



DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
N° 2
ABRIL DE 2013

Derecho Público Iberoamericano
Revista del Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

DIRECTOR

Dr. Julio Alvear Téllez

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Sergio Verdugo Ramírez

CONSEJO CIENTÍFICO

Derecho Público Iberoamericano

es una publicación semestral que se edita en abril y octubre de cada año.

Los trabajos científicos son sometidos al proceso de arbitraje ciego.

Prof. Pablo Rodríguez Grez

Universidad del Desarrollo

(Chile)

Prof. Dr. Danilo Castellano

Università di Udine

(Italia)

Prof. Dr. Gilles Dumont

Université Paris II Panthéon

(Francia)

Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna

Universidad Complutense de Madrid

(España)

Prof. Dr. Miguel Ayuso

Universidad Pontificia de Comillas

(España)

Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut

Universidad de Santiago de Compostela

(España)

Prof. Dr. Santiago Sánchez González

Universidad Nacional de Educación a Distancia

(España)

Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda

Universidad de la Sabana

(Colombia)

Prof. Dr. Santiago Legarre

Universidad Católica de Argentina

(Argentina)

Prof. Dr. Agustín Squella Narducci

Universidad de Valparaíso

(Chile)

Prof. Dr. Javier Couso

Universidad Diego Portales

(Chile)

Prof. Dr. José Ignacio Martínez

Universidad de Los Andes

(Chile)

Prof. Dr. Manuel Núñez

Universidad Católica de Valparaíso

(Chile)

Prof. Dr. Ignacio Covarrubias

Universidad del Desarrollo

(Chile)

EDITOR

Prof. Hugo Fábrega Vega

REPRESENTANTE LEGAL

Sr. Federico Valdés Lafontaine

Ediciones de la Universidad del Desarrollo
Avenida Plaza 680, San Carlos de Apoquindo, Las Condes. Santiago de Chile
Teléfono: (56 2) 2327 9110 - Correo electrónico: rdpi@udd.cl

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
AÑO I • N° 2 • ABRIL DE 2013
ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

ESTUDIOS SOBRE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA

Pablo Rodríguez Grez

¿Inconstitucionalidad en abstracto o en concreto?

15

Carlos Diego Martínez Cinca

¿Son eficientes las decisiones de los jueces norteamericanos en los “casos difíciles”?

Las vacías respuestas del análisis económico del Derecho

35

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño

Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial

67

Eduardo S. Escanilla Abarza

El Tribunal de Contratación Pública en Chile

Un análisis crítico propositivo

103

ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

María Magdalena Ossandón Widow

El derecho a rechazar tratamientos médicos. ¿Un reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida?

153

ESTUDIOS EN TORNO A LA INSTITUCIONALIDAD POLÍTICO-JURÍDICA

Antonio Carlos Pereira Menaut, Fernando Martínez Arribas
 ¿Malos tiempos para la tolerancia?
 La intolerancia latente en los rescates financieros en la Unión Europea hoy
 207

Jorge Enrique Precht Pizarro
 La asistencia religiosa católica en las Fuerzas Armadas de Argentina, Brasil y Chile
 237

 ENSAYOS

Jorge Van de Wyngard Moyano
 Los aportes fundamentales de la Constitución de 1980
 al sistema jurídico-político y social chileno
 277

Gonzalo Rojas Sánchez
 Asamblea Constituyente: ¿golpe de Estado? Una evaluación política y jurídica
 289

 COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Alvaro Paúl Díaz
 La Corte Interamericana in vitro:
 comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia
 303

Pilar Arellano Gómez
 Inadmisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad por falta de fundamento
 razonable: jurisprudencia del Tribunal Constitucional
 347

Héctor Mario Pérez Bonifaz
 La colusión. Un análisis jurisprudencial
 369

 RECENSIONES

Julio Alvear Téllez
Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho, de Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda
 395

Sergio Verdugo R.
Libro homenaje al profesor Alejandro Silva Bascañán, de varios autores
 399

 SIGLAS Y ABREVIATURAS
 405

 INSTRUCCIONES A LOS AUTORES
 411

PRESENTACIÓN

Derecho Público Iberoamericano reúne en este segundo número un conjunto de trabajos científicos de diversa naturaleza, enfoques y tendencias, cuyo común denominador es revisar cuestiones de actualidad, centrándose en Chile, para ampliar luego la mirada hacia países de la común cultura hispanoamericana, y extenderla ulteriormente al derecho interamericano de derechos humanos y a aspectos puntuales del derecho europeo y estadounidense, en la medida que sirven de referente para el cultivo del derecho en nuestro país.

En la sección “Estudios” se han reunido artículos en tres áreas de gran interés: la jurisdicción constitucional y administrativa, los derechos fundamentales y la institucionalidad político-jurídica.

En el ámbito de la jurisdicción constitucional y administrativa destacan cuatro estudios de gran valía por la especialidad de las temáticas, la originalidad de los enfoques y la consistencia de las conclusiones. El artículo del profesor Rodríguez Grez problematiza la distinción entre el control de constitucionalidad en abstracto y en concreto, destacando las incongruencias doctrinarias del segundo. El trabajo del profesor argentino Martínez Cinca formula una notoria evaluación crítica a la escuela del análisis económico del derecho, con particular atención al modelo del profesor estadounidense Richard Posner. La colaboración del profesor Poyanco Bugueño destaca la utilidad de la doctrina de la deferencia judicial para moderar el alcance de las facultades de control de los tribunales constitucionales en aquellas materias que son de competencia del legislador. El estudio del profesor Escanilla Abarza analiza las carencias del diseño legislativo del Tribunal de Contratación Pública, con el objeto de perfeccionar su estructura orgánica y funcional. En todos estos trabajos se abren oportunas interrogantes respecto del *statu quo* de las doctrinas o instituciones analizadas, que podrán compartirse o no, pero que a resultas promueven la discusión y profundización de las materias tratadas.

En el área de los derechos fundamentales, se publica el artículo de la profesora Ossandón Widow el cual aborda la espinosa cuestión de si acaso el derecho a rechazar tratamientos médicos, consagrado en la Ley N° 20.854, puede considerarse o no como el reconocimiento de una eventual facultad de disponer de la propia vida.

En el género de la institucionalidad político-jurídica salen a luz dos estudios. El primero, de los profesores españoles Antonio Carlos Pereira Menaut y Fernando Martínez Arribas, aborda una materia que en nuestro país se mira con gran lejanía: los rescates financieros adoptados en la Unión Europea en relación con determinados Estados miembros (Grecia, Irlanda, Portugal, o con una naturaleza diferente, España). Los autores precisan cómo ello afecta al concepto clásico de tolerancia, en cuanto paradigma político-jurídico base de los regímenes democráticos. En segundo lugar, integramos la investigación del profesor Precht Pizarro acerca del régimen jurídico de la asistencia religiosa católica a los miembros de las Fuerzas Armadas de Argentina, Brasil y Chile, en la que afronta los actuales desafíos para el derecho eclesiástico estatal y canónico.

La sección “Ensayos” ofrece dos trabajos complementarios en torno a la discusión, suponemos artificiosa, que en el último tiempo se ha generado sobre la legitimidad de la Constitución Política chilena. El ensayo del profesor Van de Wyngard Moyano sintetiza, en sus líneas esenciales, los que a juicio del autor son los aportes fundacionales de la Constitución de 1980. El escrito del profesor Rojas Sánchez, por su parte, delimita, en estilo polémico, los que en su estimación son los yerros de la idea de una asamblea constituyente en nuestro medio. Hemos de dejar constancia, que desgraciadamente no pudimos incluir aquí un contrapunto, como era nuestro proyecto inicial, por no haber recibido con oportunidad el trabajo correspondiente.

En la sección “Comentarios de Jurisprudencia” se incluye un grueso análisis crítico del caso *Artavia-Murillo (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), del profesor Paúl Díaz.

Asimismo, desde un ángulo puramente descriptivo, publicamos el aporte de la profesora Arellano Gómez acerca de la jurisprudencia del TC chileno en la inadmisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad por falta de fundamento razonable. Finalmente se expone el caso de colusión de las grandes cadenas de farmacias, a cargo del profesor Pérez Bonifaz.

En la sección “Recensiones” se comentan dos libros de referencia: uno para la teoría del derecho contemporánea, y otro para el derecho constitucional chileno, en honor de un ilustre iuspublicista nacional.

La presente entrega cumple a cabalidad con el propósito que nos hemos impuesto en esta revista: promover, cultivar y difundir el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas, con una aproximación problemática a sus dificultades, con la convicción siempre presente que los principios primarios de toda investigación son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien

común. En lo cual seguimos vinculando a la comunidad científica nacional y extranjera a espacios de reflexión crítica, sin merma de la pluralidad.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director
Derecho Público Iberoamericano

Estudios

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 2 | 2013

Estudios
sobre jurisdicción constitucional
y administrativa

¿INCONSTITUCIONALIDAD EN ABSTRACTO O EN CONCRETO?

¿ABSTRACT OR CONCRETE CONSTITUTIONAL JUDICIAL REVIEW?

*Pablo Rodríguez Grez**

Resumen

El presente artículo tiene por objeto precisar cuál es la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del recurso de inaplicabilidad. Si se estableciera que a este corresponde resolver *en abstracto*, el ámbito de sus atribuciones se reduciría considerablemente, limitándose a contrastar el precepto legal objetado con las normas constitucionales. A la inversa, si dicha apreciación debe hacerse *en concreto*, se amplían las referidas atribuciones a tal extremo que un mismo precepto legal puede ajustarse en ciertos casos a la Carta Fundamental y en otros contradecirla, dependiendo de la interpretación que en uno y otro caso se acuerde. Habida consideración, entre otras razones, de que la cuestión debe resolverse en la fase de admisibilidad y que admitir una apreciación *en concreto* implicaría asignar al Tribunal Constitucional facultades hermenéuticas propias de los jueces del fondo, debe concluirse que a los jueces constitucionales está confiado un control normativo que supone siempre una apreciación *en abstracto*.

Palabras clave. Tribunal Constitucional, control concreto, control abstracto

Abstract

The purpose of this article is to precise the power of the Constitutional Court in reviewing the as-applied action of unconstitutionality (*recurso*

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Artículo recibido el 5 de febrero de 2013 y aceptado para su publicación el 4 de marzo de 2013. Correo electrónico: cadasme@udd.cl

de inaplicabilidad) in judicial review of statutory rules. If the Court resolves the cases using an abstract review (only comparing the legal statutory rule with the constitutional norms), then its powers would be reduced. On the contrary, if the judicial review action is considered as a concrete (as applied) examination, the Court's powers would be increased in a way that the same legal rule can be considered as adjusting the Constitution in some cases, and contradicting constitutional norms in others, depending on judicial interpretation. Since this question must be addressed in the preliminary admissibility examination, and that the concrete review model gives the Constitutional Court powers that belong to non-constitutional ordinary judges, it must be concluded that constitutional justices should only review the statutory rules using an abstract examination.

Keywords. Constitutional Court, concrete judicial review, abstract judicial review

El Tribunal Constitucional chileno no ha resuelto definitivamente cuál es el alcance del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. ¿Deben nuestros jueces pronunciarse sobre si el precepto impugnado contraviene el mandato del constituyente cualquiera que sea su interpretación y, por ende, la aplicación que se escoja; o bien su decisión referirla a una determinada interpretación, atendiendo a la influencia de la norma en el juzgamiento de la gestión en que incide? En el primer caso nos hallamos ante una inconstitucionalidad *en abstracto* (se contrapone el mandato legal con el mandato constitucional), en el segundo caso, ante una inconstitucionalidad *en concreto* (se contrapone una cierta aplicación del precepto con el mandato de la Carta Fundamental)¹.

¹ Nosotros distinguimos a la hora de describir el ordenamiento jurídico dos tipos diferentes de mandatos: “normas” y “reglas”. Los primeros son mandatos generales y abstractos; los segundos son mandatos particulares y concretos. Las normas (Constitución, ley y reglamento) tienen como función esencial dotar a la construcción de las gradas inferiores de validez jurídica, lo que se logra mediante la transferencia de los “elementos normativos” de la norma superior a la inferior o regla, a través de un proceso de concretización gradual que permite individualizar al destinatario final del mandato normativo. Podría decirse, entonces, que la validez jurídica arranca de la “información genética” que proporciona la norma superior a la norma inferior o regla en su caso. De allí que, siguiendo a Bobbio, pueda afirmarse que la norma tiene dos funciones: de “ejecución” del mandato superior (la ley ejecuta lo ordenado en la Constitución; el reglamento, lo ordenado por la ley; las reglas, el mandato de las leyes y reglamentos); y de “producción” de una norma inferior o regla (la Constitución produce los preceptos legales; y éstos, los reglamentos y las reglas). De lo indicado se desprenden dos conclusiones de importancia: el ordenamiento jurídico se desarrolla bajo la premisa de una progresiva singularización y concreción de los diversos mandatos normativos; los que se cumplen a través de las reglas,

I. Interpretación jurídica e inconstitucionalidad

Comencemos por destacar que el alcance del recurso de inaplicabilidad está directamente relacionado, y aun condicionado, por la teoría de la interpretación, ya que ella (la interpretación) no es más (ni menos) que el método mediante el cual se aplica una norma jurídica por la respectiva potestad. Dicha norma jurídica puede tener distintas lecturas y, por lo mismo, conducir a diversas conclusiones a la hora de singularizarse su mandato. Corresponde al intérprete determinar cuál es la lectura correcta (desentrañar el verdadero sentido y alcance de la ley), decisión que resuelve su aplicación al caso que se trata de juzgar. Recordemos, por otra parte, que la “validez jurídica” (capacidad de la norma para obligarnos) está dada por los elementos normativos que se transmiten de la norma superior a la norma inferior o la regla. Gracias a ello es posible hacer del sistema jurídico un todo coherente y armónico, característica esencial de su estructura escalonada. El derecho no admite contradicciones, y si las hay, arbitra los mecanismos para resolverlas y recomponer su unidad. Si admitimos –lo que es evidente– que el sistema jurídico está compuesto por un conjunto de “normas” y de “reglas” organizadas jerárquicamente, y que las superiores (de mayor poder vinculante) condicionan en parte el contenido de las inferiores, sin afectar un margen propio que pertenece a cada una de las potestades (legislativa, reglamentaria, jurisdiccional, administrativa y autonomía privada) para completar la elaboración del mandato que les está confiado (ley, reglamento, sentencia, resolución administrativa, actos y contratos), se llegará a la conclusión que el método interpretativo por excelencia está dado por la Constitución, ya que nada debe contravenir sus mandamientos. Aquí radica, precisamente, la vigencia del principio de “supremacía constitucional”².

puesto que son ellas las que descienden a la regulación de la vida social. El imperado cumple directamente las “reglas” e indirectamente las “normas”, puesto que éstas transmiten sus elementos esenciales a la creación inferior y, gracias a ello, adquieren validez jurídica. El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad forma parte del sistema de “control de juridicidad” de que está dotado el sistema jurídico, lo cual equivale a decir que éste vela porque no se produzca una contradicción entre la norma superior (Constitución) y la inferior (ley).

² Hans Kelsen, al tratar el orden escalonado del sistema jurídico, sostiene que... “la norma de grado superior regula el acto por el cual es creada la norma de orden inferior (o acto de ejecución, según los casos); así, pues, no sólo determina el procedimiento con arreglo al cual ha de crearse la norma, sino que, eventualmente, prescribe también cuál ha de ser el contenido de la misma...”. Más adelante agrega: “Pero esta determinación no es nunca completa. La norma de la grada superior no puede vincular exhaustivamente al acto que la ejecuta. Siempre tiene que quedar un margen más o menos amplio de libre

Ahora bien, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no hace más que expresar lo señalado, ya que se trata de evitar que se aplique un precepto legal que no se aviene con lo ordenado por el constituyente. Así las cosas, el intérprete deberá escoger siempre, para precisar el sentido de una norma legal, aquello que mejor se avenga y corresponda con lo previsto en la Carta Fundamental. Creemos firmemente que más allá de los elementos de interpretación formal y de manera preferente, debe optarse, en cualquier instancia, por privilegiar la voluntad de la Constitución, haciéndola prevalecer. Sólo una vez agotada esta alternativa puede, razonablemente, recurrirse a los elementos tradicionales de interpretación, dejando a salvo lo más sensible del sistema jurídico: su coherencia, armonía y unidad³. Desde este punto de vista, la función del Tribunal Constitucional comienza a esclarecerse, puesto que fuerza concluir que el precepto atacado debería tener el sentido, intención y espíritu que permita armonizarlo con el texto constitucional. Sólo si dicho recurso no facilita el esclarecimiento de la norma legal o ella se abre a varios posibles sentidos, entrará en juego el problema que nos planteamos. Conclúyese, entonces, que la tarea primordial de un tribunal constitucional es descubrir si existe un sentido, entre otros susceptibles de precisarse, que determine que el precepto legal impugnado guarda armonía con la Carta Fundamental –en cuyo caso la inaplicabilidad es improcedente–, o en descubrir que en ningún sentido puede su texto armonizarse con el mandato del constituyente –en cuyo caso deberá declararse inaplicable–. *Resulta lógico*

apreciación: de modo que, por relación al acto ejecutivo de creación o mera ejecución material, la norma de la grada superior tiene siempre el carácter de un marco que dicho acto se encarga de llenar...”. En estos párrafos queda en evidencia lo que venimos sosteniendo: la norma superior condiciona el valor de la norma inferior trasmitiéndole su “información genética” (elementos normativos), de manera que sólo su contenido complementario (aquel material que llena el marco incompleto) puede entrar en contradicción con la norma superior. Desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad se funda en dos posibles hipótesis: la correcta transferencia de los elementos normativos (necesaria información “genética constitucional”); y la revisión del material que incorporó el legislador (autor de la norma de la grada inferior). Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, pág. 64.

³ No puede desconocerse que este planteamiento, en el fondo, importa la aplicación del elemento “sistemático” de interpretación formal. En efecto, al atenderse al contenido del mandamiento constitucional para precisar el sentido y alcance del precepto legal cuestionado, lo que se hace es recurrir a otro texto de jerarquía jurídica superior que, en virtud del principio de “supremacía constitucional”, condiciona la aplicación del precepto legal, cuando entre una y otra norma existe la “debida correspondencia y armonía” (artículo 22 del Código Civil). En consecuencia, deberá privilegiarse siempre aquella interpretación en que no exista incompatibilidad entre el precepto legal y el precepto constitucional. Lamentablemente, no se ha insistido suficientemente en la importancia de este elemento interpretativo, dejándolo relegado a un segundo plano.

deducir que si existe un sentido en que el precepto legal impugnado puede coordinarse sin contradicción con la norma constitucional, es porque fue éste el que consideró el legislador al elaborarlo.

En esta perspectiva, la idea de una inaplicabilidad *en concreto* resulta insostenible, ya que lo que determina el destino del recurso es la confrontación entre el mandato constitucional y el mandato legal de manera que este último resulte subordinado al primero. Claro está que lo señalado implica reconocer –lo cual es casi obvio– que el esfuerzo interpretativo del tribunal recaerá en el texto constitucional para fijar sus fronteras e integrar en ellas, si es posible, el contenido de lo ordenado en la ley. Anticipemos, en consecuencia, que la inaplicabilidad no puede acogerse en el supuesto de que, entre las posibles interpretaciones que admite la norma constitucional invocada y el precepto legal impugnado, pueda hallarse una cualquiera que posibilite eliminar la contradicción en que se funda el recurso de inaplicabilidad.

Más claro aún. Sostenemos que la función primordial del Tribunal Constitucional es clausurar toda posibilidad de que el precepto legal atacado pueda compatibilizarse o incompatibilizarse con el mandato constitucional, escogiendo una entre varias opciones interpretativas divergentes (aquella en que se supone que se aplicará con carácter decisivo al caso planteado). En este supuesto, necesariamente, deberán desdeñarse otras interpretaciones de suerte que un mismo precepto legal puede ser constitucional e inconstitucional al mismo tiempo.

Empero, nuestro planteamiento desencadena dos cuestiones de la mayor relevancia. *Por una parte, puede ocurrir que la interpretación que no contradice el mandato constitucional se distancie del problema sometido al tribunal que conoce de la gestión o litigio en que se promueve el recurso de inaplicabilidad. Por la otra, que la Magistratura Constitucional fije una interpretación del precepto legal atacado que, si bien no obliga al juez de la instancia, emana de un tribunal de la más alta jerarquía institucional.* Ambos problemas, como se analizará más adelante, se hallan resueltos, incluso en mismo texto constitucional.

Creemos que lo expuesto corresponde a lo que podríamos llamar la justificación dogmática del recurso de inaplicabilidad. No nos parece posible entrar a delimitar sus efectos y su alcance sin antes despejar estos conceptos generales. El recurso de inaplicabilidad forma parte del sistema de “control de juridicidad” del sistema normativo y debe, por lo tanto, insertarse en este ámbito.

II. Análisis de las norma que permitirían sostener una inconstitucionalidad “en concreto”

La letra de la Constitución de 1980, luego de la reforma introducida por Ley N°20.050, da pie para sostener que el Tribunal Constitucional debe ejercer un control *en concreto*. En efecto, el artículo 93 N° 6 de la Carta Política consagra, como atribución del Tribunal Constitucional:

“Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya *aplicación* en cualquier gestión que se siga ante tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

En la misma disposición, al regularse este recurso, se agrega:

“En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que se verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, *que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto*, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”.

Además del precepto constitucional citado, debe invocarse el artículo 84 de la Ley N°17.997, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N°5 de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Este artículo enumera las causales por las cuales el Tribunal debe declarar inadmisibile el recurso de inaplicabilidad en los siguientes términos:

“Procederá declarar inadmisibile en los siguientes casos: 5.- Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto”.

Las disposiciones transcritas tienen su razón de ser en el primero de los problemas que planteábamos precedentemente, esto es, en el hallazgo de una interpretación del precepto legal atacado que, sin contravenir la Constitución, se aparte de la materia respecto de la cual se promovió el recurso de inaplicabilidad. En tal caso, no cabe pronunciamiento alguno,

puesto que la norma, si bien puede vulnerar la Constitución, no regula la materia relativa a la gestión o litigio pendiente. Rechazar el recurso de inaplicabilidad en este escenario resultaría confuso e inductivo a error, porque existen interpretaciones posibles que ponen en entredicho la ley con la Constitución (como se explicó en las páginas anteriores). Pero no se advierte inconveniente alguno en declarar inadmisibile el recurso, no porque el precepto esté conforme al texto de la Carta Fundamental, sino porque no incide en la materia sometida a conocimiento de la Magistratura.

A mayor abundamiento, ninguno de los preceptos citados permite deducir de modo inobjetable que la inconstitucionalidad que hace posible declarar una norma legal inaplicable debe apreciarse **en concreto**. En efecto, lo que interesa al Constituyente es evitar que el Tribunal Constitucional entre a conocer de recursos inútiles o inductivos a error, por medio de los cuales se ataquen disposiciones que no tienen relación con el conflicto o gestión sometido a conocimiento de un tribunal ordinario o especial, o que sólo la tienen muy tangencialmente, distorsionándose, por este medio, la función que les compete. La sola lectura del N°6 del artículo 93 de la Carta Fundamental descarta toda posibilidad de arribar a otra conclusión, puesto que la letra de la norma alude a un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución, no a una determinada interpretación de su contenido (aplicación). Asimismo, la cuestión no aparece referida a la suerte definitiva del recurso, sino a su admisibilidad, lo cual supone, como es lógico, un estudio preliminar o anticipado sobre un punto preciso: la relación del precepto impugnado con la materia de que trata la gestión o litigio pendiente. La admisibilidad más bien nos conduce a una cuestión adjetiva, de naturaleza procesal, que se satisface formal y no materialmente.

Parece obvio que si el precepto no tiene relación con la gestión que conoce el juez, el recurso carece de objeto y de fin. Es incuestionable que la “inaplicabilidad” sólo tiene sentido en la medida que dicho precepto legal pueda ser aplicado..., pero si ello no es posible porque la cuestión promovida no tiene relación con el precepto atacado o no se señala de qué manera podría afectar a la gestión o juicio en que se promueve la inaplicabilidad, el recurso debe declararse *inadmisibile*, porque no existirá “agravio constitucional” bajo ningún supuesto. Nótese, desde luego, que la cuestión aparece planteada en una fase previa en que se examina la admisibilidad del recurso.

La regulación de este recurso, contenida en el mismo artículo 93 de la Carta Política, confirma nuestra apreciación. Es cierto que esta reglamentación pone aun mayor énfasis en lo que reclama el Constituyente, al decir que debe verificarse “que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto”. La exigencia es la

misma y tiene por objeto lograr idéntico fin: evitar que el tribunal entre a conocer sobre una materia que no tiene incidencia en la gestión que justifica la existencia de un recurso extraordinario. Finalmente, la norma legal invocada (artículo 84 N°5 de la Ley N°17.997) aclara cualquier duda que pueda abrigarse, ya que ella alude a los antecedentes de la gestión pendiente, deduciéndose de los mismos que el precepto atacado no tendrá aplicación o que ella no resultará decisiva en la resolución del asunto.

No es difícil imaginar qué ocurriría en el evento de que pudiera deducirse el recurso, impugnando un precepto legal por contrariar el mandato constitucional, sin imponer al recurrente el deber de verificar (demostrar) que efectivamente él incide directamente en el juzgamiento de la cuestión que se ha promovido ante tribunal ordinario o especial.

Conviene advertir, desde luego, que es racionalmente imposible, en no pocos casos, establecer con precisión cuándo un precepto legal “puede resultar decisivo en la resolución de un asunto”. Esta tarea corresponde exclusivamente al juez que conoce de la gestión en que se promueve el recurso de inaplicabilidad y está estrechamente relacionada con la interpretación que se asigne al indicado precepto. Por lo mismo, ello deberá resolverse con cierta laxitud (con prudencia), tanto porque encierra un juicio esencialmente relativo, como porque ello es propio de una decisión de carácter jurisdiccional que está radicada en el juez de la instancia.

Desde luego, como lo hemos sostenido reiteradamente, la interpretación es un mecanismo destinado a la aplicación del derecho. El intérprete, a través de este medio, consigue singularizar el mandato general y abstracto contenido en la norma (ley). La interpretación es función esencial y excluyente del juez, único llamado a perfijar, con el valor de cosa juzgada, el “verdadero sentido y alcance de un precepto normativo”, lo cual se logra mediante lo que hemos llamado “interpretación formal”. A partir de ello, también corresponde únicamente al juez elaborar la “regla” mediante la cual dará aplicación a la norma. Ninguna interpretación o consideración puede apartarse de esta realidad, sin afectar el principio de la separación de los poderes del Estado y de independencia judicial, ambos de rango constitucional. Si se aceptara que el Tribunal Constitucional es el llamado a fijar una cierta interpretación del precepto legal impugnado para los efectos de confrontarlo con el mandato constitucional, se estaría desplazando una prerrogativa esencial e indelegable del juez a este organismo y, como si ello fuere poco, marginando una norma de la posible solución de la gestión pendiente. No cabe duda que esta conducta, en sí misma, implicaría una gravísima infracción constitucional...

Nuestro comentario incide en lo que llamados el segundo problema, esto es, en la circunstancia de que el Tribunal Constitución, aceptando

la inaplicabilidad *en concreto*, opte por una cierta interpretación para los efectos de precisar si el precepto legal impugnado puede resultar decisivo en la resolución del asunto. Si lo indicado ocurre, pueden plantearse dos diversas situaciones: que la interpretación le lleve, en definitiva, a acoger el recurso de inaplicabilidad (marginando el precepto de la gestión pendiente), o que, a la inversa, le lleve a desestimarlo. En la primera hipótesis no podrá el juez resolver la gestión pendiente invocando la norma declarada inaplicable (no obstante lo irregular que ello puede resultar desde el momento que tal determinación se funda en el ejercicio de una facultad que no concierne al Tribunal Constitucional); en la segunda hipótesis, por exótico que parezca, el juez no queda obligado a mantener la interpretación dada por la magistratura constitucional (lo cual también resulta anómalo, ya que concurrirían dos interpretaciones contrapuestas). Sin embargo, al menos teóricamente, esta última situación no debería presentarse en la práctica, porque, como ya se dijo, la interpretación del Tribunal Constitucional y la del juez no podrían antagonizarse, puesto que el principio fundamental en materia hermenéutica –según se explicó– consiste en buscar la armonía y correspondencia entre la norma legal y la norma constitucional.

Ninguno de los problemas planteados en los párrafos precedentes se presenta en el evento de apreciar *en abstracto* la inconstitucionalidad que autoriza la declaración de inaplicabilidad. En tal supuesto, podría fijarse como principio fundamental que sólo puede declararse inaplicable un precepto legal cuando es imposible, cualquiera que sea la interpretación que se proponga, armonizar su sentido, intención o espíritu con el texto de la Carta Política Fundamental. En otras palabras, si de alguna manera es dable armonizar el precepto legal con la norma constitucional, la inaplicabilidad queda eliminada de raíz.

No podríamos cerrar estas reflexiones sin reiterar que la cuestión debatida se presente en la fase de *inadmisibilidad* del recurso de inaplicabilidad y que la exigencia de verificarse que la aplicación del precepto impugnado pueda resultar decisiva en la resolución del asunto, corresponde a un principio general empleado por el legislador en varios otros recursos. Así, por vía de ejemplo, tratándose del recurso de casación en el fondo (de competencia exclusiva de la Corte Suprema), el artículo 767 del *Código de Procedimiento Civil*, que lo reglamenta, dispone que él procede contra determinadas sentencias

“siempre que se haya pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en los dispositivo de la sentencia”.

A su vez, el artículo 772 del mismo *Código* prescribe que el escrito en que se formaliza el recurso debe señalar “de qué modo ese o esos errores de derecho influyen sustancialmente en los dispositivo del fallo”. Por consiguiente, pueden existir los errores jurídicos que se denuncian, pero si no han tenido influencia substancial en lo dispositivo del fallo, el recurso debe ser desestimado.

Otro tanto, puede decirse en relación con el recurso de casación en la forma. El artículo 768 inciso 4° del mismo cuerpo legal, luego de enumerar las causales que autorizan su interposición, agrega que

“No obstante lo dispuesto en este artículo, el tribunal podrá desestimar el recurso de casación en la forma, si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo”.

Las normas citadas son expresión del llamado “principio de trascendencia”, conforme al cual no hay nulidad sin daño. Este principio lo podemos proyectar al ámbito constitucional y sostener que no cabe declarar la inaplicabilidad de un precepto legal cuando el mismo no tiene relación con la materia sometida a decisión de un tribunal ordinario o especial o, teniéndola, no resulta decisivo para resolución del asunto. Tras esta situación opera el mismo principio. Con justa razón se ha afirmado que el proceso judicial no es una “misa jurídica”, sujeta a una estricta ritualidad, sino una experiencia práctica y una realidad social inescapable.

De lo dicho se infiere que al declarar *inadmisible* un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en razón de que no puede el precepto legal impugnado resultar decisivo en la resolución del asunto, lo que se procura es liberar al Tribunal de pronunciarse sobre una cuestión inútil, meramente formal, sin trascendencia práctica y que puede desviarse en otra dirección. Un ejemplo clarificará lo que se señala. Un recurso de inaplicabilidad podría prestarse para obtener abusivamente la suspensión de un procedimiento, obteniendo ventajas indebidas en el curso del procedimiento. Contra ello reacciona, creemos nosotros, la inadmisibilidad que comentamos.

III. Doctrina y jurisprudencia

La doctrina advierte un cambio muy significativo del recurso de inaplicabilidad producto de la reforma introducida a la Constitución por la

Ley N°20.050 de 26 de agosto de 2005. Se afirma que mientras la Corte Suprema realizaba un control abstracto, el Tribunal Constitución realizaría un control concreto. Eduardo Aldunate Lizana sintetiza los argumentos dados por el Tribunal, para sostener esta tesis, indicando cuatro razones esgrimidas al efecto:

- a) el examen abstracto de la disposición sigue siendo indispensable para “iluminar su aplicación al caso concreto”, modificándose la oportunidad en que se produce la confrontación: antes del año 2005 la Corte Suprema la apreciaba al confrontar el precepto con el caso concreto, en tanto a partir del año 2005 “lo hará después de confrontarlo con el caso concreto, cuando se manifiesten los resultados de su aplicación”;
- b) se afirma que la decisión jurisdiccional del Tribunal Constitucional

“ha de hacerse en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional”;

- c) en consecuencia cuando se declara inaplicable un precepto legal ello no implica que este sea inconstitucional, sino que

“únicamente en el caso concreto dentro del cual se formula el requerimiento, dicha norma legal impugnada no podrá aplicarse por resultar, si así se hiciere, contrario de la Constitución;

y

- d) como corolario se transcribe lo expresado en el fallo que se invoca sobre que...

“no será siempre posible extraer conclusiones jurisprudenciales o doctrinas de carácter general acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinados preceptos legales. Por lo tanto, ello no impediría que el precepto legal declarado inaplicable en sucesivos casos concretos, puede permanecer dentro del ordenamiento jurídico, y otros sean tan ostensiblemente inconstitucionales per se, que justifiquen su inmediata expulsión del orden jurídico nacional”⁴.

⁴ Eduardo ALDUNATE LIZANA, “Jurisprudencia constitucional 2006-2008: Estudio selectivo”, pp. 7 y ss. Las referencias a las sentencias del Tribunal Constitucional se destacan entre comillas y corresponden a un voto disidente (Rol N°480-06) y fallo recaído en Rol N°546-96.

Trascribe el autor que citamos el pronunciamiento en sentencia Rol N°1061-08 de dos ministros que distinguen variantes sobre el problema, incorporando el análisis abstracto y advirtiendo la posibilidad de declarar la inaplicabilidad cuando la inconstitucionalidad apareciera en el texto mismo (“per se”).

A juicio del autor citado, puede concluirse que las atribuciones de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, sobre la base de contrastar un control “abstracto” y un “control “concreto”, es un argumento, a lo menos, parcialmente equivocado e inductivo a error. Sostiene a este respecto que

“Si la diferencia no radica en el hecho de realizarse el control con ocasión de una gestión o causa en concreto, sólo puede referirse al modo en que control se imbrica en el contexto de la actividad jurisdiccional. Desde esta perspectiva, y tradicionalmente, cuando se habla de control concreto, se hace referencia a un control concreto en que el contraste normativo entre el respectivo precepto (cuestionado por la incidencia que tiene en la cuestión a resolver) y la Constitución es hecho por el tribunal que conoce del asunto. La concreción está dada aquí precisamente por el apoderamiento jurisdiccional que el tribunal hace del asunto, tanto desde la perspectiva del razonamiento y decisión relativos a la integración del sistema de fuentes, incluyendo la interpretación de textos normativos, como desde el ángulo de la conexión de los datos fácticos, y su calificación jurídica, con el sistema de fuentes, y todo ello a la luz de los elementos de juicio, de carácter procesal, que los relacionan (como por ejemplo, la aportación de la prueba)”⁵.

La posibilidad de reconocer a la jurisdicción constitucional la facultad de declarar la inaplicabilidad del precepto impugnado, adentrándose en la solución del conflicto que da motivo a la interposición del recurso (lo que resulta al asignársele la atribución de interpretarlo –en función del caso que suscita el recurso de inaplicabilidad–, ya sea para acogerlo o para rechazarlo), nos arrastra a varias inconsistencias, comenzando por la usurpación de prerrogativas que corresponden a los tribunales ordinarios o especiales. Aldunate Lizana coincide con esta crítica al sostener que

“Concluyendo se puede resumir que, en lo tocante a los hechos, en ocasiones el Tribunal argumenta que no le corresponde entrar a conocer de ellos por invadir las facultades del juez de la instancia; en otras ocasiones el Tribunal afirma su competencia y la importancia para conocer de los hechos de la causa para resolver la inaplicabilidad, y en tercer matiz, es

⁵ ALDUNATE LIZANA, “Jurisprudencia constitucional...”, *op. cit.*, pág. 11.

posible distinguir casos en que esta afirmación no va seguida de un efectivo análisis de los hechos de la causa, siendo que ellos eran determinantes para resolver el eventual efecto de inconstitucionalidad. Esta disparidad de criterios no es tanto un reproche que se pueda hacer a los juzgadores, sino que da cuenta del problema planteado anteriormente; se trata de un diseño de control concreto que no es control concreto desde el momento en que no otorga al órgano de jurisdicción constitucional el conocimiento del asunto, en sentido jurisdiccional, sino meramente informativo”⁶.

Como puede constatar, se trata de una materia compleja que está lejos de concitar acuerdo y que ofrece aristas divergentes.

Otro autor, Alan Bronfman, observa la dificultad de adscribir nuestro sistema al modelo de control en abstracto o concreto:

“La acción de inaplicabilidad prevista en el número 6 del artículo 93 de la Constitución tiene un inicio propio de control concreto, pues su admisión a trámite depende de la existencia de un juicio pendiente en el que podría aplicarse la norma cuestionada. Asimismo, al término del proceso tiene efectos declarados por la Constitución típicos del control concreto. No obstante lo anterior, en la regulación del proceso pueden identificarse también elementos que pertenecen más bien a un modelo de control abstracto. Una mirada general a las consecuencias del control de inaplicabilidad sugiere que la explicación que ofrece el modelo concreto es, al menos, insuficiente”⁷.

Lo indicado pone acento en la concurrencia de factores que inducen a pensar de una u otra manera. Sin embargo, el control de constitucionalidad “en concreto” está ligado a la experiencia de los países anglosajones y parte con el célebre caso “Marbury versus Madison” de mediados del siglo XIX. A nuestro juicio, entre una y concepción, se abre un abismo, razón por la cual el aporte que puede prestar la experiencia de los sistemas jurídicos anglosajones no es significativo. Lo que estimamos que no puede lesionarse, y que el sistema consuetudinario salva sin dificultades, es la atribución del juez para escoger la norma que servirá de base a su construcción jurídica y la determinación del sentido y alcance que tiene este mandato. Ambas cosas son la base misma de la jurisdicción y lo que se pone en jaque admitiendo un sistema de control concreto de constitucionalidad.

A pesar de lo que venimos afirmando, antes de la modificación del año 2005, refiriéndose a la inaplicabilidad regulada, entonces, en el artículo 80 de la Constitución, don Alejandro Silva Bascuñán, escribía:

⁶ ALDUNATE LIZANA, *op. cit.*, p. 16.

⁷ Alan BRONFMAN. “El carácter privado del proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, pág. 255.

“¿En que se afirma nuestro parecer de que la tarea de la Corte, cuando se trata del art. 80, no es simplemente debatir y definir una conclusión abstracta? Proviene de la constatación de que, por seria y profunda que sea la gestación de un precepto legal, por firme y sólida que haya sido la reflexión de los órganos colegisladores, en cuyo análisis hayan procurado ponerse en el caso de todas las situaciones previsibles, la vastedad, densidad y variedad de situaciones del ordenamiento jurídico, la complejidad de la conducta humana y la infinidad de las distintas expresiones de la actividad y propósito de los integrantes de la sociedad política, hacen que, en el hecho, sea absolutamente imposible o casi imposible, para quienes redactan la ley, imaginar y tener en cuenta todas las proyecciones que pudieran derivarse del texto legal y abarcar y comprender consecuentemente en su dispositivo todos los casos particulares en los cuales el precepto vaya a hacerse efectivo”⁸.

Discrepamos de este planteamiento, ya que lo descrito corresponde a las dificultades que envuelve la tarea legislativa, auxiliada, en no pocas leyes, por el Tribunal Constitucional. Antes de la reforma constitucional de 2005, no cabe duda que el recurso de inaplicabilidad constituía un control abstracto de constitucionalidad, si bien el Tribunal Supremo, entonces, se aproximaba al problema en relación a un conflicto concreto.

Varios fallos de nuestro Tribunal Constitucional tratan este tema, sin que exista consenso sobre la materia.

En la primera sentencia que se invoca, de 27 de julio de 2006, recaída en la causa Rol N°480-2006, el Tribunal rechazó el requerimiento sosteniendo que

“Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado, producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución”. (considerando veintisiete).

Particularmente importante para los efectos de este trabajo es el voto del Ministro Mario Fernández Baeza, que concurre al fallo con una interesante prevención. Aun cuando del estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la reforma de la Ley N°20.050 no aparecen indicios ciertos de que el sistema de control cambió al traspasarse al Tribunal Constitucional, el previniente señala que la apreciación de constitucionalidad que hacía la Corte Suprema surgía de la *confrontación del precepto legal con el caso concreto*, el tanto esta Magistratura aprecia la constitucionalidad *después de confrontarlo con el caso concreto, cuando se manifiestan* “los

⁸ Alejandro SILVA BACUÑÁN, *Tratado de derecho Constitucional*, pág. 197.

resultados de su aplicación". Afirma, acto seguido, que el examen abstracto de constitucionalidad del precepto impugnado, previo a su confrontación con el caso concreto,

“puede dirigirse hacia conclusiones distintas y hasta antagónicas con el nuevo alcance de la resolución de inaplicabilidad. Así, **sería posible que una norma claramente inconstitucional en lo abstracto, pueda ser aplicada al caso concreto** dependiendo de la conformidad de sus efectos con la Carta Fundamental”.

Se agrega, finalmente, en lo que interesa, que el examen abstracto de conformidad constitucional debe extenderse a todas las disposiciones de la ley a la cual está integrado el precepto legal impugnado, citándose el principio interpretativo constitucional de la “organicidad” (denominado “unidad de la Constitución”).

La segunda sentencia que citaremos fue pronunciada el día 8 de mayo de 2007, en autos Rol 473-2006. En ella se reitera el cambio de sistema que se atribuye al control de constitucionalidad confiado primero a la Corte Suprema y luego al Tribunal Constitucional, afirmándose que las circunstancias y características del caso concreto de que se trata

“han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debían atribuírsele antes de 2005, pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto sub lite, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. *De esta manera, el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración*”.

De lo afirmado en esta sentencia se concluye que el Tribunal Constitucional no es un órgano de control normativo, sino de aplicación circunstancial de los preceptos legales en relación a los mandatos constitucionales. De la misma manera, la inaplicabilidad ha pasado a ser una materia cuya decisión es esencialmente inoportuna y relativa, lo primero (inoportuna) porque la apreciación de la situación de hecho se hace antes de la confrontación con la norma constitucional y por quien no es el llamado a valorar los medios de prueba (los cuales pueden ni siquiera haber operado), y lo segundo (relativa) por cuanto de los efectos de la aplicación se deducirá la inaplicabilidad. Sin perjuicio de lo manifestado, tampoco puede sostenerse con rigor que el constituyente, al aprobar la reforma del año 2005, haya

entendido que cambiaba el sistema de control de constitucionalidad (de abstracto a concreto), como se da por establecido.

La tercera sentencia que nos interesa comentar fue dictada el 24 de enero de 2008, bajo el Rol N°810. En ella se insiste en que entre las características de la actual acción de inaplicabilidad debe destacarse que

“mientras antes se trataba de una confrontación abstracta entre la norma legal cuestionada y una disposición constitucional, ahora se trata de un cotejo entre la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto y la Constitución, no debe perderse de vista que, tanto antes como ahora, para que la acción pueda prosperar, debe estarse siempre en presencia de un conflicto de constitucionalidad, esto es, frente a una contradicción directa, clara y precisa, entre determinado precepto legal que se pretende aplicar en el caso concreto, con la propia Constitución, pues el juez constitucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad”.

Toda esta justificación parece debilitarse, puesto que en lo que sigue, la misma sentencia pone énfasis en que

“La tarea de interpretar la ley les corresponde a los tribunales de justicia... y, en nuestro sistema judicial, el órgano llamado a unificar su interpretación es la Corte Suprema, a través del recurso de casación. La labor del Tribunal Constitucional consiste en velar por el respeto del principio de supremacía constitucional y, por ende, tratándose de una acción de esta clase, resolver si la aplicación en el caso concreto de que se trate del precepto legal impugnado, resulta o no contraria a la Carta Fundamental y, como efecto natural de una decisión estimatoria, prohibir al juez de la causa aplicarlo a la resolución de ese caso concreto” (considerando noveno).

El razonamiento siguiente parece querer sentar, como principio rector, el que la inaplicabilidad sólo cabe cuando concurren los dos elementos que se proponen: la aplicación al caso concreto y la circunstancia de que ello arrastre a una contradicción abstracta entre la norma constitucional y el precepto legal impugnado. Este planteamiento no nos parece aceptable.

Finalmente, invocaremos una cuarta sentencia, pronunciada con fecha 15 de marzo de 2012, bajo el Rol N°1669-2010-INA. Se trata de una sentencia de mayoría, en la cual se rechaza el requerimiento, con el voto en contra de los Ministros Marcelo Venegas Palacios, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado. La mayoría del Tribunal reitera la posición conforme la cual el recurso de inaplicabilidad debe fundarse en los efectos inconstitucionales de la aplicación del precepto legal que se impugna. Lo que interesa, entonces, son las reflexiones del voto disidente.

Comienza esta disidencia señalando:

“1°) Que el control “concreto” de constitucionalidad, en que consiste el recurso de inaplicabilidad, no se ocupa –por ello– de consultas hipotéticas o meramente teóricas, sino de la impugnación precisa de algún determinado precepto legal, en cuanto pueda tener cabida y recibir aplicación en una específica gestión judicial pendiente. Cayendo la premisa del caso dentro del dominio de los jueces del fondo, entonces, solo al Tribunal Constitucional no más le corresponde declarar inaplicable ese precepto legal si contraviene una norma de la Carta Fundamental, ora porque inmediatamente así se colige de un simple cotejo lógico entre uno y otra, ora porque mediatamente así se revela tras la aplicación práctica de aquél. Tal como concluyera esta Magistratura en sentencia recaída en autos Rol N°810”.

Lo sostenido por los disidentes reafirma que la inconstitucionalidad que se sanciona o surge de inmediato en un cotejo lógico entre el precepto legal y la norma constitucional, o bien en un proceso mediato que se funda en la aplicación práctica de dicho precepto. Lo indicado es muy distinto de lo aseverado por la mayoría del Tribunal Constitucional, que, incluso, admite que una misma disposición legal pueda ser constitucional e inconstitucional, dependiendo de la interpretación que se escoja para su aplicación. La aplicación práctica del precepto más bien parece representar un recurso auxiliar para detectar un entredicho entre precepto impugnado y norma constitucional.

“2°) Que, mientras en el primer caso, respecto de un precepto legal en sí mismo inconstitucional basta para acoger el recurso una proyección del mismo, indicativa de que habrá de aplicarse tal como lo previene su texto, en el segundo tal declaración debe justificarse en aquellos antecedentes que dan cuenta de que su previa ejecución anticonstitucional puede continuar igualmente en el futuro. Procediendo constatar ahora, a la luz de los antecedentes que rolan en el expediente, que el presente asunto hace parte de esa segunda forma en que se puede manifestar una inconstitucionalidad, y que así debió fallarse”.

En esta parte la reflexión de los disidentes ponen las cosas en su lugar: la aplicación del precepto impugnado es una pauta, un elemento o antecedente que permite medir el grado de oposición que existe entre la norma constitucional y el precepto legal impugnado. Más adelante, el voto disidente esboza, respecto de la materia tratada en el recurso, una interpretación distinta que hace desaparecer el reproche de inconstitucionalidad, afirmando en el numeral que sigue “que, sin embargo, ello es de resorte

exclusivo de los jueces del fondo”, puesto que, sin decirlo expresamente, se reconoce que la tarea interpretativa llamada a integrar un cuerpo legal corresponde al juez de la instancia. Creemos que sobre la base de lo manifestado por los disidentes puede esbozarse otra solución al problema planteado que, atendida su importancia, bien merece un atención especial en pro del perfeccionamiento de nuestro sistema jurídico.

IV. Conclusiones

Las principales conclusiones de este trabajo pueden sintetizarse en la siguiente forma:

1. Nuestra Carta Fundamental establece un control de constitucionalidad *en abstracto* mediante el recurso de inaplicabilidad de que conoce el Tribunal Constitucional. La consideración del caso concreto al que debe aplicarse el precepto impugnado es un requisito de *admisibilidad* que el Tribunal debe considerar con laxitud, atendiendo a la fundamentación del recurso y los antecedentes acompañados y que sirve, además, para aclarar la contradicción que justifica la inaplicabilidad
2. No ha habido una transformación sustancial entre el recurso de inaplicabilidad que, hasta la reforma de 2005, conocía la Corte Suprema y el actual recurso de que conoce el Tribunal Constitucional. La historia fidedigna del establecimiento de la reforma del año 2005 no permite afirmar que el Constituyente haya considerado esta posibilidad ni haya previsto esta consecuencia.
3. La facultad de interpretar la ley corresponde excluyentemente a los tribunales del fondo. Por ende, al Tribunal Constitucional sólo le cabe cotejar el precepto impugnado con las normas constitucionales y declarar la inaplicabilidad toda vez que exista entre ambas una incompatibilidad insuperable. Su función interpretativa queda limitada a la determinación del verdadero sentido y alcance de la norma constitucional y del precepto legal atacado.
4. No es efectivo que una norma legal pueda ajustarse y contradecir simultáneamente el mandato constitucional. Si tal ocurre, se rompe la estructura, coherencia y unidad del ordenamiento jurídico. Si al momento de interpretar el precepto legal impugnado se llega a la conclusión que éste tiene varias posibles lecturas, bastará que una cualquiera de ellas pueda hallarse en armonía con la Constitución, para desestimar el recurso de inaplicabilidad.

5. La exigencia de la Constitución, para declarar admisible el recurso de inaplicabilidad, en orden a que el precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto sometido a conocimiento de un tribunal ordinario o especial, tiene un carácter esencialmente práctico y mira la fundamentación de lo pedido. La normativa constitucional en esta parte no hace más que recoger el “principio de trascendencia” procesal y evitar con ello la interposición de recursos inútiles.

Bibliografía

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Jurisprudencia constitucional 2006-2008: Estudio Selectivo*, Santiago, Editorial LegalPublishing, 2009.
- BRONFMAN, Alan, “El carácter privado del proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, Valparaíso, Chile, 2° Semestre de 2011.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 1993.
- SILVA BACUÑÁN, Alejandro, *Tratado de derecho Constitucional*, Tomo VIII, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- Tribunal Constitucional (2006): rol 480, del 27 de julio de 2006.
- Tribunal Constitucional (2007): rol 473, del 8 de mayo de 2007.
- Tribunal Constitucional (2008): rol 810, del 24 de enero de 2008.
- Tribunal Constitucional (2012): rol 1669, del 15 de marzo de 2012. Sitio electrónico del Tribunal Constitucional de Chile.

