nsf/(resultsweb)/8FBC1A5F444CBFEA85256BE40050C23B)>, fecha consulta: 6 octubre 2010.

Rojas con BID (2004): Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo, 14 mayo 2004, sentencia n° 51, disponible en <www.iadb.org/idbdocs.cfm?docnum=1079411>, fecha consulta: 25 noviembre 2010.

M.M.A, R.H., S.R.-C. y B.S.G vs. Organización Panamericana de la Salud (2008): Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo, 6 febrero 2008, Sentencia n° 2696, disponible en inglés en <http://www.ilo.org/dyn/triblex/triblexmain.fullText?p_lang=en&p_judgment_no=2696&p_language_code=EN&p_word=judgment_2696>, fecha consulta: 10 noviembre 2010.

EL DERECHO DE PROPIEDAD DE LOS EXTRANJEROS EN ZONA DE FRONTERA: BREVES REFLEXIONES A PARTIR DEL ANÁLISIS DE UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

The Foreigners Property Right in Zone of Border: Brief Reflections in Regard to a Judgment of Peru's Constitutional Court

CÉSAR LINCOLN CANDELA SÁNCHEZ*

RESUMEN: En este estudio se pasa revista a los hechos de base y puntos controvertidos resueltos en una sentencia del Tribunal Constitucional (TC) peruano con incidencia directa en el derecho fundamental a la propiedad de los extranjeros dentro de los 50 km.

* Abogado por la Universidad de Lima. Postgrado en Derecho Internacional Económico y Egresado del Doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrático Universitario de las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad Norbet Wiener, Universidad Tecnológica del Perú. <ccandel@pucp.edu.pe; ccandela2000@yahoo.com>

Artículo recibido el 17 de noviembre y aprobado el 15 de diciembre de 2010.

de los puntos de frontera. Ello permite al autor luego realizar alguna reflexión sobre la proximidad o lejanía de la interpretación del Tribunal Constitucional peruano, con el estándar mínimo de justicia y de derechos fundamentales, que en el plano internacional se reconoce a los seres humanos, con total prescindencia de su origen.

ABSTRACT: In this study the Author reviews the facts and controversial points solved in a judgment of Peru's Constitutional Court focused on the property right of an alien inside 50 km from the points of Peruvian border. It allows the author present his critical opinion over the interpretation of Peru's Constitutional Court and the distance of this judgment from the minimal standard of justice and of fundamental rights, that in the international arena are recognized to the human beings, without considering their origins.

PALABRAS CLAVES: derecho de propiedad – propiedad en la frontera Perú – seguridad nacional – igualdad nacionales / extranjeros

KEY WORDS: property right - property in the border Peru - national security - equality national / foreign citizen.

I. LA PROPIEDAD DE EXTRANJEROS EN LOS 50 KM DE LOS PUNTOS DE FRONTERA AFECTA LA SEGURIDAD NACIONAL

El caso materia de análisis data de abril de 2009 y está referido a un proceso de agravio constitucional (Ver Sentencia en Anexo), promovido por el ciudadano de nacionalidad italiana, don Erasmo Mario Lombardi Perazzo, contra la Resolución de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

Esta Resolución judicial dispuso declarar *improcedente* una demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), (entidad que tiene entre sus funciones las referidas al registro de las inscripciones sobre inmuebles), que fuera promovida por el recurrente debido a que esta instancia de la Administración no atendió la solicitud de inscripción del *dominio* que ejercían el recurrente y su hermano sobre el predio urbano, localizado en el sureño departamento fronterizo peruano de Tacna.

En efecto, culminado el procedimiento administrativo ante SUNARP, el actor llevó la controversia al terreno judicial a través de un proceso de amparo, dirigido a restablecer la lesión de su derecho fundamental; sin embargo, el balance del proceso judicial resultó desfavorable para el actor, ya que la instancia judicial consideró que la vía idónea para el análisis del caso, resultaba

ser la del proceso contencioso administrativo y no el proceso constitucional de amparo.

Reconstruyendo alguno de los extremos resueltos en sede administrativa por parte de SUNARP en relación a la solicitud del actor, encontramos que la entidad dispuso la tacha sustantiva del Título n° 13176, (de transferencia de dominio a favor del actor y de su hermano) invocando el artículo 71° de la Constitución Política del Perú, el cual establece una *prohibición al derecho de propiedad por parte de los ciudadanos extranjeros*, dentro de los 50 km. de los puntos de frontera del territorio de la República y que a la letra dispone lo siguiente:

“Artículo 71°.- En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.”