¿SON EFICIENTES LAS DECISIONES
DE LOS JUECES NORTEAMERICANOS
EN LOS “CASOS DIFÍCILES”?
LAS VACÍAS RESPUESTAS DEL ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL DERECHO¹

ARE THE DECISIONS
OF THE AMERICAN JUDGES
IN “HARD CASES” EFFICIENT?
THE EMPTY ANSWERS PROVIDED
BY THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

*Carlos Diego Martínez Cinca**

Resumen

En este trabajo se analizan los argumentos que Richard Posner y la escuela del análisis económico del Derecho han intentado proporcionar por más de cuarenta años en torno a la supuesta conducta maximizadora de los jueces y la aparente evolución del *Common Law* en términos de eficiencia. Se abordan para ello los enfoques “normativos”, como también los “empírico-descriptivos” habituales en dicha escuela. En ambos casos, el resultado del análisis muestra las inconsistencias de las respuestas brindadas por Richard Posner y el análisis económico del Derecho.

Palabras claves: Análisis Económico del Derecho, Derecho comparado, argumentación jurídica, racionalidad, Richard Posner.

¹ El presente trabajo es resultado de las investigaciones realizadas en el marco del proyecto FONDECYT Posdoctorado 3120252: “Insuficiencias del análisis económico del Derecho frente a los casos difíciles. Claves para la superación del pragmatismo consecuencialista de Richard Posner desde el horizonte de los bienes humanos básicos de John Finnis”.

* Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Miembro del Grupo de Filosofía Práctica de la Universidad de los Andes (Chile). Artículo recibido el 16 de enero de 2013 y aceptado para su publicación el 4 de marzo de 2013. Correo electrónico: cdmartinez@miuandes.cl

Abstract

The arguments advanced by Richard Posner and the *Law & Economics* movement in the last forty years for an alleged rational behavior of the Common Law Judges and its evolution towards efficiency are analysed and discussed in this paper. It focuses on both “normative” and “positive” approach of the economic analysis of judicial behaviour. The analysis shows some inconsistencies in Posner’s own theory.

Key Words: Law & Economics, Common Law, legal reasoning, rationality, Richard Posner

Uno de los esfuerzos más interesantes que se han llevado a cabo en los últimos 40 años de la *Legal Theory* anglosajona para tratar de explicar la racionalidad o la lógica seguida por los jueces norteamericanos en la asignación de derechos, es sin dudas el desarrollado por la escuela conocida como *Law and Economics*, o AED. Dicha escuela, cuyo nacimiento se suele circunscribir a una serie de trabajos pioneros que en la pasada década de los sesenta intentaron desentrañar la lógica económica “implícita” en el *Common Law*² (al menos en los núcleos más importantes del mismo: el *Tort Law* –Derecho de daños– y el *Nuisance Law* –Derecho de las inmisiones–), se ha caracterizado siempre por una particular tensión argumentativa que en ninguna otra escuela jurídica parece haberse manifestado con tanta intensidad y en ninguna otra, por cierto, se ha resuelto tan abiertamente en contra de lo que sus postulados epistemológicos de base parecían prometer en los comienzos.

La tensión a la que me refiero es a la existente entre el enfoque *descriptivo* y el enfoque *normativo* del Derecho. Se trata de una tensión más bien lateral o secundaria a los problemas medulares de la ciencia jurídica –eminentemente normativa–, pero que el AED ha importado, al parecer, de su ciencia madre –la economía *neoclásica*–, en cuyo seno, ya a fines del siglo XIX, se comenzó a discutir si la economía debía ser solamente una ciencia “positiva” o también una ciencia “normativa”³.

Por su parte, la solución que parece contradecir sus postulados epistemológicos de base es la propiciada por su principal líder intelectual, Richard Posner, quien por más de cuarenta años ha buscado infructuosamente la posibilidad de transformar lo que en principio parecía ser un epifenómeno

² Ronald COASE, “The Problem of Social Costs”, pp. 1-44; Guido CALABRESI, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, pp. 499-553; Armen ALCHIAN, “Some Economics of Property Rights”, pp. 816-829.

³ Joseph A. SCHUMPETER, *History of Economic Analysis*, pp. 7 y ss.

más del “imperialismo económico” en una teoría jurídica capaz de explicar cómo los jueces resuelven o *deberían resolver* los “casos difíciles”. Dicha solución es concretamente la renuncia a elaborar una teoría *normativa* del Derecho a partir del enfoque positivo de la economía *neoclásica*, lo que en términos filosóficos ha significado un “atrincheramiento tras las murallas del pragmatismo”⁴ y la claudicación final en el intento por elevar el Derecho al estadio propio de una “auténtica” ciencia⁵. La claudicación de Posner ha significado el toque de retirada y el abandono de toda pretensión de elevar el AED al carácter de una teoría general del Derecho, o más modestamente, de pretender que el AED pueda proporcionar una teoría cuando menos plausible de las decisiones judiciales en los llamados “casos difíciles”⁶.

Pero la tensión entre el enfoque *descriptivo* y el enfoque *normativo* del Derecho es más bien aparente, como intentaré mostrar en este trabajo, ya que el éxito o el fracaso de ambos enfoques parecen estar indisolublemente unidos –como sostiene Paul Heyne⁷– y en todo caso la insuficiencia de cualquiera de los dos arrastrará al otro en su fracaso por explicar cómo funciona la lógica jurídica (enfoque positivo) o cómo deberían argumentar los jueces en los “casos difíciles” (enfoque normativo). De hecho, ambos enfoques echan amarras en el único puerto que tiene la capacidad de albergar las ingentes contribuciones que desde los años sesenta al presente se han hecho en aras de erigir el análisis económico como una verdadera teoría jurídica. Dicho puerto es la teoría de la justicia elaborada por Richard Posner con el nombre de *maximización de la riqueza*.

La teoría de la maximización de la riqueza no se identifica sin más con el *utilitarismo* craso del que Posner intentó tomar distancia en un

⁴ Richard POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, pp. 392 y ss.

⁵ Hacia 1970 Posner estaba convencido de que merced al “formalismo jurídico” y a los vicios inherentes a la lógica deductiva defendida por éste y su autosuficiencia, el Derecho no había logrado alcanzar, todavía, un estadio “científico”. El AED lo haría ingresar en él. Richard POSNER, “An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration”, p. 37 *etpassim*; “Economic Approach to Law”, pp. 757-782. En cuanto a su oposición al formalismo jurídico y la “autosuficiencia del Derecho”, *The Problems...*, *op. cit.*, pp. 424 y ss.

⁶ La distinción entre “casos fáciles” y “casos difíciles” que aquí seguiré procede de Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, caps. 5 y 6. Según el profesor escocés, “casos fáciles” son todos aquellos en los que se parte de premisas que no son discutidas (no se necesitan argumentos para su justificación) y, en consecuencia, arriban a conclusiones aceptables que no requieren mayores esfuerzos argumentativos. “Casos difíciles”, por el contrario, son aquellos que presentan dificultades ya en la premisa normativa (problemas de relevancia o de interpretación), ya en la premisa fáctica (problemas de prueba o de calificación), y por consiguiente requieren de esfuerzos argumentativos mucho más amplios que los que pueden brindar los analistas económicos del Derecho.

⁷ Paul HEYNE, *Are Economists Basically Immoral?*, p. 376.

trabajo fundamental publicado en 1979⁸. Pretende ser tanto una teoría moral como una teoría jurídica, ya que entraña aspectos esenciales en torno a cómo asignar los derechos fundamentales (no sólo los derechos emergentes de un contrato, sino también los derechos pertenecientes a la categoría de los *derechos básicos*), es decir, a quién se debe reconocer tales derechos y por qué razones. Ello supone tanto una directiva que deberían adoptar los jueces en sus sentencias y los legisladores en sus políticas legislativas, cuanto una explicación de la evolución efectiva del *Common Law* a la luz del principio de la eficiencia. De allí se desprenden las dos tesis fundamentales del AED en cuanto a la teoría jurídica: una tesis *normativa* y una tesis *histórica* del Derecho. La segunda, por su lado, es parte integrante del enfoque *positivo* más amplio del AED⁹.

Si bien la mayoría de los proponentes del AED insiste –a mi juicio equivocadamente– en que no es necesaria la unión de ambos enfoques, y admiten que no existen razones de peso que exijan su mutua dependencia, en algún momento Posner ha creído y sostenido la necesidad de su mutua referencia, sobre todo en la década de los ochenta cuando el AED comenzaba a sufrir los primeros embates provenientes de una importante cantidad de *legal scholars*¹⁰. Sus esfuerzos en defensa de la tesis normativa obedecieron a la clara comprensión de que del éxito de la empresa dependía que el AED no terminara siendo simplemente una rama más de la economía aplicada. En los últimos años Posner ha reconocido la importancia de las críticas metodológicas y morales realizadas a su enfoque y ha desistido de cualquier teoría normativa del Derecho, pero continúa no obstante utilizando sus propios métodos descriptivos, y numerosos autores, menos sensibles que él a sus limitaciones, continúan tras su huella –como sostiene Campbell¹¹– desarrollando aparentes “explicaciones económicas” de la argumentación jurídica¹².

⁸ Richard POSNER, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, pp. 103-140.

⁹ En rigor habría que decir “hipótesis” normativa e “hipótesis” histórico-descriptiva, pues ninguna de las dos ha sido “probada”, ni con datos empíricos ni con argumentos convincentes, como demostraré en el cuerpo de este trabajo.

¹⁰ En un artículo clave de 1981 a quienes criticaban que el AED pudiese proporcionar tanto una descripción adecuada como un principio normativo rector del Derecho de Daños, les contestaba que “aunque comúnmente la diferencia entre el análisis positivo y el normativo es de gran importancia en las discusiones del Derecho, en este caso es irrelevante”, y quienes creen que “la teoría de la justicia correctiva (...) es necesariamente un rival del enfoque económico se equivocan; la concepción aristotélica, al menos, no lo es” (Richard POSNER, “The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law”, p. 188).

¹¹ Tom CAMPBELL, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, p. 149.

¹² En uno de sus libros más recientes, Posner ha terminado colocando la teoría del análisis económico de la argumentación jurídica como una más entre nueve teorías rivales, de

En un trabajo anterior se han mostrado las inconsistencias teóricas y prácticas que afectan la tesis de la maximización de la riqueza en tanto tesis normativa del Derecho¹³. En el presente trabajo me interesa mostrar las insuficiencias del enfoque descriptivo del AED en torno a la argumentación jurídica, es decir, la insuficiencia de un enfoque que adopta el punto de vista “externo” de un observador imparcial y procura describir cómo se comportan los jueces, qué lógica siguen y cómo hacen evolucionar el Derecho, renunciando para ello a toda consideración “interna” que pueda atender mínimamente a los argumentos o razones que normalmente brindan los jueces a la hora de impartir justicia.

Posner sostiene que su enfoque parte del supuesto esencial de que los jueces son “racionales” en el sentido en que cualquier persona lo es según el particular modo de entender la “racionalidad” común a los analistas económicos del Derecho (es decir, persiguiendo fines instrumentales y egoístas de acuerdo a una particular función de utilidad), pero reconoce que su enfoque no puede explicar el *contenido* de las decisiones judiciales¹⁴. Sin embargo, esta limitación del punto de vista “externo” del AED a la postre debilita cualquier intento por explicar cómo es posible que el *Common Law* –o cualquier otro sistema jurídico en el que la argumentación de los jueces desempeñe un papel clave– esté fundado en la eficiencia, y que la eficiencia constituya la clave esencial mediante la cual los jueces hagan evolucionar la jurisprudencia. Ninguna teoría de la conducta humana (de un sujeto cualquiera, pero particularmente de un sujeto en tanto juez) podrá ser tomada seriamente en cuenta si renuncia a brindar una somera explicación de cuáles son las *razones* por las que ese sujeto hace lo que hace, o como dice Dworkin, si al menos no brinda una teoría argumentativa o motivacional de la conducta humana que sea plausible¹⁵.

Mi objetivo en el presente trabajo es mostrar las insuficiencias del enfoque descriptivo del AED en torno a la argumentación jurídica, y para ello procederé de la siguiente manera:

- 1) En la primera sección caracterizaré el enfoque descriptivo que Posner realiza del *Common Law*, procurando poner de manifiesto,

las cuales sólo una (la teoría *legalista* o del *formalismo jurídico*) es “normativa” en el sentido fuerte de la expresión, es decir, en el sentido de brindar una explicación acerca de cómo debería ser el “contenido” de la argumentación jurídica. Por otra parte, reconoce dificultades insalvables a la teoría descriptiva del AED. R. POSNER, *How Judges Think*, pp. 37 y ss.

¹³ Carlos D. MARTINEZ CINCA, “Maximización de la riqueza y asignación de derechos en Richard Posner”, pp. 323-351.

¹⁴ Richard POSNER, “What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)”, pp. 39-40.

¹⁵ Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, p. 266.

de manera objetiva, las razones que lo empujan a incurrir en una contradicción como la que surge al afirmar, por un lado, que el *Common Law* está dotado de una lógica económica “implícita”, y señalar, por el otro, que el *Common Law* es un gigante “de pies de barro”, pues su jurisprudencia tiene fundamentos débiles, ya que “reposa sobre precedentes altamente discutibles”;

- 2) En la segunda sección analizaré los argumentos que esgrime Posner para defender su hipótesis de la eficiencia como clave evolutiva del *Common Law*. En esta sección quedará de manifiesto que al no existir evidencias empíricas que avalen la hipótesis, el enfoque descriptivo carece de fuerza probatoria *per se*, y depende exclusivamente de la persuasión “política” que el enfoque normativo pueda provocar, pues orbita continuamente en torno a argumentos que carecen de la supuesta base empírica que el AED estaba destinado a procurar.

El corolario final de mi análisis pondrá al descubierto que la aparente “cientificidad” del AED es débil e inconsistente, si entendemos por “cientificidad” la posibilidad de probar con evidencias la evolución eficiente del *Common Law* y proveer, por consiguiente, una base sólida para la argumentación jurídica.

1. Contradicciones en el enfoque “descriptivo” del *Common Law*

En la sexta y última edición de su “manual” –que como todo libro de texto tiene un carácter sintético, complexivo y a la vez depurador de las distintas posiciones adoptadas por su autor a lo largo de toda una vida– Posner distingue con aparente sencillez un AED *positivo* y un AED *normativo*, aunque admite que en realidad habría que decir que la teoría procedente del AED tiene tanto “aspectos positivos” como “aspectos normativos”¹⁶.

El enfoque *positivo* del AED es “un intento por explicar las normas legales y sus resultados tal como son más bien que por cambiarlos o mejorarlos”, y en tal sentido pretende demostrar que

“muchas áreas del Derecho, y en especial –aunque no únicamente– los ámbitos principales del *Common Law* en derechos de propiedad, daños, delitos y contratos, llevan la estampa del razonamiento económico”¹⁷.

¹⁶ Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, p. 24.

¹⁷ POSNER, *Economic Analysis...* *op. cit.*, p. 25.

Es ésta la tesis central del enfoque *positivo* o *descriptivo* del AED: los principales ámbitos del *Common Law* responderían a una lógica económica. Que lleven la estampa del razonamiento económico no significa, como Posner aclara numerosas veces, que cada uno de los principios invocados y de las doctrinas comúnmente seguidas por los jueces del *Common Law* respondan a la lógica de la eficiencia; significa más bien que para el observador *externo* –y no necesariamente para sus principales actores– el Derecho se explica mejor en su evolución y en su carácter sistemático si se lo mira a la luz de la lógica económica. En cambio, quienes efectivamente han contribuido a la evolución y desarrollo del *Common Law* (sus principales actores: los jueces), no necesariamente han sido o debido ser conscientes de dicha lógica, como admite Posner¹⁸. En definitiva, la lógica de la eficiencia es de tal versatilidad que siempre es posible “explicar” *a posteriori* cualquier acción humana, pero eso no significa que la acción humana se haya realizado *conscientemente* según dicha lógica.

La idea de un Derecho impregnado de lógica económica no es privativa del AED de matriz “posneriana” (el “nuevo AED” según su propia expresión¹⁹). Semejante idea había sido esbozada y desarrollada por el institucionalismo de John Commons en la década de 1920²⁰ y una década más tarde por el movimiento conocido como *realismo jurídico norteamericano*, un movimiento que ha tenido una importante influencia en el “nuevo” AED²¹. Sin embargo, por diversas razones, que han sido analizadas en numerosos trabajos académicos, tal idea no contó con el beneplácito de la mayoría de los juristas norteamericanos en su momento. La idea de un Derecho impregnado de lógica económica tuvo que esperar más de medio siglo para ser recibida con mayor entusiasmo en algunos círculos de la *Legal Theory*.

Pedro Mercado Pacheco ha brindado una interesante explicación de las razones histórico-dogmáticas que habrían contribuido a la aceptación de aquella antigua tesis, ahora renovada y radicalizada por Posner, en el ámbito de la *Legal Theory* anglosajona. Algunas de esas razones tendrían

¹⁸ POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, p. 372 *et passim*.

¹⁹ La expresión “nuevo” AED la emplea Posner precisamente para diferenciarse de aquellos precursores –los *realistas* norteamericanos, como Oliver W. Holmes– que no fueron bien recibidos por el “formalismo jurídico” imperante en la época. RICHARD POSNER, “Economic Approach to Law”, pp. 758 y ss.; “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, pp. 761 y ss.

²⁰ JOHN R. COMMONS, “Law and Economics”, pp. 371-382.

²¹ Para una rigurosa demostración de las influencias discursivas, metodológicas y epistemológicas del realismo jurídico norteamericano en el autodenominado “nuevo” análisis económico del Derecho, véase la tesis doctoral de Deborah LYNN SPENCER, “History and Discourse in Law and Economics: 1920-1985”, pp. 51 y ss.

que ver con la profunda crisis experimentada al seno de la tradición jurídica nacida del *Common Law* en su intento por dotar de alguna lógica interna al sistema de resolución de los llamados “casos difíciles”. La fractura y el posterior fracaso del *realismo jurídico* norteamericano, como también el escepticismo radical que parece haberse apoderado de aquella tradición con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, sumados a la creencia de que una profunda arbitrariedad reinaba en el fondo del conjunto de decisiones judiciales propias del *Common Law*, habrían contribuido a la pérdida de confianza en el Derecho como una “disciplina autónoma” y a la consiguiente necesidad de buscar la lógica jurídica fuera del propio Derecho, es decir, en la economía, y más específicamente, en la que por entonces se presentaba como la corriente principal (*mainstream*) de la ciencia económica: la economía *neoclásica*²².

Pero antes de analizar qué entiende exactamente Posner por lógica económica es necesario prestar especial atención al particular carácter del sistema jurídico identificado con la expresión *Common Law*. Su traducción al español como “Derecho Civil” o “Derecho Privado” no es adecuada, no solamente por el carácter codificado que el Derecho Civil de tradición romanista posee, a diferencia de aquél, sino también por otras importantes peculiaridades que es necesario tener en cuenta en relación a uno y otro sistema. Por otra parte, la traducción literal como “Derecho Común” resulta engañosa para el lego y carece de sentido para el profesional del Derecho, por lo que parece conveniente entonces conservar la expresión en su idioma original, con tal que se entienda bien lo que ella designa. Parte del relativo éxito del AED en la tradición jurídica anglosajona se puede explicar, precisamente, por las particularidades del *Common Law*.

En primer lugar, Posner admite que la expresión *Common Law* suele tener tres distintas acepciones:

“Se usa para designar el cuerpo de principios aplicados por las Reales Cortes de Derecho en la Inglaterra del siglo XIX (excluyendo así el *Admiralty Law* y el *Equity Law*, pero incluyendo algo del *Statutory Law*); las áreas del Derecho que han sido creadas en gran parte por los jueces

²² Pedro MERCADO PACHECO, *El Análisis Económico del Derecho*, pp. 186 y ss. La interpretación de Mercado Pacheco encuentra sustento en las propias referencias autobiográficas de Posner, que en un artículo de 1987, titulado “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, luego incorporado con algunas correcciones en el decimocuarto capítulo de *The Problems of Jurisprudence*, muestra cómo el fin del consenso político y de las ideologías en los sesenta contribuyó notablemente (en su persona y en el clima de la jurisprudencia norteamericana) al descrédito del Derecho en cuanto disciplina independiente y “auto-suficiente”. Richard POSNER, “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, pp. 761-780; *The Problem... op. cit.*, pp. 424 y ss.

antes que por las legislaturas como consecuencia de la resolución de los casos; o cualquier área del Derecho modelada en gran parte por los precedentes judiciales”²³.

En la segunda de las acepciones señaladas, que es la seguida en general por el propio Posner en su “manual”, se incluyen las tres importantes áreas del *Property Law*, *Law of Contracts* y *Law of Torts* (Derecho de Propiedad, con exclusión de la propiedad intelectual, Derecho de los Contratos, y Derecho de Daños respectivamente, correspondiendo el primero de ellos a los Derechos Reales y el último a una rama especial del Derecho de las Obligaciones). Esta correspondencia permite entender, en parte, por qué las principales investigaciones académicas del AED en países como Argentina, por ejemplo, se han dado casi en su totalidad en estas tres áreas, como ha puesto de manifiesto Horacio Spector en un exhaustivo relevamiento bibliográfico²⁴.

Sin embargo, en *The Problems of Jurisprudence* –una obra de mayor envergadura filosófica, por cierto, que su “manual”– Posner emplea *Common Law* en el sentido más amplio que cabe darle a la expresión, es decir, como

“cualquier cuerpo de Derecho creado fundamentalmente por los jueces a través de sus decisiones más que por los autores de los reglamentos (*Statutes*) y de las constituciones”.

En ese sentido, la expresión *Common Law* es empleada también para designar el Derecho Marítimo, el Derecho de Familia e incluso el Derecho Penal, aunque los jueces que intervengan en su creación no sean estrictamente jueces del *Common Law*, en el sentido técnico en que los juristas emplean la expresión²⁵.

Esta aclaración es importante, porque si bien numerosas veces sostiene Posner que no es tarea de los jueces promover una adecuada distribución del ingreso ni preocuparse por los aspectos inherentes a la justicia distributiva –pues los jueces se encuentran imposibilitados de perseguir otra meta que no sea la eficiencia²⁶– en lugar de significar eso

²³ POSNER, *Economic Analysis...*, *op. cit.*, p. 31. No tenemos, en la tradición jurídica europea y continental (por oposición a la anglosajona) una rama del Derecho similar al *Equity Law*, aunque sí al *Statutory Law*, que podría equivaler a nuestro Derecho Administrativo. En cuanto al primero, era el Derecho aplicado por un tribunal inglés específico creado aproximadamente en el siglo xv que buscaba atenuar el rigor de los fallos procedentes de las Cortes del *Common Law*.

²⁴ HORACIO SPECTOR, *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Anexo A, pp. 206 y ss.

²⁵ POSNER, *The Problems...* *op. cit.*, p. 247.

²⁶ POSNER, *Economic Analysis...* *op. cit.*, p. 26.

un estorbo a la aplicación del AED más bien posibilitaría su extensión a todas las áreas del Derecho. En efecto, dejando por ahora de lado la discusión de si los jueces persiguen o no otras metas además de la eficiencia, lo decisivo aquí es que todo el Derecho parece ser entonces campo propicio para la aplicación del AED, porque ¿qué área o rama del Derecho –especialmente en el *Common Law*– puede sustraerse a la evolución que la propia jurisprudencia le imprime, entendiendo por jurisprudencia, en un sentido amplio, la interpretación de las leyes que los jueces hacen de manera uniforme? Todo el Derecho evoluciona, en efecto, de la mano de la jurisprudencia, y si la eficiencia es la clave de bóveda del *Common Law* en un sentido técnico estricto, nada impediría entonces que dicha clave se extendiese por imperio de una *nueva* jurisprudencia a todas las áreas del Derecho, como Posner pretende que ha ocurrido en los Estados Unidos de Norteamérica²⁷.

Pero además otra importante característica del *Common Law* favorecería, en parte, la idea de que todo el Derecho pudiese responder finalmente a la racionalidad de un único principio rector, de carácter arquitectónico, como Posner pretendía demostrar a comienzos de los ochenta, y hasta permitiría explicar parcialmente la aceptación que tal propuesta tuvo al seno de la *Legal Theory* anglosajona tras una época de relativa crisis²⁸.

La tradición jurídica anglosajona tiene, indudablemente, una clara impronta empírica e inductiva, como afirma Laclau²⁹. Ya Hegel advertía a principios del siglo XIX que “los principios abstractos y universales no

²⁷ La pretensión de Posner no encuentra respaldo en las evidencias empíricas (que a tal efecto son las sentencias procedentes de los tribunales norteamericanos en los que se invocan de un modo u otro las teorías del AED); el AED, al menos en los Estados Unidos de Norteamérica, no parece haber encajado en la jurisprudencia efectiva. Véanse los datos proporcionados por Nuno GAROUPA, en “The Law and Economics of Legal Parochialism”, pp. 1517-1529, con la importante bibliografía allí citada. Más contradictorio aún es que el propio Posner no parece haber encontrado espacio suficiente en su tarea como Juez del Séptimo Circuito de Apelaciones para renovar la jurisprudencia tal como lo prometía a comienzos de los ochenta: Ian SHAPIRO, *The flight from reality in the human sciences*, pp. 136 y ss.

²⁸ Lamentablemente no puedo extenderme en la consideración de la naturaleza, causas y consecuencias de dicha crisis acaecida a fines de los cincuenta, pues ello me apartaría del propósito fundamental que persigo en este trabajo, pero para una cabal intelección de las consecuencias generadas en la jurisprudencia tradicional y *formalista* de los Estados Unidos de Norteamérica por el fenómeno que Posner identifica como “la decadencia del Derecho en cuanto disciplina autónoma”, POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, pp. 424-433.

²⁹ Martín LACLAU, “Los supuestos del pensamiento jurídico en los países de habla inglesa”, p. 10.

dicen nada a los ingleses, ni les pasan de los oídos”, y por estar el Derecho contenido en una ley no escrita, de carácter consuetudinario, “reina una enorme confusión en [su] administración de justicia tanto como en la cosa misma”, cuyo conocimiento “sólo puede y debe adquirirse gracias a la lectura de los muchos volúmenes en cuarto que llena”. Según el filósofo alemán, los jueces ingleses se comportarían entonces como “permanentes legisladores”, puesto que la remisión a la autoridad de sus predecesores está supeditada al soberano derecho que les asiste de “juzgar si las decisiones precedentes son o no conformes al Derecho mismo”³⁰.

Esta particular característica del *Common Law*, que en definitiva le lleva a decir a Hegel que “ellos mismos [los jueces] tienen en sí la ley no escrita”³¹, es resaltada con acritud por el mismo Posner cuando afirma sin ambages que

“inmensos campos de arraigada jurisprudencia tienen débiles fundamentos, en el sentido en que reposan sobre precedentes altamente discutibles [...] El problema de los pies-de-barro es llamativo en el *Common Law* [...] Una decisión puede ser autoritativa en virtud de una decisión previa que es autoritativa en virtud de una decisión previa a ella y así sucesivamente hasta alcanzar la primera decisión en la cadena de los precedentes —¿pero entonces qué? Tal decisión no puede validarse por referencia a un precedente vinculante. Ha sido una decisión direccionada [*policy decision*], que es igual a decir una decisión política [*political decision*] aunque generalmente no sea una decisión política partidista [*partisan political decision*]³².

No es ésta la ocasión de discutir el verdadero problema que la jurisprudencia inglesa ha enfrentado desde siglos en torno a cuestiones tales como la uniformidad, la racionalidad y la previsibilidad de las decisiones judiciales, problemas que la jurisprudencia continental europea, de tradición romanista y con fuerte arraigo en Alemania y Francia a través de diversas escuelas y autores, ha resuelto a su modo y con cierto grado de universalidad. Pero a los fines del presente trabajo, y muy particularmente

³⁰ Georg W. F. HEGEL, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, § 211, p. 642.

³¹ HEGEL, *Fundamentos de...*, *op. cit.*, p. 642.

³² POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, p. 81. Hay un juego de palabras en el original inglés difícil de conservar en español, como puede apreciarse. Una *policy decision* es una decisión judicial que obedece a alguna directriz, directiva o política en sentido amplio [*policy*], como ocurre con la directiva conocida como *stare decisis*, largamente observada por los jueces del *Common Law*, y que en resumidas cuentas significa atenerse a lo ya decidido por los jueces anteriores para casos similares. Pero como Posner señala, toda decisión que responde a una política determinada [*policy decision*] es en el fondo una decisión política [*political decision*].

en relación a la caracterización del enfoque *positivo* o *descriptivo* del AED, es importante, insisto, caer en la cuenta de las especiales características, problemas y controversias que han caracterizado la jurisprudencia inglesa de los siglos XIX y XX y frente a los cuales el AED ha intentado posicionarse como una solución “científica”.

En efecto, en el marco de una agria crítica a los argumentos de autoridad y a la política o directiva del *stare decisis* reinantes en el *Common Law*, Posner sostiene que en el núcleo de la jurisprudencia emergente de tal Derecho no es posible encontrar “un cuerpo de principios validados por el método científico ni por un sentido común fuerte”, ya que dicho núcleo no es más que “un conjunto de decisiones direccionadas [*policy decisions*]”, muchas de ellas “tomadas desde antaño bajo condiciones sociales diferentes”. De hecho el *Common Law* no se aferra a las viejas verdades porque ello constituya una eficaz estrategia epistemológica, sino porque “la estabilidad de la obligación legal es una importante directriz social [*social policy*]”³³.

Más aún, el aferrarse a las viejas verdades acuñadas por antiguos jueces en condiciones sociales diferentes a las actuales es un impedimento en la búsqueda de la verdad, porque la búsqueda de la verdad supone “remontar, hacer frente y superar los desafíos”. Pero precisamente los sistemas jurídicos jerárquicamente estructurados y alentados por el deseo de estabilidad que late en la política del *stare decisis*, como es el caso del *Common Law* –aunque en esto no difiere absolutamente del Derecho codificado– podrán seguramente

“ganar en «justicia» en varios sentidos, haciendo las decisiones judiciales más aceptables al público lego y reduciendo la incertidumbre, pero impiden la búsqueda de la verdad”³⁴.

En esta afirmación de Posner se muestra claramente el tenor *científico*, progresista e ilustrado de su crítica inicial a la jurisprudencia del *Common Law*, explícitamente defendida en numerosos pasajes de su obra más temprana³⁵. Lo sorprendente de esta afirmación, en que la justicia

³³ POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, p. 81.

³⁴ POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, p. 82.

³⁵ En “The Problematics of Moral and Legal Theory” (1998, pp. 1637- 1717) define y justifica su postura moral y su propuesta renovadora del discurso jurídico norteamericano en tales términos. Pero incluso en las primeras obras ya reclamaba para su enfoque normativo el carácter de “utilitarismo ilustrado” (Richard POSNER, *The Economics of Justice*, p. 107) o también de “utilitarismo restringido” (Richard POSNER, “The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law”, p. 187, nota 2).

parece contraponerse a la verdad –dicho sea de paso, el término ‘justicia’ aparentemente tiene para Posner una carga semántica negativa, como se deja ver por el entrecomillado del que echa mano con frecuencia para anotararlo y por los diversos contextos hostiles en que emplea el término–, lo llamativo de esta comprensión del Derecho que su crítica refleja es la convicción de que el Derecho pueda ser *algún día* el ámbito adecuado para la libre investigación científica, investigación que, por otra parte, debe llevarse adelante con los métodos de las ciencias naturales (que la economía *neoclásica* ha sabido adoptar y adaptar a la esfera de lo social)³⁶.

Sin embargo, ocurre lo contrario en el *Common Law*, que como todo sistema que pone el énfasis en la tradición, en la autoridad y en la jerarquía, “tiende a desalentar la búsqueda de las verdades científicas que permitan el avance del conocimiento”, favoreciendo por el contrario la aceptación social de “creencias débilmente fundamentadas”. No es extraño entonces que para Posner el *Common Law* –y todo Derecho que responda a tales características– se asimile en definitiva a la religión, “una actividad en la que los costos observables de la investigación libre son frecuentemente altos”. Lo mismo puede decirse de la jurisprudencia, y ésa es una de las razones por la que la actitud científica no ha tenido lugar “en la empresa del Derecho”, al menos hasta ahora³⁷.

Ese “hasta ahora” representa el presente intemporal que la irrupción del AED pretende todavía instaurar. Vale decir, en la medida en que la jurisprudencia no se renueve al amparo de la propuesta científica que el AED le ofrece, continuará resistiendo todo cambio –como Posner le advertía a Guido Calabresi en 1970 si no se decidía claramente a favor del enfoque *neoclásico* de Chicago³⁸– y continuará siendo un cúmulo “dogmático de viejas verdades formuladas para otros tiempos”, o lo que es igual, un Derecho carente de lógica.

Así podría explicarse entonces parte de la seducción intelectual con que el AED logra cautivar, todavía, un importante auditorio académico fuera de Chicago y de los Estados Unidos de América, porque ¿cuántos juristas podrían resistir la tentación de embarcarse en una empresa que se presenta ante todo como la renovación de un sistema vetusto y anquilosado? En perspectiva histórica: ¿cuántos jóvenes intelectuales y jóvenes académicos del Derecho podrían haberse sustraído en los setenta a la seducción de una maquinaria tan bien trabada y ensamblada como

³⁶ Explícitas referencias a la aplicación de los métodos propios de las ciencias naturales al Derecho se encuentran en POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, pp. 62, 432 *et passim*.

³⁷ POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, p. 82.

³⁸ Richard POSNER, “Book Review of Calabresi’s *Cost of Accidents*”, p. 646.

la economía *neoclásica* y sus promesas de renovación científica? (aunque hoy se sospeche que en el fondo es un edificio tan robusto como vacío). Como Thomas Kuhn afirmó en su obra más conocida, las revoluciones intelectuales siempre son gestadas por las jóvenes generaciones³⁹. Y no caben dudas que el propio Posner es consciente del carácter seductor de su propuesta, como deja entrever cuando sarcásticamente afirma que aunque más no sea por la “fascinación intelectual” que el AED ejerce en cuanto corriente renovadora del Derecho, a pesar de sus limitaciones, los jóvenes no deberían privarse de leer su “manual”⁴⁰.

Pero hay algo que a lo largo de esta agria descripción posneriana del *Common Law* resulta evidente, y es la enorme dificultad a la que su tesis *histórica* se enfrenta, tesis que como he dicho antes, forma parte de su enfoque *descriptivo*. En efecto, la dificultad podría plantearse en estos términos: si como Posner dice, la jurisprudencia emergente del *Common Law* no es más que un gigante “con pies de barro”, “un cuerpo de principios no validados por el método científico ni por un sentido común fuerte”, ¿sobre qué fundamentos puede sostener entonces, como sostiene, que “los principales ámbitos del *Common Law* responden a una lógica económica”? La contradicción es evidente, y como tal fue advertida y criticada por Ronald Dworkin en el marco de la célebre polémica que tuvo lugar a comienzos de los ochenta. Las respuestas y defensas ensayadas por Posner dejaron –y dejan– abiertos numerosos interrogantes⁴¹.

Un autor belga ha sugerido, sin embargo, una hipótesis interesante para explicar esta aparente contradicción⁴². El *Common Law* constituiría para Posner un Derecho evolutivo y anárquico a la vez que puede ser abordado desde una perspectiva sincrónica o diacrónica. En el primer caso se presenta como un Derecho que promueve la eficiencia, en el segundo como un Derecho carente de previsibilidad y de lógica interna. Esta dualidad en el abordaje histórico-epistemológico del *Common Law* se encuentra ya en los estudios que Posner realizó en la madurez de su juventud cuando descubrió gracias a Blackstone la plasticidad, eficacia y

³⁹ “Casi siempre los hombres que realizan esos inventos fundamentales de un nuevo paradigma han sido muy jóvenes o muy noveles en el campo cuyo paradigma cambian” (Thomas KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, pp. 146-147).

⁴⁰ POSNER, Richard. EAL, pág. 27.

⁴¹ El último entremés de la polémica tuvo lugar con las publicaciones de Ronald DWORKIN, “Darwin’s New Bulldog”, pp. 1718-1738, y de Richard POSNER, “Reply to Critics of *The Problematics of Moral and Legal Theory*”, pp. 1796-1823. Dworkin insulta a Posner llamándolo “el nuevo perro Bulldog de Darwin”, y éste le contesta con otros agravios. Sorprende el voltaje de la polémica, las acusaciones y agravios que en ella se ventilan.

⁴² Alain STROWEL, “Utilitarisme et approche économique dans la théorie du Droit. Autour de Bentham et de Posner”, pp. 143-171.

dinamismo del *Common Law*, y gracias a Bentham la anarquía, el caos y la imprevisibilidad de un conjunto de normas carentes de fundamento y de sistematicidad⁴³. Lo que resulta curioso es la forma en que ese abordaje dual se ha trasladado y cristalizado en su propia visión del *Common Law*, a través de un enfoque positivo y otro normativo, que Posner nunca termina de conectar satisfactoriamente.

Pero analicemos ahora los argumentos que esgrime Posner para sostener su tesis de que el *Common Law* habría evolucionado según una lógica económica “implícita” en él.

2. La lógica económica “implícita” en el *Common Law*

En el cuarto capítulo de un libro colectivo publicado en 1996, dedicado a los fundamentos filosóficos del AED, Posner admitía, luego de varios años de maduración tras la primera publicación de su “manual”, que si bien el enfoque *positivo* en el análisis de los daños y accidentes les parece natural a la mayoría de los economistas y abogados con conciencia económica, sin embargo

“la idea de que sea la guía que las cortes hayan usado en la construcción de las doctrinas del Derecho de Daños [*TortLaw*] es mucho más controvertida, incluso entre los analistas económicos”⁴⁴.

Con ello reconocía que la tesis histórica del AED tenía dificultades para su aceptación incluso entre los propios analistas económicos que nunca habían querido ver más allá de los aspectos positivos-descriptivos del AED, aunque todavía insistiese allí mismo en que Ronald Coase había sido efectivamente el primero en formular la idea en cuanto tal. En realidad, la idea respondía más bien a una interpretación propia de Posner,

⁴³ “Blackstone y Bentham tipifican abordajes polares en el estudio de los fenómenos sociales que tienen importantes implicancias políticas tanto como científicas. El estudio [de Blackstone] reveló un sistema enormemente intrincado, de impresionante supervivencia y características de crecimiento y conteniendo en sí, además, una capacidad significativa para la reforma [...] [Bentham] nunca estudió sistemáticamente institución social o jurídica alguna [...] Nunca trató de dominar los principios operativos de las instituciones que buscaba reformar [...] Ése es un modo de investigación social que engendra el utopismo y el radicalismo, su primo amargo” (Richard POSNER, “Blackstone and Bentham”, p. 598).

⁴⁴ Richard POSNER, “Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry”, p. 100.

sólo justificable en cuanto posible inferencia de consecuencias histórico-descriptivas extraídas del siempre controvertido “teorema” de Coase⁴⁵.

En el primer apartado del octavo capítulo de su “manual”, que lleva por título “La lógica económica implícita en el *Common Law*”, Posner se aboca al problema central de su tesis histórico-descriptiva, si bien de manera elusiva, pues promete un tratamiento más extenso de la cuestión en los capítulos 19 a 21, que se diluye finalmente en un examen excesivamente analítico de las principales instituciones y reglas del *Common Law*. Arribado al punto clave de la cuestión, luego de haber afirmado por enésima vez que el *Common Law* se presenta como una “colección de campos dispares”, cada uno con su historia y vocabulario propios y “una desconcertante profusión de reglas y doctrinas” apenas relacionadas entre sí, transfiere retóricamente la pregunta decisiva y cuestiona:

“¿Cómo es posible, podría preguntarse el lector, que el *Common Law* –un antiguo cuerpo de doctrinas legales que apenas ha cambiado ligeramente en el último siglo– tenga tanto sentido económico como parece tener?”⁴⁶.

Posner sugiere cinco posibles argumentos como respuesta, argumentos que remata con la aseveración de que “la eficiencia económica no puede proporcionar, por cierto, una teoría positiva completa del *Common Law*”, pero con todo es capaz de proporcionar un vocabulario uniforme y un andamiaje conceptual firme que ayuden a transformar el *Common Law* en “un todo coherente y comprensible, para así contrarrestar el énfasis pesadamente particularista de la educación y razonamiento jurídico tradicionales”⁴⁷.

He aquí los argumentos en el orden en que Posner los enuncia:

PRIMER ARGUMENTO

Doctrinas del *Common Law* como la condena del enriquecimiento sin causa (que responde a la lógica de una transferencia de recursos sub-óptima o ineficiente), o la atribución de responsabilidad en los accidentes

⁴⁵ En aquellos años ya era bastante conocida (y enigmática) la distancia que Coase había tomado del AED surgido al amparo de un estudio suyo que en 1960 había pretendido sugerir indicaciones solamente a economistas interesados en el Derecho, sin desvirtuar el enfoque metodológico propio de la economía; con los años Coase se revelaría “neo-institucionalista” (un enfoque metodológico nunca bien visto en la Escuela de Chicago). Ronald H. COASE, “Economics and Contiguous Disciplines”, pp. 201-211; “The New Institutional Economics”, pp. 72 -74.

⁴⁶ POSNER, *Economic Analysis...*, op. cit., p. 252.

⁴⁷ POSNER, *Economic Analysis...*, op. cit., p. 253.

a quien está en mejores condiciones de prever el daño (que responde a la lógica de evitar el daño a menores costos), y muchas doctrinas más son “perceptiblemente económicas”, pero no “sutilmente económicas”. Son, como dice Posner, de “sentido común”, y aunque su correcta articulación en términos y fórmulas económicas supere la capacidad de la mayoría de los jueces y abogados, están sin embargo al alcance de su intuición.

Con este primer argumento se defiende, aparentemente, de la objeción de que ningún juez en un siglo y medio de jurisprudencia anglosajona haya jamás invocado expresamente un argumento de índole económica en la resolución de los casos señeros, a excepción de los honorables Oliver W. Holmes o Learned Hand, dos jueces en un millar de jueces. El millar restante sólo habría intuido, aunque no comprendido ni formalizado, la lógica económica que, según parece, no requiere de sutilezas.

La objeción principal que podría formularse a este argumento es que habría que demostrar de manera consistente hasta qué punto la argumentación jurídica se basa u orienta por intuiciones y no por los métodos tradicionales del razonamiento práctico⁴⁸.

SEGUNDO ARGUMENTO

Lo que Adam Smith denomina “riqueza de las naciones”, lo que cualquier hombre de la calle llamaría “el tamaño del pastel” [*the size of the pie*], o lo que Posner identifica en definitiva como “eficiencia”, ha sido siempre un valor social importante, y por ende debe haber influido notablemente en las decisiones judiciales, sobre todo en el siglo XIX, “la época del *laissez-faire* en la que el *Common Law* adquirió la mayor parte de su estructura moderna”.

Este segundo argumento apela a una suerte de *Zeitgeist* o tono vital de una época que habría contribuido a modelar la conciencia (o subconciencia) económica de los jueces del *Common Law*, y es un caballo

⁴⁸ En honor a la verdad, Posner ha intentado la demostración, pero el carácter deconstructivo de su crítica a los métodos tradicionales del razonamiento jurídico (que identifica con el “formalismo jurídico”) desemboca en la suplantación de los mismos por los métodos “objetivos” de la observación, indagación empírica, y verificación estadística, en los que no se advierte el rol determinante de las intuiciones; POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, pp. 37-70. Además, se trata de una propuesta *de lege ferenda*, no *de lege lata*, como en general ocurre con las restates sugerencias del enfoque *normativo* del AED. Luego de su “giro pragmático”, cuando muchas de sus actitudes científicas de juventud han terminado disolviéndose en un escepticismo radical que lo libera de tener que realizar mayores demostraciones, admite que “las intuiciones, emociones y prejuicios son todas formas de pensamiento telescópico o tácito, que contrastan con el razonamiento lógico, explícito, paso por paso”; R. POSNER, *How Judges Think*, p. 98.

de batalla al que recurre Posner con frecuencia⁴⁹. La objeción principal que podría formularse a este argumento es que habría que demostrar primero que ese *laissez-faire* que Posner invoca era realmente el espíritu dominante de una época (el XIX es un siglo realmente muy largo, y tampoco aclara Posner en qué década o décadas está pensando) que muchos han identificado incluso con la crisis del liberalismo y la preocupación por “la cuestión social”. Por otra parte el *laissez-faire* de los liberales decimonónicos poco tendría que ver con la economía *neoclásica* en que se apoya el “nuevo” AED, que comenzó a gestarse lentamente a fines del siglo XIX y sólo adquirió “estado público” –como para forjar el tono vital de una época, si es que lo hizo– ya bien avanzado el siglo XX.

TERCER ARGUMENTO

Los conflictos entre los diversos valores sociales en juego son más controvertidos y difíciles de dirimir en manos de los jueces a causa de las limitadas herramientas con que éstos deben trabajar. Dichos valores tienen que ver más con los aspectos distributivos de la justicia (distribución del ingreso y de la riqueza) “sobre los que no hay formado un consenso”, que con la eficiencia. La eficiencia también puede ser controvertida cuando se la comprende como el *único* valor que las instituciones públicas deben buscar, pero no cuando se la acepta simplemente como un valor más. Pero además las políticas redistributivas exigen poderes impositivos (fiscales) y de gasto público que los jueces no poseen, y como no pueden alterar el tamaño de las rodajas que les tocan a los diversos grupos sociales, “deberían más bien concentrarse en aumentar el tamaño del pastel”, es decir, en maximizar la riqueza social.

Como puede apreciarse, aquí Posner mezcla distintos argumentos, que van perdiendo fuerza y alejándose poco a poco del núcleo central de su enfoque “descriptivo” del *Common Law*. Lo primero que llama la atención es el tiempo verbal que emplea refiriéndose a los jueces [*they might as well concentrate on increasing its size*]: potencial en vez de pretérito, como perdiendo de vista que no se trata de aconsejar a los jueces sobre lo que *deberían* hacer, sino de explicar qué es lo que efectivamente *hicieron* o *han hecho* los jueces del *Common Law*. En detalles como éste se advierte la permanente referencia del enfoque *descriptivo* al enfoque *normativo*, situación que pone en evidencia, como dije al comienzo, que ambos están estrechamente vinculados y no se pueden separar. La falta

⁴⁹ POSNER, *The Economics...*, *op. cit.*, p. 114 *et passim*; *Economic Analysis...*, *op. cit.*, p. 25 *et passim*; *The Problems...*, *op. cit.*, p. 359.

de evidencias empíricas (o de argumentos razonables) en torno a cómo han argumentado los jueces norteamericanos efectivamente en un siglo y medio de jurisprudencia, lleva inevitablemente a plantear la tesis de la eficiencia del *Common Law* en el terreno de las conjeturas y de las idealizaciones.

Pero de todos modos argumentando cómo *deberían* actuar los jueces no se responde a la pregunta de cómo *actuaron* los jueces, no al menos cuando la respuesta o el enunciado normativo es tan discutible y no parece pertenecer a la categoría de los primeros principios prácticos, demandas internas de la razón, principios universales de justicia, o como quiera llamárselos.

De todos modos el argumento podría reducirse, siguiendo la tosca metáfora de Posner, a lo siguiente: los jueces no deben complicarse la vida discutiendo si la rodaja que le asignan a una parte es más grande que la que asignan a la otra, y en ese caso si la merece y a título de qué, sino procurar más bien que el pastel aumente de tamaño maximizando la riqueza. Es un argumento bastante más complejo de lo que a simple vista parece, que consta de diversos niveles argumentativos a pesar de la simpleza de la metáfora. En un trabajo reciente se han puesto de manifiesto las razones “políticas” por las cuales Posner considera que la distribución del ingreso constituye una política incierta aun para quienes poseen los instrumentos fiscales adecuados y están habilitados para ello en un sistema republicano de gobierno (que es uno de los niveles argumentativos en juego)⁵⁰.

Pero lo que no explica el argumento es por qué los jueces no deben “complicarse la vida”, es decir, por qué no deben resolver conflictos entre distintos valores sociales en juego, cuando el Derecho y la conducta humana precisamente parecen moverse en el conflicto de valores como en su ámbito natural, y son los jueces los encargados, por un imperativo constitucional, de resolver esos conflictos.

Tampoco explica por qué la eficiencia sea un valor menos controvertido que la justicia distributiva. Si los jueces no cuentan con los medios eficaces para promover una adecuada distribución del ingreso (lo que es verosímil, aunque eso no signifique exactamente que su actividad jurisdiccional no tenga nada que ver con la justicia distributiva), habría que demostrar que sí poseen, no obstante, los medios para promover adecuadamente la eficiencia (información relevante de los costos en juego, impacto a mediano y a largo plazo en el mercado o “sistema de derechos”, y no sólo en el patrimonio de las partes en litigio), lo que de por sí es dudoso,

⁵⁰ Carlos D. MARTÍNEZ CINCA, “La democracia liberal entre la crisis del Estado de bienestar y la retórica circular de la eficiencia”, pp. 177-196.

cuando no inverosímil. Si pensamos en una demanda por daño ambiental, por mencionar sólo un ejemplo, parece ciertamente inverosímil obtener una sentencia eficiente o maximizadora⁵¹.

Por último, la concesión al carácter controversial de la eficiencia cuando se la entiende como el único valor social en juego a cambio de su reconocimiento o aceptación “simplemente como un valor más” se contradice abiertamente con la tesis central del enfoque *normativo*, que hace precisamente de la eficiencia la *única* meta o valor que los jueces deban promover.

¿Es consciente Posner de todas las contradicciones que encierra su defensa argumentativa de la eficiencia? Cuando se viste el traje del enfoque *positivo* o *descriptivo* parece dispuesto a reconocer las debilidades fundamentales que aquejan a los aspectos *normativos* de la teoría, pero cuando se pone en la piel de jurista, académico del Derecho [*legal scholar*] o como quiera a sí mismo identificarse –porque tales etiquetas le producen escozor, como confiesa en *The Problematics of Moral and Legal Theory*– se ve en la necesidad de defender la eficiencia a ultranza y afirmar, como hemos visto ya, que la eficiencia es “la única meta que los jueces pueden perseguir” y el único valor capaz de proporcionar

“un vocabulario uniforme y un andamiaje conceptual firme que ayuden a transformar el *Common Law* en un todo coherente y comprensible”⁵².

En mi opinión, ésa es la consecuencia inevitable de las prácticas argumentativas que pierden de vista los niveles discursivos en juego, como le ocurrirá casi inevitablemente a todo economista (o abogado con mentalidad económica) que arranque su discurso en el nivel técnico de la razón *instrumental* en que se ubica el enfoque de la *elección racional* postulado por Gary Becker y aplicado por Posner al AED, y concluya en el nivel más amplio y *subordinante* de la razón *práctica* al que pertenece el Derecho⁵³. Existe, evidentemente, una mutua referencia entre ambos niveles, porque lo contrario supondría una concepción del obrar humano mediante compartimentos estancos. Pero una correcta integración de la

⁵¹ Sobre la enorme dificultad de computar los costos ambientales en el corto y mediano plazo, véase un análisis crítico de un caso fallado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que ha sido presentado como el *leading-case* del AED en Argentina: Carlos D. MARTÍNEZ CINCA, “Límites del Análisis Económico como teoría interpretativa y argumentativa del Derecho”, pp. 52-62.

⁵² POSNER, *Economic Analysis...*, p. 252.

⁵³ Para una caracterización del enfoque de la *elección racional* en el AED, Carlos D. MARTÍNEZ CINCA, “Límites del...”, *op. cit.*, pp. 29-52.

dimensión *práctica* e *instrumental* del discurso en torno a la conducta humana requiere por cierto de bases antropológicas más amplias que la estrecha concepción del *homo oeconomicus* de la dominante Escuela de Chicago. En general, es más difícil sortear las dificultades que plantea la integración de ambos niveles discursivos cuando se arranca desde la razón *productiva* o *instrumental* y no a la inversa. La razón *productiva* o *instrumental*, como sostiene Davis, es completamente ciega y agnóstica respecto de los fines que debe alcanzar: sólo conoce los medios más eficaces para alcanzar cualquier fin que le sea dado⁵⁴. En definitiva, el enfoque instrumental de la conducta maximizadora sirve para cualquier cosa, como quedará claro en el quinto argumento.

CUARTO ARGUMENTO

Muchos de los académicos tradicionales suponen que los jueces nada tienen que ver con las metas u objetivos sociales, sino con los principios de justicia. Pero si se revisan tales principios resulta que por lo general adquieren un carácter funcional o instrumental y terminan siendo una versión de la eficiencia o de la política redistributiva.

El argumento es bastante escueto, por cierto, y Posner difiere su explicación para más adelante (*more on this shortly*, concluye enigmáticamente) sin aclarar dónde ni cuándo se llevará a cabo. “Hasta Homero se duerme en algunos versos”, decía Cicerón. Pero supongamos que el “más sobre esto en breve” con que posterga la explicación se refiere a la réplica dirigida a “Is Wealth a Value?”, el lapidario artículo en que Ronald Dworkin demostraba en 1980 la inconsistencia de entender la riqueza como un valor social, incluso en cualquiera de sus funciones instrumentales, débiles o fuertes⁵⁵. En su réplica “The Value of Wealth: a Comment on Dworkin and Kronman”, incorporada al capítulo cuarto de *The Economics of Justice* (1981), Posner aclara el sentido de este confuso argumento, y sostiene que en el fondo todos los valores, incluso los principios universales de justicia que los académicos tradicionalistas han identificado como el verdadero norte de la jurisprudencia, sirven funcional o instrumentalmente –cuál más, cuál menos– como una suerte de “falso blanco” o “señuelo” para la eficiencia.

Sin embargo, y una vez más, las explicaciones corresponden a los aspectos *normativos* del AED, como puede apreciarse. El mismo Posner reconoce al final de su réplica que

⁵⁴ John DAVIS, *The Theory of Individual in Economics*, p. 27.

⁵⁵ Ronald DWORKIN, “Is Wealth a Value?”, pp. 191-226.

“sin dudas es embarazoso para los proponentes de la teoría económica del *Common Law* el que haya tantas explicaciones [posibles] de por qué el *Common Law* [sería] eficiente”⁵⁶,

pero ni una sola razón *contundente* que demuestre por qué los jueces del *Common Law* han maximizado *efectivamente* la riqueza. Una prueba más de que los argumentos orbitan elípticamente en torno al núcleo central del enfoque *normativo* y no logran desprenderse de él.

QUINTO ARGUMENTO

El quinto y último argumento, que retoma la línea del primero y del segundo, parece volver a colocar las cosas en su lugar. Comienza con un ligero exordio:

“El hecho de que, salvo pocas excepciones, los abogados y los jueces no sean autoconscientes de su enfoque económico del Derecho, es una objeción trivial al análisis económico positivo del *Common Law*”⁵⁷.

La razón fundamental de que los jueces no sean autoconscientes del andamiaje conceptual económico en que sus prácticas discursivas se inscriben, según Posner, es que el lenguaje de la economía es un lenguaje diseñado para académicos y estudiantes, no para la gente cuya conducta estudia el economista. Así como “los poetas no usan el vocabulario de los críticos literarios, los jueces no usan el vocabulario de los economistas”, concluye elegantemente Posner⁵⁸.

Hay aquí una razón atendible, que en realidad no hace más que completar el razonamiento del primer argumento. Si descartamos el tercero y el cuarto por su explícita dependencia del enfoque *normativo*, y el segundo por falta de pruebas y por la dudosa conformación de un *Zeigeist* que Posner nunca precisa, resulta que la tesis histórica del enfoque positivo del AED tiene sólo este argumento en su defensa.

El argumento se reduce a esto: si los jueces no han invocado expresamente la eficiencia o la maximización de la riqueza, si ni siquiera han sido conscientes de su empleo en los fallos que han ido dando su forma actual al *Common Law*, pero no obstante ésta y no otra es la lógica “implícita” en las principales instituciones, reglas y principios del *Common Law*, es porque la economía tal como la entendemos es un *metalenguaje*

⁵⁶ POSNER, *The Economics...*, *op. cit.*, p. 115.

⁵⁷ POSNER, *Economic Analysis*, *op. cit.*, p. 252.

⁵⁸ POSNER, *Economic Analysis*, *op. cit.*, p. 252.

elaborado por economistas de profesión que no es necesario hablar para comportarse, sin embargo, como un sujeto económico.

Según Posner, los jueces serían sujetos maximizadores como cualquier otro sujeto de la sociedad que no necesita haber estudiado economía ni entender el lenguaje económico para comportarse, empero, como un sujeto económico. El concepto de sujeto económico (*homo oeconomicus*) de Gary Becker y la Escuela de Chicago es un modelo descriptivo y “predictivo” de lo que un sujeto hará en función de una determinada curva de utilidad. Se trata de un modelo tan general y abstracto que bien “puede predecir el comportamiento de un hombre como el de una rata o una paloma” (*sic*)⁵⁹.

Sin embargo surge inevitablemente una nueva pregunta ante esta parcial conquista dialéctica: ¿Qué necesidad existía entonces de demostrar que los jueces del *Common Law* han maximizado efectivamente la riqueza, si bastaba con decir que “maximizan porque maximizan”, como cualquier sujeto económico? Es muy simple: argumentar de ese modo hubiese puesto de manifiesto la tremenda tautología que late en el fondo del enfoque *descriptivo* del AED, que es la misma tautología del enfoque *neoclásico* que tantos economistas disconformes con la *mainstream* han procurado evidenciar⁶⁰. Decir, en cambio, que las principales instituciones, reglas y principios del *Common Law* llevan implícita una lógica económica ejerce una fascinación intelectual cautivadora, aunque la circularidad de los argumentos, analizados cuidadosamente como corresponde, no logre disimular que en última instancia los jueces maximizan porque maximizan, los abogados maximizan porque maximizan, los políticos maximizan porque maximizan, los médicos maximizan porque maximizan, y así indefinidamente⁶¹.

La hipótesis histórico-descriptiva del AED, es decir, la afirmación de que los jueces del *Common Law* han actuado racionalmente porque sus sentencias han maximizado la riqueza (¡incluso sin saberlo!) carece de evidencias empíricas que la confirmen como tal. Su fuerza probatoria es meramente argumentativa (bastante pobre por cierto), y en cuanto tal

⁵⁹ POSNER, *The Problems...* *op. cit.*, p. 382. Posner admite, increíblemente, que no sería un solecismo hablar, por ejemplo, de una “rana racional”: véase Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, p. 17

⁶⁰ Como dice Shoemaker, el problema es que la economía, entendida de este modo, se torna trivial e irrelevante, porque todas las acciones humanas serían, entonces, *maximizadoras*. Paul J. H. SHOEMAKER, “The Expected Utility Model: Its Variants, Purposes and Limitations”, p. 540. Para un análisis detallado de la crítica al concepto de maximización, Ricardo CRESPO, *Two Conceptions of Economics*, pp. 11 y ss.

⁶¹ La ironía es de Robert Scoon, contra la definición de Economía dada por Lionel Robbins. Robert SCOON, “Professors Robbins’ Definition of Economics”, p. 311.

depende absolutamente de la persuasión que puedan lograr los argumentos elaborados por Gary Becker en su teoría de la *elección racional*.

Volviendo la mirada hacia atrás, podría decirse que si la tesis histórica del enfoque *positivo* no tenía fuerza probatoria *per se* y no se sostenía con independencia de la teoría de la *elección racional* elaborada por Gary Becker, a Posner y al AED sólo le quedaban dos alternativas a comienzos de los ochenta, cuando el nuevo “paradigma” comenzaba a ser cuestionado.

La primera alternativa consistía en reconocer la centralidad del enfoque normativo del AED, o lo que es igual, que el AED era esencialmente una teoría *normativa*, y en esa condición había que abordarlo y discutir sus fundamentos y sus límites. Eso no significaba echar por la borda los complejos mecanismos de análisis *positivo* que los analistas económicos del Derecho habían desarrollado para “explicar” el funcionamiento del *Common Law* o proponer su reforma (y la de cualquier sistema jurídico en general). Pero sí implicaba que tales desarrollos debían pasar indefectiblemente a un *segundo plano*, y que la condición fundamental para que tales mecanismos pudiesen ser admitidos en el razonamiento jurídico era que se demostrase primero que la eficiencia podía valer como la única meta del Derecho, que es lo que el AED en tanto teoría normativa pretendía. Ésta fue la opción que Posner eligió, tentativamente, entre 1979 y 1987⁶².

La segunda alternativa era continuar adelante con la independencia del enfoque *positivo* y admitir, por emplear una metáfora, que la tesis histórica era un mero satélite cuya inexistencia no afectaba el campo gravitatorio de un cuerpo celeste enteramente nuevo en el universo de la *Legal Theory*. Ese nuevo cuerpo celeste era el enfoque *positivo* de la economía neoclásica aplicado, sin más, al Derecho. Al igual que los cuerpos celestes que no son directamente observables por el ojo humano, su existencia se podría demostrar por su campo gravitatorio, es decir, por su interacción con otros cuerpos celestes. Metáforas aparte: si el número de analistas económicos crecía con el tiempo, era porque el AED alguna fuerza propia tendría, y esa fuerza se demostraría en el número de sus seguidores. En cuanto a la alternativa intelectual, ésta ha sido la opción de todos los analistas económicos del Derecho luego de que Posner se atrincherase “tras las murallas del pragmatismo”⁶³. Luego de los fallidos intentos de Posner en los ochenta, ningún analista económico ha sido ca-

⁶² Son los años de discusión con los académicos procedentes de la filosofía del Derecho, desde la publicación de “Utilitarianism, Economics and Legal Theory” (1979) hasta el reconocimiento de las debilidades del enfoque normativo formulado en “Wealth Maximization Revisited” (1987).

⁶³ POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, p. 392.

paz, hasta el presente, de mostrar en qué medida los jueces argumentan, efectivamente, empleando las herramientas del análisis económico.

Con la retirada “pragmática” de Posner, el AED ha vuelto a sus orígenes, es decir, ha vuelto a ser un epifenómeno más de la Economía *neoclásica* ejerciendo su fuerza de atracción sobre el Derecho tanto como sobre la Política, la Psicología, la Literatura, la Medicina, la Psicología o la Biología⁶⁴. Quienes hoy sostienen que los jueces del *Common Law* son o han sido maximizadores en la administración de justicia no necesitan aportar mayores evidencias ni elaborar mejores argumentos que si dijese, simplemente, que los médicos son maximizadores en el ejercicio de la medicina o los políticos maximizadores en el ejercicio de la política. Afirmaciones tautológicas como éstas obedecen al hipertrofismo del enfoque de la *elección racional* de Becker y al “imperialismo de la ciencia económica”, es decir, a la transformación de la Economía *neoclásica* en la “reina” de las ciencias sociales mediante la aplicación de su método matemático (siguiendo el modelo de la física) a las restantes áreas de la conducta humana, aun cuando esas áreas nada tengan que ver con los problemas tradicionalmente estudiados por la economía *clásica* y “pre-marginalista” de Adam Smith, David Ricardo y sus discípulos decimonónicos⁶⁵.

Lamentablemente la retirada pragmática de Posner y las dudas que él mismo ha manifestado en torno a las posibilidades “reformadoras” del AED permanecen desconocidas para muchos académicos todavía interesados en remover y remplazar el “formalismo” de la ciencia jurídica. Su testimonio debería servirles de advertencia:

“el aspecto más interesante y prometedor del análisis económico del Derecho es el positivo. Digo esto no por una preferencia general a favor de la indagación positiva por sobre la normativa, sino a causa de lo poco que se sabe de la naturaleza sistemática del Derecho. El Derecho no se puede entender tan bien como para que uno pueda sostener una opinión segura sobre si la manera correcta de mejorarlo es [//] lograr jueces más sofisticados económicamente o más obedientes a los precedentes y a la tradición”⁶⁶.

⁶⁴ Existen, de hecho, diversos análisis “económicos” realizados sobre el comportamiento altruista en los animales. Richard POSNER -William LANDES, “Altruism in Law and Economics”, p. 419.

⁶⁵ En relación a la extensión y aplicación del enfoque beckeriano de la *elección racional* a todos los asuntos de la conducta humana, aun aquellos comportamientos aparentemente “ajenos” al mercado, Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, pp. 2-6. Para una explicación de lo que los economistas han definido como “imperialismo” de su propia ciencia, Reuven BRENNER, “Economics- An Imperialist Science?”, pp. 179-188.

⁶⁶ Richard POSNER, “The Law and Economics Movement”, pp. 6-7. En “Wealth Maximization Revisited”, pp. 85-105, Posner reconoce ya muchas de las limitaciones del enfoque *económico-normativo* aplicado a la argumentación jurídica.

Algunos años más tarde, la consecuencia natural y casi inevitable de la opción asumida por Posner (el abandono del enfoque normativo) lo conduciría al abroquelamiento final tras las murallas del pragmatismo más crudo, que desiste de una jurisprudencia con fundamentos, y se entrega escépticamente a la confesión de que “no existe un principio rector del Derecho”, lo que paradójicamente es señalado como algo bueno e indispensable para el progreso de una nación⁶⁷. Al parecer, las herramientas analíticas que la ciencia económica prometía proporcionar para un estudio “científico” del Derecho condujeron al juez-académico que lideró el AED por más de 40 años hacia un escepticismo radical y un pragmatismo rampante, dos actitudes intelectuales que nada parecen tener en común con la fe en el Derecho (cuando se lo toma en serio)⁶⁸.

Una última aclaración nos permitirá extraer, finalmente, las conclusiones del presente trabajo. El fracaso del enfoque histórico-descriptivo no obedece a la falta de evidencias ni de datos empíricos que avalen la hipótesis de la eficiencia como clave evolutiva del *Common Law*. El problema es que los datos y las evidencias con las que se cuenta no permiten extraer las conclusiones que los analistas económicos esperan encontrar. Un trabajo meticuloso de investigación empírica llevado a cabo en los Estados Unidos de Norteamérica y modelado sobre la base de 465 (cuatrocientas sesenta y cinco) sentencias extraídas de las Cortes de Apelaciones de distintos estados entre 1970 y 2005, en una materia tan “económica” como son los daños en la industria de la construcción, ha permitido concluir que la evolución observada en esa particular área del Derecho es inconsistente con la tesis de la evolución en clave de eficiencia, pues no existe ni siquiera un “punto de convergencia” en la evolución jurisprudencial de la doctrina de la “pérdida económica en la construcción” elaborada por las cortes estatales⁶⁹. El estudio debería servir de advertencia a quienes aún confían en las posibilidades empírico-descriptivas del AED, pues tiene enormes ventajas comparativas en relación a muchos otros estudios “descriptivos”: ha cubierto un área sensible del Derecho Económico

⁶⁷ Es la postura final de Posner, defendida en las cruciales conferencias de 1997 en honor del juez Holmes (publicadas como “The Problematics of Moral and Legal Theory”), y en el “Manifiesto Pragmatista” con que concluye, finalmente, *The Problems of Jurisprudence*.

⁶⁸ Para comprender las razones de la adopción final de una postura completamente escéptica reñida con su fe inicial en la ciencia, Richard POSNER, “The Jurisprudence of Skepticism”, pp. 827-891.

⁶⁹ La referida doctrina señala, en términos generales, que el propietario puede demandar al constructor por los defectos en la construcción siempre y cuando experimente una “pérdida económica”, es decir, algo más que la mera mortificación que le causa el vicio de la construcción. El estudio versa sobre las disímiles interpretaciones de la “pérdida económica” que han dado las cortes estatales que aplican esta particular doctrina del *Common Law*.

(como es el Derecho Comercial que se aplica a las relaciones entre el constructor y el propietario), ha analizado una especial doctrina creada por las cortes encargadas de aplicar el *Common Law*, y esa doctrina es lo suficientemente antigua como para poder testear su evolución en las condiciones modernas de vida, nada menos que las condiciones de los últimos 35 años de la jurisprudencia norteamericana. Como concluyen sus autores, con la firma del propio Posner:

“la hipótesis de que en las áreas tradicionales del comercio el *Common Law* sea predecible y eficiente, o cuando menos se mueva en esa dirección, no cuenta con evidencia alguna, al menos en esta esfera particular”⁷⁰.

3. Algunas conclusiones

Más allá de la opción seguida por el indiscutible líder intelectual del AED, es evidente que la debilidad del enfoque normativo arrastra consigo la inviabilidad del enfoque positivo del AED, al menos en cuanto *teoría general del Derecho*, y en definitiva, todo el AED fracasa en su intento por elaborar una parte importante de ella, es decir, una teoría de las decisiones judiciales que pueda explicar cómo argumentan los jueces y cómo resuelven los llamados “casos difíciles”.

En este trabajo he procurado poner de manifiesto dos importantes limitaciones del análisis económico aplicado al Derecho. La primera es que su tesis histórico-descriptiva, que pretende explicar la evolución del *Common Law* en clave económica, es decir, en clave de eficiencia, se contradice abiertamente con la aguda crítica que Posner dirige a ese particular sistema jurídico que llama un “gigante de pies de barro”, cuyas principales instituciones carecen, en su opinión, de fundamentos razonables. La segunda, es que no existen evidencias aportadas por el AED en torno a la supuesta lógica económica “impolítica” en el *Common Law*. Todo lo que hay son argumentos cuya fuerza persuasiva es bastante dudosa y que en todo caso trasladan la discusión desde el ámbito empírico-descriptivo hacia el ámbito normativo, donde claramente el AED no ha logrado hacer pie, como lo muestran los embates que debió sufrir a manos de los *legal scholars* que eclipsaron su rápido surgimiento en la década de los ochenta⁷¹.

⁷⁰ Anthony NIBLETT - Richard POSNER - Andrei SCHLEIFER, “The Evolution of a Legal Rule”, p. 39.

⁷¹ Para una somera descripción de esos embates y las críticas que el AED no logró superar, Ejan MACKAAY, “History of Law and Economics”, pp. 65-117.

Hay quienes todavía pretenden, incluso en Chile, que el AED puede llegar a ser una herramienta valiosa⁷². Pero como cualquier otra herramienta, el AED mostrará su utilidad en función de la bondad o adecuación de los *finés* para los que se la emplee. La discusión, entonces, en torno a la aceptación de la utilidad o inutilidad del AED no puede darse al margen de los fines sociales que éste parece promover. Pero lamentablemente los fines que el AED promueve son el crecimiento de la riqueza con la inevitable desigualdad en el ingreso que viene aparejada a ella.

Desde su particular punto de vista pragmático-liberal, Posner ha sostenido con soltura que tales fines son deseables, y los ha defendido incluso ante la UNESCO argumentando que las revoluciones y las protestas sociales que la desigualdad genera se evitarían si los pobres recibiesen un mínimo de la riqueza social que les permitiese “sentir que están mejor” que el año anterior, aun cuando los ricos del año anterior se hayan enriquecido aun más (lo que comúnmente se ha llamado la “teoría del derrame”). Pero se encarga de señalar, con notable soltura también, que es indispensable contar, por las dudas, con un sofisticado aparato de represión y de “inteligencia” que deberán costear, indudablemente, los más ricos⁷³.

Semejantes consecuencias políticas del AED (que sólo pueden ser defendidas en determinados círculos intelectuales y difícilmente en la arena pública) han intentado disimularse llamando la atención sobre la importancia de otros fenómenos periféricos que han crecido en torno a él (la escuela de la *Public Choice* de James Buchanan, o el *Behavioral Law & Economics* de Cass Sunstein y Richard Thaler, por ejemplo)⁷⁴. Quienes usan esta estrategia parecen olvidar que tales fenómenos se han apartado decisivamente de las herramientas metodológicas y de los enfoques conceptuales del AED de Chicago, a punto tal que sus intereses han migrado hacia las discusiones de la ciencia política en general (los problemas de las votaciones colectivas, los grupos de presión, los partidos políticos, etc.), como es el caso de la escuela de la *Public Choice*, o bien hacia los problemas propios de las ciencias cognitivas (los “sesgos conductuales” en

⁷² Véase, por ejemplo, Rafael MERY NIETO, “Notas sobre Análisis Económico del Derecho: Una mirada desde América Latina”, pp. 138-139; Santiago MONTT-OYARZÚN, “LAW & ECONOMICS: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos”, pp. 71-85.

⁷³ Richard POSNER, “Equality, Wealth, and Political Stability”, pp. 344-365. Para un análisis de las consecuencias políticas del AED, Carlos D. MARTÍNEZ CINCA, “La democracia liberal entre la crisis del Estado de bienestar y la retórica circular de la eficiencia”, especialmente pp. 188-196.

⁷⁴ Un ejemplo de las recomendaciones a considerar estos nuevos enfoques en Santiago MONTT-OYARZÚN, “LAW & ECONOMICS: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos”, pp. 71-85.

contextos de incertidumbre, por ejemplo), como es el caso del *Behavioral Law & Economics*. Si el AED no ha podido ofrecer hasta hoy una teoría general del Derecho que pueda satisfacer los intereses epistemológicos *proprios* del Derecho, es poco probable que puedan hacerlo estos nuevos enfoques interdisciplinarios que exploran satélites cada vez más alejados del núcleo central de una teoría general del Derecho.

Por último, el escepticismo final de Posner en torno a las posibilidades normativas del propio AED equivale casi a su certificado de defunción. Si en definitiva no se sabe lo suficiente acerca del Derecho como para determinar si es mejor seguir guiándose por la tradición y los precedentes o procurar en cambio que los jueces se “sofistiquen” en cuestiones económicas –como pretende Posner, pretensión que contradice abiertamente su tesis histórica de que los jueces no necesitan hablar el lenguaje de la Economía para comportarse como sujetos económicos⁷⁵– ¿entonces qué sentido tiene plantear una reforma del *Common Law* a través del AED, si en definitiva no se sabe si el resultado será mejor o peor? ¿No será ésta la prueba suficiente de que el AED es una veleidad intelectual, mera exuberancia de quien sólo quiere transmitir y divulgar algo enteramente novedoso en el mundo académico, como ha sostenido Robert Summers⁷⁶?

Sin embargo, las insuficiencias del AED como teoría descriptiva y normativa de la argumentación jurídica no debería llevarnos a pensar que los jueces norteamericanos decidan los “casos difíciles”, finalmente, de manera irracional, acudiendo a sus propias estrategias o preferencias políticas, morales, culturales, o simplemente a lo que es “políticamente correcto” e imperante en la opinión pública de su tiempo, como sostiene Posner⁷⁷. Es casi seguro que el tan combatido formalismo jurídico y la lógica deductiva que le es propia sigan siendo la teoría correcta en torno a la argumentación jurídica, como ha demostrado MacCormick en una obra ya clásica de la filosofía del Derecho⁷⁸.

Bibliografía

- ALCHIAN, Armen, “Some Economics of Property Rights”, en *Il Politico*, N° 30, 1965.
 BRENNER, Reuven, “Economics-An Imperialist Science?”, en *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, N° 1, Chicago, 1980.

⁷⁵ POSNER, “The Law...”, *op. cit.*, p. 7.

⁷⁶ Robert S. SUMMERS, *Essays in Legal Theory*, p. 362.

⁷⁷ Richard POSNER, “The Jurisprudence of Skepticism”, p. 828.

⁷⁸ Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, pp. 52 y ss.

- CALABRESI, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", en *Yale Law Journal*, N° 70, New Haven, 1961.
- CAMPBELL, Tom, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- COASE, Ronald H, "The New Institutional Economics", en *The American Economic Review*, vol. 88, N° 2 (Papers and Proceedings of the Hundred and Tenth Annual Meeting of the American Economic Association), Pittsburgh, 1998.
- COASE, Ronald H., "Economics and Contiguous Disciplines", en *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, N° 2, Chicago, 1978.
- COASE, Ronald H., "The Problem of Social Cost", en *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, Chicago, 1960.
- COMMONS, John R., "Law and Economics", en *Yale Law Journal*, N° 34, New Haven, 1925.
- CRESPO, Ricardo, *Two Conceptions of Economics* (Artículo presentado a la Séptima conferencia del INEM, Xalapa, México, 2 al 4 de julio de 2009 con el título "From the Meaning of the Economy to the Definition and the Roles of Economics"), 19 pp.
- DAVIS, John B., *The Theory of Individual in Economics*. London, Routledge, 2003.
- DWORKIN, Ronald, "Darwin's New Bulldog" en *Harvard Law Review*, vol. 111, Cambridge, 1998.
- DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald, "Is Wealth a Value?", en *The Journal of Legal Studies* N° 9, Chicago, 1980.
- GAROUPA, Nuno, "The Law and Economics of Legal Parochialism", en *University of Illinois Law Review*, vol. 2011, Chicago, 2011.
- HEGEL, Georg W. F., *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (ed. de K. H. Ilting; trad. de Carlos Díaz) Madrid, Libertarias, 1993.
- HEYNE, Paul, "Are Economists Basically Immoral?" and Other Essays on Economics, Ethics, and Religion, Indianapolis, Liberty Fund, 2008.
- KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- LACLAU, Martín, "Los supuestos del pensamiento jurídico en los países de habla inglesa", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Asociación Argentina de Derecho Comparado), N° 7, Buenos Aires, 1987.
- LYNN SPENCER, Deborah, "History and Discourse in Law and Economics: 1920-1985", South Bend (Indiana), University of Notre Dame (Hesburgh Libraries), 1998.
- MACKAAY, Ejan, "History of Law and Economics", en *Encyclopedia of Law And Economics*, vol. 1, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2000.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978

- MARTÍNEZ CINCA, Carlos D., “La democracia liberal entre la crisis del Estado de bienestar y la retórica circular de la eficiencia”, en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, vol. 66, Navarra, 2012.
- MARTÍNEZ CINCA, Carlos D., “Límites del Análisis Económico como teoría interpretativa y argumentativa del Derecho”, en Juan CIANCIARDO ORTEGA (Coord.), *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos*, México, Porrúa, 2012.
- MARTÍNEZ CINCA, Carlos D., “Maximización de la riqueza y asignación de derechos en Richard Posner”, en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, vol. 60, Navarra, 2009.
- MERCADO PACHECO, Pedro, *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- MERY NIETO, Rafael, “Notas sobre Análisis Económico del Derecho: Una mirada desde América Latina”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, Santiago, 2004.
- MONTT-OYARZÚN, Santiago, “LAW & ECONOMICS: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos”, en *Revista Derecho y Humanidades*, vol. 10, Santiago de Chile, 2004.
- NIBLETT, Anthony – POSNER, Richard – SCHLEIFER, Andrei, “The Evolution of a Legal Rule”, en *NBER (National Bureau of Economic Research) Working Paper Series*, N° 13856, Cambridge, 2008. Disponible en <http://www.nber.org/papers/w13856>. Última consulta: 15 de enero de 2013.
- POSNER, Richard, *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.
- POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen, 2006.
- POSNER, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, 6ª ed., Cambridge, Harvard University Press, 1999 (1ª ed. 1990).
- POSNER, Richard, “The Problematics of Moral and Legal Theory”, en *Harvard Law Review*, vol. III, N° 7, Cambridge, 1998.
- POSNER, Richard, “Reply to Critics of *The Problematics of Moral and Legal Theory*” en *Harvard Law Review*, vol. 111, Cambridge, 1998.
- POSNER, Richard, “Equality, Wealth, and Political Stability”, en *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 13, N° 2, Chicago, 1997.
- POSNER, Richard, “Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry”, en David G. OWEN (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Clarendon, Oxford University Press, 1996.
- POSNER, Richard, “What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)”, en *Supreme Court Economic Review*, vol. 3, Chicago, 1993.
- POSNER, Richard, “The Jurisprudence of Skepticism”, en *Michigan Law Review*, vol. 86, N° 5, 1988.
- POSNER, Richard, “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, en *Harvard Law Review*, vol. 100, Cambridge, 1987.

- POSNER, Richard, “Wealth Maximization Revisited”, en *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol. 2, South Bend (Indiana), 1987.
- POSNER, Richard, “The Law and Economics Movement”, en *American Economic Review Papers and Proceedings*, vol. 77, N° 1, Pittsburgh, 1987.
- POSNER, Richard, *The Economics of Justice*, 7ª ed., Cambridge, Harvard University Press, 1998 (1ª ed. 1981).
- POSNER, Richard, “The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law” en *Journal of Legal Studies*, vol 10, N° 1, Chicago, 1981.
- POSNER, Richard, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, en *Journal of Legal Studies*, N° 8, Chicago, 1979.
- POSNER, Richard -William LANDES, “Altruism in Law and Economics” en *American Economic Review Papers and Proceedings*, vol. 68, N° 2, Pittsburgh, 1978.
- POSNER, Richard, “Blackstone and Bentham”, en *Journal of Law and Economics*, vol. 19, Chicago, 1976.
- POSNER, Richard, “Economic Approach to Law”, en *Texas Law Review*, N° 53, Texas, 1975.
- POSNER, Richard, “An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration”, en *Journal of Legal Studies*, vol. 2, N° 2, Chicago, 1973.
- POSNER, Richard, “Book Review of Calabresi’s Cost of Accidents” en *University of Chicago Law Review*, N° 37, Chicago, 1970.
- SCHUMPETER, Joseph A., *History of Economic Analysis*, London, Routledge, 1986.
- SCOON, Robert, “Professors Robbins’ Definition of Economics” en *Journal of Political Economy*, vol. 51, N° 4, London, 1943.
- SHAPIRO, Ian, *The flight from reality in the human sciences*, New Jersey, Princeton University Press, 2005.
- SHOEMAKER, Paul J. H., “The Expected Utility Model: Its Variants, Purposes and Limitations”, en *Journal of Economic Literature*, vol. 20, N° 2, London, 1982.
- SPECTOR Horacio, (comp.), *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- STROWEL, Alain, “Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner” en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 37, Paris, 1992.
- SUMMERS, Robert S., *Essays in Legal Theory*. Dordrecht, Luwer Academic Publishers, 2000.

LOS JUECES CONSTITUCIONALES, LA POLÍTICA Y LA DEFERENCIA JUDICIAL

CONSTITUTIONAL JUDGES, POLITICS AND JUDICIAL SELF RESTRAINT

*Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño**

“I always say, as you know,
that if my fellow citizens want
to go to Hell I will help them. Its my job”.

Oliver WENDELL HOLMES

Resumen

Cuando el juez constitucional impone mediante sus sentencias una determinada ideología, en perjuicio de las demás que se baten legítimamente en el juego democrático, no sólo ignora las diferencias esenciales entre Política y Derecho, sino que compromete las competencias del Parlamento y, en definitiva, la autonomía política de la sociedad. Frente a ello, la doctrina de la deferencia judicial nos recuerda las limitaciones de la jurisprudencia y doctrina constitucionales como herramientas de solución frente a los problemas políticos y la importancia de preservar la referida autonomía.

Palabras Clave: activismo judicial, deferencia judicial, juez constitucional, Parlamento, Política, Derecho.

Abstract

When the constitutional judge imposes a certain ideology through their sentences, to the detriment of other doctrines that are legitimately beaten in the democratic game, not only ignores the essential differences between politics and law, but also damages the powers of Parliament and, ultimately, the political autonomy of the society. In response, the doctrine of judicial deference reminds us the limitations of constitutional

* Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Universidad de Los Andes. Artículo recibido el 15 de enero de 2013 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2013. Correo electrónico: rapoyanc@uc.cl.

doctrines as tools for resolving political problems given the importance of preserving that autonomy.

Keywords: judicial activism, judicial deference, constitutional justice, Parliament-Politics, Law.

1. *El origen del conflicto*

En el derecho constitucional contemporáneo, el control de constitucionalidad de las leyes, a cargo de un juez, se ha asentado de manera más o menos indiscutida en las principales vertientes de la cultura jurídica occidental –desde su origen, en el caso del derecho norteamericano, y desde la introducción de los tribunales constitucionales kelsenianos, en el caso de Europa continental–, con el objeto de garantizar la aplicación jurídica de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico, en particular frente a la ley parlamentaria.

Sin embargo, dicho control hace mucho que ya no se limita sólo a la tradicional función negativa –en cuya virtud se entiende a los jueces constitucionales habilitados para impedir la aprobación de una norma legal, su aplicación a un caso concreto e, incluso, para expulsarla del ordenamiento jurídico–, sino que también estos jueces han devenido, progresivamente, en verdaderos *legisladores positivos*, que inciden creativamente en la tarea del legislador¹. La jurisprudencia de estos tribunales, en tanto –desafiando las convenciones continentales relativas a las fuentes del derecho–, se ha convertido, casi a la par con la propia Constitución, en la fuente más importante de derecho público, con innegable impacto en todo el ordenamiento jurídico y aun sobre la vida política de los países occidentales².

¹ FIGUERUELO BURRIEZA señala que aun cuando desde un punto de vista dogmático las funciones generales del juez constitucional y del legislador pueden diferenciarse, un análisis de la experiencia española y de los modelos europeos más próximos a esa realidad pone de manifiesto que cada vez son más abundantes los supuestos en que el Tribunal Constitucional amplía el ámbito de sus funciones, incidiendo positivamente en la tarea del legislador, ya sea actuando como colegislador o introduciendo en su jurisprudencia controles de mérito u oportunidad. Ver al respecto, Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, p. 50.

² PEREIRA MENAUT afirma al respecto que el panorama ha cambiado tanto en los países de la corriente jurídica europeo-continental que “Constitución” y “jurisprudencia” (al menos, jurisprudencia constitucional, como aclara el autor) son dos conceptos que van de la mano, hasta tal punto que “ya casi no se concibe vida constitucional sin una jurisdicción, especializada o no”. Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, p. 203.

Por otro lado, sin embargo, los Parlamentos siguen siendo considerados los órganos político-democráticos por excelencia, destinados a producir, mediante competencias constitucionales específicas –aunque ya sin la posición suprema que ostentaban en el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX–, la normativa legal que expresa las decisiones políticas libremente adoptadas por la ciudadanía³.

Frente a este panorama, el presente trabajo intentará abordar los principales aspectos de la doctrina de la “deferencia judicial”, que ha emprendido la tarea de delimitar el alcance del control ejercido por los jueces constitucionales, para asegurar un grado de autonomía política al legislador⁴. Para ello, recurriremos tanto a autores de la vertiente europeo-continental como de la norteamericana, en consideración a que la conducta de los Tribunales Constitucionales frente a la ley se asemeja, en muchos aspectos, a la *judicial review* de los tribunales estadounidenses⁵; habiendo sido en el país del Norte, por otra parte, donde las cuestiones de la deferencia y el activismo judicial, que ahora se hacen presentes en nuestra cultura jurídica, fueron abordadas y debatidas por vez primera⁶.

³ Obsérvese como ya LOCKE señalaba esa importancia en las siguientes líneas: “...Si la esencia y unión de la sociedad consiste en poseer una sola voluntad, el legislativo, una vez que ha sido constituido por la mayoría, es el que se encarga de dar a conocer y mantener esa voluntad. La constitución del legislativo es el acto primero y más fundamental de la sociedad, por el cual se garantiza la continuación de esa unión bajo la dirección de ciertas personas y manteniendo los lazos de las leyes que han hecho las personas que están autorizadas para ello, contando con el consenso y la designación expresa del pueblo. Sin esto, ningún hombre o grupo de hombres puede disponer de la autoridad precisa para hacer las leyes que obliguen a los demás”. John LOCKE, *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, p. 360.

⁴ Estamos conscientes de que, en el Derecho público contemporáneo, el poder Ejecutivo tiene, en muchos países, amplias facultades colegisladoras, cuando no el control casi total de la agenda legislativa del Parlamento, además de la posibilidad de dictar legislación delegada. Por ello, las reflexiones contenidas a continuación son aplicables en general, *mutatis mutandis*, a cualquiera de los poderes político-representativos cuando, sea unitariamente o como colegisladores, emiten normas de tipo legislativo y se encuentran enfrentados a la posibilidad de un control de orden constitucional.

⁵ Ver al respecto Mirjan R. DAMASKA, *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica, 2000, p. 120; John H. MERRYMAN, *Sistemas legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad*, p. 260. El problema del control judicial de constitucionalidad, por otra parte, requiere de la existencia de una Constitución escrita y rígida y, obviamente, un juez destinado a controlarla, aspecto en que también el constitucionalismo continental se asemeja al derecho norteamericano sólo a partir de la creación de los tribunales constitucionales kelsenianos y separa a aquél, por ejemplo, del otro gran ejemplo del *Common Law*, el derecho inglés.

⁶ En efecto, el artículo de THAYER que será citado en este trabajo es del año 1893; en tanto, el término “activismo judicial”, de acuerdo a la doctrina norteamericana, aparece formulado por vez primera –aunque en un *magazine*– en un artículo de la Revista *Fortune* de enero de 1947. Adviértase que nos referimos a la formulación de estos conceptos, no a su práctica judicial.

Corresponde aclarar, sin embargo, que el expuesto no corresponde a un planteamiento antijudicialista⁷. Ello porque reconocemos, con PEREIRA MENAUT, que el constitucionalismo debe su nacimiento y desarrollo –en su primera etapa, primero en Inglaterra y luego en Estados Unidos– a los jueces, quienes intervinieron en esta cuestión mucho antes que el legislativo en defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos⁸.

Nuestra opinión favorable a la intervención del juez en materia constitucional, sin embargo, no es óbice para recordar que el objetivo primario del Constitucionalismo –la limitación del poder por medio del Derecho, afirmando una esfera de derechos y libertades a favor de los ciudadanos⁹– también resulta aplicable *al propio guardián de la Constitución* si éste, ejerciendo su actividad jurisdiccional, pone en peligro las potestades asignadas a las demás ramas gubernamentales –dado que cada una de éstas también contribuye, a su manera, a cumplir con los objetivos constitucionales¹⁰– o, incluso, la autonomía política de la propia sociedad.

⁷ El *antijudicialismo* es un extendido principio dentro del derecho continental europeo, que pretende separar al juez común del conocimiento de las materias de derecho público y que tuvo su origen en la doctrina política que fundamentó la Revolución Francesa. Su expresión más clara es, precisamente, la existencia de tribunales especiales para dichas materias: los tribunales contencioso administrativos y los tribunales constitucionales de estilo kelseniano. Dicho principio se contraponen al típico principio de unidad de jurisdicción, propio del Common Law inglés y norteamericano. Para más detalles, ver PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, *op. cit.*, pp. 200 y ss. Y para un comentario sobre sus consecuencias, ver Alexis de TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Madrid, Akal, 2007, p. 143.

⁸ PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, *op. cit.*, p. 194. En efecto, de acuerdo a este autor, al comienzo “no hubo más constitucionalismo que el judicial y que los jueces tuvieron gran importancia y jugaron un destacado papel aun desde su prehistoria en la Edad Media”. Agrega que la famosa *Carta Magna* de 1215 no se ocupa prácticamente ni del Legislativo ni del Ejecutivo, pero sí de la judicatura y de la administración de justicia, como se advierte de sus artículos 24, 38, 39 y 40.

⁹ PEREIRA MENAUT, *op. cit.*, *Teoría Constitucional*, p. 5

¹⁰ Señala GLENDON que el marcado incremento de las causas en que se reclama el reconocimiento de derechos, registrado en Estados Unidos, a partir del movimiento en pro de los derechos civiles de los años cincuenta y sesenta, y el incremento paralelo de los casos en que los tribunales han acogido estas reclamaciones –fenómeno descrito como una “revolución de los derechos”– ha provocado, en la formación jurídica de ese país, una profunda preocupación por la Carta de Derechos y por los tribunales, en perjuicio “del importante papel que aún pueden y deben desempeñar [en ese país] el federalismo, la legislación y la separación de poderes para salvaguardar los derechos y la libertad”. Mary Ann GLENDON, “El lenguaje de los derechos”, p. 83.

2. El juez constitucional y las cuestiones políticas

Como es sabido, lo constitucional se encuentra a medio camino de lo político y jurídico, dada la necesaria presencia en esta disciplina de determinadas opciones filosófico-políticas que actúan como su fundamento y marco¹¹. PEREIRA MENAUT señala al respecto que una Constitución apolítica (sólo jurídica)

“es una *contradictio in terminis*... el sentido común nos recuerda que no hay ninguna magna carta apolítica ni debe haberla. No hay forma de emitir un juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad sin hacer, en alguna medida, un juicio político, pues la naturaleza de la Constitución es tan política como jurídica”¹².

En el mismo sentido, LEIBHOLZ –refiriéndose al Tribunal Constitucional Federal alemán– recuerda que es indiscutible que las cuestiones sometidas a la jurisdicción constitucional son de carácter político, y que las decisiones del Tribunal Constitucional pueden tener, en ciertas circunstancias, extraordinarias e importantísimas consecuencias políticas y pueden alterar, en una medida muy sensible, el juego político de la Nación¹³.

Por ello, agrega dicho autor, cuando un Tribunal Constitucional actúa en una disputa de Derecho Político, el elemento político, bajo ropajes jurídicos, se convierte en el objeto principal de la decisión judicial¹⁴.

Si lo anterior dificulta –aunque no imposibilita– la correcta apreciación de la conducta del juez constitucional, debe considerarse, además, el contemporáneo descrédito de la Política como forma de resolver los problemas de la vida en comunidad; problema contingente que ha llevado a algunos a recurrir a los órganos jurisdiccionales como tabla de salvación del debate público. SCHUCK señala al respecto que, atendido el prestigio de los tribunales, cuando los políticos parecen fracasar en la tarea de brindar los bienes públicos exigidos por los ciudadanos, aquellos cuentan

¹¹ Nos referimos a asunciones tales como “los hombres son libres e iguales”, “los hombres tienen derechos connaturales”, “el poder público está al servicio de las personas”, “el poder público debe ser controlado”, etc., que son los presupuestos filosóficos de origen liberal que aparecen en el siglo XVIII y que dieron origen tanto a la Política como al Derecho Constitucional, tal como los conocemos hoy en día.

¹² PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, *op. cit.*, p. 238. Aunque cabe aclarar que este autor no se refiere a la “ideologización” de la Constitución o del juez constitucional, que trata en un apartado distinto.

¹³ Gerhard LEIBHOLZ, “El Tribunal Constitucional Federal alemán y el problema de la apreciación judicial de la Política”, p. 90.

¹⁴ LEIBHOLZ, “El Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, p. 90.

con una vía que los litigantes, invocando alguna fuente de autoridad legal, buscarán emplear para que dichos tribunales los materialicen. Este autor continúa señalando que

“en el imaginario público este tipo de argumento –‘existe una grave injusticia y los políticos no están haciendo lo necesario para rectificarla’– es quizás la justificación más común y poderosa para que la autoridad judicial se expanda más allá de los límites que le han sido previamente establecidos”¹⁵.

GLENDON advierte, en tanto –en una descripción que bien podría aplicarse al mundo occidental en general–, de qué manera el fenómeno jurídico-político que denomina “la revolución de los derechos”¹⁶ ha producido en EE.UU. un desinterés respecto de la Política y en favor del Derecho, como forma de resolver asuntos de interés público:

“La idea tradicional de que, salvo que el texto constitucional o la tradición indiquen claramente lo contrario, las personas deben resolver los problemas difíciles y polémicos por conducto de sus representantes de elección popular, comenzó a desgastarse”¹⁷.

Continúa la misma autora señalando que

“a medida que [en EE.UU.] el sistema de partidos fue víctima de grandes grupos de intereses, altamente organizados y bien financiados, la política ordinaria comenzó a parecer inútil a la par que fastidiosa, socialmente estéril y al mismo tiempo insatisfactoria desde el punto de vista personal”¹⁸.

En vista de todo lo anterior, podría objetarse que, *prima facie* y dadas las características de las cuestiones constitucionales, no parece inconveniente que los jueces constitucionales intervengan en materias de orden más bien político, sobre todo cuando, como sucede frecuentemente, se arguye que los poderes representativos encargados de esas cuestiones no cumplen con su labor de bien común; con la ventaja comparativa de que, respecto de las discusiones que se ventilan ante ellos, esos tribunales actúan generalmente como última instancia, lo que permite imponer una determinada decisión política sin necesidad de las *farragosas* dilaciones de la actividad democrática (el peso de las mayorías, la necesidad de

¹⁵ Peter H. SCHUCK, “El Poder Judicial en una Democracia”, p. 170.

¹⁶ Ver nota N° 10, *supra*.

¹⁷ GLENDON, “El Lenguaje...”, *op. cit.*, p. 84.

¹⁸ GLENDON, “El Lenguaje...”, *op. cit.*, p. 84.

convencimiento, negociación y transacción, los bloqueos parlamentarios, la interrelación entre los poderes político-representativos, etc.).

Nosotros no pretendemos negar los problemas que eventualmente aquejan a la Política –aunque esto podría ser objeto de discusión–, sino simplemente cuestionar el supuesto, extendido en cierta doctrina legal, de que un *sobrerreforzamiento* del juez constitucional frente a los poderes colegisladores, o una primacía apresurada de la Constitución frente al resto de las fuentes del derecho, podría ser la solución más adecuada para enfrentar los desafíos políticos de las sociedades contemporáneas.

En otras palabras, puede que el remedio jurisdiccional, utilizado para solucionar los problemas políticos de las sociedades modernas, tenga los mismos o peores defectos que *el arte de lo posible*, sin que esté demostrado que tenga iguales o mejores virtudes.

3. ¿Existen diferencias entre el Derecho y la Política, en relación a la justicia constitucional?

En ese orden de ideas, nosotros creemos que si el juez deja el campo del Derecho –aplicando normas jurídicas preexistentes, aunque tengan un cierto contenido filosófico-político–, e invade el de la Política –escogiendo e imponiendo una de entre las diversas ideologías o intereses legítimos que se batan en el campo de ésta–, se introduce en un ámbito que compartiendo muchos rasgos con el primero¹⁹, también se encuentra separado de éste por cuestiones importantes, que son precisamente las que justifican el atribuir el campo de la segunda a un poder distinto, con distintas facultades.

Expuestas de manera muy esquemática²⁰, entre éstas diferencias destaca, en primer lugar, la forma de resolver los conflictos de interés,

¹⁹ PEREIRA MENAUT señala al respecto que Política y Derecho comparten la común *superficialidad* –esto es, tanto la necesidad de apoyarse en otros supuestos personales y sociales que escapan a su alcance, como la imposibilidad de hacer al hombre bueno o feliz–; la resolución no violenta de conflictos de ideologías o intereses discrepantes; el carácter de ciencias prácticas, ciencias de la realidad, no teoréticas como la lógica; el sujeto que las practica, esto es, la persona libre con inteligencia racional y conciencia moral; y ciertas materias que interesan tanto al Derecho como a la Política: la libertad, el orden, los derechos, la legitimidad y, en definitiva, el Constitucionalismo. Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Política y Derecho*, pp. 60-61.

²⁰ Para profundizar sobre este interesante tema se recomiendan las dos obras del profesor PEREIRA MENAUT citadas en este trabajo, cuyos detalles se encuentran en la bibliografía: *Doce tesis sobre la Política y Política y Derecho*.

que es distinta en cada caso. En el caso del ámbito jurídico, lo usual es la adjudicación por un juez en favor de aquella posición o interés de las partes que más se ajusta a Derecho (es decir, a la norma preexistente), descartando la que no encuentra ese fundamento; lo cual explica, además, la eficacia comparativa del proceso jurisdiccional, dado que éste se basa en una suerte de *reduccionismo cognitivo*, que es una de sus características más llamativas: no se considera a toda la comunidad política, sino sólo a las partes del proceso; ni se considera toda la realidad o las alternativas de solución, sino que sólo aquella parte del problema presentada por los litigantes y que ha sido sometida a conocimiento jurisdiccional, en lo que resulta relevante para resolver la cuestión litigiosa como tal.

En el caso de la Política, por el contrario, dado que no existe ni puede existir en la sociedad una sola visión sobre el bien común²¹ y que, dentro del marco de lo constitucional, las diversas visiones sobre lo público son todas legítimas, la competencia democrática e incluso la negociación entre esos distintos enfoques resulta normal y esperable. Ese proceso concluye en la *creación* del derecho legal, que juridifica la solución política adoptada de cara a la ciudadanía –en nombre de ella–, mediante el procedimiento legislativo democrático²².