En tal sentido, se observa que el recurrente Lombardi Perazzo sustenta la *afectación de su derecho de propiedad* (originado en su condición de heredero como hijo de la causante, doña Caterina Perazzo Tolini viuda de Lombardi), por la interpretación del artículo 71° de la Constitución realizada por parte de la entidad respecto al predio urbano del actor, ubicado en la línea de la Concordia, es decir, dentro de los cincuenta (50km) de la frontera del Perú por el sur.

El Tribunal Constitucional peruano –examinando a su turno el proceso de agravio constitucional– interpretó que, el segundo párrafo del artículo 71° de la Constitución establece una *restricción* a la **regla general del derecho a la igualdad entre nacionales y extranjeros** reconocida en el primer párrafo de la norma antes glosada.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional, interpretando la norma constitucional de marras, llega a justificar la restricción al goce y disfrute del derecho de propiedad de los extranjeros, ligándolo directamente a la ponderación del bien jurídico *Seguridad Nacional* (al que califica de relevancia constitucional y sustenta en la categoría *soberanía del Estado*).

Considerando, *razonable, proporcional y no desmedida la restricción al derecho de propiedad*, el Tribunal Constitucional razona en torno a una metodología de *balancing* (*ponderación de bienes jurídicos*), al sostener que los extranjeros siempre tendrían la posibilidad del goce y disfrute de este derecho en otra parte del territorio peruano, con las restricciones que prevean las leyes especiales.

II. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS NO SE PONDERAN EN EL CASO DEL DERECHO DE PROPIEDAD EJERCIDA POR LOS EXTRANJEROS DENTRO DE LOS 50K M DE FRONTERA

Desde otra perspectiva de análisis, el Tribunal Constitucional peruano *descarta* la posibilidad de sostener *derechos adquiridos de propiedad por los extranjeros dentro de los 50 km de frontera*. En efecto, al examinar la circunstancia que la madre del actor, también de nacionalidad italiana (e incurso por tanto, en la prohibición), logró la inscripción de su derecho de propiedad sobre "*el predio*", a través del Título n° 13176, el Tribunal Constitucional es categórico al sostener que ello no resta eficacia a la prohibición constitucional, concluyendo por consiguiente que la SUNARP, cuando resolvió denegando lo petitionado por el actor, obró con arreglo a sus atribuciones, razonando a partir del artículo 71 de la norma constitucional.

III. ANÁLISIS DEL RAZONAMIENTO CONSTITUCIONAL

Se puede colegir que el razonamiento del Tribunal Constitucional del Perú gira no en torno a la naturaleza o características de la propiedad (urbana, rural, eriaza), sino más bien con el hecho de que los extranjeros deben carecer de dominios en el espacio físico de las fronteras como propietarios de tierras, predios urbanos, recursos forestales, energéticos, hídricos, mineros. En tal sentido, la restricción para los extranjeros de todo título sobre los mismos, a la luz de la interpretación constitucional realizada por el Tribunal Constitucional, alcanzaría al que se deriva del derecho sucesorio del heredero respecto a la masa hereditaria del causante.

Podríamos entonces observar que, la única excepción posible a la restricción basada en seguridad nacional, se sustanciaría en una mayor valoración, a partir de cada caso concreto, de la *necesidad pública* (*utilidad pública* que se regula en el Decreto Legislativo 757) que permitiría a través de la evaluación previa del caso, reconocer derechos de posesión o propiedad en dicho espacio, a los ciudadanos extranjeros.

A pesar que la doctrina del derecho internacional reconoce la existencia de un derecho para nacionales y otro para extranjeros, al que se le conoce en

el Perú como la ley de extranjería (Decreto Legislativo 703, modificado por el Decreto Legislativo 1043), bien cabría desmitificar la referencia genérica a la *seguridad nacional*, como justificación para limitar el derecho a la propiedad de los extranjeros, la cual llevada al extremo, con las características propias de un norma autolimitativa o de aplicación inmediata podría resultar neutralizadora del elemento extranjero.

Habría que tomar en cuenta entonces que, en el caso concreto, el actor pretendía adquirir bajo transmisión sucesoria una propiedad que perteneció a su madre, quien tuvo la condición de titular registral del predio.

En este conflicto de derechos parecería que la seguridad nacional sería un interés general que comprendería solo a los peruanos, mientras que el derecho a la propiedad de los extranjeros dentro de los 50 km. de los puntos de frontera, uno de carácter individual que cede ante el general.