Son estos aspectos los que convierten al proceso político en lento, engorroso y eventualmente poco satisfactorio –al menos desde una perspectiva eficientista– dado que lo usual es que dicho proceso logre, a lo más, soluciones de compromiso. Ése es, sin embargo, el precio que implica en nuestras democracias el generar normas de derecho que gocen de un consenso y eficacia social mínimos, respetando al mismo tiempo la autonomía e igualdad política de todos los ciudadanos²³, la presentación de

²¹ Ya Aristóteles consideraba que la comunidad política no puede ser una *unidad* –es decir, una comunidad sin pluralidad de intereses y aspiraciones–, pues la unidad forzada convertiría a la ciudad en una familia y a ésta en una persona sola, destruyendo la ciudad. “Lo que se ha considerado como el mayor bien en las ciudades en realidad las destruye. Sin duda, el bien de cada cosa es aquello que la preserva”. ARISTÓTELES, *Política*, 1261a y 1261b, pp. 99-100.

²² LEIBHOLZ señala al respecto que las controversias políticas puras, en contraposición a los litigios jurídicos sobre materias políticas, son conflictos que no pueden ser resueltos por la mera aplicación de normas jurídicas, ya que en ellos se trata de una pugna, no por la aplicación del Derecho establecido, sino acerca de *cuál debiera ser el contenido de ese Derecho*, esto es, acerca de *la creación del Derecho*. Tales cuestiones, señala este autor, “no pierden su carácter político, a pesar de la fraseología y el aparato jurídico con que pueden ser tratadas. Por lo tanto, su solución jurisdiccional acarrearía graves perjuicios a la justicia y no contribuiría en nada al mejoramiento del juego político”. LEIBHOLZ, “El Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, p. 92. Los destacados son nuestros.

²³ WALDRON recuerda que, en las teorías políticas basadas en derechos, los sistemas jurídicos se fundan típicamente en la soberanía popular (aunque sea de forma indirecta), así que hay un compromiso teórico con la propuesta de que aquellos que poseen los derechos

sus diversas visiones sobre la cosa pública y, sobre todo, la libertad política para debatir y decidir por aquella de estas visiones que parezca acercarse de mejor manera al bien común²⁴.

Lo anterior nos recuerda, además, que los problemas sociales son multiformes y multicausales: presentan diversas facetas, así como distintas fórmulas de solución. Por ello, el proceso de decisión política atiende de mejor manera esa diversidad de ángulos y visiones, permitiendo también, de mejor forma, su análisis en el foro público²⁵.

En segundo término, el Derecho se separa de la Política en su relación con la *imparcialidad*. Como señala PEREIRA MENAUT, la Política, aunque sea altruista, persigue sus metas con criterios partidistas, que no todos los afectados comparten, ni es posible que compartan al cien por ciento. El Derecho, aunque pueda no tener la misma altura de miras, necesariamente ha de impartirse con imparcialidad, o de lo contrario dejará de ser Derecho²⁶; requisito que, ciertamente, también resulta plenamente aplicable a la jurisdicción constitucional.

Adviértase, en este sentido, que es característica del proceso político la participación de los propios ciudadanos, sea directamente o a través

en cuestión, sean también en principio capaces de pensar cómo utilizarlos adecuadamente. Agrega que la teoría liberal de los derechos naturales –en el sentido lockeano– todavía se predica sobre la asunción de que es tan seguro confiar dichas decisiones a individuos comunes como confiarlas a cualquier otro, y que es mucho más seguro en su conjunto confiarlas a personas naturales. JEREMY WALDRON, *Derecho y Desacuerdos*, p. 265.

²⁴ WALDRON resume este punto señalando que las leyes son el producto de un complejo proceso deliberativo que toma en serio el desacuerdo, y tienen pretensión de autoridad sin intentar ocultar, por ello, la controversia y la división que envuelve su aplicación. Los tribunales son también un foro de toma de decisiones sociales en un contexto de desacuerdo, pero aunque poseen algunas ventajas, no son necesariamente los más representativos o los más respetuosos de las voces en disputa de la comunidad. Concluye que “las leyes son *esencialmente*, y no sólo casualmente, el producto de asambleas amplias y polifónicas”. WALDRON, *Derecho y...*, *op. cit.*, p. 18.

²⁵ WALDRON señala que una asamblea legislativa tiene la función de representar las principales facciones de una sociedad y la de elaborar leyes tomando en serio las diferencias entre ellas, en lugar de pretender minimizarlas o negar su existencia. El que un órgano de este tipo no pueda proceder normalmente sobre la base del consenso deliberativo no lo pone en apuros, sino que, al contrario, supone un tributo a este enfoque concreto de la creación legislativa: la idea es que podremos crear así nuestras leyes, con pleno reconocimiento de nuestros desacuerdos, y no tratando de esquivarlos. WALDRON, *Derecho y...*, *op. cit.*, p. 36.

²⁶ PEREIRA MENAUT, *Política y...*, *op. cit.*, p. 61. Obsérvese, sin embargo que, como señala este autor, las leyes, como productos del Parlamento, admiten una cierta dosis de política sin dejar de ser tales, pues reflejan el producto de los acuerdos políticos alcanzados en el Parlamento. En el ámbito jurisdiccional, por el contrario, una sentencia de sesgo “político” o parcial sería una aberración.

de sus representantes, en la creación de las normas que se estiman más apropiadas a los problemas comunes que afectan a la sociedad. Lo normal, por ello, es que esos ciudadanos o sus representantes estén implicados o actúen desde determinadas posiciones políticas o ideológicas²⁷. En el Derecho, en cambio, la decisión siempre pertenece a un tercero, el juez, de quien se espera una posición equidistante de los intereses de las partes, con el objeto de fallar con imparcialidad²⁸.

Son estas diferencias las que explican la tensa pero necesaria relación que debe trabarse entre el Derecho y la Política, que es lo que intenta regular el Derecho Constitucional. LEIBHOLZ expresa al respecto que

“en la estructura tipológica ideal [de la justicia constitucional] existe una contradicción interna, final e insalvable, entre la Ciencia de lo político y la de lo jurídico. Esta contradicción se explica porque, según su esencia misma, la Política está aprisionada en una esfera dinámica e irracional y trata de acomodarse a las siempre cambiantes condiciones reales de la vida; en cambio, el Derecho, en su estructura esencial fundamental, es un ente estático y racional que trata de sujetar y controlar las fuerzas vitales que intentan constantemente expresarse e imponerse dentro del campo político”²⁹.

En el mismo orden de ideas, según PEREIRA MENAUT, el Derecho implica, de cara a la Política, freno, control y limitación; lo que abre la puerta a otra gran diferencia entre ambos: la Política impulsa, propone, innova, es expansiva; el Derecho frena el poder, lo sujeta, lo encauza, recorta el alcance de su actuación y procedimientos. Si la actividad política limita el poder, el Derecho limita a la actividad política³⁰.

El Derecho Constitucional, en síntesis, cumple el valioso papel de establecer un marco jurídico objetivo que permita el sano funcionamiento de la Política –esto es, fundamentalmente, la discusión, la libre elección y,

²⁷ Nos referimos a “ideología” en sentido amplio. Un partido político o movimiento social que se presenta como “apolítico” también sería, para efectos de este trabajo, una forma de ideología.

²⁸ WALDRON señala al respecto que la distinción de un tribunal, respecto del Parlamento, radica en la diferenciación entre las partes del proceso y aquel que toma la decisión, el juez. El juez escucha los alegatos de las partes, luego se retira y reflexiona sobre ellos, regresando con un veredicto que se supone representa una respuesta imparcial a las peticiones contradictorias del mismo. En el Parlamento en cambio, incluso en los casos en que éste actúa como una comisión parlamentaria, sus miembros nunca intentan esconder que, cuando actúan, son parte implicada en el asunto que conocen; e incluso antes de la democracia, los Parlamentos se entendieron siempre como una forma de generar derecho por el pueblo y desde el pueblo, no desde una autoridad superior. WALDRON, *Derecho y...*, op. cit., pp. 32 y 69-70.

²⁹ LEIBHOLZ, “El Tribunal Constitucional...”, op. cit., p. 90.

³⁰ PEREIRA MENAUT, *Política y...*, op. cit., p. 62.

en su caso, la composición o acuerdo entre las distintas posiciones ideológicas o sociales—, sin que la dinámica expansiva de ésta termine destruyendo el propio debate democrático o incluso los derechos y libertades de las personas. Ese marco está a cargo de un juez que, como tal, debiera mantener *una estricta neutralidad* frente a las opciones políticas en juego. Es la ciudadanía la que debe escoger entre éstas, no el juez.

4. Los problemas de la intervención del juez constitucional en un conflicto puramente político

Sin embargo, una cosa es encauzar la Política mediante el Derecho y otra, totalmente distinta, es *reemplazar* a la primera por el segundo. De ahí puede advertirse el sentido que tiene entregar los asuntos jurídico-constitucionales a un juez imparcial, que cuenta con el imperio y las técnicas para determinar e imponer la visión más ajustada a la legalidad constitucional; y los asuntos políticos, en cambio, a una asamblea parlamentaria, donde los distintos puntos de vista de la sociedad están representados y pueden dialogar con pie de igualdad. Pueden advertirse, asimismo, los problemas que se derivan de confundir los campos y, en particular, de solucionar una cuestión política con las armas del Derecho.

Presentados de manera esquemática, el principal de estos problemas es, obviamente, la pérdida de la imparcialidad absoluta del juzgador, la garantía básica que se espera de una justicia constitucional objetiva. En esas condiciones, este juzgador deja de estar sujeto a una norma preexistente para entrar a formar parte, de hecho, del proceso legislativo de creación de nuevas normas jurídicas de nivel constitucional o legal, mediante una jurisprudencia teñida de la ideología favorecida por aquél³¹.

Una segunda consecuencia negativa de la situación estudiada es la eliminación, en un ámbito propiamente político, de toda posibilidad de competencia y negociación entre las distintas posiciones en pugna —lo propio de la Política—, para dar la preferencia *absoluta* a una de esas op-

³¹ ZUÑIGA URBINA señala que, aun cuando el Tribunal Constitucional resuelve conflictos políticos, sean conflicto de normas o conflicto de reparto de poderes, y por ende la naturaleza del conflicto de poderes es jurídico-política, ello no significa que el órgano de *heterocomposición* del conflicto sea político, o que el control sea político; muy por el contrario, el control de constitucionalidad por ser control jurídico o jurisdiccional, *posee límites asociados a la naturaleza del control y del proceso, como también del órgano que lo ejerce: un tribunal*. FRANCISCO ZUÑIGA URBINA, “Tribunal Constitucional. Problemas de posición y legitimidad en una democracia constitucional”, p. 271. El destacado es nuestro.

ciones, descartando totalmente las demás en juego. Al respecto GLENDON señala, refiriéndose al “lenguaje de los derechos”:

“en su forma simple [dicho discurso] es un lenguaje que no da lugar a soluciones de transacción. El ganador se lo lleva todo y el perdedor tiene que abandonar la ciudad. La conversación ha terminado”³².

Desde el punto de vista de la posición triunfadora, esto sin duda es una ventaja. Pero al perdedor –que indistintamente puede ser la mayoría o la minoría, o una ideología de cualquier signo– se le han cerrado todas las puertas del proceso democrático y no sería de extrañar un desencanto que, a la larga, puede ser muy peligroso para la subsistencia del sistema político³³.

En relación con esto último, otro gran inconveniente, ahora desde un punto de vista político, es la imposición de soluciones normativas desde la jurisprudencia constitucional, sin acudir a la legitimación del procedimiento legislativo democrático³⁴. No es irrelevante recordar al respecto que la participación de los ciudadanos es de la esencia del proceso político democrático: sin ellos, no hay Política³⁵. Y dado que todos pueden participar, los mecanismos propios de este arte parecen ser los más adecuados para lograr la presentación de todos los puntos de vista en juego, dado que por provenir de personas que se reputan igualmente valiosas y dignas, éstos poseen esencialmente el mismo valor³⁶.

³² GLENDON, “El lenguaje...”, *op. cit.*, p. 88.

³³ No obstante lo cual –o tal vez precisamente por esto– muchos acuden a la justicia constitucional con el preciso fin de ganar *por secretaría* aquello que no pudo imponerse en el juego democrático. Ver al respecto apartado N° 7 de este trabajo.

³⁴ Aunque desde un punto de vista jurídico también hay grandes inconvenientes. A propósito de la constitucionalización del derecho y el recurso de protección, GUZMAN BRITO alude al desbaratamiento del sistema dogmático de las diferentes ramas del derecho –sin el cual la justicia racional, que llevó siglos construir, se convierte en “decisión arbitraria de cadí musulmán”, según afirma– y al cambio de los fundamentos del Derecho, el cual deja de estar constituido principalmente por la ley y se transforma en uno formulado por los jueces. Alejandro GUZMÁN BRITO, *El derecho privado constitucional de Chile*, p. 77.

³⁵ WALDRON señala al respecto que una nota característica del mundo contemporáneo es que el poder legislativo casi siempre reside en grandes asambleas parlamentarias, estructuradas de un modo tal que representan (o pretenden representar) a la mayor cantidad de ciudadanos y los desacuerdos más serios y sustantivos que existen en la sociedad respecto de la manera en que esta sociedad debe ser organizada. La principal razón de ello es que las decisiones adoptadas en el foro político afectarán directamente a los propios derechos e intereses de quienes participan en él. WALDRON, *Derecho y...*, *op. cit.*, p. 284.

³⁶ Ya ARISTÓTELES señalaba, como una de las más importantes consecuencias de la igualdad en materia política, la alternancia en el poder: “...entre libres e iguales... no es posible que todos gobiernen simultáneamente, sino por turnos de un año o por algún otro ordenamiento temporal... es evidente que sería mejor que gobernasen siempre los

En cambio, cuando se trata de la solución de un problema político a través de las herramientas jurisdiccionales, la participación de los ciudadanos es sólo contingente –dado que se excluye a todos los que no son parte del litigio– y la contienda se reduce a los argumentos e intereses del demandante y el demandado, que además serán ponderados y dirimidos, como se dijo antes, por un tercero. Una determinada decisión judicial respecto de cualquier cuestión política carece por ello, necesariamente, tanto de la legitimación democrática como de la amplitud de miras necesaria para abordar el problema tratado. Pero –he aquí lo que parece más grave en esta cuestión– ello no impedirá *su imposición con la fuerza del derecho*, eliminando además toda posibilidad de disenso legítimo³⁷.

Por esto es que HESSE señala que, aun cuando tiene mucho en común con la legislación, la jurisprudencia no surge en el proceso de formación de la voluntad política; no puede, por ello, sustituir al derecho surgido en el proceso legislativo democrático, y no está democráticamente legitimada en la misma medida que el derecho adoptado por el Parlamento. Aunque puede diferenciar más cuidadosamente, facilita la adaptación a problemáticas cambiantes y puede satisfacer las exigencias de una justicia concreta y vinculada al caso, la jurisprudencia no puede desarrollar los mismos efectos racionalizadores y estabilizadores que una regulación legal clara³⁸.

De esta manera, los característicos requisitos procesales y sustanciales propios de la jurisdicción constitucional, así como los resultados esperables de su actuación, constituyen *dificultades objetivas* que, no obstante encontrar debida justificación en un ámbito propiamente jurídico, empobrecen la solución de un determinado conflicto político al limitar el acceso y libre juego de los distintos puntos de vista sobre las cuestiones públicas³⁹.

mismos, si ello fuera posible. Pero en aquellos casos en los que eso no es posible, debido a que todos son iguales por naturaleza, es justo, sea el gobernar bueno o malo, que todos participen de él; esto es lo que se trata de imitar al cederse los iguales por turno el poder y considerarse como semejantes fuera de su cargo. Pues unos gobiernan y otros son gobernados por turno, como si se volvieran otros. De la misma manera, de entre quienes gobiernan, unos ocupan un cargo y otros otro". ARISTÓTELES, *Política*, 1261a. La misma idea puede ser aplicada, *mutatis mutandis*, a la alternancia de las diversas ideas políticas.

³⁷ Ello explica por qué, tanto en EE.UU. como en otros países occidentales, muchos activistas se esfuerzan por judicializar algunos temas sociales muy controvertidos, sea a nivel interno o internacional. GLENDON señala al respecto que en EE.UU., a partir de los años 60 del siglo XX, a muchos les parecía mejor y también más conveniente dedicar tiempo y esfuerzos a pleitos que podrían conducir a la victoria total, que pasarse largas horas en actividades de organización política, "de las que generalmente lo más que se puede pretender es obtener una solución de transacción". GLENDON, "El lenguaje...", *op. cit.*, p. 84.

³⁸ Konrad HESSE, "La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional", p. 158.

³⁹ WALDRON señala al respecto que, aunque los tribunales son también un foro de toma de decisiones sociales en un contexto de desacuerdo, y aunque poseen algunas ven-

Obsérvese, por último, cómo la posibilidad de lograr cambios políticos a través de la actividad jurídico-constitucional termina convirtiendo a los jueces en los verdaderos *responsables* del cambio social. Al respecto PEREIRA MENAUT señala la inconveniencia de esta opción, pues se termina acusando a los jueces de conservadores, si no dan lugar a los cambios solicitados, o de activistas, por interferir en las decisiones que corresponden a los poderes Ejecutivo y Legislativo, si lo hacen⁴⁰.

Desde el Derecho Privado y en el mismo sentido, GUZMÁN BRITO no niega la posibilidad de efectuar cambios al sistema legal por razones de justicia, pero ello debe ser merced a los procedimientos previstos en el ordenamiento constitucional, que suponen una decisión política previa, tomada por los órganos competentes y formada de acuerdo con los cánones previstos, y no por los jueces a impulso de los abogados en los estrados. Entretanto ello no ocurra,

“sigue correspondiendo al legislador formular las normas que otorguen la debida protección a los diversos derechos e incluso intereses en el modo adecuado a los principios”⁴¹.

En vista de todo lo expuesto, muchos autores han teorizado sobre la necesidad de moderar el alcance de las facultades de control de los tribunales constitucionales en aquellas materias de competencia del legislador, recurriendo al concepto de la deferencia judicial. A esto nos referiremos a continuación.

5. La deferencia judicial

Ante la posibilidad cierta de que el ejercicio indebido o ideológico de las facultades del Tribunal Constitucional entorpezca el ejercicio de las competencias asignadas al legislador, algunos autores, tanto en el mundo del derecho continental como en la corriente del *Common Law*, han teorizado acerca de la necesidad de que aquél ejerza sus atribuciones con moderación. Dicha moderación ha recibido el nombre de *judicial self-restraint*, autorrestricción, deferencia judicial o deferencia razonada. Como señala ZAPATA,

tajas, no son necesariamente los más representativos los más respetuosos de las voces en disputa de la comunidad. WALDRON, *Derecho y...*, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁰ PEREIRA MENAUT, *Política y...*, *op. cit.*, p. 48.

⁴¹ GUZMÁN BRITO, *El derecho privado constitucional de Chile*, p. 77.

“el ejercicio de la ‘deferencia razonada’ por parte del Tribunal Constitucional constituye un resguardo eficaz contra el activismo judicial desbordado”⁴².

La deferencia judicial, sin embargo, es un concepto de contornos difusos⁴³, dada la dificultad de delimitar el rol del juez constitucional respecto de un documento que, como la Constitución, mezcla en diferentes proporciones el Derecho y la Política, lo que no siempre permite determinar con claridad cuando estamos frente a un problema jurídico-constitucional o bien frente a un problema directamente político; mayormente aun frente a Cartas Fundamentales como las contemporáneas, repletas de valores, conceptos jurídicos indeterminados y metas y objetivos sociales, culturales y políticos⁴⁴, a lo que se suma la actuación de cierta doctrina legal que, consciente o inconscientemente, otorga cobertura técnica al activismo, como veremos más adelante.

No obstante lo anterior, y dado que no creemos en la existencia de “algoritmos legales”⁴⁵ que resuelvan automáticamente los casos difíciles, la eventual imprecisión de esta doctrina no debiera ser óbice para rescatar sus aportes principales⁴⁶, por lo que creemos que vale la pena reseñar sus principales aspectos.

El primero que intentó teorizar sobre la autorrestricción judicial fue el profesor de Harvard James B. THAYER, quien en octubre de 1893 publicó un artículo sobre la materia⁴⁷, en el que expresaba su preocupación por

⁴² Patricio ZAPATA LARRAÍN, *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, p. 230.

⁴³ POSNER, más bien crítico con esta figura, considera la deferencia judicial o “*judicial self-restraint*” como un verdadero “camaleón” y hace énfasis, en su trabajo, en que el mismo concepto ha cubierto distintas formas de autorrestricción judicial. Richard A. POSNER, “The Rise and fall of Judicial Self-Restraint”, p. 520.

⁴⁴ Pensamos, por ejemplo, en la Constitución española (Artículo 9.2: Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social) o en la Constitución portuguesa (Artículo 73. 3. El Estado promoverá la democratización de la cultura, estimulando y asegurando el acceso de todos los ciudadanos, en especial de los trabajadores, al goce de la cultura y a la creación cultural, a través de organizaciones populares básicas, colectividades de cultura y recreo, medios de comunicación social y otros medios adecuados).

⁴⁵ Expresión tomada de POSNER, “The Rise...”, *op. cit.*, p. 539.

⁴⁶ Imprecisión que, en nuestra opinión, afecta más a los mecanismos concretos de aplicación de esta teoría, que a sus principios generales.

⁴⁷ James B. THAYER, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, pp. 129-156. (La traducción de este artículo que ofrecemos a continuación es propia). Respecto de este trabajo, POSNER señala que la deferencia judicial es mucho más antigua

los posibles alcances negativos de la entonces reciente doctrina de *judicial review*, esto es, la invalidación de las leyes por oponerse a la Constitución, a cargo de los jueces.

Por el contrario, THAYER estimaba que el poder de revisión judicial no debería comprender la facultad de privar a otro departamento de gobierno –respecto del cual los jueces no deben olvidar que tienen una relación de coordinación o igualdad–, de alguno de sus poderes legítimos, o de su rango de discreción. En ese sentido, de acuerdo a este autor, el ejercicio de ese poder jurisdiccional requiere una tolerancia o margen de actuación para el vasto e indefinible rango de consideraciones dirigidas únicamente al juicio práctico de un cuerpo legislativo. Dentro de ese margen, los legisladores deberían ser libres y los jueces no deberían intervenir⁴⁸.

En ese sentido, THAYER recuerda que, habida cuenta de las grandes, complejas y siempre crecientes exigencias de gobierno, muchas de esas elecciones o juicios parlamentarios o políticos, que pueden parecer inconstitucionales a una persona, o cuerpo de hombres, podrían razonablemente no serlo para otros; que la Constitución a menudo admite diferentes interpretaciones; que frecuentemente hay un rango de elecciones y juicios y que en tales casos la Constitución no impone sobre la legislatura una opinión específica, sino que deja abierto ese rango; y que cualquiera de esas elecciones, si es racional, será constitucional⁴⁹.

Pero además el profesor THAYER se muestra particularmente crítico de la tendencia doctrinaria y jurisprudencial, ya presente en los jueces de su tiempo, de convertir la función judicial en estas materias en una especie de *mera técnica*, aparentemente neutra y exenta de toda otra connotación, que se reduciría, primero, a una simple comparación entre dos

tanto en la teoría como en la práctica del derecho norteamericano. Sin embargo, THAYER representaría su más conocida y mejor desarrollada versión, al menos desde el punto de vista de la doctrina. Uno de los factores que impulsó a THAYER a este desarrollo, nuevamente de acuerdo a POSNER, fue el que la facultad de los tribunales de justicia norteamericanos de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, en la época en que éste formuló su teoría (1893) todavía era controvertida, lo que aconsejaba su uso prudencial. POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, p. 522.

⁴⁸ THAYER, “The Origin and...”, *op. cit.*, p. 135. De acuerdo a KRIELE, THAYER partía del principio –calificado como correcto por el primero– de que el derecho constitucional es neutral respecto de la política económica, social, etc., es decir, que da cabida a la discusión democrática entre los partidos de “derecha” y de “izquierda”. De ahí se daba para ese autor –también correctamente, de acuerdo a KRIELE– la necesidad de un *ethos* profesional del juez quien, si bien puede pertenecer personalmente a uno u otro partido, *como juez* debe reprimir sus inclinaciones personales y abstenerse de incluirlas mediante la interpretación en la Constitución. Martín KRIELE, *Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, p. 301. Énfasis en el original

⁴⁹ THAYER, *op. cit.*, p. 144.

discursos, o dos lecturas –la Constitución y la ley–; segundo, a declarar el verdadero significado de cada uno, cuando ellos se encuentran en conflicto; y, finalmente, a establecer la superioridad de la Carta Fundamental como documento de mayor jerarquía, lo que para THAYER es tanto como reducir este control a un cometido judicial ordinario y simple⁵⁰. En su opinión, una tal declaración no recogería las notables peculiaridades de la interpretación constitucional en este campo⁵¹.

En este orden de ideas, para THAYER la determinación del contenido de la Constitución corresponde en primer lugar al Legislativo, determinación que para este autor no reviste carácter preliminar respecto de las cuestiones sometidas a su conocimiento, sino que se trata de la determinación definitiva, función que aquel poder no comparte con el Judicial⁵².

El cuestionamiento jurisdiccional, en tanto, es eventual –ocurre sólo en el marco de un litigio en el cual se produce una controversia de constitucionalidad, a propósito de intereses particulares–, y surge mucho tiempo después de que la ley ha entrado en vigor y ha producido efectos de profunda importancia; características que, por otra parte, no son ni excepcionales ni imprevistas, pues es a la Legislatura a quien se ha dado este poder de imponer, a través de su acción, una interpretación de la Constitución que producirá tales efectos, incluso en los asuntos más serios⁵³.

⁵⁰ THAYER, *op. cit.*, p. 150. Al respecto, THAYER afirma, en su artículo, que la regla que propone –ver apartado N° 6– involucra el reconocimiento implícito de que los jueces han sido dotados, indirectamente y en cierto grado, del poder de revisar la acción de otros departamentos estatales y pronunciar su nulidad, función meramente judicial, pero que tiene parte en la conducción política del gobierno, por lo que los jueces deben aplicar los métodos y principios que convienen a dicha tarea. Pero en lugar de ello, dice este autor, se lleva a cabo un tratamiento pedante y académico de los textos de la Constitución y las leyes, perdiéndose la necesaria combinación, que estos casos requieren, entre la visión de estadista y el rigor de un abogado. THAYER, “The Origin and...”, pp. 138 y 152.

⁵¹ Además de lo dicho (ver nota al pie N° 50) dichas peculiaridades se deberían –de acuerdo al análisis de POSNER– a que, para THAYER, cuando el Parlamento decide aprobar una ley, también hace por sí mismo una calificación de constitucionalidad, deviniendo en una “especie” de corte constitucional (argumento también esgrimido en Chile por ZAPATA. Ver al respecto nota al pie N° 59, *infra*); y que si los Tribunales llevan el control de constitucionalidad hasta el límite, podrían convertir a los legisladores en entes meramente reactivos a las decisiones de las cortes. Por el contrario, un control deferente forzaría a los legisladores –de cuya labor THAYER tenía una alta opinión– a preocuparse seriamente respecto de la constitucionalidad de la legislación propuesta (POSNER, “The Rise and ...”, *op. cit.*, p. 524).

⁵² De acuerdo a este autor, la función judicial es simplemente determinar los bordes externos de la acción legislativa, el límite más allá del cual los poderes legislativos no pueden ir sin vulnerar las prohibiciones de la Constitución o cruzar la línea de sus concesiones o privilegios. THAYER, *op. cit.*, p. 148.

⁵³ THAYER, *op. cit.*, p. 136. Es de notar que este autor mencionaba, en contra de la entonces reciente *judicial review*, el argumento de que si el constituyente hubiese querido

En consecuencia, para THAYER, es evidente que un poder tan trascendente dota a su titular del derecho al correspondiente respeto, un respeto que no es una mera cortesía o convencionalismo, sino que se basa en sólidas y significativas bases de Política y Derecho⁵⁴.

Si bien esta teoría se difundió rápidamente en la ciencia jurídica norteamericana y encontró partidarios incluso en la Corte Suprema –aunque en una minoría de jueces, entre los cuales los más importantes fueron HOLMES y BRANDEIS–, ella no pudo imponerse sino hasta los años 30 del siglo XX. Incluso después de 1933 la Corte bloqueó gran parte de la legislación económica y social del *New Deal* del presidente ROOSEVELT, y sólo después de que una abrumadora mayoría del pueblo americano eligió, por segunda vez, al mismo presidente y expresó, con ello, su oposición a esta jurisprudencia, encontró la doctrina una mayoría en la Corte Suprema, con lo que quedó expedito el camino para la legislación económica social⁵⁵. Posteriormente, la doctrina de la *judicial self-restraint* fue seguida, con mayor o menor fidelidad a su fundador, durante los siguientes 81 años, siendo su último representante memorable a nivel de la Corte Suprema –de acuerdo a POSNER–, el juez BICKEL, quien ejerció en tal Tribunal entre 1956 y 1974⁵⁶.

En la doctrina chilena, en tanto, ZAPATA señala que en un Estado de Derecho caracterizado, entre otras cosas, por la efectiva separación de las funciones estatales, las relaciones entre los distintos órganos de poder pueden y deben estar regidas por la deferencia. Dicha “deferencia”, de acuerdo a este autor, resulta indispensable para que el orden institucional funcione de manera armónica y eficiente, y se fundamenta principalmente

una mayor participación del juez en el control de constitucionalidad de las leyes, hubiese previsto el control *ex ante* (THAYER, *idem*); argumento que, si bien se debilita frente al característico control preventivo ejercido por los Tribunales Constitucionales continentales, podría todavía tener alguna consideración respecto del control de constitucionalidad *ex post* (en Chile, N°s 6° y 7° del artículo 93 de la Constitución Política), que, de acuerdo a la memoria del Tribunal Constitucional de nuestro país, se llevó más del 85% del trabajo de ese órgano durante el año 2011 (Fuente: “Cuenta Pública del Presidente del Tribunal Constitucional”, Santiago de Chile, año 2011, pp. 13 y siguientes. Disponible en línea: http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_documento.php?id=174 [Fecha de consulta: 14 de enero de 2013]).

⁵⁴ THAYER, “The Origin and...”, *op. cit.*, p. 136.

⁵⁵ KRIELE, *Introducción a la...*, *op. cit.*, p. 303. Como señala el profesor ZAPATA, en cambio, la Corte Suprema fue desarrollando una actitud crecientemente rigurosa y exigente respecto de las leyes que afectaban las libertades políticas o la igualdad civil, proceso que se intensificó especialmente durante el período en que la Corte Suprema fue presidida por Earl WARREN (1953-1974). ZAPATA, *Justicia Constitucional...*, *op. cit.*, p. 270.

⁵⁶ POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, p. 533.

en la naturaleza misma del régimen democrático representativo⁵⁷, en la autonomía del legislador⁵⁸ y en la presunción de constitucionalidad de los actos legislativos⁵⁹. Por lo mismo, la pérdida de la misma constituiría, para este autor, un síntoma inequívoco de crisis institucional⁶⁰.

6. El efecto de la deferencia razonada

Para corregir los efectos del tipo de razonamiento que criticaba, THAYER propuso la aplicación a la actividad judicial de lo que denominaba una “regla de administración”, que extrae de la jurisprudencia de su tiempo⁶¹ y que consistiría, fundamentalmente, en que una ley del Congreso no debería ser declarada inválida, a menos que la violación de la Constitución fuese tan manifiesta que no pudiese dejar lugar a dudas razonables⁶². De esta manera, el estándar que pesa sobre las Cortes consistiría no solo en determinar la inconstitucionalidad de la norma –como la mera comparación entre dos discursos legales, uno de la ley y otro de la Constitución–,

⁵⁷ ZAPATA recuerda al respecto que Chile es una república democrática, y que el ejercicio de la soberanía radica en el pueblo. En consecuencia con lo anterior, la dirección de los asuntos públicos corresponde a los representantes libremente elegidos por la ciudadanía y no a los jueces, sobre los cuales existe poco control político. *Justicia Constitucional...*, *op. cit.*, p. 229.

⁵⁸ Tal como THAYER, ZAPATA afirma que es el legislador quien debe complementar y detallar las instituciones que la Carta Fundamental sólo perfila en sus líneas más gruesas. Sin embargo, dentro del marco que fija la Carta Fundamental, el legislador goza de una legítima autonomía, que el Tribunal Constitucional, en aplicación de la “deferencia razonada”, no puede sino reconocer y respetar. ZAPATA, *op. cit.*, p. 233.

⁵⁹ ZAPATA, *op. cit.*, pp. 227-229. Es decir, existiendo solo dudas respecto de la constitucionalidad de un acto de otro poder del Estado, el Tribunal Constitucional debe, en principio, presumir su constitucionalidad y abstenerse de anular las disposiciones sospechosas. Tal presunción se destruiría únicamente cuando la oposición entre el acto sospechoso y la Carta Fundamental fuera concluyente. Por otra parte, el Tribunal Constitucional, aunque supremo en su labor, no es el único intérprete de la Constitución. En efecto, el legislador también interpreta la Constitución. Al hacerlo, tiene también el deber de sujetarse a la Carta Fundamental. No debe olvidarse que tanto Presidente de la República como parlamentarios, al momento de asumir como tales, deben prestar juramento de hacer respetar la Constitución. Más aún, a todos ellos se les puede haber efectiva su responsabilidad por el incumplimiento eventual de dicho deber. ZAPATA, *op. cit.*, pp. 243- 244.

⁶⁰ ZAPATA, *Justicia Constitucional...*, *op. cit.*, p. 228.

⁶¹ THAYER extrae esta regla de un fallo de 1811, pero argumenta, con diversos ejemplos, que ella existía ya desde 1782. THAYER, “The Origin and...”, *op. cit.*, p. 140.

⁶² La duda razonable a que se refiere THAYER es la que perdura en la mente de una persona competente y debidamente instruida, que ha aplicado cuidadosamente sus facultades al problema expuesto. Se trataría, entonces, de la opinión razonablemente aceptable para una persona como ésta. THAYER, *op. cit.*, p. 149.

sino en precisar, además, la permisibilidad del juicio que se admite a otra rama de gobierno a la que la propia Constitución ha encargado el deber de efectuarlo⁶³.

ZAPATA, por su parte, agrega que en aplicación de este principio, los jueces deben reconocer “que la conducción política de la Polis está radicada en el Ejecutivo y en el Congreso Nacional. Al mismo tiempo, parece indispensable que las determinaciones que adopten dichos entes políticos merezcan una cierta consideración –deferencia– de parte de los jueces”. Desde este punto de vista, la no justiciabilidad de una decisión legislativa derivaría de haberse adoptado ésta dentro del ámbito de “autonomía” que al efecto fija la Constitución Política. Tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a la adopción de una u otra fórmula normativa⁶⁴.

De esta manera, y dentro de los márgenes de discrecionalidad que le reconoce y garantiza la Constitución, el legislador es soberano para escoger cualquiera de las posibles alternativas a su alcance. Las consideraciones técnicas, políticas o económicas, en base a las cuales el legislador escoge una u otra fórmula, en la medida –por supuesto– que no infrinjan la Constitución, se encuentran más allá del control jurídico del Tribunal Constitucional⁶⁵.

Para ZUÑIGA URBINA, la deferencia que el Tribunal Constitucional debe practicar con los poderes públicos, en especial los que poseen legitimidad democrática y la dirección política del Estado, como el Gobierno y el Congreso Nacional, se expresa en que

“el control de constitucionalidad no puede sustituir al control político y al control social del poder, lo que excluye o limita severamente la posibilidad de emitir juicios de mérito, oportunidad o conveniencia”⁶⁶.

⁶³ THAYER, *op. cit.*, p. 144. De acuerdo a KRIELE, el necesario espacio de autonomía destinado a la discusión democrática y a la acción del legislador parlamentario requeriría que la Corte Suprema no declarase inconstitucional ninguna ley que pudiera ser justificada mediante razones plausibles, sin que importara si los jueces las encontrasen personalmente convincentes o no. El juez debería aceptar la “plausibilidad racional” del argumento del legislador y hacer caso omiso de su opinión política personal. KRIELE, *Introducción a la..., op. cit.*, p. 302.

⁶⁴ ZAPATA, *Justicia Constitucional..., op. cit.*, pp. 229-234

⁶⁵ ZAPATA, *op. cit.*, p. 234. Más adelante, este autor estima que ese ámbito de libertad se amplía o restringe según si la Constitución es “neutra” –en el sentido de admitir en su seno la existencia de distintas visiones políticas, como a su juicio ocurre con la Constitución española o la americana– o “comprometida”, como a su juicio lo sería la Constitución chilena de 1980.

⁶⁶ ZUÑIGA URBINA, “Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, pp. 270-271. Para este autor, un ejemplo de esta “deferencia” es la presunción de legitimidad constitucional de los actos del poder político estatal en general y de la ley en particular, “presunción que obliga a

HESSE por su parte –aunque crítico del concepto de deferencia constitucional, como veremos más adelante–, señala que, con independencia de la falta de claridad de los límites a la vinculación jurídico-constitucional del tribunal del ramo, éste no puede sustituir sin más sus valoraciones por las del legislador, además de que la amplitud e indeterminación del parámetro de control frecuentemente deja espacio para diferentes valoraciones. Tampoco puede dejar de atender a las consecuencias de sus decisiones. Está, por ello, obligado a la prudencia⁶⁷.

Para POSNER, en tanto, la deferencia judicial, en uno de sus principales significados –que, según afirma, corresponde justamente al tipo de deferencia practicado por James B. THAYER⁶⁸–, implica que los jueces deberían ser especialmente renuentes a declarar una acción ejecutiva o legislativa como inconstitucional, tanto en razón de la diversa competencia institucional propia de cada una de estos poderes, como por el respeto que se debe a las ramas del gobierno de origen democrático; lo cual, a su vez, se basa en el supuesto de que las legislaturas pueden hacer juicios políticos y escoger opciones de esa naturaleza con más propiedad que las Cortes⁶⁹.

Adicionalmente, de acuerdo al mismo autor, pueden encontrarse una serie de consideraciones en el sentido expuesto por la doctrina iniciada por THAYER –aunque no sostenidos directamente por este– que llaman a la deferencia en casos particulares. De acuerdo a ellas, es necesario tener presente que los jueces por lo general son abogados competentes, pero pocas veces mucho más que eso⁷⁰; que las decisiones judiciales pueden ser ricas en consecuencias no deseadas, el alcance de la Constitución es vasto, y la justicia opera con información limitada; que, dada la inexistencia de

ejercer un control de constitucionalidad en que la declaración de inconstitucionalidad se funde en vicios de inconstitucionalidad material, formal y competencial, y por ende en un conflicto de normas, operando así un control abstracto de legitimidad de tales actos”. Agrega que el control de constitucionalidad es inidóneo por definición para enjuiciar la constitucionalidad de las «cuestiones políticas», no debiendo confundirse esta noción con el contenido político propio de los conflictos constitucionales que adoptan la forma de conflictos de poder (conflicto de normas o de reparto de poderes, que para este autor también es conflicto de normas).

⁶⁷ HESSE, “La jurisprudencia...”, *op. cit.*, p. 166.

⁶⁸ Este autor asigna otros dos contenidos relevantes al concepto de deferencia judicial, que no desarrolla en el trabajo citado: la posición denominada “*legalismo*” y la posición que denomina “*modestia judicial*”. Ver detalles en: POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, p. 521. Recuérdese, sin embargo, que en el artículo citado, POSNER es más bien crítico con la idea de la deferencia, por lo que su conceptualización solo busca precisar la doctrina de la deferencia, no necesariamente otorgarle su apoyo.

⁶⁹ POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, p. 521.

⁷⁰ Esta prevención nos recuerda lo limitado que es el conocimiento jurídico, no obstante sus muchos aportes, frente a la globalidad de los problemas sociales.

un “método algorítmico” para decidir jurídicamente los casos difíciles, muchas decisiones constitucionales solo pueden ostentar débiles reclamos de validez objetiva; que las partes de la Constitución que generan litigación a nivel de la Corte Suprema son demasiado viejas para ser preceptivas [en los casos contemporáneos]⁷¹; que las cuestiones presentadas en los casos constitucionales suelen ser al mismo tiempo tanto cuestiones emocionales como asuntos trascendentales y las decisiones que las resuelven reflejan, inescapablemente, los valores personales, psicología, antecedentes, presiones de los compañeros, ansiedades políticas, experiencias profesionales, inclinaciones ideológicas, y otros factores de carácter no legal, a menudo inconscientes⁷².

En consecuencia, de acuerdo a las razones expuestas, parece indiscutible concluir que existen una serie de limitaciones, que el juez constitucional debiera tomar en cuenta al momento de tentarse a imponer una determinada visión política o ideológica de la Carta Fundamental, particularmente en aquellos casos de carácter controvertido. De ahí también que, a nuestro juicio, la deferencia judicial –bien entendida⁷³– puede representar una verdadera garantía de imparcialidad frente a cualquiera de las diversas corrientes sociales o políticas que se impongan en el juego democrático legítimo (cuestión que, por otra parte, no puede afirmarse del activismo judicial, en ninguna de sus variantes)⁷⁴.

Sin embargo, ello no puede significar omisión de todo control constitucional, pues, como es sabido, la justicia constitucional ha nacido, en

⁷¹ Este argumento, que ataca directamente a ciertas doctrinas como el *originalismo*, parece ciertamente más atingente a la Constitución norteamericana, pero bien podría replicarse en nuestro país –o en cualquiera otro sujeto a Cartas Constitucionales relativamente recientes– si se recuerda que no siempre nuestras Constituciones, como cualquier otra norma jurídica, pudieron prevenir la solución más justa o adecuada a todos los problemas concretos que habría de deparar en el futuro la siempre cambiante realidad social.

⁷² POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, p. 553. Los otros legados de esta corriente, para dicho autor, dicen relación con limitaciones a la justiciabilidad de la Constitución, el deseo de estudiar el impacto real de la legislación impugnada en la sociedad –sostenido en su momento por el juez BRANDEIS, seguidor de THAYER–; con la conveniencia de mantener oportunidades para la experimentación legislativa a nivel estatal en la Unión americana (ver al respecto nota N° 82) y con la noción de deferencia como mecanismo pragmático de desempate, en casos dudosos.

⁷³ Ver al respecto críticas a la voluntariedad del *judicial self-restraint*, en el apartado N°7 de este trabajo.

⁷⁴ ZÚNIGA URBINA advierte que debemos poner buen cuidado en no dar fácil recibo a la crítica de la deferencia como categoría de la “derecha” o pro gubernamental, por su origen o despliegue en la jurisprudencia constitucional norteamericana de los últimos veinte años, jurisprudencia del Tribunal Supremo y de tribunales federales fuertemente condicionados en su integración por las grandes opciones políticas. ZÚNIGA URBINA, “Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, p. 271.

sus diferentes versiones históricas, bajo la certeza de que el legislador *puede vulnerar* la Constitución. En ese sentido, ZAPATA señala que “Tribunal deferente” no es aquel que renuncia a pensar por sí mismo y que abdica de su rol contralor, en beneficio de las decisiones adoptadas por los poderes de origen democrático. Muy por el contrario, para este profesor la deferencia propuesta demanda del Tribunal la vocación y la capacidad de analizar siempre, detenida y reflexivamente, los actos emanados de los poderes representativos⁷⁵.

De esta manera, tal como se concluye por este último autor, la aplicación de este principio está lejos de reducir al Tribunal Constitucional a la calidad de ente sumiso o meramente decorativo. La deferencia razonada permitiría al referido tribunal realizar un ejercicio vigoroso y creativo de sus atribuciones, evitando, dentro de lo posible, el conflicto permanente con los poderes elegidos democráticamente y el peligro de politización que esta pugna encierra⁷⁶.

De cualquier manera, el principio de deferencia constitucional o la necesidad de reconocer un ámbito de autonomía política al legislador, ha sido reconocido expresamente en sentencias de importantes órganos jurisdiccionales, como los tribunales constitucionales alemán⁷⁷, español⁷⁸

⁷⁵ ZAPATA, *Justicia Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 229-230.

⁷⁶ ZAPATA, *op. cit.*, p. 230.

⁷⁷ De acuerdo a VON MÜNCH, el TCF se ha declarado expresamente partidario de ese principio para su actividad jurisdiccional en su sentencia sobre las bases de las relaciones entre la República Federal de Alemania y la entonces República Democrática Alemana: “El principio del *judicial self-restraint*, que se impone el Tribunal Constitucional Federal, no significa... sino la renuncia a “hacer política”, es decir, a intervenir en la esfera de libre realización política, establecida y delimitada por la Constitución. Ese principio aspira, además, a preservar de otros órganos constitucionales el ámbito de libre realización política constitucionalmente garantizado. Ingo VON MÜNCH, “¿El Tribunal Constitucional Federal como actor político?”, p. 579. La sentencia citada, de acuerdo a este autor, corresponde a: Tribunal Constitucional Alemán (1973), BVerfGE, tomo 36.

⁷⁸ En la Sentencia N° 194/1989, de 16 de noviembre de 1989, el Tribunal Constitucional de ese país señaló, entre otras cosas, que la Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios, dentro de los cuales aquel puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad, y que el legislador es libre de elegir aquella opción que considere más adecuada a sus propias preferencias políticas. Mientras “...las preferencias ideológicas y políticas son legítimas para el legislador y, en cuanto ciudadano, para el recurrente”, no deben introducirse por ningún resquicio en el razonamiento de ese órgano jurisdiccional. Tribunal Constitucional español, 1989, Sentencia N° 194 de 1989. ZAPATA recuerda, sin embargo, situaciones en que ese margen de maniobra del legislador español ha sido puesto a prueba hasta el límite, como sucedió con la Sentencia N° 53, de 11 de abril de 1985, que declaró inconstitucional un proyecto de ley que pretendía despenalizar algunos supuestos de aborto. ZAPATA, *Justicia Constitucional...*, *op. cit.*, p. 246.

y chileno⁷⁹; y ha acompañado, desde su aparición en un voto disidente del juez HOLMES⁸⁰, con diversas modulaciones, la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana⁸¹.

⁷⁹ De acuerdo a ZAPATA, *op. cit.*, p. 241, el fallo Rol 43, de 24 de febrero de 1987, referido al control de la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, recoge este principio en su considerando N° 22°, que reconoce al legislador autonomía suficiente para reglar en forma prudente y dentro de latitudes razonables el derecho de asociación, ya que, de lo contrario, podría invadirse un campo que es propio de la ley. Si así no procediere, según el fallo, se excedería en sus atribuciones transformándose en un órgano colegislador, lo que constituiría una grave infracción a la Constitución. El Tribunal debe declarar la inconstitucionalidad, cuando la ley, prescindiendo de la prudencia que aconseja el espíritu de nuestra Carta Fundamental, afecta el derecho de asociación política. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (1987): Rol 43. A la luz de los recientes fallos sobre los derechos a la salud y a la seguridad social (sentencias roles N°s 976, 1218, 1273, 1287 y 1770), sin embargo, habría que reestudiar si la deferencia judicial es, realmente, una tendencia aún vigente en aquel alto tribunal. Para un análisis de las debilidades analíticas de estos últimos fallos, ver José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena”, pp. 125-166.

⁸⁰ En el conocido fallo de la Corte Suprema Norteamericana *Lochner vs. Nueva York*, de 1905 (198 U.S. 45) el juez HOLMES rechazó las conclusiones de la mayoría –que invalidó una ley que intentaba regular las horas de trabajo de los empleados de panadería de Nueva York–, señalando que el caso estaba siendo fallado en base a una teoría económica “que no es compartida por parte importante del país”. Agregó que “si la cuestión a decidir fuera si estoy de acuerdo con esa teoría, desearía estudiarla detenidamente antes de decidirme. Pero no considero que ese sea mi deber, porque creo firmemente que mi acuerdo o desacuerdo nada tiene que ver con el derecho de la mayoría de expresar sus opiniones por medio de leyes”. HOLMES agrega que una Constitución no debe abarcar una teoría económica particular –el asunto debatido en ese momento–, sino que está pensada para regir a personas de opiniones fundamentales distintas, y el hecho accidental de que encontremos algunas opiniones naturales y familiares y otras nuevas y hasta chocantes “no debe influir [en la decisión de la Corte Suprema] acerca de la cuestión de si las leyes que las contienen están en conflicto con la Constitución de los Estados Unidos” (de acuerdo a traducción propia).

⁸¹ Una de las manifestaciones más recientes del principio de deferencia puede encontrarse en el reciente caso judicial conocido popularmente como *Obamacare*, fallado en julio de 2012, en el cual la Corte Suprema norteamericana aprobó, por mayoría de cinco votos, la constitucionalidad de la “*Affordable Care Act*” o ACA en su parte más cuestionada, esto es, la imposición de un seguro médico a los ciudadanos norteamericanos. El presidente de dicho tribunal –el juez ROBERTS, de tendencia conservadora– citó expresamente los fundamentos de la deferencia judicial, declarando que la invalidación de una ley procede sólo si la falta de autoridad constitucional para aprobar el acto en cuestión está claramente demostrada y que, si bien los miembros de ese tribunal están investidos de la autoridad para interpretar la ley, no poseen ni la experiencia ni la prerrogativa de hacer juicios políticos; los líderes electos, por su parte, que están habilitados para dichos juicios, pueden ser expulsados de sus cargos si la gente no está de acuerdo con ellos. Concluye ROBERTS que no es el trabajo de los jueces proteger a la gente de las consecuencias de sus decisiones políticas. Supreme Court of Justice, 2012, *National Federation of Independent Business et al. V. Sebelius, Secretary Of Health And Human Services, et al.*, 567 U. S. (2012), Opinión del juez ROBERTS, p. 6.

7. Críticas a la deferencia judicial (y posibles respuestas)

La teoría de la deferencia constitucional no ha estado exenta de críticas. Es así como POSNER señala que la doctrina de THAYER ha perdido fuerza debido a varias razones: en la práctica judicial americana, lo son el exuberante activismo de la Corte WARREN y la mantención de algunos de sus precedentes por sus sucesores conservadores en la Suprema Corte; así como la expansión de la *teoría de la incorporación*, que impuso reglas constitucionales uniformes sobre los Estados de la Unión americana, en las áreas sujetas a dicha incorporación⁸².