Si se trata que el bien jurídico Seguridad Nacional debe resultar siempre vencedor, ello no será precisamente, por la interpretación constitucional del segundo párrafo del artículo 71° llevada al límite.

Los componentes específicos de la Seguridad Nacional han variado según el *sujeto*, el *tiempo* y las *circunstancias*. Así, al decir de CALLEROS ALARCÓN¹: “*En sus inicios, el concepto se refería a la capacidad de un Estado para preservar la integridad del territorio, la soberanía y el control de sus fronteras, junto con el combate a riesgos potenciales a la integridad nacional o al sistema político y socioeconómico. A lo largo de las décadas, se agregaron diversos aspectos al concepto, como la protección ecológica, el combate a la delincuencia organizada, los riesgos de propagación de enfermedades infectocontagiosas a través de las fronteras y, finalmente, la amenaza del terrorismo internacional*”. De ahí que, al merituar la categoría *seguridad nacional*, es necesario trazar en forma objetiva, el *mapa de riesgos*, para encausar la toma de decisiones y acciones frente a las amenazas.²

Sin la determinación clara de las **amenazas reales**, de los **riesgos poco probables aunque posibles**, de los **riesgos probables** y/o de los **riesgos especiales**, deviene en un contrasentido hacer referencias a la seguridad nacional, la cual queda siempre enmarcada, entre otros, por los principios de *legalidad*,

¹ CALLEROS (2010).

² *Idem.*, p. 10.

*responsabilidad, respeto a los derechos fundamentales de protección a la persona humana, garantías individuales y sociales.*³

En tiempos modernos y a partir de sucesos tan violentos y sorprendentes como los atentados terroristas del once de septiembre en el World Trade Center, entre otros que impactan al mundo, las vulnerabilidades de los países no se previenen con limitaciones a los derechos civiles de los extranjeros, de diversa procedencia, asentados en las zonas de frontera.

El temor de los Estados a ser despojados de extensiones de su territorio en zonas de frontera, producto de una invasión, se desvanece con las mismas concentraciones de población extranjera, cuando no, de la conformación de familias o matrimonios mixtos (extranjeros vinculados familiarmente con peruanos o peruanos), que representan la mejor garantía para preservar lo que pueden considerar su *hogar nacional* en los puntos de frontera.

En tal sentido, resulta simplista la visión geopolítica (extra-jurídica) que se impone en el artículo 71°, de acotar la seguridad nacional en frontera a un espacio geográfico de 50 km. Si por lo visto, la *ratio legis* de la norma fue impedir la *concentración de tierras y otros recursos naturales* que se ubiquen en puntos de frontera en propiedad de extranjeros, ello no resulta extensible a las propiedades (urbanas) de carácter familiar, más aún si gozaban de derecho inscrito alcanzado dentro de un procedimiento administrativo destinado a culminar en el registro, que si bien no es constitutivo, se asocia a los derechos adquiridos.

Efectivamente, es de suponer que, doña Caterina Perazzo Tolini viuda de Lombardi logró realizar la anotación de su propiedad en los registros tacneños, antes de la vigente Constitución Política de 1993 y quizá de la antecesora Constitución de 1979, por lo cual, la *lectura restrictiva de derechos de propiedad respecto a tierras*, no obstó en su momento, la inscripción en los registros públicos del predio urbano perteneciente a la madre del actor.

Consideramos que una interpretación constitucional restrictiva de derechos como la que se realiza del artículo 71° de la Constitución, es contraria al estándar de igualdad en cuanto al goce y disfrute de los derechos civiles que se valora a nivel internacional y que se recoge en el primer párrafo del mismo artículo 71° de la Constitución Política del Perú y en el artículo 2046° del Libro X del Código Civil peruano de 1984.

³ *Idem.*, p. 20.

Teniendo en claro, que los derechos fundamentales no son absolutos y que el artículo 71° de la Constitución tiene las características propias de una norma autolimitativa o de aplicación inmediata, consideramos sin embargo que, el Tribunal Constitucional parecería incurrir en un error al extender la prohibición constitucional a un supuesto no contemplado (referido a la propiedad sobre un predio urbano) y que no afectaría el fin de seguridad nacional (al estar referida la petición a la inscripción del dominio sobre el bien, que forma parte de la masa hereditaria, en su condición de heredero de su madre y causante).

Diremos más bien, que en caso de que se tratara del único bien de la masa hereditaria (el ubicado en la zona de frontera) sobre el cual pretendieran ejercer derechos de propiedad los hermanos Lombardi Perazzo, el perjuicio sería no solo mayor, al no reconocerse el derecho de propiedad sobre el bien como herederos de su causante, sino que en términos prácticos se produciría *de facto* un desapoderamiento por parte del Estado.