En lo académico, en tanto, serían factores su falta de coherencia interna –dado que los diferentes seguidores de esta doctrina no formaron una comunidad de pensamiento o de ideas comunes⁸³– y particularmente el crecimiento de diversas e innumerables teorías constitucionales –como el *originalismo*, el *textualismo* y otras– que intentan demostrar cómo *resolver correctamente* los casos constitucionales⁸⁴.

Vale la pena detenerse en este último punto, por su influencia en los principales sistemas legales de Occidente, en el ámbito del derecho público. Es así como, en el caso del derecho constitucional norteamericano, y ejemplificando con autores como DWORKIN, POSNER advierte que estas teorías insisten en que aun el más difícil o indeterminado problema legal tiene una respuesta constitucional correcta. Si esto es así en las más difíciles cuestiones constitucionales, afirma POSNER, es natural pensar que

⁸² POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, p. 546. De acuerdo a POSNER, la progresiva prevalencia de esa doctrina –que es de origen jurisprudencial y que implica, en definitiva, convertir en obligatorios para los Estados de la Unión un número cada vez mayor de los derechos garantizados por las ocho primeras enmiendas a la Constitución Federal– terminó acabando con la posibilidad, sostenida por algunos *thayerianos*, de permitir la autonomía y libertad de los Estados en ciertas materias legislativas, entendidos como verdaderos laboratorios de experimentación jurídica, a objeto de posibilitar la aparición de diversas soluciones jurídicas en el derecho norteamericano.

⁸³ De acuerdo a POSNER, los principales seguidores de esta doctrina fueron los jueces de la Suprema Corte norteamericana HOLMES (juez de la Corte Suprema entre 1902-1932), BRANDEIS (entre 1916-1939) y FRANKFURTER (entre 1939-1962). Todos ellos, si bien coincidieron en la necesidad de respetar la labor del Legislativo, no siempre lo hicieron por las mismas razones de THAYER, que aluden fundamentalmente al carácter democrático del legislador y al reconocimiento de sus virtudes y facultades para intervenir en la cuestión política. Actualmente, de acuerdo al mismo autor, no habría seguidores de esta doctrina, al menos en la Corte Suprema (el artículo citado fue publicado en septiembre de 2012). POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, pp. 533 y 547 y ss. Ver, sin embargo, nota al pie N° 81.

⁸⁴ POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, p. 546.

el juez deba dar esa respuesta jurisdiccional que se estima correcta y que cualquier otra interpretación está fuera de la ley⁸⁵.

En el derecho continental, en tanto, sucede lo mismo con algunas versiones del *Neoconstitucionalismo*, tendencia doctrinaria o movimiento⁸⁶ que, de acuerdo a GARCÍA AMADO, se apoya en la existencia, en las Constituciones, de cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para su efectiva garantía, así como de cláusulas de carácter valorativo, que conforman la Constitución material o axiológica y cuya estructura y forma de obligar y aplicarse es distinta de las de las “reglas” constitucionales comunes. Ese orden de valores o esa moral constitucionalizada poseen una fuerza resolutive tal como para contener una respuesta cierta o aproximada, de aplicación directa, para cualquier caso en el que se vean implicados derechos, principios o valores constitucionales. La labor de plasmar esas respuestas pertenece a los jueces en general y a los tribunales constitucionales en particular⁸⁷.

De esta manera, los jueces constitucionales se transformarían en suprainstancias judiciales y su labor de argumentación adquiriría tintes pretendidamente demostrativos,

“puesto que no se trata de justificar opciones discrecionales, sino de mostrar que se plasma en la decisión la respuesta que la Constitución axiológica prescribe para el caso”⁸⁸.

ZÚNIGA URBINA, por su parte, señala que la distinción entre reglas y principios de Robert ALEXYS ha servido de *excusa neoconstitucionalista* para armar edificios dogmáticos casi de la nada, empleando para ello el de suyo escaso material normativo iusfundamental, “todo lo que se traduce en hacer política constitucional de signo ideológico conservador o neoliberal, y con ello activismo judicial”⁸⁹.

⁸⁵ POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, pp. 535-536.

⁸⁶ Decimos “tendencia” siguiendo a NÚÑEZ POBLETE, quien afirma que más que una doctrina, este movimiento se identifica con diversas evidencias y significaciones, entre las que se encuentran el crecimiento de las atribuciones de la judicatura constitucional, la constitucionalización del derecho, la difusión de una concepción axiológica de los derechos constitucionales, la progresiva consolidación de ciertas metodologías de resolución de conflictos (tales como la ponderación), etc. Manuel Antonio NÚÑEZ POBLETE, “El Neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, p. 525.

⁸⁷ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Sobre el *Neoconstitucionalismo* y sus Precursores”, p. 3.

⁸⁸ GARCÍA AMADO, “Sobre el *Neoconstitucionalismo...*”, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁹ ZÚNIGA URBINA, “Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, p. 268. Este autor extiende esta crítica a las tendencias neoliberal, neoconservadora y neoiusnaturalista.

De esta manera, tanto en el derecho norteamericano como, sobre todo, en la esfera del derecho continental⁹⁰, la doctrina ha jugado un importante papel en esta materia, afirmando en definitiva que toda situación sometida al conocimiento de un Tribunal Constitucional –incluso aquellas que son especialmente complejas por incluir debatibles cuestiones extrajurídicas–, encontraría una solución de fondo ya predeterminada en la Carta Fundamental. Pero ello no hace sino convertir en legales cuestiones que, en definitiva, son políticas o sociales, y extiende el alcance del marco constitucional y el de los jueces como una verdadera mancha de aceite sobre la sociedad.

En este punto, no podemos dejar de lamentar que son precisamente estos los factores que, para cierta doctrina, otorgan a este fenómeno el inconfesado atractivo de convertirlo en un “camino rápido” de solución a los problemas que aquélla identifica en la política contemporánea, *ahorrándose las molestias* del proceso democrático.

Tal vez la afirmación más directa respecto de este punto la hace el profesor Roberto Mangabeira UNGER, quien afirma que uno de los *inconfesables secretos* de cierta doctrina legal contemporánea consiste en un *malestar o incomodidad con la democracia* que se manifiesta, entre otros aspectos, en la incesante identificación de restricciones a la regla de mayoría y las consiguientes prácticas o acuerdos contramayoritarios, que serían responsabilidad primordial de jueces y juristas; en un ideal de democracia deliberativa más aceptable mientras más parezca a una conversación educada entre caballeros en un salón del siglo XVIII; y –sobre todo– en el esfuerzo por obtener de los jueces, bajo el pretexto de una interpretación avanzada, *los avances que la política popular no puede entregar* (adviértase que el autor se refiere a Norteamérica...)⁹¹.

⁹⁰ Compartimos la apreciación de MERRYMAN quien afirma que el verdadero personaje del Derecho continental no es el juez ni el legislador, sino el académico de derecho, el científico que explica la ley al juez y al abogado, el curso de la jurisprudencia a los legisladores, y que forma el criterio de los futuros juristas. (MERRYMAN, *op. cit.*, pp. 111-119). Como dato anecdótico, POSNER también relaciona el crecimiento de las doctrinas constitucionales sobre casos difíciles, en el caso norteamericano, con el crecimiento del número de profesores especializados en Derecho constitucional y el de sus aspiraciones, a medida que se alejan más y más de la práctica legal; ello, en razón de la progresiva expansión del alcance del Derecho constitucional desde los años 60 del siglo XX hasta la fecha. POSNER, *op. cit.*, p. 546.

⁹¹ Roberto M. UNGER, *What Should Legal Analysis Become*; Londres, Verso, 1996, p. 72 (traducción propia). La misma cita puede encontrarse también en la obra de WALDRON aquí referida (*Derecho y...*, p. 15); y en Richard BELLAMY, *Constitucionalismo Político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 18; versiones en castellano de los respectivas obras que han ayudado a la traducción que se presenta en este trabajo.

Aquellos sectores doctrinarios olvidan, sin embargo que, cuando se favorece la intromisión de los jueces en materias políticas, lo que en realidad se beneficia no es un contenido ideológico determinado (sea éste conservador, liberal, de izquierda o derecha, etc.), sino una *competencia de carácter neutro* –más exactamente, una nueva competencia–, que ha sido sustraída a las autoridades político-representativas y que se entrega al juzgador constitucional. Ese carácter neutro es precisamente lo que explica que un tribunal activista, hoy alegremente aplaudido por una decisión de determinado color ideológico, no encuentre ningún obstáculo para adoptar mañana –al inevitable vaivén de las siempre cambiantes mayorías políticas que influyen en su composición– nuevas decisiones, también de manera activista, pero esta vez *contra* las convicciones de los sectores actualmente favorecidos; y esta vez con bastante menos posibilidades de entrar en vereda a un tribunal que se encuentra ya desatado⁹².

De esa intervención jurisdiccional en cuestiones de orden político-ideológico se deriva, además, otro problema, esta vez técnico: o el multifacético problema social que intenta ser abordado ha sido jibarizado a su faceta jurídica y las múltiples aristas sociales, históricas, culturales, etc. que lo componen quedan fuera de consideración –lo que producirá, casi con seguridad, una solución incompleta o parcial–; o los jueces se han animado a resolverlo, asumiendo las dificultades intrínsecas de dichas facetas. Pero en esta segunda alternativa no se advierte cómo estos hombres *de Derecho* –seguramente muy versados en sus *específicas competencias jurídicas*– podrían tener un mejor criterio *político* o una mejor *expertise* social que, digamos, el político profesional o incluso el hombre de la calle⁹³.

⁹² POSNER aclara meridianamente este punto cuando da cuenta de la sucesión de olas activistas conservadoras y liberales que han tomado el control de la Corte Suprema a lo largo de los siglos XX y XXI, y que se habrían caracterizado en todos los casos por un período inicial de contención, destinado a reforzar las reivindicaciones respecto del imprudente activismo de la anterior mayoría, seguido de un nuevo período de activismo, esta vez destinado a borrar y luego reemplazar la jurisprudencia de la anterior tendencia. Es así como, de acuerdo al análisis del mismo autor, luego de los nombramientos efectuados por el Presidente REAGAN, la Corte Suprema se habría desplazado lentamente hacia un activismo de derecha. Sin embargo, no habría habido desde el mundo liberal un resurgimiento de las ideas autorrestrictivas, porque eso implicaría un rechazo de la doctrina de la incorporación y de las decisiones fundamentales de la Corte Suprema de la era WARREN. POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, pp. 547 y ss. Como puede advertirse, agregamos nosotros, lo único que esas oleadas han tenido de común es, precisamente, su activismo.

⁹³ En otras palabras –las del profesor ATRIA, a propósito de los derechos sociales–, en estas situaciones, lo que muchas veces se presenta como una pugna “jurídica” no es más que una pugna política, que los jueces constitucionales no podrían ni deberían resolver; no al menos “en tanto jueces”. Fernando ATRIA, “Réplica. Derecho y política a propósito de los derechos sociales”, p. 151.

Bien es cierto que lo anterior no impide que la solución judicial de un problema fundamentalmente político pueda ser ocasional y contingentemente acertada o popular. KMIEC señala, a propósito del activismo judicial, que cosa distinta de la eventual extralimitación competencial de un tribunal es preguntarse si decisiones activistas han terminado siendo, no obstante ello, “buenas” o “aceptables” y ganando aceptación social y política. Desde este punto de vista, el activismo no sería necesariamente equivalente a una decisión impropia, errada o perjudicial⁹⁴.

Sin embargo, dada la importancia que el Derecho asigna no sólo a la meta –la justicia– sino a *la forma en que se llega a ella*, esa bondad o adecuación será siempre un atributo accidental del fallo respectivo, y en ningún caso una consecuencia necesaria de éste⁹⁵. Inevitablemente, en cambio, una incursión del juez constitucional en materias políticas vulnerará importantes principios relativos al funcionamiento de la democracia y a la autodeterminación política de la sociedad a través de sus representantes electos⁹⁶.

Volviendo a la doctrina de la deferencia judicial, otro problema del planteamiento thayeriano es que, como puede advertirse, THAYER diferencia en el control de constitucionalidad dos partes, que serían el control de orden judicial, propiamente tal, y luego, un análisis más bien político de lo que la Constitución permite al juzgador⁹⁷. Pero ello podría posibi-

⁹⁴ Keenan D. KMIEC, “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism” (traducción propia), p. 1473.

⁹⁵ Baste recordar, para aclarar este punto, las numerosas situaciones en las cuales determinadas sentencias han tenido consecuencias *desastrosas* en materias políticas. Así, por ejemplo, en Norteamérica, la sentencia “*Dred Scott versus Sandford*”, 60 U.S. 393 (1857); o las sentencias del mismo tribunal contra el *New Deal* del Presidente Roosevelt, en los años 30 del siglo XX.

⁹⁶ WALDRON señala al respecto que hay algo que se pierde, desde un punto de vista democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable toma una decisión vinculante acerca de lo que implica la democracia. Si toma la decisión correcta, entonces –seguro– se producirá algún beneficio democrático que oponer a esta pérdida, pero nunca será lo mismo que si no hubiera habido pérdida alguna en primer lugar. Por otra parte, si una institución que sí es electa y responsable (accountable) toma la decisión equivocada sobre lo que implica la democracia, entonces, aunque se produce alguna pérdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su propio error acerca de la democracia y no que se les haya impuesto el error de algún otro. WALDRON, *Derecho y...*, *op. cit.*, p. 351. Agregamos nosotros que nada impide el peor de los escenarios: que la institución no electa tome la peor de las decisiones...

⁹⁷ THAYER llega a citar la opinión de un juez en el sentido que si la violación no es clara, hay peligro de impedir el funcionamiento de una ley que podría producir mucho bien público, y la opinión de un concurrente a la Convención Federal de 1787, en orden a que una ley puede ser peligrosa y destructiva y, aun así, no lo suficientemente inconstitucional

litar que, bajo el argumento de la racionalidad o plausibilidad política, se abra la puerta a la legitimación de eventuales vulneraciones de la Carta Fundamental.

En el mismo sentido, de acuerdo a KRIELE, al fundarse en la razonabilidad de los argumentos esgrimidos por el legislador para sostener la constitucionalidad de una ley, la teoría del *judicial self-restraint* acarrea el peligro de compromiso entre posturas contradictorias y, en consecuencia, de una verdadera renuncia al deber de todo tribunal de defender los derechos fundamentales⁹⁸.

Por lo anterior, en la teoría del *self-restraint* debería explicitarse, como el mismo THAYER llegó a sugerir⁹⁹, que la Constitución establece al legislador un marco o borde externo, dentro del cual hay muchas alternativas político-ideológicas probables y aceptables, cuya libre elección debiera ser respetada por el juez constitucional. Fuera de ese marco, sin embargo, aunque hubiese motivos políticos “plausibles”, no sería permisible aceptar la constitucionalidad de una norma legal¹⁰⁰.

como para justificar la decisión judicial de privarla de efectos (THAYER, *op. cit.*, p. 140).

⁹⁸ Ver KRIELE, *op. cit.*, pp. 303 y siguientes. De acuerdo a este autor, esa renuncia consistía, en EE.UU., en un compromiso político: así como el tribunal respetaba la limitación de la “libertad económica” ligada a las regulaciones económicas legales, del mismo modo –se opinaba– debía respetarse la discriminación racial, las interferencias de Mc Carthy en la libertad espiritual y los métodos procesales inequitativos. La “derecha” renunciaba al bloqueo del estado social; la “izquierda”, a los derechos humanos. Otro ejemplo citado por KRIELE es el comportamiento del juez de la Corte Suprema Félix FRANKFURTER, seguidor de THAYER, quien argumentó que las libertades expresamente consagradas en la Constitución son intereses, al lado de los cuales puede haber otros intereses; es decir, FRANKFURTER ponía en igualdad tanto los intereses garantizados por la Constitución, como los no garantizados, con lo cual se pierde la diferencia decisiva entre la argumentación jurídica y la argumentación política; siendo natural, después de esto, concluir que esa “ponderación” no era tarea del juez, sino del legislador, debiendo el primero abstenerse de opinar en esas circunstancias.

⁹⁹ Ver nota al pie N° 52. Otra opinión en el mismo sentido es la del profesor ZAPATA, que puede encontrarse en el apartado N° 6 de este trabajo.

¹⁰⁰ En la sentencia del caso *Obamacare*, antes citada (ver nota al pie N° 81) se aprecia esta idea cuando, luego de su apelación al principio de deferencia, el juez ROBERTS previene que ésta no debe confundirse con la abdicación de las facultades del tribunal en materia de derecho. Citando distintas intervenciones del juez MARSHALL, ROBERTS agrega que el respeto por los juicios políticos del Congreso nunca puede extenderse tan lejos como para negar las restricciones que la Constitución federal ha construido cuidadosamente sobre el poder político, y que las circunstancias peculiares del momento podrían convertir a una medida política en más o menos apropiada, pero nunca hacerla más o menos constitucional. Concluye que “no puede haber ninguna duda de que es responsabilidad de este Tribunal el hacer cumplir los límites constitucionales al poder federal mediante la invalidación de las leyes del Congreso que transgreden esos límites (Sentencia 567 U. S. (2012), Opinión del Juez ROBERTS, p. 6.).

Finalmente, como puede advertirse, otro de los problemas de esta teoría –tal vez el más gravitante, a efectos de nuestro trabajo– es su reputada “voluntariedad” respecto del juez constitucional, reflejada incluso en su propia calificación como “deferencia”, *autorrestricción* y similares, característica que le otorga una *volubilidad* difícil de evadir desde que implica, en definitiva, una incerteza absoluta en su aplicación.

Así, por ejemplo, POSNER señala que en EE.UU., desde un punto de vista práctico, muchos de los jueces reputados como defensores de la autorrestricción judicial fueron también, ocasionalmente, activistas, asumiendo algunas veces el rol de legislador¹⁰¹.

Por ello, HESSE señala que la exigencia de una *judicial self-restraint* descuida la vinculación del Tribunal Constitucional a la Constitución, que no deja a la discreción de los jueces si se quieren restringir o no. La actividad de control del Tribunal Constitucional se tiene que regir, más bien, según sus tareas jurídico-constitucionalmente normadas; estas también pueden exigir alguna vez totalmente lo contrario a la prudencia; en concreto, una intervención decidida¹⁰².

Sobre este punto, quizá la razón de este carácter de la deferencia judicial no se encuentre en la doctrina misma, sino en la posición del juez constitucional que, tanto en el esquema norteamericano como en el de la justicia constitucional continental europea, es quien tiene la última palabra, en lo que se refiere a la interpretación del derecho constitucional.

No existiendo, en efecto, otras instancias jurídicas correctivas de su actuación, ese juez termina siendo –al menos en tiempos de normalidad política– el amo y señor de su parcela jurídica, lo cual entrega a dichos tribunales una enorme e importantísima función¹⁰³. Sin embargo, aun esta circunstancia no puede autorizar al Tribunal a avasallar al Poder Legislativo sin razones jurídico-constitucionales de peso, dado que no hay otro órgano del Estado que, como el Congreso, exprese con mayor propiedad el carácter democrático y republicano de una Constitución, así como la autonomía política de sus habitantes. Si el pueblo o sus representantes han adoptado

¹⁰¹ POSNER, *op. cit.*, 554.

¹⁰² HESSE, “La jurisprudencia...”, *op. cit.*, p. 167. En el original, el autor se refiere al Tribunal Constitucional Federal de Alemania, pero nos hemos tomado la libertad de generalizar estas afirmaciones.

¹⁰³ El propio THAYER reconocía en la conclusión de su propuesta que los árbitros últimos de lo que es racional y permisible son siempre, de hecho, las Cortes, en tanto los casos litigiosos lleven la respectiva cuestión de constitucionalidad ante ellas. THAYER cita a HOLMES, quien a su vez transcribe la antigua opinión de un obispo inglés, en el sentido de que “quien ostenta una autoridad absoluta para interpretar alguna ley escrita o dicha, es verdaderamente y para todos los efectos el legislador, y no la persona que primero la escribió o dictó”. THAYER, *op. cit.*, p. 152.

una decisión política constitucionalmente válida, la prudencia indica que aquel juez no puede abusar de su posición predominante en esta materia, so pena de afectar seriamente, a largo plazo, esa misma autonomía¹⁰⁴.

En relación a esto último, precisamente, la teoría de la deferencia judicial revela otra interesante arista, prevista incidentalmente por el propio THAYER¹⁰⁵: la evidencia de que, para bien o para mal, la solución a los eventuales problemas de la Política pasa más por la responsabilidad del propio pueblo –de elegir adecuadamente a sus representantes políticos y respetar los mecanismos de la democracia, y de estos últimos de desempeñar su labor de manera prudente, responsable y respetuosa de la Carta Constitucional–, que por cualquier teoría jurídica que asigne ese papel de corrección a los jueces. Así, tal como lo postulan la Política y el constitucionalismo clásicos, se devuelve a las personas su responsabilidad histórica en la construcción de su propio destino político, pero ello porque *se confía* en su autonomía, libertad y sentido de responsabilidad¹⁰⁶.

8. Conclusiones

Puesto que en cuestiones de Derecho, Política y Constitución parece imposible crear una suerte de *MULTIVAC constitucional*¹⁰⁷ –dada la com-

¹⁰⁴ Aunque muchos afirman que la expresión “gobierno de los jueces” es un tanto exagerada –que lo es, efectivamente, si se está pensando en un gobierno al modo del Poder Ejecutivo– creemos que, para lograr el efecto aquí previsto, bastaría con la intervención del juez constitucional en aquellas decisiones políticas más importantes o trascendentes, que son usualmente las que van acompañadas de mayor polémica por incidir más profundamente en las tendencias dominantes de la sociedad. Para ver ejemplos del alcance que puede alcanzar la intervención del juez americano en las diferentes cuestiones de la vida social, ver David BARTON, *Restraining Judicial Activism*.

¹⁰⁵ THAYER cita la opinión de algunos jueces según la cual, a la base del sistema político y jurídico norteamericano se encuentra la suposición –aunque en la práctica no siempre sea así– de que los legisladores se encuentran dotados de la suficiente virtud, sentido y competencia necesarios para cumplir con su deber. Respecto del pueblo, cabe agregar, se señala en el mismo lugar que también es un postulado en la teoría del gobierno norteamericano que éste es sabio, virtuoso y competente para manejar sus propios asuntos. THAYER, *op. cit.*, p. 149.

¹⁰⁶ La autonomía política aparece en las primeras reflexiones sobre ese arte, como puede apreciarse ya en ARISTÓTELES, quien asevera que un ciudadano en sentido estricto “por ningún otro rasgo se define mejor que por participar en la justicia y en el gobierno” (*Política*, 1275a); agregando después que es tal “aquel que tiene el poder de tomar parte en la administración deliberativa o judicial” (*op. cit.*, 1275b).

¹⁰⁷ Ver al respecto el cuento *Sufragio Universal*, de Isaac ASIMOV. En ese relato, MULTIVAC es una supercomputadora que, en base a algunas preguntas efectuadas a un solo ciudadano –elegido al azar por la misma máquina– decide quien será el próximo

plejidad de la vida en comunidad y sobre todo la libertad política del ser humano—, la apreciación de las situaciones expuestas en este artículo exige un difícil equilibrio entre prudencia, control, deferencia y sentido común, que nunca estará exento de polémica. Mas, creemos, dicho equilibrio no es imposible y, al contrario, su búsqueda debiera ser parte esencial de la actividad del *jurisprudente*.

Por ello, de cara a la actuación de los Tribunales Constitucionales, estimamos necesario diferenciar entre aquellas situaciones que ponen en peligro la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos, de aquellas otras en las que, por el contrario, la consecución de un determinado objetivo social legítimo exige, en cumplimiento del principio de deferencia, el respeto de un ámbito de autonomía a las autoridades representativas, para la elección de las ideologías u opciones políticas legítimas que éstas estimen pertinentes.

Una vulneración de esa frontera —que, en definitiva, no es otra que la que existe entre el Derecho y la Política— constituiría, por el contrario, una triste manera de transgredir no sólo las competencias constitucionales del Parlamento, sino también la autonomía política de la propia sociedad, comprometiendo de paso la sujeción del propio guardián de la Constitución a los límites de su poder previstos en la Carta Fundamental.

9. Bibliografía

ARISTÓTELES, *Política*, Buenos Aires, Losada, 2005

ATRIA, Fernando, “Réplica. Derecho y política a propósito de los derechos sociales”, en *Discusiones*, Volumen 4, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/rplica-derecho-y-politica-a-proposito-de-los-derechos-sociales-0/> [Fecha de consulta: 15 de febrero de 2013].

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 81, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Precursores”, en Fabricio MANTILLA ESPINOZA (Ed.), *Controversias Constitucionales*, Bogotá, Ediciones Universidad del Rosario, 2009.

Presidente de los EE.UU. Uno se pregunta si no habrá juristas dispuestos a creer en algo parecido, esto es, una especie de construcción teórica que reciba los datos del problema constitucional, por un lado, y entregue la mágica solución jurídica o política, por el otro. Pero eso da para otro artículo.

- GLENDON, Mary Ann, “El Lenguaje de los Derechos”, en *Revista Estudios Públicos*, N° 70, Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, 1998.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El derecho privado constitucional de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001.
- HESSE, Konrad, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 4, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2005.
- KMIEC, Keenan D., “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, en *California Law Review*, vol. 92, N° 5, California, University of California, Berkeley, School of Law (Boalt Hall), 2004.
- KRIELE, Martín, *Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- LEIBHOLZ, Gerhard, “El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 146, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1966.
- LOCKE, John, *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Espasa Calpe, 1991.
- MERRYMAN, John H., *Sistemas legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad* (2ª ed., 1ª reimpresión en Chile), Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio, “El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1er semestre, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Política y Derecho*, 1ª ed., Santiago de Chile, Legal Publishing Chile, 2010
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Doce Tesis sobre la Política*, 1ª ed., México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2008
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Teoría constitucional y otros escritos*, 2ª ed., Santiago de Chile, LexisNexis, 2006
- POSNER, Richard A., “The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint”, en *California Law Review*, vol. 100, N° 3, California, University of California, Berkeley, School of Law (Boalt Hall), 2012.
- SCHUCK, Peter H., “El Poder Judicial en una Democracia”, en *Poder Judicial y democracia*, ed. A.P. Ibañez, Bogotá, Fundación para la Investigación y Cultura, 2005.
- THAYER, James B., “The Origin and Scope of the American doctrine of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, vol VII, N° 3, Cambridge, Harvard Law Review, 1893.
- UNGER, Roberto M., *What Should Legal Analysis Become*; Londres, Verso, 1996.
- VON MÜNCH, Ingo, “¿El Tribunal Constitucional Federal como actor político?”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y Desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco, "Tribunal Constitucional. Problemas de posición y legitimidad en una democracia constitucional", en: *Pensamiento Constitucional*, Año XIV N° 14, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.

JURISPRUDENCIA

SUPREME COURT OF JUSTICE (2012): National Federation of Independent Business V. Sebelius, Secretary Of Health And Human Services, 567 U. S. (2012).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (1987): Sentencia Rol 43, de 24 de febrero de 1987. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=566> [Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2012].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (1989): Sentencia N° 194 de 1989. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1989-0194> [fecha de consulta: 19 de noviembre de 2012].

EL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
EN CHILE.
UN ANÁLISIS CRÍTICO PROPOSITIVO

THE COURT OF PUBLIC PROCUREMENT
IN CHILE.
A CRITICAL ANALYSIS AND SOME PROPOSALS

*Eduardo S. Escanilla Abarza**

Resumen

El presente artículo propone analizar la experiencia del Tribunal de Contratación Pública chileno, ponderándola bajo una mirada que relaciona criterios propios de la visión jurídica tradicional con otros de orden funcional, con el fin de proponer tópicos para el debate de una reforma legislativa que permita optimizar su desempeño.

Palabras claves: Tribunal de Contratación, contratación administrativa, compras públicas, contencioso administrativo, control jurisdiccional de la Administración.

Abstract

This article proposes to analyze the experience of the Chileans Court of Public Contracts, scrutinizing it under an approach related a traditional juridical view and with functional approaches. The purpose is to offer issues for a legislative agenda debate oriented to optimize its performance.

Key words: Court of Public Contracts, administrative contracting, public contract engagement, administrative litigation, judicial review over the Administration

* Magister en Derecho Público, con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad San Sebastián. Artículo recibido el 18 de enero de 2013 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2013. Correo electrónico: eescanillaa@docente.uss.cl

I. Introducción

La Ley 19.886, conjuntamente con crear el sistema comúnmente denominado “Chilecompra” –hoy, mercadopublico.cl–, estableció el TCP destinado a conocer y fallar la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos de la Administración del Estado, entendiendo por tales los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la ley N° 18.575, con excepción de las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley, efectuados a través del ya citado sistema *on line*.

El proyecto de ley se originó en la necesidad de perfeccionar la actividad administrativa contractual, a propósito de diversas iniciativas gubernamentales como la Comisión Nacional de Ética Pública y el Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República, que desembocaron en un Plan Estratégico 1997-2000 del Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública, dentro de las acciones de “Transparencia y Probidad de la Gestión Pública”. Este Comité, en enero de 1998, sancionó un Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones¹.

A lo anterior se sumaban exigencias propias de la globalización, a través de la negociación y entrada en vigencia de acuerdos internacionales suscritos por Chile².

Las expectativas respecto de la institucionalidad regulatoria de la contratación pública no pueden ser menores dada la trascendencia que ello importa para la economía nacional. Según datos entregados recientemente por la Conapyme, existen en Chile más de 720 mil empresas de menor tamaño distribuidas en todos los sectores productivos. De acuerdo a información del mismo organismo, es el sector que genera cinco millones de empleos en el país, lo que representa el 81% de la fuerza laboral, siendo el Estado y las grandes empresas sus principales clientes³. En el mismo sentido encontramos los datos proporcionados por el Director de Compras Públicas en su Cuenta Pública de 27 de agosto de 2010, en la

¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N°19.88 Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios*, pp. 9-11.

² Nos referimos a los tratados de libre comercio con la Unión Europea y EE.UU publicados en el Diario Oficial de 01 y 31 de diciembre de 2003, respectivamente, los cuales contienen disposiciones referentes a la contratación con órganos del Estado. La Ley 19.886 fue publicada en el Diario Oficial de 30 de julio de 2003.

³ Alex CABRERA, gerente general de Apear Chile (2010) “¿La Pyme financia al Estado y a las grandes empresas?”. Disponible en: <www.diariopyme.com/Opinion>. Consultada el 04 de julio de 2010.

cual expresaba que las MYPE han llegado a superar el 40% del total de inscritos en el registro de proveedores a cargo de dicho organismo⁴.

Adicionalmente, en la reciente Primera Cuenta Pública del TCP, su Presidente ha expresado que

“...en este mercado virtual se realizan hoy más de 10 mil operaciones diarias y se transan bienes y servicios por más de 8 mil millones de dólares al año, este es el marco en el cual se encuentra inserta la actividad del Tribunal”⁵.

Es así que nos ha parecido relevante examinar tanto el marco de organización, funcionamiento y competencias dado al TCP, como su *praxis*, manifestada especialmente a través de sus resoluciones, la forma en que los operadores jurídicos han recurrido a esta judicatura, los recursos asignados para su funcionamiento, entre otros, para determinar si la innovación ínsita en la creación de este órgano ha sido suficiente. Y, en el caso que admitiese mejoras, hacia dónde encaminar posibles propuestas para debatir.

Para abordar dichas inquietudes, hemos tomado como marco de referencia los planteamientos del profesor Romero Guzmán expuestos en su artículo titulado: “¿Cuándo hay un buen sistema regulatorio? Criterios de Legitimidad”, en el cual sintetiza los siguientes criterios para revisar la legitimidad o justificación de un régimen regulatorio, que para nuestro caso es de orden jurisdiccional, a saber: Mandato Legislativo, Procedimientos Justos y Participativos (debido proceso), Especialización y Expertise, Eficiencia y Eficacia, y Control y Rendición de Cuentas⁶.

Nuestra opción por este modelo está dada porque dicho planteamiento presenta una interesante combinación de parámetros para efectuar un análisis de esta naturaleza, integrando criterios propiamente jurídicos y otros que complementan la visión estrictamente formal –y tal vez, a veces, excesivamente teórica–, a la cual normalmente tendemos en los estudios de derecho. En nuestra opinión, ha sido determinante para utilizar este modelo el hecho que en él se integran aspectos valorables desde el prisma jurídico tradicional; preferencia por valores formales, procesales o democráticos (lo que según nuestro autor podría denominarse “legitimidad procedimental”) con valores asociados a una visión más centrada en los

⁴ DIRECCIÓN DE COMPRAS PÚBLICAS “Aumento de participación de Mypimes marcó Cuenta Pública 2010 de Chilecompra”.

⁵ TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Primera Cuenta Pública del Tribunal*.

⁶ Juan José ROMERO GUZMÁN, “¿Cuándo hay un buen sistema regulatorio? Criterios de Legitimidad, pp. 539-554.

resultados (lo que según nuestro autor podría denominarse “legitimidad sustantiva”), Al poner en la balanza criterios provenientes de ambas perspectivas, creemos que se logra asentar una panorámica más integral de la realidad que una determinada institución presenta y con ello aproximarnos a una mejor respuesta respecto a si las motivaciones para su establecimiento están satisfechas. En definitiva, si el Estado, al promover una determinada institucionalidad, realmente genera con ello condiciones que favorezcan la realización espiritual y material de las personas, es decir, si aporta al bien común; finalidad última a la cual debe encaminarse toda la actividad estatal.

No obstante, y del mismo modo que lo señala nuestro autor, estamos conscientes de dos condicionantes:

- 1) que los criterios señalados no son los únicos y pueden ser complementados con otros; tanto de orden procedimental como sustantivo, y
- 2) que es la fuerza acumulativa de todos estos criterios en lo que descansa su justificación⁷.

Siguiendo dicho modelo analítico, nuestro trabajo se estructura siguiendo los criterios de legitimidad aludidos, los cuales son tratados considerando tanto los antecedentes de la historia legislativa como la jurisprudencia del tribunal; examinada con el propósito de evidenciar la aplicación práctica del modelo regulatorio jurisdiccional, particularmente, en lo que atañe a su ámbito de competencia y atribuciones, como ello se vincula al mandato legislativo y los resultados a los que, dicha combinación, ha permitido arribar en la práctica. No obstante, dado el propósito de nuestro estudio, que no es exclusivamente jurisprudencial, hemos agregado algunas observaciones de orden estadístico y de gestión, particularmente necesarias para examinar los criterios de eficiencia y *accountability*. Finalmente concluimos con nuestra apreciación en torno a cuáles serían los aspectos que confieren mayor fortaleza al TCP y cuáles podrían ser aquellos a debatir en orden a perfeccionar un sistema jurisdiccional de esta naturaleza. Por ello nuestro análisis, si bien es crítico, intenta igualmente ser constructivo y propositivo. De ahí el título que encabeza este trabajo.

⁷ ROMERO GUZMAN, “¿Cuándo hay un buen sistema regulatorio?”..., *op. cit.*, pp. 541-543.

II. Criterios de legitimidad o justificación y praxis

1) MANDATO LEGISLATIVO

De acuerdo con este criterio, el sistema regulatorio será más o menos valorado según si se apega, más o menos, al contenido de lo ordenado por la ley, por cuanto el respeto a dichos mandatos llevaría implícita la obediencia a los preceptos democráticamente dispuestos por los representantes de la voluntad popular.

En tal sentido, la mayor claridad y especificidad de las prescripciones legislativas confiere mayor fortaleza a la legitimidad de los órganos reguladores. *A contrario sensu*, en la medida que dichos mandatos son menos claros y requieren una mayor interpretación para su aplicación se debilita la legitimidad.

Examinemos los aspectos vinculados a este parámetro.

a. Referencia a la organización y procedimiento

La Ley 19.886 destina su “*Capítulo V Del Tribunal de Contratación Pública*” –compuesto de 7 artículos– a desarrollar la preceptiva del organismo. En ella, el encabezado de su art. 22 dispone: “Créase un tribunal, denominado ‘Tribunal de Contratación Pública’, que tendrá su asiento en Santiago.”, para luego regular su integración, dar algunas reglas esenciales de su funcionamiento; lo que será complementado por un auto acordado que dicte la Corte Suprema⁸ y finalmente fijar su competencia⁹.

Las disposiciones que les siguen regulan la presentación, tramitación y fallo de la Acción de Impugnación ante el TCP, como su revisión ante la Corte de Apelaciones de Santiago por la vía del recurso de reclamación.

b. La competencia esencial del TCP

En los incisos 1° y 2° del Art. 24 de la mencionada ley se encuentran las prescripciones ordenativas esenciales de dicha competencia. Ellas disponen que:

⁸ El auto acordado data de 20 de octubre de 2003 bajo el Acta 81-2003 y fue reformado por los acuerdos de 04 de junio de 2007 y 08 de septiembre de 2008. Recientemente, se ha expedido el texto refundido de dicho auto acordado con fecha 11 de marzo de 2011.

⁹ Entendemos aquí la competencia a la manera que la define el Art. 108 del Código Orgánico de Tribunales, esto es, como la facultad para conocer los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones.

“El Tribunal *será competente para conocer de la acción de impugnación* contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley.

La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive” (énfasis agregado).

A lo anterior se agrega el Art. 16 inciso 6° de la misma ley, el cual prevé que

“...la decisión consistente en el rechazo o aprobación de las inscripciones corresponderá a la Dirección de Compras y Contratación Pública y *podrá ser reclamable en los términos establecidos en el capítulo v*” (énfasis agregado).

Por otra parte, el Art. 3°, a propósito de los contratos de ejecución de obra pública y de concesión de obra pública excluidos de la aplicación de la ley, expresa en su letra e) inciso 2° que

“No obstante las exclusiones de que se da cuenta en esta letra, *a las contrataciones* a que ellos se refieren *se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo v* de esta ley, como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria...” (énfasis agregado)¹⁰.

Es decir, somete también a su jurisdicción las controversias sobre licitaciones de concesión y ejecución de obras públicas, en los términos que hemos señalado.

c. Qué materias conoce

De acuerdo a los antecedentes de la historia de la ley y al texto finalmente vigente, la competencia prevista para el TCP parece ajustarse sólo a la contratación para la adquisición de bienes muebles (suministro) y prestación de servicios y de ejecución y concesión de obras públicas; y para acciones u omisiones ilegales o arbitrarias producidas entre la aprobación

¹⁰ Nótese que el empleo de la expresión *contratación* produce el efecto de ser sinónimo de licitación, en el contexto de la ley. Lo que a nuestro entender explicaría el porqué de la denominación que finalmente se dio al órgano. Y así parecen entenderlo los autores. Véase Claudio MORAGA KLENER, *Contratación Administrativa*, p. 290. Por nuestra parte, y aun cuando no nos dedicaremos en este trabajo a desarrollar este aspecto por exceder a sus propósitos, sostenemos un parecer diverso, según señalamos más adelante.

de bases y la adjudicación de una licitación efectuada por los órganos de la Administración del Estado, además de las reclamaciones por inscripciones en el Registro Electrónico de Contratistas.

No obstante haber ratificado por varios años dicha acotada competencia¹¹, el Tribunal ha señalado como pertenecientes a su órbita otras materias que no se desprenden con tanta claridad del mandato legislativo, como lo ha manifestado en la sentencia interlocutoria de 29 de enero de 2010, en los autos Rol 152-2009, de acuerdo con la cual estimó dentro de su competencia las impugnaciones a propósito de una licitación de un contrato para el otorgamiento de subsidios a la prestación de servicios de transporte público urbano, efectuada por la Intendencia de Magallanes, cuyo procedimiento se había acogido al marco establecido por la Ley 19.886.

Cabe destacar que la misma resolución da un paso relevante en la explicitación de su competencia, al enunciar de modo general y sistemático los requisitos que permitirían ejercer la acción de impugnación ante dicha sede, a saber:

- “...a) la existencia de “un procedimiento administrativo de contratación”;
- b) dicho procedimiento debe haber sido convocado por un órgano público regido por la Ley N° 19.886; y c) el mencionado procedimiento debe contemplar un acto de “aprobación de las bases” del mismo, y, por último, un acto de “adjudicación”¹².

A mayor abundamiento, el número 7° de la parte considerativa de este mismo fallo, en una postura que puede implicar una ampliación considerable del ámbito competencial, y por ende un cambio de criterio, expresa:

“...estos sentenciadores estiman que la competencia de este Tribunal de Contratación Pública no se encuentra limitada por el artículo 1° de la Ley N° 19.886, esto es, a los procedimientos administrativos de contratación destinados a celebrar contratos, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles y de prestación de servicios, ya que el precepto legal que establece su competencia –artículo 24 de la Ley N° 19.886–, que es de carácter especial, alude a los procedimientos administrativos de contratación, *sin distinguir el objeto de la licitación ni tampoco la naturaleza jurídica del contrato que con motivo de ella habrá de celebrarse*, encontrándose sólo exceptuados aquellos casos a que expresamente se refiere el Art. 3° de la mencionada ley...” (énfasis agregado).

¹¹ Véase 24 infra.

¹² TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 152-2009, número 4° de los “Vistos y teniendo presente”.

d. Qué materias no conoce

De acuerdo al análisis del texto legal y de la propia jurisprudencia del TCP y a la amplitud que abre la sentencia interlocutoria del Rol 152-2009, nos parece que entre las materias que han quedado fuera de su competencia estarían¹³:

- i. Las acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la Administración producidas durante la ejecución y término de un contrato, sea de adquisición de bienes muebles y servicios y de ejecución o concesión obras públicas, como de cualquier otro¹⁴.

¹³ A partir de la jurisprudencia conocida hasta 2009, se podían considerar igualmente excluidas de la competencia: a) Las contrataciones administrativas que versen sobre materias distintas a la adquisición de bienes muebles y servicios y de obras y concesiones de obras públicas. Como podría ser el caso de la compra y venta de inmuebles de los órganos del Estado o la enajenación de bienes muebles; y b) las contrataciones efectuadas en virtud de normas especiales distintas de la Ley 19.886 y para satisfacer necesidades distintas a las que normalmente requieren los organismos de la Administración del Estado para el desarrollo de las funciones que les son propias. Sin embargo, estas exclusiones deberíamos desestimarlas a partir de los criterios generales asentados en la sentencia de 29 de enero de 2009 del Rol 152-2009, en la cual el TCP ha manifestado tener competencia para conocer de impugnaciones de procesos licitatorios de los órganos de la Administración “... sin distinguir el objeto de la licitación ni tampoco la naturaleza jurídica del contrato que con motivo de ella habrá de celebrarse, encontrándose sólo exceptuados aquellos casos a que expresamente se refiere el Art. 3° de la mencionada ley...”

A la vista de este avance jurisprudencial podríamos preguntarnos si efectivamente tal jurisdicción se puede ver limitada sólo a la DCP y los organismos de la Administración del Estado definidos en el Art. 1° de la Ley 18.575, por cuanto la expresión del Art. 26 de la Ley N° 19.886 al hablar de “...los órganos regidos por esta ley...” podría entenderse más extensa de lo que a primera vista resulta, especialmente si se tiene en cuenta la intención expresada en los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, según hemos comentado. En efecto, encontramos en la ley referencias a *otras materias de alguna forma reguladas por ella*, tales como lo concerniente a las inscripciones en registros especiales y la norma del Art. 21 referida al deber de información que abarca incluso a órganos que no forman parte de la Administración de acuerdo al Art. 1° de la Ley 18.575. Luego, si dichas materias están regidas por la ley... nos preguntamos si ¿los órganos sujetos a ellas, efectivamente no estarían sometidos a la Ley N° 19.886? Sin embargo ello no parece posible, dado que la norma del Art. 24 es clara al señalar que se refiere a *procedimientos administrativos*, los que indudablemente sólo son propios de los órganos de la Administración, según se desprende de la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos de los Órganos de la Administración, en sus Arts. 1°, 2° y 3°.

¹⁴ No deja de llamar nuestra atención esta exclusión, que la jurisprudencia del TCP ha ratificado, pues el Art.13 de la Ley 19.886 contempla como facultades de la Administración la modificación y término anticipado de los contratos “...regidos por esta ley” exigiendo que ello se haga por resolución fundada. Pero la revisión de estas medidas, de acuerdo a lo previsto en el texto legal, debería discutirse en sede judicial ordinaria, toda vez que está más allá del proceso de licitación y se ubica precisamente en la fase de ejecución y término de un contrato.

- ii. Las contrataciones para la adquisición de bienes y servicios y de obras y concesiones de obras públicas que efectúen otros órganos del Estado que no forman parte de la Administración de acuerdo al Art. 1° de la Ley 18.575 “Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”.
- iii. Las acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la Administración producidas con ocasión de un contrato de adquisición de bienes muebles y servicios y de obras y concesiones de obras públicas que se celebren por trato directo.
- iv. Las acciones u omisiones ilegales o arbitrarias ocurridas con ocasión de la ejecución de un convenio marco.
- v. Los casos a que expresamente se refiere el Art. 3° de la Ley N° 19.886.

No pretendemos ser taxativos en esta enumeración, pues no puede descartarse que por la vía interpretativa el TCP pueda estimar fuera de su competencia otras materias hasta ahora no sometidas a su conocimiento, como en la resolución dictada el 20 de octubre de 2009 en el Rol 86-2009 en cuanto a la incompetencia para conocer una reclamación por incumplimiento del deber de publicidad que señala la Ley 19.886.

e. La consistencia entre la intención legislativa,
la denominación del ente, su cometido y las atribuciones

El cometido del ente no fue una cuestión pacífica en los debates legislativos, constatándose en la historia de la ley importantes llamados de atención sobre este aspecto, tanto en la Cámara Baja como en el Senado, los que adquirieron particular relevancia en este último. Cabe incluso resaltar que, originalmente, en el Mensaje Presidencial presentado al Congreso no se contemplaba la creación del TCP y se proponía:

- a) para las cuestiones de la fase de licitación, un mecanismo de reclamación administrativa ante la Dirección de Compras Públicas,
y
- b) para las cuestiones relativas a la ejecución y término de los contratos un mecanismo mixto de características judiciales, arbitrales y transaccionales¹⁵.

¹⁵ En una visión crítica acerca de la propuesta de reforma legal y de las perspectivas de esta modalidad, dos investigadores contemporáneos de la reforma expresaban: “La aspiración del proyecto de ley de compras original (de 1999) era encomiable: crear un mecanismo de impugnación y revisión que permita a los participantes en un proceso de contratación quejarse por actos u omisiones arbitrarios o ilegales cometidos por entidades contratantes y obtener una rápida reparación. Su artículo 44 concedía a un participante

Entretanto, la proposición concreta de crear el TCP sólo vino a manifestarse mediante una serie de indicaciones sustitutivas del Ejecutivo, formuladas en el Primer Trámite Constitucional y Primero Reglamentario, el 03 de mayo de 2001. Por su parte, la Corte Suprema, ya en trámite la propuesta de creación del TCP manifestó diversas aprensiones en su primer informe a la Cámara; en el sentido de estimar insuficiente su competencia, las que matizó en el segundo informe evacuado al Senado, durante el Segundo Trámite Constitucional¹⁶.

La disposición del Art. 24 de la Ley 19.886 parece clara al asignar la competencia del TCP, sin embargo su aplicación ha pasado de una importante restricción de materias a una amplitud considerable; que se evidencia particularmente a partir de la sentencia del Rol 152-2009, según hemos hecho notar más arriba. No obstante, subsisten materias y organismos excluidos de su competencia, lo que no parece consistente respecto de la denominación que se mantuvo y que, a nuestro juicio, no refleja la realidad jurídica de la regulación dispuesta por la normativa positiva y reconocida por la jurisprudencia. Efectivamente la competencia que resulta de ello –y que fuera bastante disputada en las votaciones del proyecto– es acotada y no parece enteramente concordante con la denominación otorgada al Tribunal “...de Contratación Pública” que se le asignó.

De este modo, nos encontramos con que el ente jurisdiccional se encontraría centrado más propiamente en la pre-contratación administrativa que en la contratación en su conjunto, aspecto que ha sido observado por algunos autores¹⁷; y particularmente, en la llevada a cabo mediante licitación. Su denominación calzaría más bien como la de un “Tribunal para las Licitaciones de la Administración”, pues tampoco comprende al Estado en su totalidad, sino sólo a la Administración.

agraviado el derecho a quejarse por supuestos actos y omisiones arbitrarios o ilegales cometidos por una entidad contratante durante un proceso de compra.

Sin embargo, ese artículo 44 no mencionaba si su propósito era reemplazar el mecanismo de impugnación y revisión independiente que ofrece por la División Jurídica de la Contraloría. Si esa fue su intención o fuera su efecto, el artículo 44 constituiría un significativo retroceso y no un avance.

Desafortunadamente, en las últimas cuatro frases de ese artículo 44 se sugiere que el papel de la Contraloría consiste en analizar la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos sobre la base de información suministrada por la Dirección, en lugar de continuar funcionando como una institución verdaderamente independiente y experimentada de impugnación y revisión. A. David MAYER y Jean Marie FATH MEYER, “Evaluación de las Contrataciones Públicas en Chile”, pp. 574-576.

¹⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de... op. cit.*, pp. 17-18 y 38-39.

¹⁷ En este mismo sentido: Nancy BARRA y Gabriel CELIS, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, pp. 143-44.

Este último aspecto podría parecer cosmético, pero lo creemos relevante por cuanto, en nuestra opinión, la voz “Contratación Pública” puede estimarse como más amplia; omnicomprensiva de todo contrato celebrado por el Estado y no sólo de contratos celebrados por la Administración, especialmente si consideramos que el interés público concierne al Estado en su conjunto y no sólo a la Administración. Y así, parece conveniente hacer un paréntesis para verter algunas reflexiones sobre esta materia.

No nos resulta ajeno que la doctrina tradicionalmente ha identificado la expresión “contratación pública” con la de “contratación administrativa” y los estudios más actuales han mantenido el mismo enfoque¹⁸, sin embargo, los antecedentes del debate legislativo en torno a la creación del órgano, así como las mayores exigencias que la sociedad contemporánea ha venido a plantear al Estado en su conjunto (órganos administrativos, legislativos y judiciales) respecto de la transparencia, sujeción a derecho, respeto a los derechos fundamentales y control y rendición de cuentas, nos mueven hacia una serie de inquietudes en torno a esta temática.

En efecto, de modo semejante a como lo aseveraban algunos diputados en los debates del Primer Trámite Constitucional, cabría preguntarse las razones por las cuales un régimen jurisdiccional de estas características no debiera comprender incluso a los órganos constitucionalmente autónomos; lo que sin duda exigiría revisar aspectos ínsitos en la naturaleza e independencia del TCP. En este orden de ideas, si “los órganos no regidos por la ley” se encuentran de todos modos sometidos al sistema de información, según lo dispone el Art. 21 de la Ley 19.886¹⁹, ¿por qué razón,

¹⁸ Respecto de este aspecto puede consultarse: Nancy BARRA y Gabriel CELIS, *Contratación Administrativa...*, op. cit., pp. 1-2, citando a DROMI como exponente de una tesis más amplia, y SILVA CIMMA, de otra más restrictiva, del contrato administrativo. Entre tanto, a nuestro modo de ver, el profesor SOTO KLOSS parece tener en cuenta una distinción sobre esta materia al hablar de “contratación pública administrativa” o “contratación administrativa pública”. Vid. Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo Temas Fundamentales*, pp. 485-497.

¹⁹ Respecto de este deber de información, durante la Discusión del Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, se da cuenta de una Indicación del Ejecutivo tendiente a explicar que por esa vía se daba amplitud a la normativa legal: “La indicación número 52, de S.E. el Presidente de la República, agrega, a continuación del artículo 19, el siguiente artículo 20, nuevo, corrigiéndose la numeración correlativa según corresponda: “Artículo 20.- Los órganos del sector público no regidos por esta ley, con excepción de las empresas públicas creadas por ley, deberán someterse a las normas de los artículos 17, 18 y 19 de esta ley para suministrar la información básica sobre contratación de bienes, servicios y obras y aquella que determine el reglamento”. Los personeros del Ejecutivo hicieron presente que los órganos del sector público no regidos por la ley comprenden a todos aquellos organismos que están considerados como sector público en la Ley de Administración Financiera del Estado, donde están la Presidencia de la República, el

dados los avances experimentados con respecto al Estado de Derecho, no podrían sujetarse a la jurisdicción de un tribunal especial?... ¿Acaso sólo la Administración tiene necesidad de contratar bienes y servicios?... ¿Por qué un tribunal especializado para los conflictos derivados de las contrataciones de la Administración y no para las que celebren otros organismos del Estado, si en todos ellos está envuelto el interés público al que el Estado y todos sus organismos se deben por igual? Y más aún, ¿por qué “excluirlos” si en todas esas contrataciones concurren el interés público y el interés privado, a los cuales, el propio Estado y el orden jurídico al cual se encuentra sujeto (Artículos 6° y 7° de la Constitución) deben tratar conforme a los preceptos constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y pronta y cumplida administración de justicia?

En tal sentido, creemos relevante tener en cuenta que las intenciones manifestadas en la discusión legislativa ya se referían a este tópico. Así el Diputado Montes, durante el Primer Trámite Constitucional, expresaba:

“Tengo entendido que los contratos de la Cámara de Diputados están incluidos en esta iniciativa, como los de todos los demás servicios –también el Banco Central–. Entonces, no veo por qué las municipalidades y las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública no lo están.”

A lo que el diputado José Miguel Ortiz agregó:

“Tal como expresó el diputado señor Carlos Montes, en la Comisión de Hacienda quedó absolutamente claro a qué organismos públicos se aplicará esta iniciativa. Al respecto, los representantes del Ejecutivo señalaron en la Comisión que los sistemas de compras en dichas instituciones funcionan bien; no obstante, no me parece malo clarificar que *los organismos obligados a formar parte del sistema propuesto* y a informar sobre sus adquisiciones, cuando la iniciativa entre en vigencia, *son aquellos que integran los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y entes autónomos, como el Banco Central, la Contraloría General de la República y el Consejo de Defensa del Estado*” (énfasis agregado)²⁰.

Congreso Nacional y el Poder Judicial, por lo que esta norma es la que otorga amplitud al sistema de información de las compras públicas. Fue aprobada, sin enmiendas, por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señora Matthei y señores Boeninger, Foxley y Romero”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley...*, op. cit., p. 385.

²⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley...*, op. cit., pp. 148-149.

Finalmente, aunque la referencia al Art. 1° de la Ley N° 18.575 le dio amplitud a la ley, ella sólo se fijó respecto de la Administración del Estado²¹.

Por otra parte, no es menos razonable preguntarse: por qué dejar fuera de la competencia del TCP los conflictos propios de la ejecución y término de los contratos, en circunstancias que la misma Ley N° 19.886 admite el ejercicio de facultades de interpretación, modificación y término anticipado de los mismos por parte de la Administración²². Cuestión que igualmente fuera planteada durante la tramitación legislativa, aunque no totalmente agotada²³.

A nuestro entender, una cierta falta de asertividad en el contenido del mandato legislativo, en cuanto a las competencias con que cuenta el tribunal y sus posibilidades resolutorias, ha derivado en importantes restricciones a su actuación, las que ha delineado a través de su jurisprudencia, con las fricciones que ello supone en relación a los principios y deberes constitucionales de Seguridad Jurídica, Juridicidad o Legalidad y Resguardo Judicial Debido y Oportuno de los Derechos Fundamentales.

Es así, por ejemplo, que el TCP ha entendido excluidos de su competencia la actuación de organismos distintos de aquellos descritos en el Art. 1° de la Ley 18.575 y procesos que no se refieran a contrataciones efectuadas para el desarrollo de sus actividades propias al amparo de la Ley 19.886. Así lo manifestó en las sentencias interlocutorias de incompetencia de 10 de julio de 2007, en los autos “Servicio de Protección Jurídica Penal Ltda. con Defensoría Penal Pública”, Rol 29-2007; y de 02 de marzo de 2007, en los autos “Maccioni Baraona con Director Ejecutivo del Programa Bicentenario de Ciencia y Tecnología CONICYT/Banco Mundial” Rol 1-2007²⁴.

²¹ Incluso estaría limitada a los órganos de la Administración creados por la Constitución o por la ley, según se desprende del considerando 2° de la sentencia de 07 de junio de 2007, en los autos Rol 20-2007, del Tribunal de Contratación Pública.

²² Véase el Art. 13 de la Ley N° 19.886.

²³ Así, el senador Silva, durante la Discusión en Comisión del Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, propuso un conjunto de indicaciones que apuntaban a regir la contratación en un sentido más amplio, si bien siempre en sentido administrativo, como lo hemos expresado, y que fueron desestimadas por la Comisión de Constitución del Senado, cuyas razones no quedan expresadas en el texto del Informe. Sin embargo, creemos que algunos de sus planteamientos habrían sido acogidos dando lugar, entre otras, a las excepciones de contratos de obra pública que hoy contempla el art. 3° de la ley. Además, el mismo senador Silva propuso incorporar un capítulo relativo a los contratos especiales, lo que fue declarado inadmisibles por considerarlo ajeno a las ideas matrices del proyecto. Cuestión que parece extraña, ya que una de las ideas matrices del proyecto era precisamente instaurar una ley general marco de la contratación administrativa. Vid. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley...*, *op. cit.*, pp. 352-354 y 368-380.

²⁴ Pueden consultarse también: *en cuanto a los órganos* sujetos a su jurisdicción, la sentencia interlocutoria de 07 de junio de 2007 en el Rol 20-2007; *respecto de los*

El criterio interpretativo tradicionalmente restrictivo; referido a que las licitaciones impugnables sólo podían versar sobre la adquisición de bienes y servicios para las funciones propias del órgano administrativo, experimentó un cambio sustancial con la doctrina contenida en el fallo de 29 de enero de 2010 en los autos Rol 152-2009 anteriormente citados, constituyendo un importante avance jurisprudencial en términos de otorgar una mayor presencia al TCP.

No obstante, no podemos desconocer que dicha extensión ofrece aspectos que presentan una tensión con el mandato legislativo.

En efecto, siendo el otorgamiento de competencia una cuestión de derecho estricto, que requiere mención legislativa expresa, de acuerdo al Art. 7° de la Constitución, es dable sostener que, *cuando el legislador ha querido extender la competencia del tribunal a procedimientos de contratación pública distintos de aquellos que constituyen el ámbito de vigencia material propio de la Ley N° 19.886*, esto es, más allá de las licitaciones para adquirir bienes muebles y servicios para las funciones propias, *lo ha señalado explícitamente*, como ocurre con la contra-excepción referida a los contratos de ejecución y concesión de obras, explícitamente señalados en la letra e) del Artículo 3° de la Ley N° 19.886. Y así también lo ha manifestado el propio TCP en una sentencia interlocutoria de 20 de octubre de 2009²⁵. Sin embargo, no es desestimable pensar que la doctrina del fallo interlocutorio del Rol 152-2009, ha reconocido una competencia que comprende procedimientos más allá del ámbito material propio de la Ley N° 19.886, esto es, de las licitaciones para adquirir bienes muebles y servicios para las funciones propias, sin un texto legal expreso que hiciera tal reconocimiento, al manifestar en su considerando 7°, que el Art. 24 de la Ley

“alude a los procedimientos administrativos de contratación, *sin distinguir el objeto de la licitación ni tampoco la naturaleza jurídica del contrato que con motivo de ella habrá de celebrarse*, encontrándose sólo exceptuados aquellos casos a que expresamente se refiere el Art. 3° de la mencionada ley...” (énfasis agregado).

procedimientos, la interlocutoria de 29 de octubre de 2009 en el Rol 115-2009; *respecto de la naturaleza de los contratos cuyo procedimiento de licitación es susceptibles de impugnarse*, véase la interlocutoria de 20 de octubre de 2009 en el Rol 86-2009; *respecto de la exclusión de las fases de ejecución de los contratos*, véase la interlocutoria de 14 de mayo de 2010 en el Rol 33-2010.

²⁵ TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 86-2009, numeral 7° de la parte considerativa.

En la exégesis del Art. 24 reseñada, echamos de menos una reflexión acerca del papel que juega el ámbito de vigencia material de la ley en la determinación de su competencia, como sí lo hicieron las sentencias anteriores dictadas en este orden de materias²⁶. Pensamos también, en la incidencia que tiene la aplicación de dicha Ley N° 19.886 para el análisis de fondo de cada caso, ya que los razonamientos de los fallos discurren precisamente sobre la aplicación de esa normativa, pareciéndonos necesario despejar estas inquietudes.

En nuestro concepto, a pesar del encomiable esfuerzo interpretativo que dicha jurisprudencia representa, estimamos indispensable superar una falta de precisión en el mandato legal, a fin de evitar disputas hermenéuticas acerca de la legitimidad jurídica de la competencia del TCP, por la tensión que ello genera con dicho mandato.

f. Objetivo de la sentencia. Amplitud y eficacia

El Art. 26 inciso 1° de la ley prescribe que

“En la sentencia definitiva, el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho”,

sea que se impugne una aprobación o rechazo en el Registro de la Dirección de Compras y Contratación Pública o un proceso de licitación.

De acuerdo a nuestra apreciación, el mandato legislativo no ha sido enteramente acertado. El legislador se ha limitado a señalar que el propósito del TCP en el ejercicio de su competencia es declarar la ilegalidad o arbitrariedad de los actos u omisiones impugnados, pudiendo ordenar *EN LA SENTENCIA DEFINITIVA las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho*, lo que, indudablemente, impone una condicionante que dificulta adoptar medidas oportunamente, al enfrentarse a una realidad, cuyas exigencias y dinámicas pueden consumarse antes de la intervención judicial manifestada en la sentencia definitiva.

Lo anterior, dejando a salvo aquellos casos en los que se dispusiera la suspensión del procedimiento, conforme al Art. 25 inciso 2° de la Ley N° 19.886. Sin embargo, dicha medida presenta complejidades que se relacionan e inciden directamente sobre los estándares de Control y Rendición de Cuentas, Eficiencia/Eficacia y Debido Proceso. Por de pronto sólo mencionaremos dos de ellas:

²⁶ Véase 24 supra.

a) Ponderación de intereses y oportunidad de las medidas.

Como hemos dicho, junto al interés público comprometido confluyen los intereses de la parte demandante y aquél del tercero al cual se refieren los actos administrativos impugnados; cuya participación no está actualmente prevista en el procedimiento, lo que se torna más complejo de asumir por encontrarse habilitado el tribunal para disponer medidas sólo en la sentencia definitiva y las dificultades asociadas a la declaración de suspensión. En este sentido, el propio TCP ha advertido en su Primera Cuenta Pública entregada en 2012, que

“Esta potestad de paralizar el procedimiento licitatorio, debido a las delicadas consecuencias que conlleva, para la satisfacción del interés público comprometido en la licitación, ha sido utilizada en forma restrictiva por el Tribunal y en los últimos años de las 552 causas ingresadas, la suspensión sólo se ha decretado en 26 procesos”²⁷.

Es decir, se ha decretado en menos del 5% de los casos sometidos a conocimiento del Tribunal.

b) Impugnabilidad de las sentencias interlocutorias que se pronuncian sobre la solicitud de suspensión del procedimiento.

Se suma a lo dicho el hecho que las sentencias que se pronuncian sobre una medida tan trascendente no admiten la revisión de ellas por la vía de la apelación, lo que a nuestro parecer debilita la efectividad que se buscó al entregar esta facultad al TCP. En este sentido, tanto el criterio del propio tribunal como el de las Cortes ha sido unánime²⁸.

Sobre este punto en particular, Stewart hace presente que

“...una revisión judicial estricta (“hard look” review) de la discreción ejercida por la agencia se ha transformado en un fundamento central del derecho y práctica administrativa”²⁹,

frente a lo cual cabe preguntarnos si ¿dicha revisión judicial estricta es posible bajo las limitaciones aquí comentadas? Y tal

²⁷ TRIBUNAL DE COMPRAS PÚBLICAS, *Primera Cuenta Pública del Tribunal*, pág. 4

²⁸ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2009): Rol IC 2404-2009; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 115-2009; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2011): Rol 102-2011; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2011): Rol 6821-2011.

²⁹ Richard STEWART, *U.S. Administrative Law: A Resource for Global Administrative Law?*, New York, University, Discussion Draft, January 17. Citado por ROMERO GUZMÁN, *op. cit.*, p. 546.

vez más importante aún, ¿será ella, bajo tales condicionantes, efectiva tutela de los derechos de las partes interesadas?

Creemos que la forma constitucionalmente idónea de proveer soluciones para enfrentar las problemáticas aquí descritas pasa por integrar figuras y otorgar potestades al TCP a través de una mejora en el contenido del mandato legislativo.

g. Facultades genéricas y realidad regulada

En la práctica, la formulación normativa amplia a que hemos hecho referencia no sería suficiente para satisfacer las expectativas de los destinatarios de la regulación, ya que las facultades otorgadas al TCP no alcanzarían para adoptar pronunciamientos sustancialmente relevantes, como por ejemplo: para la aplicación de multas por infracciones a la normativa de contratación o el otorgamiento de indemnizaciones de perjuicios a los afectados; cuestión determinante a la hora de optar por accionar o no, como lo veremos a propósito de la eficacia.

Siendo las Mypimes el número mayoritario de quienes se relacionan contractualmente con la Administración³⁰, la correlación “mandato legislativo/competencia/facultades/eficacia” adquiere especial importancia, considerando el volumen de proveedores inscritos pertenecientes a ese sector y la significancia que tienen en la fuerza laboral del país, con el consecuente impacto económico que ello supone. Tal aspecto parece adquirir consistencia si se tiene en cuenta que los contratos a los que normalmente acceden las Mypimes se refieren a montos cuyo significado, confrontado con los costos de litigación (honorarios profesionales, costas procesales, etc.) y escasos resultados favorables concretos, no les serían convenientes, con el consiguiente impacto en sus economías, generando una mayor probabilidad de desestimar la actuación judicial ante tales expectativas.

Por otro lado, la cantidad de demandas ingresadas –según veremos a propósito del criterio de la eficacia– se aprecia muy escasa frente a la gran cantidad de reclamaciones presentadas ante la DCP en el rubro “Irregularidad adquisición recibidos” informadas en el “Ranking de Reclamos” y que corresponderían precisamente a situaciones dadas en la fase de licitación que podrían ameritar un accionar judicial. Asimismo, la cantidad de reclamaciones por hechos que podríamos atribuir a la fase

³⁰ En la cuenta del Director de Chilecompra, llevada a cabo el 27 de agosto de 2010, se destacó el fuerte crecimiento y el mayoritario porcentaje que representan las Mypimes entre los proveedores del sector público. Noticia disponible en: www.chilecompra.cl. Consultada el 28 de agosto de 2010.

de cumplimiento del contrato también presenta un número significativo, según se aprecia en ese mismo sitio web³¹.

Hay aquí dos aspectos que surgen como importantes de explorar: qué cantidad de demandantes corresponden a pequeñas y medianas empresas y qué factores influyen en la decisión de accionar judicialmente o no, por parte de esos actores.

A la vista de los antecedentes comentados, nos parece que el mandato legislativo presenta importantes desafíos de manera de poder satisfacer, de modo consistente y suficiente, las necesidades del ámbito que debe constituir el objeto de esta regulación jurisdiccional, y la integración del parecer de sus destinatarios, a través de la consulta de sus intereses y experiencias, fortalecería la legitimidad de esta regulación a la luz del criterio de los “Procedimientos Justos y Participativos” al que aludimos a continuación³².

2) PROCEDIMIENTOS JUSTOS Y PARTICIPATIVOS

Según señala el profesor Romero, de acuerdo con este criterio, la valoración del régimen regulatorio de que se trate considera al procedimiento en base al cual se adoptan las decisiones, particularmente en lo referente a la igualdad, justicia, consistencia, apertura y transparencia del mismo, vinculándose estrechamente con el debido proceso.

a. Procedimiento equitativo

Extrapolando los postulados de Jones y Baldwin a la regulación de un sistema regulatorio jurisdiccional, la legitimidad de los procedimientos

³¹ Este ranking corresponde a datos entregados por una de las herramientas del portal Chilecompra en el vínculo de información denominado ANALIZA. Disponible en: <www.analiza.mercadopublico.cl/RankingReclamos/RankingPrincipal.aspx> Consultada el 28 de agosto de 2010.

³² Sin desconocer el valor de los pronunciamientos del Tribunal de Contratación Pública, aún pueden subsistir espacios de imprecisión. Podríamos preguntarnos, por ejemplo, si efectivamente tal jurisdicción se limita sólo a la DCP y los organismos de la Administración del Estado definidos en el Art. 1° de la Ley 18.575, por cuanto la expresión del Art. 26 de la Ley N° 19.886 al hablar de “...los órganos regidos por esta ley...” podría entenderse más extensa de lo que a primera vista resulta, especialmente si se tiene en cuenta la intención expresada en los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, según hemos comentado. En efecto, encontramos en la ley referencias a *otras materias de alguna forma reguladas por ella*, tales como lo concerniente a las inscripciones en registros especiales y la norma del Art. 21 referida al deber de información que abarca incluso a órganos que no forman parte de la Administración de acuerdo al Art. 1° de la Ley 18.575. Luego, si dichas materias están regidas por la ley... ¿los órganos sujetos a ellas efectivamente no estarían sujetos a la Ley N° 19.886?

puede ser incrementada si ellos son percibidos como justos “...en el sentido que ellos permiten la participación de los intereses afectados”, valorando la ecuanimidad e imparcialdad, siendo primordial para esgrimir este criterio como base de justificación

“...el nivel de consideración que se ha dado a aquellos intereses de las personas directamente afectadas por el proceso, decisión o política de que se trate”³³.

En este orden de ideas, debe reconocerse que el procedimiento es bastante sencillo y asegura la presentación de la posición de las partes y la rendición de probanzas. No obstante, llama nuestra atención la falta de participación, en el procedimiento, de los terceros afectados con las impugnaciones, especialmente en aquellos casos en que el tribunal ordenará dejar sin efecto y retrotraer³⁴.

Dicho aspecto sería especialmente trascendente para el caso de impugnaciones de resoluciones adjudicatorias, en las cuales ya se han reconocido derechos a favor de terceros por parte de la Administración, los cuales deberían ser consultados respecto de la impugnación del acto administrativo que les favorece, ante la eventualidad que este sea dejado sin efecto. Ello le daría coherencia a la decisión judicial con los criterios y principios que rigen la invalidación y revocación administrativa; de acuerdo con el cual, al tenor de los Artículos 53 y 61 de la Ley 19.880, la Administración no puede invalidar un acto sin haber oído antes a la parte afectada, ni puede ni revocarlo cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente. Esta coherencia; de oír al particular afectado, nos parece aun más necesaria, pues tanto en la invalidación y revocación administrativa como en la impugnación judicial de que conoce el TCP, están en juego derechos fundamentales de esos particulares, como son el debido proceso y la seguridad jurídica, amparados constitucionalmente.

Por otra parte, la restricción existente en el sentido que quien tiene la legitimación activa es sólo quien tiene interés actual en el caso³⁵, sin

³³ Timothy JONES, “Administrative Law, Regulation, and Legitimacy”, en *Journal of Law and Society*, volumen 16, number 4, Winter, 1989, p. 419; y Robert BALDWIN, *Rules and Government*, Oxford socio-legal studies, Clarendon Press Oxford, 1996, p. 44, citados por ROMERO GUZMAN, *op. cit.*, p. 545.

³⁴ Véanse las sentencias definitivas: TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 69-2008; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 76-2008 y Sentencia de Reclamación de la I.C. DE APELACIONES DE SANTIAGO (2007): Rol I.C. 5506-2007.

³⁵ Véase el Art. 24 inciso 3° de la Ley N° 19.886.

que se trate de una acción popular, parece enteramente acorde con el equilibrio entre el interés del Estado y el de los particulares, evitando generar litigios que entrapen la marcha de asuntos de relevante contenido económico y prestacional para uno y otros.

b. Centralismo del procedimiento y efectivo acceso a la justicia

Igualmente, bajo la óptica de la efectiva consideración de los intereses involucrados (participación) y su efectivo acceso a la tutela judicial, creemos necesario revisar la implementación de procedimientos auxiliares para garantizar el efectivo acceso al TCP desde regiones.

En efecto, a las reglas referidas a la presentación de demandas ante Intendentes y Gobernadores; previstas en el Art. 24 de la Ley 19.886, se sumaron las disposiciones que la Excm. Corte Suprema incorporó en 2011, en el texto refundido del auto acordado que regula el funcionamiento del TCP, destacando la facultad de exhortar al juez civil correspondiente para que practique diligencias probatorias fuera de Santiago. Sin embargo, ellas sólo contribuyen a paliar la centralidad de la tramitación de esta jurisdicción, tal como se advierte en la reciente Primera Cuenta Pública del TCP³⁶.

Esta materia ciertamente requiere proposiciones de orden más sustantivo que requieren ser abordadas por la vía legislativa, tanto para el debido resguardo de los derechos fundamentales de las personas como para la constitucionalidad sustantiva de medidas de organización y atribuciones que hagan realidad el Principio de la Inmediación del Tribunal en el marco de un debido proceso, lo que impactará positivamente en los criterios de eficiencia y eficacia, a propósito de los cuales volveremos a tratar esta materia.

c. Independencia

Aunque no se manifiesta plenamente en el procedimiento en sí mismo, vemos que este aspecto vinculado al debido proceso se resiente, dada la dependencia que el TCP tiene respecto de la DCP, la cual, por mandato del Art. 23 inciso 2° de la Ley N° 19.886 debe proveerle de la infraestructura, el apoyo técnico y los medios humanos y materiales necesarios para el adecuado funcionamiento del Tribunal.

Esta cuestión puede cobrar particular importancia en aquellos procesos en que corresponda al TCP conocer de impugnaciones dirigidas contra actuaciones de la DCP, pues entre las materias de competencia del Tribunal está precisamente la de conocer las impugnaciones contra los

³⁶ TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Primera Cuenta Pública...*, *op. cit.*, p. 11.

rechazos o aprobaciones de inscripciones en el registro electrónico oficial de contratistas de la Administración, a cargo de la DCP³⁷.

Originalmente se había propuesto entregar la secretaría técnica del tribunal a la Dirección de Compras Públicas, y que fuera su Director quien nombrara a la persona que se desempeñaría en calidad de ministro de fe del tribunal. Sin embargo, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en el Segundo Trámite Constitucional, consideró que, tratándose de un tribunal, no correspondía a la estructura tradicional, ni a la prevista en la reforma procesal penal ni en la nueva organización de los Tribunales de Familia, el dar carácter de secretaría técnica del mismo a un servicio público, como la Dirección de Compras y Contratación Pública. Asimismo, estimaron inadecuado el criterio de que fuera el Director de ese servicio quien hiciera la designación del ministro de fe, y que debería ser realizada por el propio Tribunal³⁸.

En atención a lo anterior, durante el Segundo Trámite Constitucional, en la Discusión en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se convino en reemplazar el artículo para encomendar al propio Tribunal la designación, de entre los funcionarios de la Dirección de Compras y Contratación Pública, de un abogado, quien tendría el carácter de ministro de fe del Tribunal y que desempeñaría las demás funciones que éste le encomiende³⁹.

Como vemos, si bien la designación del ministro de fe finalmente quedó entregada al propio TCP, como lo establece el actual inciso 1° del Art. 23 de la Ley N° 19.886, parte de las ideas legislativas de vinculación con la DCP perduraron, al dejar consagrado en el actual inciso 2° de la norma citada que la Dirección de Compras y Contratación Pública deberá proveer la infraestructura, el apoyo técnico y los recursos humanos y materiales necesarios para el adecuado funcionamiento del Tribunal.

Esta última característica, derivada del régimen legal establecido, presenta una fricción con el criterio de debido proceso al afectar la independencia del órgano.

Asimismo, no parece acorde a este criterio el hecho que la DCP se comporte como Secretaría del Tribunal durante el receso por feriado durante el mes de febrero, según lo dispone el Art. 10 del Auto Acordado del TCP.

³⁷ Sobre impugnaciones contra la DCP, pueden consultarse los Roles 03-2005; 27-2005; 16-2006; 78-2008; 139-2010; y 73-2011, del Tribunal de Contratación Pública.

³⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley...*, op. cit., pp. 202-203.

³⁹ Mediante oficio N° 160-348, del 6 de noviembre de 2002, el Ejecutivo, propuso sustituir este artículo en los términos reseñados. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley...*, op. cit., pp. 202-203.

d. Acceso a la información

Según expresa T. JONES

“...En términos generales, es por supuesto deseable que las políticas y procedimientos administrativos debieran ser fácilmente accesibles tanto para los regulados como para el público en general”⁴⁰.

Tal exigencia parece igualmente lógica de plantearse respecto de un sistema de regulación jurisdiccional, en términos que esté disponible con relativa facilidad para quienes puedan requerirlo.

Acerca de estas cuestiones, dos aspectos nos parecen relevantes de comentar:

- Entrega de información básica de difusión; y
- Acceso y entrega de información de consulta de causas.

Respecto a lo primero, se constata la existencia de una plataforma de información *on-line* que proporciona los antecedentes generales de composición y funcionamiento del TCP, y que se encuentra disponible en su sitio web. En él se encuentra información básica acerca de: su estructura orgánica, facultades, presentación de la demanda y su tramitación, marco normativo y datos esenciales de contacto con el organismo, tales como dirección, horario, teléfonos, los cuales se presentan con suficiente claridad.

Respecto de lo segundo, la misma página web del TCP contempla un link en que se publican las sentencias definitivas ejecutoriadas, el cual permite acceder fácilmente a dicha información⁴¹.

Es destacable el modo en que están ordenadas, resultando muy sencilla su consulta, al contener un resumen de la doctrina de cada caso. Empero, se echan de menos los antecedentes de la tramitación ante la Corte de Santiago, en aquellos casos en que ha sido presentado un recurso de reclamación, pues la página web sólo hace mención a lo que resolvió el Tribunal de Alzada, salvo aquellos casos en que incorpora el oficio en que la Corte comunica lo resuelto en recursos deducidos antes de la sentencia definitiva.

En lo tocante al acceso a la información de la tramitación de las causas, se extrañan una serie de datos, muchos de los cuales el propio sitio se adelanta a advertir que no se encuentran disponibles. En la mencionada página se aprecia la siguiente información⁴²:

⁴⁰ Timothy JONES, “Administrative Law, Regulation, and Legitimacy”, en *Journal of Law and Society*, volume 16, number 4, Winter, 1989, p. 419. Citado por ROMERO GUZMÁN, *op. cit.*, p. 545.

⁴¹ Véase www.tribunaldecompras.cl.

⁴² Información disponible en: www.tribunaldecompras.cl. Consultada por última vez el 11 de enero de 2013.

Información de causas

Si usted quiere saber como va el estado de una causa presione el siguiente enlace

Entrar como invitado

Si usted es funcionario del Tribunal de Contratación Pública y quiere ingresar información de una causa presione el siguiente enlace.

Entrar como administrador

Por cierto que debemos dejar a salvo y resaltar la excelente y atenta disposición que han tenido en el TCP para proporcionarnos información para nuestro trabajo cada vez que la hemos solicitado.

Finalmente, no deja de llamar nuestra atención la diferencia entre el volumen de reclamaciones presentadas ante la DCP y las causas ingresadas al TCP. Este dato, unido a diversas conversaciones sostenidas con asesores y abogados litigantes, parece indicar que hasta hace poco la tendencia a una escasa ocurrencia ante el Tribunal por el desconocimiento de su naturaleza y efectos de sus resoluciones estaría empezando a revertirse, según se desprende de los datos estadísticos que comprobamos en el propio TCP y que comentamos más adelante, así como de la apreciación que recientemente ha manifestado su presidente en la Primera Cuenta Pública presentada en noviembre de 2012, en la cual expresa:

“Durante el período en análisis, septiembre de 2010 a octubre del año 2012, ingresaron 552 demandas de impugnación, lo que significa un promedio anual de 276 causas. Esta cantidad representa un alza de más del 100% respecto del promedio anual de los cinco primeros años de funcionamiento del tribunal, que fue de 125 causas por año. Creemos que esto se explica por una parte por el mayor conocimiento que los proveedores y abogados tienen de la existencia del Tribunal y por la otra, a la mayor *cantidad de sentencias que acogen las demandas, que ordenan retrotraer el procedimiento de licitación*, lo que aumenta la percepción de eficacia de esta acción procesal, entre los operadores del sistema”⁴³.

3. EL CONTROL Y RENDICIÓN DE CUENTAS

En palabras del profesor Romero la ponderación de este criterio

“...versa sobre la interrogante ¿quién controla a los controladores o reguladores? Un sistema regulatorio carente de instancias de control o de ‘pesos y contrapesos’ es usualmente visto como carente de legitimidad. Por el contrario, el hecho de rendir cuentas ante o ser controlados por (expresiones que pueden definir el término ‘accountability’) es un ele-

⁴³ TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Primera Cuenta...*, op. cit., p. 5.

mento que puede incrementar los niveles de apoyo y aceptación, y por ende, de legitimidad”⁴⁴.

Hay dos facetas relacionadas con este criterio que han llamado nuestra atención:

- a. La Revisión Judicial de los fallos.
- b. La Cuenta Pública.
- c. Otros aspectos de control.

En lo concerniente a la Revisión Judicial de los fallos del TCP, el Art. 26 inciso 2° estatuye que *las sentencias definitivas* del TCP pueden ser reclamadas ante la Corte de Apelaciones de Santiago, por la parte agraviada con dicha resolución.

Esta regulación, que a primera vista no ofrece reparos, se ha hecho, a nuestro juicio, insuficiente para el debido resguardo de los intereses de las partes, asegurándoles la efectiva revisión de lo obrado: en los hechos y en el derecho.

En efecto, la jurisprudencia, tanto del TCP como de la IC de Apelaciones de Santiago, ha sido suficientemente explícita en circunscribir la actuación de ambos tribunales sobre las resoluciones del TCP, en tres sentidos:

1° “...el artículo 26 de la Ley N° 19.886 contempla solamente la posibilidad de interponer recurso de reclamación en contra de las sentencias definitivas que expida este tribunal”⁴⁵.

2° “...las normas del Libro I del Código de Procedimiento Civil sólo son aplicables a la tramitación que se sigue en este Tribunal cuando resulten conformes a la naturaleza breve y sumaria de este procedimiento, según dispone el artículo 27 de la Ley N° 19.886 y *la procedencia de la apelación de resoluciones que no revisten el carácter de sentencias definitivas pugna con dicha naturaleza*”⁴⁶ (énfasis agregado).

3° “...debe tenerse especialmente en consideración que el medio contemplado en el artículo 26 de la Ley 19.886 para atacar las sentencias del Tribunal de Contratación Pública, es una reclamación, *la que debe fundarse en el hecho de haber incurrido dicha sentencia en alguna ilegalidad o arbitrariedad y no un recurso de apelación*. En consecuencia, a esta Corte sólo le corresponde pronunciarse respecto de las alegaciones de ilegalidad y arbitrariedad atribuidas a ese fallo” (énfasis agregado)⁴⁷.

⁴⁴ ROMERO GUZMÁN, *op. cit.*, p. 548.

⁴⁵ TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 115-2009, número 1° de los “Vistos”.

⁴⁶ TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 115-2009, número 2° de los “Vistos”, de la parte que resuelve el recurso de apelación deducido en subsidio de una reposición contra la interlocutoria que declinó competencia.

⁴⁷ TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol IC 2404-2009, número 2° de los “Vistos y teniendo presente”.

Si bien las causales de ocurrencia resultan favorables para los intereses de las partes, pues no limitan sus posibilidades (haber incurrido en ilegalidad o arbitrariedad la sentencia), no pasa lo mismo con las resoluciones que pueden ser objeto de control. Es así como el sentido de la norma legal, ratificado por la jurisprudencia, ha dejado fuera del control superior decisiones que pueden resultar relevantes en el conocimiento de estos casos, como son: las resoluciones que se pronuncian sobre la suspensión del procedimiento, ya comentadas anteriormente⁴⁸; las resoluciones que reciben la causa a prueba, y toda otra interlocutoria que emita el TCP. En otras palabras, sólo existe la posibilidad de deducir un recurso especial ante los Tribunales Superiores, cual es la reclamación respecto de las sentencias definitivas⁴⁹.

La consagración de adecuados niveles de control

“...va de la mano con la existencia de instancias de control que sean capaces de asegurar la legalidad o integridad del mandato legislativo, el cumplimiento de las reglas del proceso, y la interdicción de la arbitrariedad administrativa”⁵⁰.

Siendo así, se nos presentan algunas inquietudes respecto del actual marco de control, jurisdiccional por cierto. Por ejemplo: ¿se asegurará efectivamente la interdicción de la arbitrariedad administrativa si no es posible revisar la decisión de suspender o no un procedimiento administrativo licitatorio?

A la vista de las reflexiones anteriores, el estándar de control presenta un aspecto que nos parece necesario reforzar en cuanto a la revisión judicial de las decisiones que se adopten en el curso del procedimiento de impugnación, procurando por cierto un adecuado balance entre un mejor nivel de control y la eficiencia y eficacia del procedimiento judicial.

En lo que respecta a la Cuenta Pública, consultado el portal electrónico del Tribunal desde que iniciáramos nuestra investigación, constatamos que recientemente se ha presentado la Primera Cuenta Pública del TCP, con fecha 14 de noviembre de 2012. Es de destacar en ella la síntesis de

⁴⁸ Véase en este trabajo: 1) Mandato Legislativo. f) Objetivo de la Sentencia. Amplitud y eficacia. b) Impugnabilidad de la sentencia que se pronuncia sobre la solicitud de suspensión del procedimiento; y nota 28 supra.

⁴⁹ Véase por ejemplo, la sentencia de la IC De Apelaciones de Santiago pronunciada en los autos Rol IC 6821/2011, de 23 de septiembre de 2011, en la cual el Tribunal de Alzada ratifica este criterio al rechazar un recurso de hecho interpuesto contra una resolución del TCP que, a su turno, había denegado la apelación subsidiaria contra una resolución que negó la solicitud de suspensión del procedimiento.

⁵⁰ ROMERO GUZMÁN, *op. cit.*, p. 548.

los últimos tres años de funcionamiento del órgano, proporcionando una visión general del volumen de trabajo, de algunos criterios sustantivos presentes en sus decisiones y de los desafíos que vislumbra para el futuro. Con esta actuación ciertamente se ha dado un paso significativo en el “*accountability*” que confirma el valor del papel que este ente jurisdiccional ha venido a significar, y que debería seguir incrementando, en un ámbito tan relevante como es la contratación administrativa, favoreciendo de paso la mejor difusión de su quehacer y el conocimiento que de él deben tener los operadores del sistema de compras públicas.

Entretanto, la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica del TCP, asegurándose por esta vía la debida tutela de estas materias respecto del órgano en estudio.

4. ESPECIALIZACIÓN Y EXPERTISE

“La causal de justificación de los entes reguladores en base a su competencia técnica sostiene que el experto tomará la acción más apropiada dentro de su área de libertad en la cual pueda operar, y que su performance mejorará con el tiempo”⁵¹.

De acuerdo con este criterio, se resalta el valor del resultado de la decisión por sobre el del procedimiento utilizado y los mecanismos de control.

Como puede apreciarse, la consideración de este criterio nos lleva a incorporar elementos de análisis diversos de las valoraciones jurídico-formales y que, a nuestro juicio, permiten enriquecer el análisis introduciendo valoraciones de impacto práctico que permiten aquilatar mejor el comportamiento del régimen regulatorio que examinamos.

Para la ponderación de este criterio consideramos diversos aspectos, tales como: el ámbito competencial, la integración legal y real del tribunal, el contenido de sus fallos y el grado de independencia, los cuales exponemos en los siguientes párrafos.

a. El ámbito de competencia

Claramente hay un ámbito competencial de características particulares al cual se aboca el órgano y que por sí mismo exige conocimientos especializados, como lo hemos venido anticipando. Consecuente con ello, se aplican una normativa y unos principios especializados, propios de una ley especial y en subsidio de ella del derecho público general y del derecho privado o común, sucesivamente.

⁵¹ Robert BALDWIN, citado por ROMERO GUZMÁN, *op. cit.*, p. 550.

b. Su integración legal

De acuerdo a lo previsto en el Art. 22 inciso 2° de la Ley 19.886, el órgano debe estar integrado por:

“...tres abogados designados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previas propuestas en terna hechas por la Corte Suprema.

Las ternas serán formadas sucesivamente, tomando los nombres de una lista, confeccionada especialmente para tal efecto por la Corte de Apelaciones de Santiago, a través de concurso público. En la señalada lista sólo podrán figurar abogados que sean chilenos; se hayan destacado en la actividad profesional o universitaria; acrediten experiencia en la materia, y tengan no menos de diez años de ejercicio profesional o hayan pertenecido al Escalafón Primario del Poder Judicial, siempre y cuando hubieran figurado durante los últimos cinco años en Lista Sobresaliente”.

Como se ve, la ley exige expresamente que los abogados deban ser personas que se hayan destacado en la actividad profesional o universitaria y *acrediten experiencia en la materia*, lo que indudablemente confiere una fortaleza al órgano y al ejercicio de las atribuciones de forma especializada.

c. Las características profesionales de sus miembros

Considerando la información proporcionada por el TCP, los ministros que lo han integrado hasta la fecha presentan experiencia y conocimientos del ámbito judicial y administrativo, sea como jueces, integrantes de organismos ligados a la actividad administrativa o como abogados litigantes⁵².

En este orden de ideas, la preocupación legislativa en cuanto a que el Tribunal fuese integrado con abogados que reunieran características de idoneidad y capacidad estaría satisfecha con la experiencia alcanzada hasta hoy.

Debemos hacer notar que la actual forma de integración tuvo su origen en una propuesta de los representantes del Ministerio de Hacienda y de la Dirección de Aprovechamiento del Estado, quienes sugirieron

⁵² De acuerdo a los antecedentes recabados en la Secretaría del TCP, entre los jueces titulares que lo han integrado, 3 han tenido vinculación con el ámbito administrativo, tanto por experiencia académica como profesional, como es el caso del magistrado Julio Triviño, quien se desempeñó en la Contraloría General de la República. A ello puede sumarse la incorporación del presidente Sr. Álvaro Arévalo, quien tuvo una larga trayectoria como asesor jurídico en la Fuerza Aérea de Chile, llegando a ocupar el cargo de Auditor General de esa institución.

reemplazar la idea original de dos Ministros de Corte, por dos abogados designados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previa formación, por la Corte Suprema, de las respectivas ternas. Se mantendría, como tercer integrante, un profesional universitario, experto en materias relativas a licitaciones y contratación pública en general, o que posea un grado académico relacionado con el derecho público, designado, junto con su respectivo suplente, por el Ministro de Hacienda, mediante concurso público a cargo de una comisión de dicha Secretaría de Estado.

“Justificaron esta integración diferenciada en que, en las materias que conocerá este tribunal, convergen dos intereses: el interés del proponente y el del Estado; y no sólo debería considerarse el hecho de no afectar los intereses y derechos del primero, sino que también de impedir que se puedan paralizar las necesidades de contratación del Estado, que persiguen un interés público. En tal sentido, *este tercer integrante se visualiza como una persona que pueda ponderar ambos aspectos*”⁵³ (énfasis agregado).

Finalmente, se estructuró con tres abogados designados a proposición de la Corte Suprema, según explicamos inicialmente.

d. El contenido de los fallos.

La ponderación del interés y público y privado

Analizar el contenido de las sentencias constituye un aspecto interesante, cuya apreciación requiere de un examen detenido del contenido sustancial de la jurisprudencia del TCP, cuestión que excede los límites de este trabajo. No obstante, considerando que la ponderación del interés público y privado fue una de las preocupaciones que motivaron la integración del órgano con profesionales que acreditaran conocimientos y experiencia especializada, según quedó dicho en el apartado anterior, nos parece relevante mencionar el criterio, presente en algunos fallos del tribunal, para efectuar dicha ponderación.

Al respecto, el tribunal se ha inclinado por no anular contrataciones cuando ellas ya han sido adjudicadas y se ha satisfecho la necesidad pública para la cual se convocó a la licitación correspondiente, sin perjuicio de declarar la ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y dejar abierta la posibilidad de reclamar indemnización de perjuicios y medidas administrativas respecto del órgano y funcionarios infractores⁵⁴.

⁵³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley...*, op. cit., p. 199.

⁵⁴ Véanse las sentencias definitivas: TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2007): Rol 11-2007, Considerandos 15° al 24°; y TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2005): Rol 20-2005.

De acuerdo a nuestro marco analítico de referencia, aquí surge una clara tensión entre este criterio de legitimidad, el del mandato legislativo y aquel de la eficacia, pues los razonamientos del TCP si bien son destacables en orden a conjugar el interés público insito en la necesidad pública ya satisfecha con el del particular que ha prestado servicio a la Administración, queda pendiente la satisfacción del interés del demandante, a lo cual el Tribunal se ve limitado por la observancia del mandato legislativo que resulta insuficiente para estos efectos; lo que es particularmente relevante, en orden a indemnizar.

e. Grado de independencia

La competencia específica y la especialización de los integrantes del Tribunal ciertamente confiere independencia a su desempeño. No obstante, al parecer esta especialización ha redundado en el establecimiento de una “litigación muy acotada” en términos que afectan el control jurisdiccional superior de las resoluciones del órgano y el debido proceso, como ya hemos explicado.

Hay aquí una reflexión necesaria de realizar a futuro, a fin de procurar un mayor equilibrio entre este parámetro de legitimidad y aquellos de orden democrático-formales como los de mandato legal, debido proceso y control, ya expuestos.

5. LA EFICIENCIA Y LA EFICACIA

La consideración de estos criterios implica valorar aspectos sustantivos del desempeño de la institucionalidad en análisis, sopesar la funcionalidad de ella. Corresponden a pautas que escapan a las que tradicionalmente se emplean en el ámbito jurídico para evaluar una determinada institución. Su virtud radica, al igual que sucede con el criterio de la expertise antes visto, en incorporar estimaciones de importancia práctica que ayudarán a obtener una visión más concreta de las bondades de sistema. En definitiva, permiten examinar mejor si la legislación está produciendo los efectos que se esperan de ella, si está provocando lo que se espera que provoque en la realidad social a la cual está dirigida. He ahí su importancia.

Algunas consideraciones orientadas en función de tales parámetros serían: la coherencia en la asignación de roles y responsabilidades, la fijación de objetivos claros, la asignación de medios humanos y materiales suficientes y adecuados, entre otros. De acuerdo a lo que nos informa el profesor Romero, ha cobrado especial relevancia en el ámbito académico, la consideración del “costo-beneficio” o “costo-efectividad”.

a. Recursos con que cuenta

Para el cumplimiento de sus funciones, además de los magistrados y secretario previstos en la ley, el TCP cuenta con tres abogados relatores, y cuatro funcionarios administrativos, según da cuenta la página web del tribunal⁵⁵.

De acuerdo a los antecedentes que se nos proporcionaron en el TCP, hasta 2009 se constata que la entrega de recursos ha estado dependiendo de formulaciones puntuales según requerimientos y disponibilidades. A partir de 2010 se produce una mayor ordenación sobre la base de un conjunto de “fichas de proyecto o adquisición” que el Tribunal entrega a la DCP, abarcando diversos rubros, como por ejemplo⁵⁶:

| <i>Rubro</i> | <i>Monto estimativo</i> |
|------------------------------------------------------|-------------------------|
| Uniforme para el personal administrativo | \$ 440.000 |
| Aseo y sanitización de las dependencias del Tribunal | \$ 5.212.212 |
| Mantenimiento y reparación de equipos informáticos | \$ 840.000 |
| Renovación de equipos computacionales | \$ 5.500.000 |
| Capacitación del personal | \$ 3.000.000 |

Las previsiones de las Leyes de Presupuestos respectivas, desde su creación en 2005, no mencionan en el conjunto de gastos asignados a la DCP, al TCP, hasta la Ley de Presupuesto de 2010, que diferencia específicamente gastos asignados al TCP bajo el Subtítulo 24 Transferencias Corrientes, Item 03 a Otras Entidades Públicas, incorporando el Item 032 Tribunal de Compras Públicas, Glosa N° 06, por \$ 218.918 (miles de pesos).

Al respecto señala la glosa en detalle:

“06 Con cargo a esta asignación, se financiarán las dietas correspondientes a los jueces integrantes del Tribunal, así como también los recursos humanos y los gastos necesarios para su adecuado funcionamiento; de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 19.886 de Compras y Contratación Pública”⁵⁷.

En los años anteriores a 2010 se lee en las asignaciones a la DCP el mismo rubro de transferencias ordinarias a otras entidades públicas, de lo que deducimos que los recursos previstos para el TCP se enmarcan en dicho concepto, sin que nos conste el detalle de tales recursos.

⁵⁵ Véase www.tribunaldecompras.cl. Última consulta el 18 de enero de 2013.

⁵⁶ Fuente: Fichas de Proyecto o Adquisición facilitadas en el TCP para los años 2010 y 2011.

⁵⁷ Ley de Presupuesto, Año 2010. Disponible en: www.dipres.gob.cl. Última consulta el 18 de enero de 2013.

En las leyes de presupuestos de los años 2011, 2012 y 2013⁵⁸ se incorporan los mismos rubros y detalle de la glosa, con los siguientes montos:

- año 2011= \$269.504.- (miles de pesos).
- año 2012= \$251.308.- (miles de pesos)
- Año 2013 = \$275.220.- (miles de pesos)

Ciertamente que la evolución que demuestran estos indicadores ha sido positiva, por cuanto se va dotando al TCP de crecientes medios económicos para su funcionamiento, aunque desconocemos las razones por las cuales los recursos asignados en 2012 presentan una baja respecto de aquellos proporcionados en 2011.

A juzgar por las cifras revisadas, este parámetro presentaría niveles destacables.

b. Tiempos de tramitación

En la Primera Cuenta Pública del tribunal se informa que

“La duración promedio de la tramitación de los autos durante el lapso entre el 28 de septiembre de 2010 y el 31 de octubre de 2012, ha sido de 9 meses, contada desde la fecha de presentación de la demanda a la fecha de la dictación de la sentencia definitiva por este Tribunal”

agregando que

“Estimamos que parte importante de la duración del proceso antes señalada, tiene su origen en la falta de impulso procesal de las partes cuando les corresponde”⁵⁹.

A la vista de los tiempos informados, coincidimos con la impresión del propio TCP, en cuanto a que la demora de los procesos es bastante baja si se los compara con los de otros tribunales, especialmente con los de los juzgados civiles ordinarios, que serían los llamados a conocer de estos casos en caso de no existir el TCP⁶⁰.

Ahora bien, si aun así la principal causa de demoras es la falta de actividad de las partes, parece relevante pensar en introducir figuras que obliguen a las partes a impulsar el proceso, como por ejemplo reducir el plazo para decretar el abandono del procedimiento, basados en que

⁵⁸ Disponibles en: www.dipres.gob.cl. Consultada por última vez el 18 de enero de 2013.

⁵⁹ TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Primera Cuenta Pública...*, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁰ *Ibíd.*

el interés público comprometido y el de los terceros afectados con las consecuencias de la impugnación exigen una tramitación célere y un alto sentido de la responsabilidad en el ejercicio de los derechos por parte de los intervinientes. Ciertamente que ello supone estudiar reformas al marco legal vigente.