A partir de este planteamiento, podemos concluir que lo que se debió resolver es que se afectó al derecho fundamental a la propiedad, y en las vías administrativas que don Erasmo Lombardi podría adquirir la propiedad del predio urbano localizado dentro de los 50 km. de una zona fronteriza, en tanto que el supuesto en mención no calza con la prohibición contemplada en el segundo párrafo del artículo 71° de la Constitución y tampoco afecta la seguridad nacional que se busca proteger con esta discutible disposición constitucional.

ANEXO: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EXP. N.º 04966-2008-PA/TC. TACNA. ERASMO MARIO LOMBARDI PERAZZO

En Lima, a los 13 días del mes de abril de 2009, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los Magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Erasmo Mario Lombardi Perazzo contra la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna, de fojas 88, su fecha 11 de junio de 2008, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de diciembre de 2007, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (en adelante SUNARP), solicitando las siguientes pretensiones: a) Se declare la nulidad de la observación formulada por parte del Registrador Público de la Zona Registral XIII - Sede Tacna, con fecha 8 de junio de 2007, al Título N.º 13176, rogatoria de inscripción de transferencia de dominio a favor del accionante y de su hermano, Antonio Lombardi Perazzo, respecto del inmueble ubicado en la esquina formada por las calles Modesto Molina y Arias Araguez N.º 797, en el distrito, provincia y departamento de Tacna; b) Se deje sin efecto la Resolución N.º 171-2007-SUNARP-TR-A, de fecha 24 de agosto de 2007, que dispone la tacha sustantiva del Título N.º 13176; y, c) Se restituya la vigencia de dicho título y se ordene su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Oficina Registral Regional - Región José Carlos Mariátegui. Señala que dichos actos constituyen una vulneración de su derecho constitucional de propiedad.

El Primer Juzgado Civil de Tacna, mediante resolución de fecha 6 de diciembre de 2007, obrante a fojas 34, rechazó liminarmente la demanda declarándola improcedente, en aplicación del artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, considerando que la vía del amparo no resulta ser la idónea por tratarse la controversia del cuestionamiento de la validez de actos administrativos, materia propia del proceso contencioso administrativo.

La recurrida, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna, mediante resolución de fecha 11 de junio de 2008, obrante a fojas 88, confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

DELIMITACIÓN DEL PETITORIO

1. La presente demanda tiene por objeto que se estimen las siguientes pretensiones:

a) Que se declare la nulidad de la observación formulada por parte del Registrador Público de la Zona Registral XIII – Sede Tacna, con fecha 8 de junio de 2007, al Título N.º 13176, rogatoria de inscripción de transferencia de dominio a favor del accionante y de su hermano, Ermanno Antonio Lombardi Perazzo, respecto del inmueble ubicado en la esquina formada por las calles Modesto Molina y Arias Araguez N.º 797, en el distrito, provincia y departamento de Tacna.

b) Que se deje sin efecto la Resolución N.º 171-2007-SUNARP-TR-A, de fecha 24 de agosto de 2007, por la cual se dispone la tacha sustantiva del Título N.º 13176, considerando que el artículo 71º de la Constitución prohíbe expresamente la posibilidad de que los extranjeros puedan ostentar la propiedad de predios urbanos dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras.

c) Que se ordene a la emplazada declare la vigencia del Título N.º 13176 y disponga su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Oficina Registral Regional – Región José Carlos Mariátegui.

2. Por todo ello, la controversia radica en determinar si la afectación del derecho de propiedad invocado se deriva de la interpretación dada al artículo 71º de la Constitución por las autoridades de la SUNARP, que denegaron al recurrente de nacionalidad italiana la inscripción de la transmisión de dominio por sucesión intestada de la causante Caterina Perazzo Tolini viuda de Lombardi (madre del amparista), respecto de un predio urbano ubicado dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera del sur peruano (Línea de la Concordia). Ello, a fin de resguardar que la Administración Pública realice una interpretación de la materia sub litis de conformidad con la Constitución y con los derechos fundamentales que ella consagra.

3. Además, atendiendo a que el demandante ha cumplido con el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 45º del Código Procesal Constitucional, y que ha sido agotada la vía previa mediante pronunciamiento en última instancia administrativa por parte del Tribunal Registral, este Colegiado procederá a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Análisis de la controversia

4. El artículo 71º de la Constitución señala lo siguiente:

Artículo 71.- En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

A partir de la interpretación de los alcances de la restricción impuesta por el segundo párrafo del artículo 71° respecto de la titularidad del derecho de propiedad de los extranjeros dentro de los cincuenta kilómetros de frontera, se verificará si la emplazada ha incurrido o no en una afectación del derecho invocado.