Por otra parte, de acuerdo a nuestra observación de los datos registrados hasta el 31 de diciembre de 2012, en el Libro de Sentencias abierto el 01 de agosto de 2008, constatamos las siguientes cifras de sentencias definitivas dictadas por año:

| <i>Año</i> | <i>Número de sentencias</i> |
|------------|-----------------------------|
| 2005 | 1 |
| 2006 | 21 |
| 2007 | 26 |
| 2008 | 24 |
| 2009 | 38 |
| 2010 | 49 |
| 2011 | 59 |
| 2012 | 54 |
| TOTAL | 272 ⁶¹ |

c. Marco legal y capacidad para adoptar medidas eficaces

En los fallos del TCP encontramos decisiones que arrojan algunos datos al respecto. Así se puede apreciar en la sentencia interlocutoria de incompetencia de 09 de noviembre de 2006 en los autos “Sergio del Rosario Morales con Dirección de Vialidad Región de Atacama” Rol 85-2006, rechazando conocer de la aplicación de multas y otras medidas, en cuyos considerandos expresa:

“2° Que la acción deducida en estos autos excede el ámbito de competencia que demarca el artículo 24 de la Ley 19.886, toda vez que lo peticionado sobrepasa a la acción de impugnación por ilegalidad o arbitrariedad del acto reprochado, desde que las pretensiones fundamentales del actor buscan conseguir la aplicación de multas a la entidad reclamada así como la reparación de los perjuicios que expresa haber sufrido con motivo de los actos administrativos que declararon desiertas las licitaciones a que postuló”.

⁶¹ De acuerdo con lo informado en la primera cuenta pública, el número total de sentencias dictadas por el TCP, desde su instalación, sería de 262. TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *op. cit.*, p. 10.

El mismo criterio se ratifica en las resoluciones de 26 de junio de 2007 en el Rol 32-2007 y en la de 11 de enero de 2008 en el Rol 6-2008, las que rechazaron pronunciarse sobre indemnizaciones de perjuicios.

Importan, además de los aspectos positivos ya citados en los fallos, las limitaciones legales manifestadas en las sentencias respecto de aquellos procesos de contratación que han quedado fuera de su competencia, como el Trato Directo, los actos ejecutados en base a un Convenio Marco o aquellos posteriores a una Resolución de Adjudicación⁶².

Abocado a situaciones propias de la etapa de formación del consentimiento (proceso de licitación para elegir al cocontratante y la oferta), estamos en presencia de un órgano que, por ley, debe pronunciarse acerca de la responsabilidad precontractual. Tal premisa nos conduce a diversas inquietudes en torno a la obtención de resultados: ¿Las normas sustantivas de la ley serán suficientes para ello?⁶³. ¿Es suficiente llevar al plano judicial especializado sólo lo referido a las reclamaciones de ese orden, dejando pendientes otras tan relevantes como las ocurridas en la ejecución y término de los contratos? ¿Acaso ello no “encarecería” el efectivo acceso a la justicia de los destinatarios de la norma?

Toca aquí volver sobre la tensión que se evidencia entre el criterio en análisis y los de especialización y mandato legislativo que anteriormente hemos comentado, ya que ciertamente las limitantes del mandato legislativo reflejadas en los razonamientos especializados del tribunal, ponen de manifiesto una carencia importante en cuanto a la posibilidad de alcanzar soluciones íntegras y realistas para los diversos intereses públicos y privados involucrados en estos casos. Particularmente para un demandante que obteniendo una declaración favorable en la sentencia, y habiéndose prestado el servicio al órgano público demandado, se ve en la necesidad

⁶² Sobre la interpretación restrictiva de tales facultades pueden consultarse las siguientes resoluciones: Para procesos de *Trato Directo*: TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2007): Rol 99-2006; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2007): Rol 6-2007; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2010): Rol 29-2010. Para *Actos derivados de Convenio Marco*: TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2007): Rol 73-2007; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 52-2009; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2010): Rol 33-2010. Para *actos posteriores a la adjudicación*: TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2006): Rol 45-2005; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2006): Rol 27-2006. Para *otros procesos y actos*: TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2006): Rol 18-2006; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2006): Rol 57-2006; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2007): Rol 05-2007; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2007): Rol 29-2007; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2008): Rol 38-2008; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 86-2009.

⁶³ Sin pretender entrar al fondo del asunto, por exceder nuestros propósitos, parece relevante examinar con más detención la consistencia, impuesta desde la norma legal, de juzgar bajo un prisma dogmático contractual actuaciones de naturaleza precontractual.

de tener que iniciar un nuevo procedimiento judicial ante un tribunal ordinario para obtener una indemnización, sometido a un procedimiento de lato conocimiento con el costo en tiempo y recursos económicos que ello le impone. Recordemos a este respecto que el TCP en casos de licitaciones adjudicadas en las que se ha satisfecho la necesidad pública para la cual se convocó, junto con declarar la ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado, deja abierta la posibilidad de reclamar indemnización y requerir medidas administrativas respecto del órgano y funcionarios infractores⁶⁴.

En este contexto es relevante recordar que el análisis bajo los parámetros eficiencia/eficacia ha venido resaltando la importancia de la ecuación “costo-beneficio” o “costo-efectividad”. Como se ha dicho por algunos estudiosos de estas temáticas en nuestro país

“...se requiere que los beneficios de la acción del Estado superen los costos que ella conlleva. Esta es una condición esencial, por cuanto el Estado también es “imperfecto”⁶⁵.

Nos interesa aquí resaltar la idea que la determinación de crear una institucionalidad regulatoria, en este caso de orden jurisdiccional, supone una reflexión acerca de los efectivos beneficios que ello conlleva.

En dicha perspectiva, el hecho que las cuestiones sobre ejecución y término, y otras como las indemnizatorias deban ventilarse ante tribunales ordinarios supone una consecuente carga de trabajo para ellos y el alejamiento de la discusión en sede especial, *lo que no parece adecuado en orden a obtener el máximo rendimiento del esfuerzo del Estado por crear una judicatura especializada*, máxime si se trata de dar efectiva respuesta a relaciones dinámicas como las presentes en contrataciones destinadas al cumplimiento de las funciones estatales y a los particulares en su actividad económica, por lo cual se requeriría un mayor dinamismo y concentración en el conocimiento de los asuntos, en esta sede especializada.

¿Podría el TCP, por la vía interpretativa, hacer un giro hasta llegar a la determinación de indemnizaciones? ¿No estaría acaso esta capacidad ínsita en la posibilidad de determinar, en su sentencia definitiva, las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho? ¿Por qué razón dejar ello a los tribunales ordinarios en circunstancias que se creó para

⁶⁴ TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2007): Rol 11-2007 y TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2005): Rol 20-2005.

⁶⁵ JADRESIC, et al. *La nueva regulación*, Informe de la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Regulatoria del Estado, 1999, Dolmen. Citado por ROMERO GUZMAN, *op. cit.*, p. 553.

conocer de estas causas, poniéndose especial énfasis en la especialización de sus integrantes?... Creemos, en todo caso, que a la luz del Principio de Juridicidad de los Artículos 6° y 7° de la Constitución la solución debiera pasar por herramientas legislativas que contemplen expresamente estas facultades, pues en caso contrario, se afectaría seriamente la legitimidad del órgano basada en el cumplimiento del mandato legislativo, con las consecuencias constitucionales que ello importaría.

En este contexto, la propuesta de reforma legislativa señalada en la Primera Cuenta Pública del Tribunal, en orden a ampliar la competencia del órgano judicial sólo a la fase que transcurre entre la adjudicación y la suscripción del contrato, si bien implica un avance, nos parece que no es suficiente, pues apuntaría a continuar circunscrito a la fase precontractual –al menos así parece desprenderse de su tenor literal– sin abordar los demás procedimientos de contratación (trato directo, contratación vía convenio marco), la ejecución y término del contrato administrativo, el conocimiento de acciones indemnizatorias.

Respecto de estas últimas se plantea en dicha Primera Cuenta que sería deseable contemplar en su legislación, una norma semejante a la del Artículo 30 del Decreto Ley N° 211, que en los casos de sentencias condenatorias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia impone al juez civil la obligación de fundar su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica establecidos en la sentencia definitiva del primero. A la luz del parámetro “costo-beneficio” –que no sólo implica los de tipo financieros– estimamos necesario repensar tal posibilidad, por cuanto, desde este punto de vista se estaría desaprovechando todo el ejercicio jurisdiccional que ya habría efectuado el TCP. ¿Qué sentido tendría imponer a los privados, y aún a los órganos públicos emplear medios humanos, materiales y económicos en un nuevo procedimiento? En definitiva ¿sería esta una medida que favorezca la pronta y cumplida administración de justicia de que habla el constituyente en el inciso 1° del Art. 77 de nuestro Código Político?

d. Medidas eficaces y procedimiento justo

La falta de herramientas normativas para adoptar medidas de mayor eficacia, por efecto del cumplimiento del mandato legislativo (principio de juridicidad o legalidad), genera a su vez una tensión con el debido proceso, particularmente en casos de situaciones consumadas. Ello, por cuanto no permite a los particulares obtener resultados debidamente satisfactorios en la instancia, más allá de la sola declaración que la conducta impugnada ha sido efectivamente ilegal o arbitraria, quedando obligados a recurrir

“ante quien corresponda” para demandar indemnización de perjuicios o requerir otro tipo de medidas administrativas.

Nuevamente surge la pregunta de por qué derivar estos asuntos a nuevos procesos y recurrir ante otros órganos, en circunstancias que el órgano especializado ha constatado la infracción, en aquellos casos que así lo hiciera? La actual limitación a las posibilidades decisionales se entronca igualmente con el contenido de justicia –propio de un debido proceso– esperable en los resultados de un organismo jurisdiccional de estas características, lo que reclama una revisión del conjunto de atribuciones otorgadas a dicho ente.

Igualmente, creemos necesario considerar las expectativas y el impacto en los organismos públicos que, actuando correctamente, pudieran verse afectados por litigantes inescrupulosos o temerarios, cuya intervención sin motivos plausibles o deliberadamente injustificada afectare la satisfacción de las necesidades públicas. Esta es una cuestión que necesita ser abordada normativamente, pues nada más alejado de la realidad sería pretender que sólo los órganos del Estado pueden actuar de manera antijurídica, requiriéndose de mecanismos que sin imponer a dichos entes una carga adicional, hagan igualmente posible adoptar las medidas correctivas y de resguardo necesarias frente a tales casos, así como resarcir los perjuicios ocasionados.

Por otro lado, la experiencia hace aconsejable revisar la mantención de un procedimiento único, con escaso desarrollo normativo, para todas las hipótesis procesales a que se debe enfrentar el TCP. Así, es posible advertir un vacío relevante en materia de cumplimiento de los fallos, el cual, no obstante haber sido integrado por la vía de las normas del Título XIX del Código de Procedimiento Civil referidas al cumplimiento incidental de las sentencias, se revela insuficiente para afrontar las dinámicas propias de contrataciones administrativas cuyos propósitos ya han sido satisfechos, obligando al tribunal a limitarse a declarar que la parte vencedora tiene derecho a indemnización de perjuicios y a requerir de los organismos de control de la Administración competentes, la adopción de las medidas que fueren pertinentes.

En este sentido, destacamos la sentencia de cumplimiento incidental, dictada con fecha 02 de septiembre de 2010 en los autos Rol 07-2008 “Sociedad Juan González Ltda. con Instituto Nacional de Estadísticas”, en la cual, dado que se habían prestado los servicios contratados, debió acoger la excepción de “imposibilidad absoluta de ejecución de lo debido” opuesta por la demandada vencida, conforme los artículos 234 y 534 del Código de Procedimiento Civil, declarando el derecho del demandante vencedor a ser indemnizado.

Asimismo, mediante sentencia de 13 de noviembre de 2009, en los autos Rol 69-2008, el TCP, refiriéndose a las normas del Código de Procedimiento Civil sobre cumplimiento incidental, expresa en su Considerando 4° que

“...debe tenerse presente que la naturaleza contencioso-administrativa de los conflictos que se someten a la decisión de este Tribunal constituyen un límite para la vigencia de los contenidos en dicho título, desde que reglan situaciones diferentes. En efecto, los preceptos aludidos están establecidos para regular la ejecución de las sentencias recaídas en conflictos de naturaleza eminentemente civil y fueron dictados en una época en que la regulación jurisdiccional de los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado no estaba desarrollada en forma orgánica, como ahora, al menos en la materia que nos ocupa”.

También habría que repensar el procedimiento a fin de ajustarlo a la posibilidad de dar lugar a eventuales indemnizaciones, según expusieramos en párrafos anteriores.

Entretanto, no son abundantes los ejemplos de utilización de las medidas de suspensión del procedimiento consagrada en el Art. 25 inciso 2° de la Ley 19.886 y de resoluciones que los dejan sin efecto. De acuerdo con los datos de la Primera Cuenta Pública del TCP, se habría adoptado esa decisión sólo en 26 casos de un total de 552 ingresos, lo que representa menos del 5% de los casos sometidos a conocimiento del Tribunal, como se explicó anteriormente⁶⁶.

En tanto, es posible sintetizar los criterios presentes en la jurisprudencia examinada, del siguiente modo:

- i. En lo procedimental: se tramitan como incidentes.
- ii. En lo sustantivo: se distingue si el contrato ha sido adjudicado o suscrito. En esta segunda situación, si ha producido efectos inmediatos, o si se trata de un contrato de tracto sucesivo.

Según se puede apreciar, los aspectos comentados ponen de manifiesto una nueva tensión entre los criterios del mandato legislativo, los procedimientos justos y la eficacia.

e. Satisfacción de la necesidad que justifica su existencia

Las expectativas que generaba la creación del TCP presentan un interesante reflejo en la siguiente intervención ante la Cámara de Diputados, durante la Discusión Particular en Sala, en el Primer Trámite Constitucional:

⁶⁶ Véanse como casos de especial relevancia: TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2008): Rol 76-2008 y TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2010): Rol 85-2010.

“El señor LUKSIC.- Señor Presidente, estamos ante un gran proyecto, toda vez que crea, por primera vez, una instancia jurisdiccional, dependiente de la Corte Suprema, que conocerá de las reclamaciones formuladas en virtud de actos administrativos, en este caso de los relacionados con las contrataciones que hace la Administración del Estado. De manera que estamos frente a la creación de los tan requeridos tribunales contencioso administrativos que establecía la Constitución Política de 1925, que nunca se llevaron a la práctica.

Reitero que es un muy buen inicio para la instauración en Chile de este tipo de tribunales, los cuales deberían tener competencia no sólo en materia de contratación, sino también en todos los actos administrativos que emanen de la Administración Pública. Como bien se sabe, en la práctica son las cortes de apelaciones las que se han transformado en tribunales contencioso administrativos por la vía del recurso de protección.

Reitero que se trata de una gran iniciativa, y me parece muy razonable que el tribunal que se crea esté integrado por dos ministros de cortes de apelaciones de la Región Metropolitana y sólo por un profesional universitario letrado, lo que le da mayor consistencia desde el punto de vista jurisdiccional y de las materias que deba resolver. He dicho”⁶⁷.

A la vista de semejantes proyecciones la necesidad que motivó su creación parece haberse satisfecho sólo parcialmente: se quiso sustraer de la Administración la capacidad de resolver las reclamaciones por sus actuaciones contractuales entregando su conocimiento a un órgano de orden jurisdiccional, pero la experiencia ha revelado la necesidad de conferir mayores herramientas, pues las actuales no serían del todo suficientes para avanzar de manera sustantiva⁶⁸

No obstante, la actuación del TCP ha venido cobrando mayor relevancia, según desprendemos de tres consideraciones:

- i. El creciente número de impugnaciones efectuadas ante el Tribunal revelaría, por una parte, una mayor difusión de su papel en el sistema de compras públicas, así como también una expectativa de medidas paliativas ante acciones u omisiones arbitrarias o ilegales.
- ii. Revisados los antecedentes de los expedientes, se observa una constante, cual es que los organismos impugnados responden documentadamente al Tribunal de sus actuaciones cuando son requeridos los informes respecto de las impugnaciones presentadas.

⁶⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley...*, op. cit., p. 166.

⁶⁸ Surge aquí una interrogante en torno a un aspecto técnico que pudo afectar la configuración dada al TCP: ¿debería ser o no un tribunal contencioso administrativo de plena jurisdicción?

- iii. Se ha perfilado con mayor nitidez el criterio que permita decretar suspensiones de procesos licitatorios y con ello maximizar el efecto de las facultades con que cuenta. Ejemplos relevantes de este punto los encontramos en las resoluciones adoptadas en los autos Rol 76-2008 y 85-2010, en los cuales se dispuso la suspensión de la licitación a propósito de importantes procedimientos de adquisición para el Ministerio de Educación y el Servicio de Registro Civil e Identificación, respectivamente⁶⁹.

f. Feriado judicial; eficacia y debido proceso

En el auto acordado se establece que el TCP interrumpirá su funcionamiento durante el feriado judicial de cada año, asumiendo la DCP las actividades de Secretaría durante ese período⁷⁰.

Consultados algunos operadores del sistema y abogados litigantes, se manifiesta que dicha circunstancia afecta la consecución de los propósitos de la Ley 19.886, desde que al no estar en funciones durante ese período se generan alteraciones en la prosecución de las acciones de impugnación, con el consecuente efecto sobre situaciones ya consumadas.

Entretanto, a la vista de dicha disposición vuelve a plantearse la cuestión de la independencia del TCP y del debido proceso, por cuanto no parece aconsejable que un órgano, potencialmente justiciable ante el tribunal, reciba las presentaciones de acciones de impugnación, dadas las posibles situaciones contraproducentes que ello implica. ¿Qué pasaría si la acción va dirigida contra la propia DCP? El demandado conocería antes de la notificación legal de las pretensiones del actor, incluso antes de la admisibilidad de la que debe pronunciarse el tribunal.

⁶⁹ Mediante sentencia de 18 de noviembre de 2008, en los autos Rol 76-2008, el Tribunal emite una relevante decisión expresando en el numeral 2° que “la entidad demandada deberá retrotraer la tramitación administrativa del proceso licitatorio aludido al estado en que se encontraba antes de entrar en vigencia el acto de la autoridad que en esta sentencia se deja sin efecto, debiendo dicho órgano administrativo ordenar su prosecución sin consideración a la parte resolutive del mismo, que se deja sin efecto por esta sentencia”.

Igualmente destacable nos parece la Resolución de fecha 27 de julio de 2010, dictada en el Rol 85-2010, a través de la cual se resuelve dar lugar a la suspensión del procedimiento administrativo, por un plazo de 20 días corridos, debiendo, en consecuencia, el Servicio de Registro Civil e Identificación, abstenerse de ejecutar o celebrar cualquier acto administrativo o contrato, según sea el caso, dirigido a la prosecución del proceso licitatorio, N°594-56-LP08, denominado “Proyecto del Sistema de Identificación, Documentos de Identidad y Viaje y Servicios Relacionados para el Servicio de Registro Civil e Identificación”.

⁷⁰ Véase el Art. 10 del auto acordado sobre Funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública, cuyo texto refundido fue expedido con fecha 11 de marzo de 2011.

Por lo anterior, resulta deseable arbitrar medidas correctivas para establecer un régimen independiente, que sea eficiente en la tramitación de acciones de impugnación y adopción de medidas judiciales, durante el período de feriado judicial.

g. Acceso a la justicia desde regiones

Los antecedentes de la discusión legislativa no dan cuenta de un gran debate acerca de este punto. Sin embargo, ello constituyó motivo de preocupación que terminaría zanjándose con la fórmula de presentación de demandas, desde las regiones y provincias, a través de las Intendencias y Gobernaciones, según lo prevé actualmente el Art. 24 inciso 4° de la Ley 19.886⁷¹.

De acuerdo a los datos que registra el Libro de Ingresos del TCP desde 2005 al 31 de diciembre de 2012, se pueden apuntar las siguientes apreciaciones:

| Año | Total de ingresos | De regiones y provincias |
|------|-------------------|--------------------------|
| 2005 | 46 | 9 |
| 2006 | 100 | 28 |
| 2007 | 90 | 22 |
| 2008 | 98 | 26 |
| 2009 | 166 | 48 2 ⁷² |
| 2010 | 169 | 42 |
| 2011 | 282 | 52 |
| 2012 | 268 73** | 61 |

⁷¹ En su momento, el diputado Mario ESCOBAR expresó en Sala: “Señor Presidente, sin perjuicio de que, en general, me parece aceptable lo planteado por quienes me han antecedido en el uso de la palabra, hay dos situaciones que me preocupan. El artículo 20 señala: “Créase un tribunal, denominado Tribunal de Contratación Pública, que tendrá su asiento en Santiago...”. Este importante aspecto, relacionado con el permanente centralismo que existe en Chile, debería ser considerado por cada comisión al momento de tratar determinadas iniciativas a fin de descentralizar el país. Al respecto, la subsecretaria de Hacienda nos manifestó que por norma y por estar radicados en Santiago los principales organismos, se precisó que funcione también allí el tribunal que se crea. Sin embargo, debería establecerse claramente que para las reclamaciones efectuadas en las regiones más apartadas, el reglamento considerará una instancia que permita a dicho tribunal realizar un trabajo más efectivo y mejor dirigido. He dicho”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley...*, op. cit., p. 164.

⁷² Tres no registran origen, pero corresponden a litigios de interesados de regiones.

⁷³ Una no señala su origen, correspondiente al rol 165-2012. Sin embargo, consultada la página web www.tribunaldecompras.cl constatamos que se trata de una acción contra la I.M de Máfil.

Enfrente de las cifras precedentes, se confirma el aumento creciente en el ingreso de impugnaciones ante el TCP, las cuales han tenido un incremento muy significativo. Sin embargo, en el total de ingresos, se mantiene una fuerte tendencia de acciones provenientes de la Región Metropolitana y una muy baja representatividad de demandas provenientes de regiones y provincias. En términos porcentuales podemos desprender de los guarismos apuntados, que en 2005 las acciones de regiones representaron aproximadamente el 19,7% del total de ingresos anuales, en tanto que en 2012 dicho porcentaje creció tan solo al 22,5% (aprox.), lo que en definitiva implica un crecimiento de menos del 3% en los siete años de vida que tiene el TCP.

Frente a tales antecedentes resultaría relevante indagar acerca de las razones que están detrás de estas cifras... ¿falta de conocimiento del TCP?, ¿distancia física de la sede del tribunal?, ¿menores volúmenes en el tráfico contractual con los organismos de la Administración en regiones?

Por otra parte, tal como advirtiéramos al abordar el criterio del procedimiento justo y participativo, la existencia de un procedimiento único, desarrollado ante una instancia eminentemente centralizada, genera una evidente tensión entre dicho criterio y los del debido proceso y eficacia, haciendo necesario buscar fórmulas que atenúen efectivamente esta carencia.

Los tópicos comentados para abordar este criterio ponen de manifiesto el tratarse de un organismo relevante para perfilar el sistema de compras públicas. No obstante, nos parece forzoso señalar que su conformación y las herramientas contempladas en el marco legal son insuficientes para satisfacer las exigencias de sus destinatarios; públicos y privados, envueltos en la dinámica de la contratación administrativa, o pública según se quiera.

¿Qué mejorar?

Nuestras conclusiones

Como podrá apreciarse, la primera impresión que nos deja el trabajo realizado es que la configuración legal del Tribunal ha impactado inconvenientemente en su desempeño, limitando un desarrollo más potente de este órgano, en cuya perspectiva cabe preguntarnos sobre sus fortalezas y aspectos a evaluar para una mejor proyección.

Sin duda la mayor fortaleza del TCP pasa por su carácter especializado y la expertise que han ido alcanzando sus medios. En este sentido, creemos que, además de cambios legislativos que fortalezcan sus atribuciones, el propio organismo, consciente de la importancia de su rol,

debe continuar en los encomiables esfuerzos y avances interpretativos que ha venido realizando, pues no debemos olvidar que se trata de una entidad relativamente novel. En tal sentido, y a pesar de las prevenciones que manifestáramos acerca de la real coherencia con el mandato legal, la sentencia interlocutoria de 29 de enero de 2009, dictada en los autos Rol 152-2009, constituye una muestra ejemplar de esa búsqueda por encontrar mayores desarrollos en la labor del TCP.

De acuerdo al examen que hemos efectuado en las páginas precedentes, los restantes criterios de legitimidad muestran carencias que estimamos necesario abordar. En cuanto al mandato legislativo: este aparece como deficitario en orden a la competencia y facultades concedidas al TCP, dejándole un espectro de actuación, en la práctica, reducido, con atribuciones genéricas e insuficientes, que obligan al órgano a un constante esfuerzo hermenéutico.

Precisamente a raíz de las condicionantes legislativas, la eficacia y la eficiencia se ven resentidas y los cambios normativos contribuirían a una mejora sustancial. El procedimiento único y escasamente desarrollado requiere tomar en cuenta las diferencias entre los intereses de los organismos públicos y de todos los particulares que pueden estar en juego en sintonía con los postulados del debido proceso, la oportunidad en que ello ocurre y las expectativas de las partes. Por último, la revisión judicial de las resoluciones requiere ajustes importantes.

Conforme al mérito del análisis realizado, nos parece pertinente proponer una reforma legislativa en la cual se ponderen los siguientes tópicos:

- i. Ampliar el ámbito competencial del TCP:
 - 1) considerando, al menos, las impugnaciones de todos los procedimientos de contratación administrativa contemplados actualmente en la Ley 19.886 (trato directo, empleo de convenio marco, etc.);
 - 2) abarcar los conflictos suscitados en las fases de ejecución y término del contrato;
 - 3) comprender a otras personas de derecho público, y a otras modalidades y tipos de contratos celebrados por el Estado. Esto a fin de maximizar el rendimiento que implica para el Estado la creación de un ente jurisdiccional especializado que ya cuenta con una *expertise* relevante.
- ii. Dotar al Tribunal de facultades más precisas y eficaces, como por ejemplo, la aplicación de multas y la determinación de indemnizaciones.
- iii. Formular reglas de procedimiento adecuadas a la realidad de las dinámicas de la contratación administrativa, como por ejemplo, en materia de participación de los terceros afectados por la im-

- pugnación de los actos administrativos, suspensión de los procedimientos licitatorios, abandono del procedimiento judicial y cumplimiento incidental del fallo.
- iv. Implementar medidas que permitan mejorar el acceso a los procedimientos desde las regiones, más allá de la posibilidad de gestionar exhortos por medio de los juzgados civiles.
 - v. Consagrar una efectiva revisión judicial en doble instancia respecto de resoluciones particularmente relevantes, como aquellas que ordenan suspender el procedimiento.
 - vi. Otorgarle una real autonomía financiera, logística y de medios humanos, así como asegurar la continuidad e independencia de sus actividades durante todo el año, evitando la dependencia que hoy presenta de la Dirección de Compras Públicas dependiente del Ministerio de Hacienda.

Es importante reiterar que los criterios de legitimidad tras los cuales hemos desarrollado nuestro diagnóstico no son absolutos y las proposiciones que se estudien deben procurar ir en busca del adecuado balance de unos y otros, pues, como lo advierte el profesor Romero, no existe un solo criterio que fundamente la legitimidad del régimen regulatorio, sino que ella resultará de la más adecuada combinación de parámetros. Agregaríamos nosotros que ello exige también tomar muy en cuenta las particularidades propias de nuestro medio socio-cultural a fin de determinar dónde poner los énfasis.

Considerando las reflexiones expuestas en este trabajo, estamos convencidos que existe espacio para una segunda fase de creación legislativa que complete los aspectos carenciales que la experiencia ha revelado. El punto parece relevante de abordar para dotar, efectiva y consistentemente, a nuestro país de una normativa legal marco para el conjunto de las contrataciones administrativas –o públicas, según hemos advertido– tal como lo manifestaron el Gobierno y el Congreso Nacional en los debates conducentes a la dictación de la Ley 19.886.

Bibliografía citada

- BARRA GALLARDO, Nancy, y CELIS DANZINGER, Gabriel, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, 2ª ed., Santiago, LegalPublishing, 2009.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 19.886 Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios*, 30 de julio, 2003. Disponible en: www.bcn.cl

- DIRECCIÓN DE COMPRAS PÚBLICAS. “Ranking de Reclamos” en el sistema de mercado público denominado Chilecompra. Disponible en: www.analiza.mercadopublico.cl/RankingReclamos/RankingPrincipal.aspx
- MAYER, David, y FATH MEYER, Jean Marie, “Evaluación de las Contrataciones Públicas en Chile”, en: *Revista de Estudios Públicos*, 2001, pp. 574-557, disponible en: www.cepchile.cl.
- MORAGA KLENNER, Claudio, *Contratación Administrativa*, 1ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- ROMERO GUZMÁN, Juan José, “¿Cuándo hay un buen sistema regulatorio? Criterios de Legitimidad”, en *Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público*; 25-27 noviembre de 2004, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; 1ª ed., Santiago, noviembre 2005, pp. 539-554.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo Temas Fundamentales*, segunda edición, Santiago, Abeledo Perrot, LegalPublishing, 2010.
- TRIBUNAL DE COMPRAS PÚBLICAS, *Primera Cuenta Pública del Tribunal (14 de noviembre de 2012)*. Disponible en: www.tribunaldecompras.cl.

NORMAS CITADAS

- República de Chile, Ley N° 19.886 “Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios”. Disponible en www.bcn.cl.
- República de Chile, Decreto con Fuerza de Ley 1/19653 “Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”. Disponible en www.bcn.cl.
- República de Chile, Decreto Supremo N° 28 del Ministerio de RR.EE. que “Promulga el Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile por la otra y sus anexos, apéndices, protocolos y notas, suscritos en Bruselas, el 18 de noviembre de 2002. Ministerio de Relaciones Exteriores. 01 de febrero de 2003. Disponible en www.bcn.cl
- República de Chile, Decreto Supremo N° 312 del Ministerio de RR.EE que “Promulga Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus Anexos y las Notas Intercambiadas entre ambos Gobiernos relativas a dicho Tratado, de 01 de diciembre de 2003. Disponible en www.bcn.cl.
- República de Chile, “Ley de Presupuestos Año 2006, Ministerio de Hacienda, Dirección de Compras y Contratación Pública, Dirección de Compras y Contratación Pública (01) Partida : 08 Capítulo : 07 Programa : 01”. Disponible en www.dipres.cl.
- República de Chile, “Ley de Presupuestos Año 2007, Ministerio de Hacienda, Dirección de Compras y Contratación Pública Dirección de Compras y Contratación Pública (01,02,05) Partida : 08 Capítulo : 07 Programa : 01”. Disponible en www.dipres.cl.
- República de Chile, “Ley de Presupuestos Año 2008 Ministerio de Hacienda Dirección de Compras y Contratación Pública Dirección de Compras y

- Contratación Pública (01,02,03) Partida : 08 Capítulo : 07 Programa : 01". Disponible en www.dipres.cl.
- República de Chile, "Ley de Presupuestos Año 2009, Ministerio de Hacienda, Dirección de Compras y Contratación Pública, Dirección de Compras y Contratación Pública (01,02,03) Partida : 08 Capítulo : 07 Programa : 01". Disponible en www.dipres.cl.
- República de Chile, "Ley de Presupuestos Año 2010, Ministerio de Hacienda, Dirección de Compras y Contratación Pública, Dirección de Compras y Contratación Pública (01,02,03) Partida : 08 Capítulo : 07 Programa : 01". Disponible en www.dipres.cl.
- República de Chile, "Ley de Presupuestos Año 2011, Ministerio de Hacienda, Dirección de Compras y Contratación Pública, Dirección de Compras y Contratación Pública (01,02,03) Partida : 08 Capítulo : 07 Programa : 01". Disponible en www.dipres.cl.
- República de Chile, "Ley de Presupuestos Año 2012, Ministerio de Hacienda, Dirección de Compras y Contratación Pública, Dirección de Compras y Contratación Pública (01,02,03) Partida : 08 Capítulo : 07 Programa : 01". Disponible en www.dipres.cl.
- República de Chile, "Ley de Presupuestos Año 2013, Ministerio de Hacienda, Dirección de Compras y Contratación Pública, Dirección de Compras y Contratación Pública (01,02,03) Partida : 08 Capítulo : 07 Programa : 01". Disponible en www.dipres.cl.
- Corte Suprema de Chile, Auto Acordado sobre Funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública, Texto Refundido, de fecha 11 de marzo de 2011. Disponible en: www.tribunaldecompras.cl.

JURISPRUDENCIA CITADA

- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, "Bestpharma con Instituto de Salud Pública" (2005): Rol 20-2005, 02 de marzo de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, "Instituto de Investigación y Desarrollo y Capacitación con Defensoría Penal Pública" (2005): Rol 45-2005, 06 de enero de 2006. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, "Jonathan Ismael Gómez Toledo con CONADI y Consejo de Monumentos Nacionales" (2006): Rol 27-2006, 30 de marzo de 2006. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, "Empresa de Servicios de Aseo y Roces Mecanizados Limitada Servimar Ltda. Con I. Municipalidad de Temuco" (2006): Rol 18-2006, 31 de marzo de 2006. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, "Starco S.A. con I. Municipalidad de Conchalí" (2006): Rol 57-2006, 18 de agosto de 2006. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, "Sergio del Rosario Morales con Dirección de Vialidad Región de Atacama" (2006): Rol 85-2006, 09 de noviembre de 2006. Disponible en: archivo del TCP.

- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Tecnotransportes Viña Sociedad Anónima con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones” (2007): Rol 99-2006, 04 de enero de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Maccioni Baraona con Director Ejecutivo del Programa Bicentenario de Ciencia y Tecnología CONICYT/Banco Mundial” (2007): Rol 1-2007, 02 de marzo de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Servicio de Movilización Colectiva Campanil Ltda. con JUNAEB” (2007): Rol 6-2007, 29 de marzo de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Starco S.A. con I. Municipalidad de San Javier” (2007): Rol 05-2007, 03 de abril de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Eurosolutions E.I.R.L. con Servicio Médico Legal” (2007): Rol 32-2007, 26 de junio de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Servicio de Protección Jurídica Penal Ltda. con Defensoría Penal Pública” (2007): Rol 29-2007, 10 de julio de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Diseño y Producción Mugarte Ltda. con CONACE” (2007): Rol 11-2007, 14 de diciembre de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Ingeniería y Construcción Ricardo Rod con Ministerio de Educación”, (2007): Rol 73-2007, 28 de diciembre de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, “Polaris Ltda. con Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena” (2007): Rol IC 5506-2007 / Sentencia de Reclamación de 29 de noviembre de 2007. Disponible en: www.poderjudicial.cl.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Instituto Nacional de Seguridad Integral y Desarrollo de Chile con Hospital Clínico San Borja Arriarán” (2008): Rol 6-2008, 11 de enero de 2008. Disponible en: www.tribunaldecompras.cl.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Vivianne Aravena Garín con I. Municipalidad de San Miguel” (2008): Rol 38-2008, 04 de julio de 2008. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Xerox de Chile S.A. con Defensoría Penal Pública” (2008): Rol 69-2008, 06 de marzo de 2009. Disponible en: www.tribunaldecompras.cl.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Sociedad Mare Nostrum Limitada con Ministerio de Educación” (2008): Rol 76-2008, 18 de noviembre de 2008. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Isabel Berrios Recabarren con Intendencia Regional de Magallanes y la Antártica Chilena” (2009): Rol 152-2009, 29 de enero de 2009. Disponible en: archivo del TCP.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, “AGA S.A. con Central de Abastecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud” (2009): Rol IC 2404-2009, Sentencia de Reclamación, 07 de julio de 2009. En: www.poderjudicial.cl

- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Vivanet Ltda con Ministerio de Educación” (2009): Rol 52-2009, 13 de agosto de 2009. Disponible en: www.tribunaldecompras.cl.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Sociedad Comercial FSC Chile S.A. con Subsecretaría de Desarrollo Regional” (2009): Rol 86-2009, 20 de octubre de 2009. Disponible en : www.tribunaldecompras.cl.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Vesia S.A. con Dirección de Vialidad de la VI Región, Provincia de Cachapoal, Región de O’Higgins del Ministerio de Obras Públicas”(2010): Rol 29-2010, 04 de marzo de 2010. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Accor Services Chile S.A. con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas” (2010): Rol 33-2010, 14 de mayo de 2010. Disponible en: www.tribunaldecompras.cl.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Sagem Segurite S.A. ahora MORPHO S.A. con Servicio de Registro Civil e Identificación” (2010): Rol 85-2010, 27 de julio de 2010. Disponible en: www.tribunaldecompras.cl.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Sociedad Juan González Ltda. con Instituto Nacional de Estadísticas” (2010): Rol 07-2008, 02 de septiembre de 2010. Disponible en: www.tribunaldecompras.cl.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, “Constructora San Felipe S.A. con Dirección Regional de Vialidad y SEREMI de Obras Públicas de la XIV Región de Los Ríos” (2011): Rol IC 6821-2011, 23 de septiembre de 2011. Disponible en: www.poderjudicial.cl.

Estudios sobre derechos fundamentales

EL DERECHO A RECHAZAR
TRATAMIENTOS MÉDICOS
¿UN RECONOCIMIENTO DEL DERECHO
A DISPONER DE LA PROPIA VIDA?

THE RIGHT TO REFUSE MEDICAL TREATMENTS
¿IS THIS A RECOGNITION
OF THE RIGHT TO LIFE ITSELF?

*María Magdalena Ossandón Widow**

Resumen

En este artículo analizaremos si el derecho a rechazar tratamientos, consagrado en la Ley N° 20.854, puede considerarse como un reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida. Para ello comentaremos en qué consiste la tesis de la disponibilidad de la vida, para luego analizar las objeciones que se le formulan, así como su compatibilidad o incompatibilidad con nuestro sistema jurídico. Luego de delimitar el alcance que tiene el derecho a la vida y el valor que jurídicamente se le asigna a la vida misma, podremos enjuiciar las disposiciones pertinentes de la Ley N° 20.854 para delimitar su verdadero alcance.

Palabras clave: derechos de los pacientes, disponibilidad de la vida, eutanasia, rechazo de tratamientos, huelga de hambre.

Abstract

This article will analyze if whether the right to refuse medical treatment, recognized in the legislative statute N° 20.854, can be considered as an acknowledgement of the right to take life itself. For that, the article addresses thesis of the free availability of the life, to then analyze its objections. It also addresses the compatibility or incompatibility of that thesis with the Chilean legal system. After defining the scope of the right to life and the juridical value of life itself, the article evaluates the relevant provisions of the law N° 20.854 to delimit its true scope.

* Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 22 de enero de 2013 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2013. Correo electrónico: mossandonw@uc.cl.

Keywords: rights of patients, availability of life, euthanasia, rejection of treatments, hunger strike.

I. El derecho a rechazar tratamientos reconocido en la Ley N° 20.584

Luego de una larga tramitación, que comenzó con el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Parlamento en julio de 2006, el 24 de abril de 2012 fue publicada la Ley N° 20.854, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, más conocida como la Ley de Derechos de los Pacientes.

En ella se establece que

“toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud” (art. 14 inc. 1°),

derecho que se reitera respecto de los pacientes que fueren informados de que su estado de salud es terminal, en orden a

“otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida” (art. 16 inc. 1°),

a quienes se les reconoce, además, el derecho a vivir con dignidad hasta el momento de su muerte.

Ahora bien, este derecho reconoce algunas limitaciones. Así, en general se afirma que

“en ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio” (art. 14 inc. 3°),

y respecto de los pacientes en situación terminal, el rechazo de tratamiento es

“sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario” y “en ningún caso (...) podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte” (art. 16 inc. 1°).

Por otra parte, este derecho de elección no resulta aplicable cuando implique poner en riesgo la salud pública (art. 16 inc. 2°).

Además de estas limitaciones, la normativa contempla casos excepcionales en que no se requerirá la manifestación de voluntad para aplicar un tratamiento cuando:

- a) no hacerlo suponga un riesgo para la salud pública;
- b) la condición de salud de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre y;
- c) la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido (art. 15).

El reconocimiento de la autonomía del paciente en su atención de salud y, particularmente, la consagración del derecho a rechazar un tratamiento han sido consideradas por algunos como expresión de la tesis según la cual la vida es un bien disponible para su titular, lo que implicaría no solo la imposibilidad de aplicar un tratamiento médico a un paciente sin su consentimiento, sino que tampoco sería legítimo, por ejemplo, alimentar forzosamente a las personas que realizan huelgas de hambre¹.

¹ A propósito de un fallo de la CA de Temuco, 2012, Recurso de Protección N° 1814-2012, que en relación con cuatro imputados mapuches privados de libertad, que estaban realizando una huelga de hambre, acoge el recurso deducido a favor de los internos y autoriza al Servicio a adoptar las medidas conducentes para internar en caso de urgencia a los huelguistas, para que se les entregue una total y completa atención médica en el resguardo de su salud, hasta su completo restablecimiento. La Defensoría Penal Pública en su apelación, ingreso N° 8128-2012 ante la Corte Suprema, plantea que la resolución apelada es contraria a la Ley N° 20.584, “normativa legal que se basa en la dignidad de las personas, la libertad y la disponibilidad del propio cuerpo”, por la cual puede considerarse que “la negativa a recibir alimentación es una manifestación del (...) derecho a la vida”.

En el mismo sentido Alejandra ZÚÑIGA FAJURI, “Huelga de hambre y nueva ley de derechos del paciente”, argumenta sobre la base de que la propia ley establece ciertas excepciones en que es posible adoptar medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida: solo en las hipótesis contempladas en el art. 15. Como quien está en huelga de hambre no se encuentra en ninguna de ellas, no sería posible intentar alimentarlo contra su voluntad. Sin embargo, desde ya cabe advertir que este razonamiento no considera las limitaciones que la propia ley reconoce cuando regula el derecho a rechazar un tratamiento, entre las que bien se puede considerar incluido el caso de la huelga de hambre, según veremos luego.

También, comentando el entonces proyecto de ley, Rodolfo FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Autonomía de los pacientes y responsabilidad de los médicos”, p. 205, estimaba que éste no compartía la doctrina jurisprudencial según la cual la vida es un bien indisponible; sin embargo, luego matiza esta opinión al reconocer que el derecho de autonomía para rechazar un tratamiento y exponerse a morir no estaría consagrado

En lo que sigue comentaremos brevemente en qué consiste dicha tesis y su fundamento, para luego analizar las objeciones que se le formulan, de este modo podremos decidir si es correcta y compatible con nuestro sistema jurídico.

II. La tesis sobre la disponibilidad de la vida

El derecho a la vida es reconocido como un derecho fundamental en el art. 19 N° 1 de nuestra Constitución. Aunque ello no se hacía en los textos constitucionales anteriores, se consideró necesario consagrarlo expresamente

“porque a la vez es inspirador de muchas normas de protección que encuentran su centro en este respeto fundamental a la vida humana y porque es un valor que ha sido menospreciado en los últimos tiempos”².

Ahora bien, considerado como un *derecho*, es claro que no debe ser confundido con la vida misma en tanto proceso biológico natural. El término *derecho* tiende a designar la facultad de exigir algo de alguien; esto supone una relación entre un sujeto titular del derecho, un objeto pedido y un sujeto a quien se pide, que queda obligado a cumplir con el deber correlativo al derecho, en la medida en que esté en una situación de dominio o potestad respecto de lo pedido (para que la petición tenga sentido)³.

En consecuencia, el objeto del derecho a la vida no es la vida misma, sino una prestación o comportamiento humano de respeto con la vida. Por lo mismo, más que derecho a la vida, en estricto rigor éste se debería denominar *derecho a la inviolabilidad de la vida*, pese a lo cual

“es posible hablar, en sentido metonímico, de un *derecho a la vida*, toda vez que la permanencia e integridad de la vida humana es la finalidad y el efecto necesario de la acción de respeto o compromiso en que consiste el objeto de ese derecho”⁴.

propia mente como un derecho, sino que únicamente como una libertad no protegida, un permiso positivo o un privilegio (pp. 208-209). Finalmente concluye que el proyecto no reconoce la autonomía de los enfermos para decidir cuándo morir y cómo (p. 221).

² *Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, sesión 89ª, 21.XI.1974.

³ José Tomás ALVARADO MARAMBIO, “Derecho a la vida y libertad de conciencia”, p. 95.

⁴ Carlos MASSINI, “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, p. 181.

Formulada esta precisión, podemos convenir en que el derecho a la vida consiste fundamentalmente en el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida⁵.

Para delimitar las obligaciones que surgen a partir del reconocimiento de un derecho constitucional –y sin entrar en la discusión relativa a si los particulares también pueden resultar directamente obligados por ellos, lo que se conoce como *efecto horizontal* de los derechos⁶– se suele recurrir al esquema relativo a tres niveles de obligaciones⁷:

- a) obligación primaria de respetar: requiere que el Estado y sus agentes se abstengan de lesionar un derecho, es una obligación de carácter negativo;
- b) obligación secundaria de proteger: requiere del Estado y sus agentes las medidas necesarias para prevenir que terceros priven al titular de su derecho; y
- c) obligación terciaria de satisfacer-cumplir: requiere del Estado adoptar todas las medidas necesarias para asegurar a cada persona el goce efectivo y pleno del derecho.

En los dos primeros niveles las obligaciones que impone el derecho a la vida son bien evidentes: el Estado y sus agentes deben abstenerse de matar injustamente al individuo y deben adoptar las medidas necesarias para prevenir que terceros lo hagan⁸. En lo relativo al tercer nivel la cuestión es más discutible. Si el derecho a la vida queda limitado en su contenido nada más que a la prohibición de atentar contra la vida de otro,

⁵ Al hacer referencia a lo arbitrario se delimita el derecho, en una etapa temprana de análisis, reconociendo que puede haber situaciones en que se prive de la vida a otro de modo legítimo o justificado. Como afirma Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *El derecho a la vida*, p. 69; EL MISMO, *Lineamientos de interpretación y del bloque constitucional de derechos*, p. 278: “delimitar un derecho es establecer su contenido (haz de facultades, garantías y posibilidades de actuación) y sus fronteras o límites”; de este modo y para el caso de la legítima defensa, se diluye *a priori* la posibilidad de conflicto entre el derecho a la vida del agresor y el derecho a defenderse del agredido.

⁶ Sobre la doctrina del efecto horizontal de los derechos, y su particular eficacia en nuestro modelo constitucional, José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales”, pp. 59-64; Eduardo ALDUNATE LIZANA, *Derechos fundamentales*, pp. 13-38, y Pablo MARSHALL BARBERÁN, “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”, pp. 43-78.

⁷ Recogido por Rodolfo FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Concepto de derecho a la vida”, pp. 296-297; EL MISMO, “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular el derecho a la protección de la salud”, pp. 321-322, sobre la base de los trabajos de *Shue, Eide, Alexy* y el *Comité Desc de la ONU*.

⁸ Gonzalo ARRUEGO RODRÍGUEZ, “El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español”, p. 7, con referencias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre la materia.

parece que no habría ninguna obligación terciaria distinta de las primarias y secundarias, de modo similar a lo que ocurre con el derecho a la libertad personal, la libertad de expresión, etc.⁹.

Si se concibe el derecho a la vida nada más que en estos términos, no habría argumentos para negar que la vida sea disponible por parte de su propio titular, en la medida en que los derechos, consagrados como derechos y no como deberes u obligaciones, son establecidos en interés de su titular¹⁰. La propia Constitución Política reconoce la libertad e igualdad en dignidad y derechos de cada persona humana, y establece que el Estado está a su servicio (art. 1º, incisos 1º y 4º CPR). Entonces, se concluye, la consagración del derecho a la vida en el artículo 19 N° 1 CPR

“autoriza o lleva implícito el disponer de la existencia propia, pues la garantía no es tal o deja de serlo si por la norma sólo se impone un deber de vivir y en aras del interés social o como resultado de estrategias paternalistas o intervencionistas estatales anuladoras de la libertad personal para decidir el destino de la propia vida”¹¹;

pues

“el derecho a la vida sólo es tal en la medida que se respete la dignidad del ser humano y eso pasa por reconocerle la libertad para decidir acerca de su vida mientras no vulnere otra”¹².

Esta conclusión resulta coherente con una visión de este derecho al modo de un derecho subjetivo¹³ y, más específicamente, como una libertad¹⁴.

⁹ FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Concepto...”, *op. cit.*, pp. 298-299.

¹⁰ Laura MAYER LUX, “Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica”, p. 375.

¹¹ Jaime RÍOS ARENALDI, “El consentimiento en materia penal”, p. 35, agrega que “una imposición de vivir es negación de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y, asimismo, de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad”.

¹² Sofía LIBEDINSKY VENTURA, “Disponibilidad de la vida y la salud: cuestiones penales”, p. 9.

¹³ Críticos respecto del intento de extrapolar la categoría “derecho subjetivo” del derecho privado a la dimensión de los derechos humanos, ALDUNATE LIZANA, *Derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 56; Sebastián CHANDÍA OLIVARES, “Algunas consideraciones sobre la naturaleza del *derecho subjetivo* y su proyección en la noción de *derechos fundamentales*”, pp. 45-77, y Felipe LEIVA FADIC, “El Estado constitucional y los derechos fundamentales como valores”, pp. 15-16. No bastaría añadir que serían derechos subjetivos *públicos* para superar los inconvenientes, pues se sigue omitiendo una faceta fundamental: su rol como derecho objetivo respecto del ejercicio del poder estatal, CHANDÍA OLIVARES, “Algunas consideraciones...”, *op. cit.*, p. 74.

¹⁴ Al clasificar la tipología de los derechos fundamentales ALDUNATE LIZANA, *Derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 143, ubica el derecho a la vida en el grupo de las libertades,

Y ella se construye, en buena medida, sobre la base de considerar que lo que da valor a la vida humana es la autonomía¹⁵; en otras palabras, que la vida no tiene valor por encima de la propia voluntad del sujeto, sino que vale en la medida en que su titular así lo considere. Si a eso se añade el principio del daño o *harm principle*, esto es, que cada individuo tiene el derecho a actuar de acuerdo a su propia voluntad en tanto que tales acciones no perjudiquen o dañen a otros, se concluye que la vida es un bien disponible para su titular¹⁶.

Según John Stuart MILL,

“en lo que no interesa a nadie más que a él (el individuo) su independencia es de derecho absoluto. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y sobre su espíritu el individuo es soberano (...) Lo único que puede autorizar a los hombres, individual o colectivamente, para turbar la libertad de acción de algunos de sus semejantes es la protección de sí mismo. La única razón legítima que puede tener una comunidad para proceder contra uno de sus miembros es la de impedir que perjudique a los demás”¹⁷.

junto a otros como el derecho a la integridad física y psíquica (el que, sin embargo, vuelve a ser nombrado entre los *deberes* estatales presentados como derechos, aludiendo a la protección constitucional al derecho a la salud), la libertad de opinar, el derecho de reunión, de petición, la libertad de trabajo, etc. En ellos la tipicidad está referida a ámbitos o atributos de la persona protegidos de la intervención estatal y se satisfacen “en un primer momento” en la abstención estatal. En el mismo sentido Carmen JUANATEY DORADO, “Inducción, cooperación al suicidio y eutanasia”, p. 66, “el derecho a la vida debe configurarse, en principio, como un derecho-libertad, y en concreto, como una libertad positiva, lo que significa que los demás, y en particular el Estado, están obligados a efectuar aquellas acciones necesarias para que podamos seguir viviendo, pero lo que no pueden es obligarnos a vivir; es decir, los demás tienen obligaciones que sin embargo nosotros, en determinadas circunstancias, podemos cancelar”.