5. Si bien se establece como regla general la igualdad de condiciones entre peruanos y extranjeros a efectos de la titularidad del derecho de propiedad, así como a la legitimidad de su ejercicio y a las restricciones legales, la Constitución precisa un supuesto de excepción a dicha regla, que es la prohibición para que los extranjeros puedan acceder, bajo cualquier título, la propiedad o posesión dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras. Se desprende de ello que no pueden adquirir ni poseer directa ni indirectamente, es decir, queda excluido hacerlo a través de sociedades u otras personas jurídicas, o de interpósita persona; pues dichos actos adolecerían de simulación y fraude inconstitucional.

6. Lo que para efectos del presente caso corresponde, este Colegiado determina que del tenor de la disposición constitucional se desprende que la prohibición comprende cualquier predio, tanto predios rurales como urbanos. Esto es así por cuanto:

(i) La preservación del bien constitucional *Seguridad Nacional* (artículo 44° de la Constitución) exige tomar en cuenta que las zonas de frontera son las más susceptibles de ser afectadas por una invasión extranjera, la cual podría ser realizada de modo indirecto mediante la adquisición de terrenos en la zona por parte de extranjeros, en atención a lo cual requieren de una protección especial. Así, se justifica la restricción del derecho de propiedad a favor de la optimización de otro bien jurídico de relevancia constitucional, como lo es la *Seguridad Nacional*, que está directamente relacionada con la preservación de la soberanía del Estado.

(ii) La expresión "por título alguno": Se observa que fue voluntad del constituyente poner énfasis en excluir cualquier forma o modo de transmisión de la propiedad que beneficie a los extranjeros otorgándoles la posibilidad de ser propietarios o poseedores de terrenos en las zonas de frontera. Ello supone incluir los derechos sobre las tierras en las cuales se han levantado edificaciones en las ciudades, es decir, predios urbanos edificados, pues entendemos por predio urbano aquel que ha sido objeto de habilitación (se entiende la tierra o terreno o suelo) para ser incorporado a una zona urbana.

7. Cabe precisar que dicha restricción es razonable y proporcional, en tanto que el ámbito de su extensión –cincuenta kilómetros– no resulta una afectación desmedida al derecho de propiedad de los extranjeros, quienes tienen la posibilidad de acceder a la titularidad de una propiedad en cualquier otra parte del territorio de la República, con las restricciones que se establezcan por medio de las leyes pertinentes.

8. De otro lado, el hecho de que a la madre del recurrente se le haya permitido la inscripción de su derecho de propiedad sobre el predio en cuestión mediante Título N.º 13176, a pesar de haber estado impedida para ello por su nacionalidad, no afecta la validez y eficacia de la prohibición constitucional bajo comentario.

9. En consecuencia, este Tribunal considera que la presente demanda debe desestimarse toda vez que las autoridades de la SUNARP obraron en el adecuado ejercicio de sus atribuciones [artículo 42º, literal a), del Reglamento General de Registros Públicos], al declarar improcedente la inscripción de la transferencia de dominio sobre un predio, inscripción que resulta inviable de conformidad a lo previsto en el artículo 71º de la Constitución.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú. HA RESUELTO: Declarar INFUNDADA la demanda. Publíquese y notifíquese. SS. MESÍA RAMÍREZ, BEAUMONT CALLIRGOS, ÁLVAREZ MIRANDA.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CALLEROS ALARCÓN, Juan Carlos (2010): “El vínculo entre seguridad nacional y migración en México”, *Revista Mexicana de Política exterior* (nº 88): pp. 9 – 43.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil peruano de 1984.

Constitución Política del Perú.

Decreto Legislativo 703, Ley de Extranjería. *Diario Oficial El Peruano*, 5 noviembre 1991.

Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. *Diario Oficial El Peruano*, 13 noviembre 1991.

Decreto Legislativo 1043, Decreto Legislativo que modifica la Ley de Extranjería. *Diario Oficial El Peruano*, 26 junio 2008.

JURISPRUDENCIA CITADA

Lombardi con Superintendencia Nacional de Registros Públicos (2009): Tribunal Constitucional del Perú, 13 abril 2009, expediente n° 04966-2008. Transcrita en anexo.