¹⁵ Entre los argumentos en favor de la disponibilidad de la vida es fundamental el de la autonomía del individuo como lo que dota de valor a la vida, unido a que es esa autonomía la que, también, confiere dignidad al individuo. En este sentido, entre muchos, Albert CALSAMIGLIA, “Sobre la eutanasia”, pp. 337-339; Juan Carlos CARBONELL MATEU, “Suicidio y eutanasia en el Código Penal de 1995”, pp. 185-187, y especialmente Ronald DWORKIN, *El dominio de la vida*, p. 284, quien a pesar de afirmar el necesario respeto por la santidad de vida, como valor intrínseco, concluye que la pregunta “no es si la santidad de la vida debería ceder ante algún otro valor (...), sino cómo se debería comprender y respetar la santidad de la vida”, cuestión que finalmente radica en los intereses y convicciones del propio sujeto.

¹⁶ Entre nosotros, así lo han planteado FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Concepto...”, *op. cit.*, pp. 291-294; LIBEDINSKY VENTURA, “Disponibilidad...”, *op. cit.*, pp. 7-13; MAYER LUX, “Autonomía...”, p. 374; RÍOS ARENALDI, “El consentimiento...”, *op. cit.*, pp. 30 ss.; Manuel de RIVACOBA y RIVACOBA, “Nuevo sentido de la protección penal de la vida humana”, pp. 115-127; Alejandra ZUÑIGA FAJURI, “Derechos del paciente y eutanasia en Chile”, pp. 114-115. Con menor claridad, Luis COUSINO MACIVER, *Derecho penal chileno* p. 519.

¹⁷ John Stuart MILL, *Libertad, gobierno representativo, esclavitud femenina*, p. 49.

El reconocimiento de ese poder soberano y el respeto por el valor superior de la autonomía justificarían hablar, incluso, de un *derecho a la muerte*, esto es, un derecho a decidir cómo y cuándo esto habrá de ocurrir¹⁸. Así, frente a un eventual conflicto entre la autonomía personal y la vida del mismo sujeto, debería preponderar el respeto por la primera, de tal modo –concluyen algunos– que la tesis de la indisponibilidad de la vida aparece como incompatible con un sistema de derechos fundamentales, pues si no se respeta la autonomía se estaría afectando, al mismo tiempo, la dignidad humana¹⁹.

III. Críticas

Aunque el razonamiento expuesto puede considerarse atractivo por su simpleza y claridad, resulta sin embargo equivocado, contradictorio y peligroso²⁰.

Un primer problema de planteamiento radica en que si se parte de la premisa de que el derecho a la vida se refiere solo a la obligación estatal para evitar que se acabe arbitrariamente con la vida, lo único a lo que podría eventualmente renunciarse es a ese contenido de protección estatal, nada más. La disponibilidad de la vida habría de fundarse, en todo caso, en otras razones.

Pero en relación con ese contenido de protección estatal, ni siquiera se puede aceptar una renuncia, sin más, del derecho a la vida “como acto abdicativo que separe al derecho de su titular: no existe la posibilidad de

¹⁸ Como muchos otros aspectos de esta discusión, el “derecho a morir” resulta un lema confuso y engañoso que puede englobar diferentes derechos, que van desde el derecho a rechazar o interrumpir procedimientos médicos (a lo que generalmente se hace referencia cuando se habla de un “derecho a una muerte digna”); el derecho a suicidarse o, según algunos, al “suicidio racional”, el derecho al suicidio asistido y el derecho a la eutanasia activa; cfr. Yale KAMISAR, “El suicidio médicamente asistido”, p. 301.

¹⁹ FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Concepto...”, *op. cit.*, p. 294, citando a GARZÓN VALDÉS, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, en Eugenio BULYGIN, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006.

²⁰ Vid. la crítica que se hace, desde las propias premisas del liberalismo –y de los esfuerzos por superar los criterios meramente utilitaristas o perfeccionistas–, en Pedro RIVAS/Pedro SERNA, “¿Debe una sociedad liberal penar la eutanasia?”, pp. 293-299, y con un análisis particular de las teorías de Rawls y Dworkin, en Pilar ZAMBRANO, *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, p. 299, concluye que “la concepción de persona liberal no solamente es relativa y, como tal, endeble, sino también vacua, en tanto no distingue en forma definitiva el trato debido a las personas del trato debido a las cosas”, noción de persona que no colabora en la defensa de las libertades individuales que el liberalismo pretende, pues se hace imposible evitar la instrumentalización práctica de la persona, en el conflicto de derechos fundamentales, ni resistir los embates paternalistas o utilitaristas.

un acto jurídicamente válido en virtud del cual una persona renuncie a su derecho a la vida de tal manera que, bajo la vigencia de la Carta, esa persona en particular siga viva, pero sin la protección del artículo 19 N° 1”²¹.

Para superar esta dificultad la doctrina acude a la distinción entre la renuncia al *derecho mismo* y la renuncia a su *ejercicio* en un caso particular²². Así, los derechos constitucionales son irrenunciables sólo en el primer sentido, pero no en relación con su ejercicio, especialmente cuando se trata de una libertad, en que es parte de su propio contenido que el titular pueda dejar de ejercerla hasta el punto de desprenderse de su contenido²³. En estos casos estaríamos, incluso, frente a verdaderos *derechos negativos*, que imponen obligaciones ajenas de no injerencia, derivados de la consagración positiva de la libertad, como el derecho de no asociarse que emana del derecho de asociación, el derecho a mantener los juicios u opiniones en reserva en relación con el derecho de expresión, o el derecho de no realizar una actividad económica, pese a gozar de libertad para desarrollarla. Si el derecho a la vida se concibe como una libertad, su titular podría invocar un *derecho a morir* como parte del contenido mismo de la garantía; si la prohibición de matar se establece solo en interés del titular del derecho, éste bien podría prescindir de ella.

Sin embargo, parece que el derecho a la vida no comparte la misma naturaleza que los derechos de libertad²⁴, toda vez que un supuesto derecho negativo, en este caso, iría contra el “derecho mismo” que se pretende garantizar²⁵. Aunque impropriamente, lo que se quiere manifestar es que

²¹ ALDUNATE LIZANA, *Derechos fundamentales, op. cit.*, p. 161.

²² Sobre esta distinción, José Luis DIEZ RIPOLLÉS, “Eutanasia y Derecho”, p. 98, advierte que “la irrenunciabilidad consiste no en que su titular no pueda abstenerse de ejercer el derecho, sino en que no puede traspasarlo a terceras personas de manera definitiva”. En relación con el derecho a la vida, entiende posible la renuncia al ejercicio, cuando su titular encomienda a otra persona la ejecución de su decisión de renunciar a la vida, pues no supone la pérdida de la titularidad del derecho fundamental a la vida.

²³ ALDUNATE LIZANA, *Derechos fundamentales, op. cit.*, p. 161.

²⁴ Para Karl BINDING, *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, p. 55, plantear el suicidio como un supuesto “derecho” es una construcción teórica “debida a un absoluto desconocimiento de la esencia de los derechos subjetivos y a una confusión general de los efectos reflejos de las prohibiciones con tales derechos”.

²⁵ Es el argumento de *Lord Bingham of Cornhill* en el fallo de la House of Lords, *The Queen on the Application of Mrs. Diane Pretty v. Director of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department*, de 29 de noviembre de 2001, dictado en el caso de Diane Pretty, ciudadana inglesa que padecía una enfermedad degenerativa e incurable, quien solicitó se reconociera inmunidad a su marido en caso de prestarle asistencia para suicidarse, petición que apoyaba en los derechos que le reconocía la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, el derecho a la vida contenido en su art. 2°). Tanto el máximo tribunal del Reino Unido como la Corte Europea de Derechos Humanos, en

en relación con el derecho a la vida no se concibe un ejercicio *negativo* de esa supuesta libertad que no suponga una negación radical e irreversible de la misma, impidiendo su ejercicio futuro al hacer desaparecer su presupuesto material²⁶. Por eso, extender el alcance de la autonomía hasta la destrucción de la propia autonomía es contradictorio, pues ningún principio puede justificar su propia destrucción²⁷:

“toda vida tiene, por sí misma, una dimensión constitutiva del sujeto, de modo que la autonomía que dispone contra sí misma se autodestruye y debe rechazarse conforme al mismo principio de autonomía”²⁸.

Entendemos que esto es lo que quiere decirse, en otros términos, cuando se afirma que en lo que concierne al derecho a la vida existiría una coincidencia entre el *derecho mismo* y su *ejercicio*²⁹, por lo que no puede aplicarse esa distinción.

En consecuencia, si se plantea que la autonomía o, más específicamente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, priman por sobre el derecho a la vida³⁰, esa tesis se enfrenta a la peculiar condición de este último derecho y del bien que protege: no puede protegerse la libertad

resolución dictada en Estrasburgo el 29.iv.2002, rechazan ese pretendido derecho a morir. Fallos analizados por Ángela VIVANCO MARTÍNEZ, “La autonomía de la persona frente al derecho a la vida no incluye el derecho a ser muerto por un tercero”, pp. 299-313.

²⁶ Aspecto que no considera Manuel ATIENZA, “La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del GRAPO”, p. 37. Si bien descarta asimilar el derecho a la vida a derechos como el de libertad de expresión o libre sindicación, cuyo contenido se limita a que el Estado no puede impedirnos ejercer esa libertad, pues considera que éste tiene deberes positivos en orden a garantizarnos la vida; estima sin embargo que habría un derecho a morir, no como un derecho de libre disposición en el sentido fuerte de la expresión (al modo del derecho de propiedad), sino como el derecho de voto, en que uno *no* puede vender su voto, pero puede votar o no votar. El problema de esta comparación es que omite un aspecto fundamental, pues lo que habría que preguntarse es si aceptaría como derecho un voto que implicase la imposibilidad absoluta de volver a votar.

²⁷ El mismo John Stuart MILL considera que la libertad de renunciar a la propia libertad no es tal, no permitiría venderse a sí mismo como esclavo (STUART MILL, *Libertad...*, *op. cit.*, p. 133); y en esa misma lógica tampoco puede ser invocada para destruir el fundamento capital de su existencia. Cfr. Ana María MARCOS DEL CANO, *La eutanasia: estudio filosófico-jurídico*, pp. 213-214.

²⁸ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos de Derecho penal*, p. 120.

²⁹ Carlos María ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, p. 107. En otros términos, la Corte Europea de Derechos Humanos, en su fallo de 29 de abril de 2002, aclara que el derecho a la vida no podría interpretarse, sin grave distorsión del lenguaje, como comprensivo de un derecho *diametralmente opuesto* como el de morir.

³⁰ Si la autonomía tiene preponderancia sobre derechos como el de la vida, entonces solo podría oponerse a una libertad otra libertad, pues cualquier otro derecho sería siempre inferior (entendiendo que puede ser la autonomía propia o ajena).

por sobre la vida, porque esa misma libertad sin la vida es inimaginable por constituir un absurdo; el ejercicio de la autonomía personal está supeitada a la existencia de vida³¹.

A diferencia de lo que ocurre con las libertades constitucionalmente reconocidas, en que se trata de proteger al titular frente a intromisiones en el ejercicio de una libertad³² y en las que la renuncia al ejercicio —el hecho de no asociarse, de reservarse la opinión o de no iniciar una actividad económica— pueden apreciarse como manifestación del respectivo derecho, valioso en la medida en que lo que se valora es precisamente el ámbito de libertad que se confiere al titular, en relación con el derecho a la vida parece existir algo más, algo que puede ser valorado en sí mismo, en su propia existencia, más allá de la voluntad de su titular. Al menos, no parece que se proteja el derecho a vivir o a morir como dos opciones igualmente valiosas y entregadas a la mera voluntad del sujeto.

Por lo demás, el argumento de la autonomía del individuo como valor preponderante sobre cualquier otro y el de su respecto como requisito esencial en el reconocimiento de la dignidad humana, que conducen a defender el reconocimiento jurídico de la disponibilidad de la vida, exhibe importantes falencias.

En primer lugar, pues acaba por *invertir* los términos de la relación entre dignidad y autonomía de un modo peligroso³³, en la medida en que condiciona el respeto por el ser humano a su reconocimiento de parte de los demás. En efecto, tradicionalmente se ha conferido prioridad a la dignidad como condición que hace al hombre indisponible, no instrumentalizable, y que exige, como consecuencia, el respeto por su autonomía. De este modo, la dignidad se tiene por el solo hecho de existir, exige un incondicional reconocimiento y no puede quedar sujeta a la aceptación ajena. Pero cuando la autonomía prima por sobre la dignidad, pues ésta queda sujeta al goce de aquélla, se termina produciendo una *paradójica consecuencia heterónoma*: resulta inevitable un escrutinio sobre la capacidad de ejercicio de esa autonomía, para entonces afirmar la dignidad. De este modo, la dignidad ya no se tiene *a priori*, sino que requiere del reconocimiento por parte de los demás, y “lo que define ahora al ser humano es su *pertenencia* a otros”³⁴.

³¹ Carlos NINO, *Fundamentos del Derecho constitucional*, p. 221, y Ferrando MANTOVANI, *Diritto penale. PE*, I, pp. 89-90.

³² Cfr. ALDUNATE LIZANA, *Derechos fundamentales, op. cit.*, p. 161 explica así la posibilidad de autolimitar los propios derechos.

³³ Andrés OLLERO TASSARA, *Bioderecho: entre la vida y la muerte*, pp. 61-63. En el mismo sentido, entre nosotros, Adelio MISSESONI RADDATZ, “Consideraciones jurídicas en torno al concepto de eutanasia”, p. 262.

³⁴ OLLERO TASSARA, *Bioderecho...*, *op. cit.*, p. 62.

Un segundo inconveniente es que esta tesis se sustenta sobre la idea de que la legitimidad de cualquier regulación jurídica sobre derechos dependería de que respete la absoluta libertad de sus destinatarios, para no afectar su dignidad, partiendo de la base de que las decisiones autónomas son la única posibilidad de desarrollo personal y que sin autonomía los actos carecen de valor³⁵. A este respecto debemos advertir, sin embargo, que aunque esta última idea pueda ser cierta desde una perspectiva moral³⁶, eso no significa que toda decisión autónoma sea expresión de desarrollo personal ni que toda conducta autónoma sea, por ese solo hecho, valiosa.

Por lo demás, en ninguna regulación se reconoce jurídicamente esa forma de pensamiento ultraliberal, ni en relación con el derecho a la vida ni en relación con otros derechos.

“La disponibilidad, entendida como sometimiento exclusivo a la autonomía de la voluntad actual, no sólo está excluida con respecto a la vida, sino también con respecto a otros derechos de rango constitucional inferior (o incluso de rango no constitucional)”³⁷,

como los derechos laborales, el derecho a la educación o el derecho a no ser torturado³⁸. En otras palabras, a pesar de que el respeto por la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad son pilares fundamentales de nuestro sistema jurídico constitucional, eso no significa que no puedan sufrir limitaciones incluso más allá de las que impone el principio del daño a un tercero.

Pero también puede cuestionarse que el ejercicio de un eventual derecho a la muerte sea realmente inocuo para los demás, pues se trata de un asunto en que, como ha expresado la Corte Europea de Derechos Humanos³⁹, siempre está presente el interés social, en cuanto la prohibición de terminar con la vida humana es fundamental para el Derecho

³⁵ En este sentido CALSAMIGLIA, “Sobre la eutanasia”, *op. cit.*, p. 339, y FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Concepto...”, *op. cit.*, p. 292, “ningún derecho fundamental puede tener algún sentido si no partimos del principio básico de la autodeterminación”.

³⁶ Solo el acto que el ser humano realiza de modo consciente y libre puede ser objeto de un juicio ético.

³⁷ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Los ‘documentos de instrucciones previas’ de los pacientes”, p. 1665.

³⁸ ATIENZA, “La argumentación...”, *op. cit.*, p. 35.

³⁹ En esta materia en la resolución dictada en Estrasburgo el 29 de abril de 2002, la Corte cita parte del reporte de la *House of Lords Select Committee on Medical Ethics*, documento de la Cámara de los Lores de 21 de enero, publicado el 31 de enero de 1994. Un extracto de este informe en John KEOWN, *La eutanasia examinada*, pp. 139-168; también comentado por VIVANCO MARTÍNEZ, “La autonomía...”, *op. cit.*, p. 305.

y las relaciones sociales, y la muerte no puede ser considerada un asunto estrictamente personal o individual, sino que afecta la vida de otras personas, frecuentemente de una manera y con una extensión que no se pueden prever. Por ende, estamos ante un tema en que el interés individual no puede ser separado del interés de la sociedad en su conjunto.

Como decíamos, ninguna legislación reconoce una absoluta disponibilidad de la vida⁴⁰. Ni siquiera en aquellos países en que se ha despenalizado la eutanasia, como Holanda⁴¹, Bélgica⁴² y Luxemburgo⁴³, o el suicidio asistido en Suiza⁴⁴ y en los estados de Oregón, Montana y Washington de Estados Unidos⁴⁵, pues en ellos la despenalización siempre está referida a supuestos bien precisos y delimitados. Lo propio sucede en las legislaciones como la uruguaya, en que se permite exonerar de castigo un homicidio piadoso⁴⁶. Si se asumieran radicalmente los fundamentos teóricos esbozados, por el contrario, la decisión de terminar con la propia vida no necesitaría de ninguna circunstancia especial más allá de la propia voluntad⁴⁷; en rigor, la apelación al sufrimiento para despenalizar la eutanasia

⁴⁰ El modelo de la eutanasia constitucionalmente prohibida “goza, en la realidad del Derecho, de una mala salud de hierro”, concluye Fernando REY MARTINEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, p. 19.

⁴¹ El Código Penal holandés tipifica el homicidio a petición (art. 293) y el suicidio asistido (art. 294). En la práctica, los tribunales –a partir del caso *Alkmaar*, resuelto en 1984 por el Tribunal Supremo– se habían pronunciado a favor de los médicos que mataban intencionalmente a sus pacientes, práctica que fue formalizada mediante una *Reglamentación de la eutanasia*, en vigor desde 1994, y posteriormente por la *Ley de verificación de la terminación de la vida a petición y suicidio asistido*, vigente desde abril de 2002. Entre sus requisitos, exige que la persona objeto de la eutanasia o auxilio al suicidio sufra un padecimiento insuperable y sin esperanzas de mejora.

⁴² *Loi relative à l'euthanasie*, de 2002, en que la eutanasia procede, entre otros requisitos, siempre que haya padecimiento físico o psíquico constante e insuperable ocasionado por una condición patológica grave e incurable.

⁴³ La ley de 16 de marzo de 2009 contiene requisitos similares a los de la ley belga, entre los que destaca el que el diagnóstico del paciente sea el de una situación médica irreversible y que suponga un sufrimiento físico o psíquico constante e insuperable sin perspectiva de mejora.

⁴⁴ Entre las que permiten el auxilio al suicidio es la menos restrictiva, pues no se requiere contar con la asistencia del médico, solo se exige que detrás de la actuación de quien ayuda no haya ninguna motivación egoísta, pues solo si actúa con esa motivación se configura el delito de auxilio al suicidio del art. 115 del Código Penal.

⁴⁵ En ellos se permite a los médicos, en ciertas condiciones, prescribir medicamentos letales a los pacientes terminales competentes que los soliciten, medicamentos que deben ser autoadministrados por el propio paciente.

⁴⁶ El art. 37 del CP uruguayo, vigente desde 1934, dispone que “los Jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima”.

⁴⁷ Robert SPAEMANN, “¿Matar, o dejar morir?”, p. 111.

debería considerarse solo como “elemento retórico o emotivo con efecto en el auditorio, pero racionalmente superfluo e incluso contradictorio”⁴⁸.

Si atendemos ahora a la regulación particular de cada ordenamiento en materias en que estaría en juego el supuesto derecho a disponer de la vida, la impunidad del suicidio podría llegar a ser considerada un reconocimiento de su licitud. Sin embargo, la situación penal del suicidio no es un argumento en sí mismo, pues es bien evidente que existen diversas razones político-criminales que fundamentan que la conducta suicida sea impune, las que no se contraponen necesariamente con una valoración jurídica negativa de esa conducta.

La punibilidad del auxilio al suicidio, por su parte, parece estar en contradicción con un supuesto derecho a disponer de la propia vida⁴⁹. Con todo, un sector de la doctrina que defiende el reconocimiento de ese derecho precisa que no existe esa contradicción, dado que este sería un derecho con ciertos límites en relación con los comportamientos de terceros, pues su legítimo ejercicio queda condicionado a la “exclusiva intervención del suicida en la consecución de su propósito”⁵⁰. En consecuencia, la tipificación del auxilio al suicidio sólo implicaría prohibir a los terceros intervenir en ese acto de disposición, sin desconocer el derecho de su titular a realizarlo.

Sin embargo, no se entiende por qué prohibir, y bajo amenaza de sanción penal, una conducta que se podría describir como mera colaboración para que otro pueda ejercer un derecho, pues esa prohibición no sería más que un estorbo para dicho ejercicio⁵¹. Lo mismo puede decirse respecto del homicidio a petición, pues aunque la tendencia actual sea consagrar figuras atenuadas, sigue constituyendo una prohibición respecto

⁴⁸ RIVAS Y SERNA, “¿Debe...”, *op. cit.*, p. 289.

⁴⁹ Así Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO, *Diritto penale. PE*, vol. II, t. I, cuestionando la legitimidad del tipo penal.

⁵⁰ DIEZ RIPOLLÉS, “Eutanasia...”, *op. cit.*, p. 95, por todos.

⁵¹ Así fue planteado en la demanda de inconstitucionalidad contra las normas que penalizaban el auxilio al suicidio, en el caso *Compassion in Dying v. State of Washington*, en 1996, que tuvo decisiones contrarias en su devenir ante los tribunales, analizadas por Carmen JUANATEY DORADO, “La disponibilidad del derecho a la vida en la jurisprudencia y en la legislación de los Estados Unidos de América”, pp. 58-60. También en Colombia, país donde la Corte Constitucional (sentencia 239 de 1997) rechazó la demanda de inconstitucionalidad de la disposición que sanciona el homicidio por piedad (entonces el art. 326 CP, actual art. 106). Sin embargo, luego hizo *motu proprio* un análisis sobre la relevancia del consentimiento y terminó creando una excepción: si concurre el consentimiento del sujeto pasivo y es un profesional en medicina quien propicie su muerte, no podrá deducirse responsabilidad penal a este último. Un análisis del fallo en Germán LOZANO VILLEGAS “La eutanasia activa en Colombia”, pp. 71-85.

de conductas que no serían más que una forma de hacer que otro ejercite su supuesto derecho. Enfocando el problema en la perspectiva del juicio de imputación de responsabilidad penal, como afirma JAKOBS,

“la única diferencia entre el suicidio y el homicidio a petición se encuentra en que la persecución del fin se realice de propia mano o en división de tareas; el fin y la forma de conseguirlo lo determina, en ambos casos, el que no quiere vivir más”⁵².

Si es lícito el suicidio, seguiría siéndolo aunque se ejecute en división de tareas⁵³, razón por la cual una eventual ilicitud de conductas de colaboración o de ejecución de la muerte a petición debería radicar en otros motivos, más difíciles de encontrar en la medida en que el suicidio sea considerado un verdadero derecho⁵⁴.

Por lo tanto, considerando que en nuestro sistema jurídico se sanciona tanto el auxilio al suicidio como el homicidio a petición, habría que concluir que, o bien ambas situaciones deberían ser despenalizadas, o bien que nuestro sistema jurídico positivo supone la ilicitud del suicidio y no reconoce un derecho a disponer de la propia vida.

Pero además de las objeciones a su fundamentación teórica y a su incompatibilidad con el ordenamiento jurídico, la tesis de la disponibilidad de la vida genera consecuencias indeseables, generalmente conocidas como la *pendiente resbaladiza*. Ella se refiere a dos facetas independientes aunque interrelacionadas; la del deslizamiento lógico y la del empírico⁵⁵.

En su forma *empírica*, porque en la práctica es imposible adoptar las salvaguardas necesarias para asegurar que el acto de disponibilidad de la vida haya sido realmente voluntario⁵⁶. En este sentido, la posibilidad del abuso de una legislación que permita la eutanasia es reconocida también por algunos de sus defensores, quienes sin embargo aceptan el *riesgo* de

⁵² Günther JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, p. 43.

⁵³ La autodestrucción de la propiedad no constituye un hecho ilícito por más que se ejecute en división de tareas, ejemplifica JAKOBS, *Suicidio...*, *op. cit.*, p. 46.

⁵⁴ Günther JAKOBS, *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición*, p. 22; EL MISMO, *Suicidio...*, p. 53, sostiene que serían delitos de peligro abstracto contra la vida, en que se sanciona por un eventual apresuramiento en el modo de tratar la propia vida. Solución que es considerada artificiosa y poco convincente por Urs KINDHÄUSER “Reflexiones de teoría de las normas del consentimiento en el Derecho penal”, p. 16.

⁵⁵ John KEOWN, “La eutanasia en Holanda ¿deslizándose por la pendiente resbalosa”, pp. 347-348.

⁵⁶ Vid. la crítica respecto de los requisitos exigidos en Holanda, que no son lo estrictos y precisos que pretenden sus defensores, en KEOWN, “La eutanasia en Holanda...”, *op. cit.*, pp. 350-353.

conceder este espacio de libertad, riesgo que habrá que intentar reducir al máximo y que sería tolerable en la medida en que se tenga la *impresión general* de que se va a hacer un buen uso de la libertad concedida⁵⁷. Esto último, obviamente, es muy difícil de valorar, pero además se torna particularmente *sospechoso* si consideramos que el tema surge precisamente ante una sociedad más envejecida y dependiente, con los altos costos económicos que ello implica⁵⁸.

Fuera de las dificultades para comprobar que el paciente sea una persona competente para manifestar su petición de forma libre y consciente, existe un riesgo todavía mayor, pues permitir la eutanasia o legitimar la conducta suicida como manifestación de la dignidad humana

“tiene el perverso efecto de consolidarla (...) Allí donde la ley permita, o la moral apruebe, el matarse o dejarse matar, los ancianos y enfermos pronto tendrán que responder ante sus cuidadores, parientes y conciudadanos por todos los desvelos, privaciones y cuidados que detraen en su beneficio. Ya no contará el destino, ni la moral, ni la solidaridad, que exigen esos sacrificios; tan sólo interesará que quien demanda esos cuidados pueda exonerar a los demás del cumplimiento de sus obligaciones, y que para eso pueda encargar a otros que le quiten de en medio si por egoísmo o cobardía es incapaz de desalojar él mismo la plaza que ocupa. ¿Quién querría seguir viviendo en tales circunstancias? Del derecho al suicidio surge inevitablemente un deber”⁵⁹.

Por otra parte, en su vertiente *lógica*, el reconocimiento de un derecho a disponer de la vida sustentado en ideales de respeto por el supremo valor de la autonomía, deriva casi imperceptiblemente en la aceptación de la posibilidad de disponer de la vida aun *sin* o, incluso, *contra* la voluntad de su titular, cuestión que prevista y denunciada en la teoría⁶⁰ ya ha

⁵⁷ DWORKIN, *El dominio...*, *op. cit.*, p. 258, y JAKOBS, *Suicidio...*, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁸ Advierte sobre la coincidencia entre la situación demográfica de los países occidentales industrializados y la legalización de la muerte de personas enfermas o ancianas, SPAEMANN, “¿Matar...”, *op. cit.*, p. 107; lo destaca también Inmaculada GARCÍA PRESAS, “El testamento vital y el derecho a la vida en España”, pp. 172-173.

⁵⁹ SPAEMANN, “¿Matar...”, *op. cit.*, p. 110. Algo similar ocurre con el aborto, toda vez que concebido como un derecho que no es ejercido respecto de un niño, por ejemplo, con Síndrome de Down, ha dado lugar a demandas de indemnización de perjuicios no solo contra los médicos por no diagnosticar la enfermedad, sino que incluso de los propios hijos contra sus padres por haberlos dejado nacer.

⁶⁰ La posibilidad de suplir la voluntad del titular del derecho se confiere primero a su familia, pero luego al Estado o, en la práctica, al médico, sobre la base de su idea de una vida que merezca la pena ser vivida. Por todos, Ángela VIVANCO MARTÍNEZ, “Bien morir”, pp. 95-96. Es lo que ocurrió en Inglaterra, cuando los tribunales ordenaron separar

tenido reconocimiento jurídico y práctico⁶¹. En el fondo, ello obedece a que la legalización de la eutanasia se apoya en el juicio de que algunas vidas “no tienen valor”, razón por la cual se puede acceder a la petición del paciente de acortar su vida. En efecto, para admitir una petición eutanásica el médico debe, necesariamente, realizar un juicio valorativo sobre la vida del paciente, pues no accederá a ella en cualquier circunstancia (como tampoco recetaría antidepresivos a un paciente que, en su opinión, no estuviera deprimido, solo porque se los pidiera)⁶². Algo similar se expresa cuando se defiende un derecho al *suicidio racional*⁶³, en la medida en que esa racionalidad ha de ser enjuiciada por terceros⁶⁴. Así, tras la tesis del derecho a disponer de la propia vida generalmente se enmascara una valoración acerca de esa vida sobre la que se proyecta el acto de disposición de su titular, que lleva a considerar que la decisión sería “objetivamente razonable” o que corresponde con el “interés objetivo” del sujeto⁶⁵. Y si ello se hace en el caso de una persona autónoma, parece lógico que pueda hacerse con un incompetente, aunque haya manifestado su opinión contraria, pues esa declaración no tiene valor si el sujeto no goza de capacidad para decidir autónomamente. De este modo, bien se puede advertir que lo decisivo no es un debate sobre la libertad de disposición, sino que “dicho debate versa sobre qué situaciones vitales son *dignas* de ser vividas”⁶⁶, y de este modo se termina por admitir que unas vidas valen más que otras.

a unas hermanas siamesas, lo que implicaba matar a una de ellas –la elección de quién sobreviviría se hizo en términos de *calidad de vida*–, y aun contra la voluntad de sus padres; caso comentado por SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos...*, *op. cit.*, pp. 113-116.

⁶¹ Como ha sucedido en los países en que se aceptan estas prácticas. Con estadísticas, respecto de Holanda, KEOWN, “La eutanasia en Holanda...”, *op. cit.*, pp. 347-390, y de Oregón, JAVIER VEGA GUTIÉRREZ, “La práctica del suicidio asistido en Oregón y la pendiente resbaladiza”, pp. 55-70. Para SPAEMANN, “¿Matar...”, *op. cit.*, p. 111, “lo más terrible es que no se haya escuchado un grito de horror en todo el mundo civilizado a la vista de este hecho”.

⁶² En este sentido KEOWN, “La eutanasia en Holanda...”, *op. cit.*, p. 348.

⁶³ Con los criterios de John RAWLS, *Una teoría de la justicia*, pp. 501-510, especialmente, y, en principio, de DWORKIN, *El dominio...*, *op. cit.*, p. 268 cuando alude a los intereses críticos, esto es, aquellos que las personas deberían desear en función del ideal de integridad que han forjado; aunque luego acepta que “las personas con frecuencia realizan elecciones que reflejan debilidad, indecisión, capricho o pura irracionalidad”, y aunque el principal valor de la integridad se realice cuando una vida se despliega en forma íntegra y auténtica, “el derecho a la autonomía protege y alienta en cualquier circunstancia dicha capacidad [para orientar sus vidas según su criterio]” (p. 293). ZAMBRANO, *La disponibilidad...*, *op. cit.*, p. 179.

⁶⁴ SPAEMANN, “¿Matar...”, *op. cit.*, p. 112.

⁶⁵ Tesis defendida en esos términos, para justificar la eutanasia involuntaria, por Nicolás GARCÍA RIVAS, “Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea”, pp. 27-30, y criticada por SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos...*, *op. cit.*, p. 118.

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos...*, *op. cit.*, p. 119.

Por último, si se reconoce un supuesto derecho a morir, a disponer de la propia vida, se estaría transformando la vida en un *objeto* carente de valor en sí mismo –su valor estaría dado por la voluntad de su titular–, y que, por lo tanto, puede ser instrumentalizado. La vida pasa a ser un objeto del que dispone la voluntad, “algo” diferente de la persona que la posee, y de este modo inevitablemente se le asigna un estatuto jurídico equivalente al de las cosas, al de la propiedad. Esto termina por destruir el concepto mismo de persona, porque no puede predicarse un valor absoluto de aquello cuyo soporte existencial es relativo⁶⁷, y porque si aceptamos –se reconozca expresamente en estos términos o no– que la vida se rige por estatuto de la propiedad, entonces deberíamos admitir la posibilidad de que quede sometida no solo a la voluntad del propio sujeto, sino que también al interés general⁶⁸.

El mismo HABERMAS advierte que

“por ese camino podemos minar la autocomprensión normativa de las personas, que (...) se reconocen mutuamente similar respeto”, “acostumbrarnos a disponer biotécnicamente de la vida humana obedeciendo a nuestras preferencias no puede dejar intacta nuestra autocomprensión normativa”⁶⁹.

IV. El valor de la vida

Frente a este panorama, resulta necesario convenir en que el derecho a la vida no se debe reconocer solo como una libertad, sino que por el *valor* de la vida que se quiere proteger, en tanto realidad prejurídica: un valor propio, que no depende del que le asigne la decisión autónoma y libre del sujeto. Ello supone una concepción sobre los derechos humanos que no los reduzca a una mera capacidad de actuar, sino que los conciba como “una realidad coexistencial, jurídicamente previa a los derechos o facultades individuales que en ella puedan encontrar fundamento”⁷⁰. Al

⁶⁷ ZAMBRANO, *La disponibilidad...*, *op. cit.*, pp. 296-298.

⁶⁸ Consecuencias *inevitables* de una visión liberal sobre la disponibilidad de la vida, que de este modo permite restringir los derechos y la propia autonomía de las personas, RIVAS/SERNA, “¿Debe...”, *op. cit.*, pp. 293-299.

⁶⁹ Jürgen HABERMAS, *El futuro de la naturaleza humana ¿hacia una eugenesia liberal?*, pp. 97-98.

⁷⁰ OLLERO TASSARA, *Bioderecho...*, *op. cit.*, p. 111; EL MISMO, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, p. 64. En sentido similar SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos...*, *op. cit.*, p. 112 “los derechos humanos constituyen una realidad objetiva absoluta en dicho plano ontológico derivada de la propia naturaleza de la persona como tal”.

igual que la dignidad, la libertad y la igualdad, la vida no es un derecho, sino una realidad prejurídica que existe con prescindencia del Derecho, y que en tanto fundamento de los demás derechos es superior a ellos⁷¹.

La vida es valiosa en sí misma, como dato existencial y biológico del ser humano, por su dimensión constitutiva del sujeto⁷².

“Aun cuando el hombre pueda libremente cualificar a su propia vida como un bien disponible, en el plano existencial la persona no tiene una relación sujeto-objeto con su propia vida, o más específicamente, con su cuerpo vivo. Quiéralo o no, y hablando siempre desde un punto de vista existencial, la persona humana es su cuerpo”⁷³.

En otras palabras, el cuerpo es el lugar de nosotros mismos, el lugar de la subjetividad⁷⁴.

La existencia biológica del ser humano, entonces, es uno de aquellos bienes básicos sobre los que se fundan y especifican los derechos humanos, pues la vida tiene un carácter *no accidental* como el modo de existir propio de los entes humanos⁷⁵, y eso es lo que ha llevado a considerar el derecho a la vida como el fundamento y sustento de todos los demás derechos⁷⁶. Así, vida y persona no pueden considerarse sino como una misma realidad que podría denominarse indistintamente “vida personal” o “persona”, en la medida en que la persona es, necesariamente, la persona viva⁷⁷.

Desde esta perspectiva, es posible conferir al reconocimiento constitucional del derecho a la vida un contenido de protección positiva⁷⁸, que

⁷¹ En este sentido Alan BRONFMAN, Juan Ignacio MARTÍNEZ Y Manuel NÚÑEZ, *Constitución política comentada*, pp. 79-80.

⁷² SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos...*, *op. cit.*, p. 120.

⁷³ ZAMBRANO, *La disponibilidad...*, *op. cit.*, p. 295.

⁷⁴ Laura PALAZZINI, “Bioética y derechos humanos”, p. 401.

⁷⁵ MASSINI, “El derecho...”, *op. cit.*, p. 191. Esta característica de la vida, así como lo *definitivo* y *decisivo* del acto que atenta contra ella, le llevan a considerar que, aun negando la posibilidad de una jerarquización de derechos fundamentales, respecto al derecho a la inviolabilidad de la vida deba hacerse una excepción.

⁷⁶ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez Años de Actividades 1971-1981*, Secretaría General de la OEA, Washington D.C., 1982, p. 332; también la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “el derecho a la vida es un derecho fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido”, caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, § 144.

⁷⁷ ZAMBRANO, *La disponibilidad...*, *op. cit.*, p. 297. Cuestión que niegan quienes conciben la vida como “algo externo” de lo que el sujeto puede disponer; pero también quienes relativizan esa conexión, entendiendo que la vida en sentido biológico “no es el sujeto moral, sino su parte externa”, y, en definitiva, no un fin absoluto, sino un medio, así JAKOBS, *Suicidio...*, *op. cit.*, p. 34.

⁷⁸ Contenido que le atribuye a este derecho, entre otros, el Tribunal Europeo de

va más allá de su manifestación negativa, esto es, de la obligación de no matar arbitrariamente. El reconocimiento constitucional del derecho a la vida generaría obligaciones de tercer nivel, esto es, de satisfacer-cumplir, que en este caso se refieren fundamentalmente a la remoción de los obstáculos económicos y sociales para la adecuada realización de la vida, para mantener las condiciones necesarias que hagan posible su continuación, su respeto y su protección⁷⁹.

Esto último no significa suponer que el derecho a la vida consista, sin más, en un “derecho a que nos den aquello que mínimamente uno necesita para que la vida continúe”⁸⁰, que obligue a cualquier persona a dar o hacer cualquier cosa que otro necesite para vivir⁸¹. Como en los demás niveles, este contenido de obligación atañe fundamentalmente al Estado, dentro de sus posibilidades; aunque también puede imponer obligaciones positivas de solidaridad a los particulares –si bien serán excepcionales y bien delimitadas–, como el deber de socorrer a otro que se encuentre en peligro de perecer, cuyo incumplimiento puede ser sancionado como delito⁸²; o el deber de tolerar conductas que afecten un bien jurídico propio, en la medida en que estén amparadas por un estado de necesidad justificante.

El derecho a la vida, en consecuencia, constituye un “derecho-valor”⁸³ o como dice NOGUEIRA, “un bien jurídico constitucional objetivo y un

Derechos Humanos en las sentencias *Osman c. Reino Unido*, Gran Cámara, 28 de octubre de 1998 y *Keenan c. Reino Unido*, 3ª, 3 de abril de 2001; y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, § 144, en que afirma que “en esencia, el derecho fundamental a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida a las condiciones que le garanticen una existencia digna”.

⁷⁹ La dogmática constitucional chilena generalmente reconoce esa dimensión, v.gr. José Luis CEA EGAÑA, *Derecho constitucional chileno*, p. 89, y NOGUEIRA ALCALÁ, *Lineamientos...*, *op. cit.*, p. 250. No consideramos que ella pueda obviarse y, en cierta medida, transferirse –como deber de protección positivo– al ámbito de la salud, pues eso rebaja y debilita enormemente las obligaciones que surgen del derecho a la vida, como el bien más fundamental y del que dependen todos los demás, las que si se refieren *solo* a un derecho a la salud, podrían ser fácilmente desplazadas o pospuestas por otros intereses.

⁸⁰ La plantea como una “posible” concepción sobre el derecho a la vida FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Concepto...”, p. 273.

⁸¹ Situación que grafica con ironía J. J. THOMSON, “Una defensa del aborto”, p. 19, cuando observa que aunque uno necesitara nada más que el roce de la fría mano de Henry Fonda sobre su frente febril para salvarse, no tiene derecho a ello.

⁸² Delito que, en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros sistemas penales, es absolutamente residual y prácticamente inaplicable.

⁸³ Así lo denomina Antonio RUIZ DE LA CUESTA, “El valor vida humana digna”, p. 60, y luego agrega que el derecho a la vida constituye un valor y, además, un conjunto de principios que concretan y especifican dicho valor (p. 75).

derecho a defensa⁸⁴, respecto del cual resultaría incompleta tanto una interpretación que lo reduzca al solo reconocimiento de un ámbito de libertad⁸⁵, como una que ponga el acento exclusivamente en el valor y desconozca la dimensión normativa⁸⁶.

Y si la vida humana, en tanto elemento constitutivo de la persona, tiene valor en sí mismo, podemos concluir que el acto de disposición de la vida por parte del titular del derecho –aunque no constituye delito y aun cuando *no* exista una obligación jurídica de vivir, al menos entendida como *obligación exigible coactivamente*⁸⁷–, es un acto que atenta contra un valor esencial del ordenamiento jurídico, expresado en el reconocimiento del derecho a la vida⁸⁸. Por lo mismo, no existe un derecho a la propia muerte ni cabe el reconocimiento de un derecho a la libre disposición sobre la propia vida⁸⁹.

V. El objeto de la protección penal

Las manifestaciones positivas y negativas que derivan de la consagración de la vida como derecho constitucional implican, en buena medida, la necesidad de una legislación punitiva⁹⁰ que comporta “una directa, efectiva y vinculante referencia al marco dentro del cual la vida humana debe ser protegida y entraña un auténtico deber jurídico para los destinatarios de la norma”⁹¹.

⁸⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, *El derecho a la vida*, *op. cit.*, p. 49.

⁸⁵ Como ocurre cuando se estima que es un derecho que puede libremente ser ejercido o no, José Antonio MARINA, *Ética para Náufragos*, pp. 230 y ss., quien llega a afirmar que la vida no es el valor ético importante, sino el *derecho a la vida*, cit. por RUIZ DE LA CUESTA, “El valor...”, *op. cit.*, p. 61.

⁸⁶ Los valores usados como coartada para despersonalizar los derechos, advierte OLLERO TASSARA, *Derecho a la vida...*, *op. cit.*, p. 32; EL MISMO, *Bioderecho...*, *op. cit.*, p. 84, en su crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el aborto.

⁸⁷ En tanto no prohibido, puede ser considerado *permitido* sólo en un sentido débil, según la distinción de G. H. VON WRIGHT, *Norma y acción*, pp. 100 y ss.

⁸⁸ Por lo que *no* es jurídicamente irrelevante, como pretende FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Concepto...”, *op. cit.*, p. 291.

⁸⁹ De existir como derecho implicaría un correlativo deber u obligación de cooperar o causar esa muerte a petición, lo que no todos parecen asumir como consecuencia de sus postulados.

⁹⁰ Aunque no estemos, necesariamente, ante un mandato de punición. Sobre este eventual deber de proteger mediante disposiciones penales, vid. Antonio BASCUÑAN RODRÍGUEZ, “Derechos Fundamentales y Derecho Penal”, pp. 47-74, y Juan Pablo MAÑALICH RAFFO, “La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas”, pp. 245-258.

⁹¹ ROMEO CASABONA, *El derecho...*, p. 66.

En la práctica, son diversas las disposiciones penales que tienen como objeto de protección la vida humana; y respecto de todas ellas debemos poner el acento en que lo penalmente protegido es, más precisamente, *la vida*, no el derecho que a ella se refiere. En este sentido, como concluye GRACIA MARTÍN,

“la Dogmática jurídico-penal hace tiempo que ha abandonado la primitiva concepción conforme a la que el objeto de protección del Derecho penal serían *los derechos subjetivos del individuo o del Estado*, y que hoy es de hecho unánime la opinión de que el Derecho penal protege únicamente *bienes jurídicos* y no derechos subjetivos. Los bienes jurídicos, aun cuando su titular sea el individuo, son bienes del Derecho, y reciben protección jurídica con independencia de cuál sea el interés que tenga en él su portador y de cómo quisiera hacer valer dicho interés *mediante* el ejercicio del derecho subjetivo que generalmente acompaña a todo bien jurídico”⁹².

Resultan así bien diferenciables los *derechos* de los individuos, entre los que se cuenta el derecho a la vida, de los *bienes jurídicos* o intereses socialmente valiosos que son objeto del Derecho Penal.

Cuando se trata de un delito de homicidio es explicable que se hable, en términos equivalentes, de la protección de la vida o del derecho a la vida, pues la norma primaria de conducta sobre la que se construye este delito coincide con el aspecto normativo fundamental del derecho constitucional: la prohibición de acabar con la vida de otro. Bien puede decirse que la consagración constitucional del derecho a la vida trae como correlato la prohibición de matar⁹³, o que la vida es un bien “cuya garantía está avalada por la Constitución”⁹⁴; pero eso no significa que lo penalmente protegido sea, precisamente, ese derecho.

Pero es esa distinción entre la *vida* como objeto de protección penal y el derecho a la vida como algo diverso la que permite afirmar –sin inconvenientes para nadie– que el primero es el bien jurídico en las figuras de aborto. De lo contrario, quienes niegan al no nacido un verdadero *derecho* a la vida se verían obligados a buscar un objeto de protección diverso en el delito de aborto. Sin embargo, es absolutamente mayoritaria la idea de que tanto en el homicidio como en el aborto se protege la vida

⁹² Luis GRACIA MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, p. 27. Aspecto recurrentemente destacado al analizar los delitos contra la vida, v.gr. José Luis CASTILLO ALVA, *Derecho penal. PE*, p. 10, y Carlos María ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, p. 14.

⁹³ CASTILLO ALVA, *Derecho penal. PE*, p. 10, y MANTOVANI, *Diritto penale. PE*, I, p. 90.

⁹⁴ Mario GARRIDO MONTT, *Derecho penal. PE*, III, p. 23.

humana⁹⁵, aunque ello se haga con diferente intensidad. De este modo, la vida humana se reconoce como un proceso biológico continuo⁹⁶, con modificaciones que en principio son simplemente cuantitativas⁹⁷.

La distinción entre protección de la vida y del derecho a la vida también se advierte respecto de otras figuras, como el auxilio al suicidio o el homicidio a petición, punibles incluso en países en que se ha aceptado la existencia de un cierto derecho a morir. Si la disponibilidad de la vida fuera un elemento integrante del derecho a la vida y la protección penal solo estuviese referida a este derecho, resultaría inconstitucional cualquier regulación penal que prohíba conductas suicidas o de contribución al suicidio, pues ellas no afectarían bien jurídico alguno⁹⁸. Por el contrario, que la cuestión se siga planteando como un problema de *disponibilidad* del bien jurídico, de la posibilidad de que el consentimiento opere como

⁹⁵ En contra José Luis GUZMÁN DÁLBORA, “El aborto”, pp. 207-245, quien lleva la tesis de la inexistencia de un “derecho a la vida” del *nasciturus* a la necesidad de configurar un bien jurídico supraindividual respecto del aborto, entendiendo –con RADBRUCH– que esa vida no puede ser bien jurídico de un individuo, dado que si el embrión no es todavía persona, no podría ser considerado el *titular* de ese interés. En España el problema de la titularidad se plantea desde que el Tribunal Constitucional español estimó que el no nacido no es persona, pero que su vida es un *bien*, aunque “no se sabe de quién”, agrega Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Los indeseados como enemigos”, p. 7. En consonancia con el TC o para explicar su postura, se ha dicho, desde la perspectiva constitucional, que si bien todos los derechos constitucionales requieren en cuanto a su titularidad a una persona, ello no ocurre con el derecho a la vida, aun no siendo persona se goza de él: “del derecho a la vida se es titular por el simple ejercicio de la vida, antes de ser jurídicamente persona, es decir, antes de haber franqueado la puerta del acceso al mundo del derecho”, Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, pp. 330 y ss., cit. por CASTILLO ALVA, *Derecho penal. PE*, p. 9, n. 15. Especialmente crítico OLLERO TASSARA, *Derecho a la vida...*, *op. cit.*, p. 32, alude a esto como “la paradoja final de situarnos ante un objeto tan valioso como para justificar la existencia de pintorescos derechos sin sujeto”.

⁹⁶ La STC español 53/1985, de 11 de abril, define la vida como “un devenir, un proceso que comienza con la gestación”; de acuerdo, Enrique PEÑARANDA RAMOS, “La protección penal de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo”, pp. 167 y 179.

⁹⁷ PEÑARANDA RAMOS, “La protección penal...”, p. 167.

⁹⁸ En este sentido Juan José GONZÁLEZ RUS, “Del homicidio y sus formas”, p. 104, respecto del suicidio, pero considera que el auxilio al suicidio debe ser punible, sin especificar el bien protegido. También CARBONELL MATEU, “Suicidio...”, pp. 185-187, considera que solo se afecta el interés estatal en la conservación de la vida, bien que tendría un valor reducido. Para JAKOBS, *Sobre el injusto...*, *op. cit.*, pp. 20 y 22; EL MISMO, *Suicidio...*, *op. cit.*, pp. 53-54, ni un homicidio a petición ni una participación en el suicidio configuran arrogaciones de organización y si han de constituir injusto, no serían el de un delito de lesión contra la persona. El homicidio a petición, único punible en el derecho alemán, no sería más que una puesta en peligro abstracto frente a un eventual apresuramiento en el modo de tratar la propia vida, la que califica como mera preocupación paternalista.

causa de justificación, implica reconocer que el suicidio, el auxilio al suicidio y el homicidio a petición realmente lesionan un bien jurídico: la vida humana. Pero esa efectiva lesión del bien jurídico podría, eventualmente, estar justificada.

Afirmar que se protege la vida no significa que se prohíba la muerte, pues ésta es un acontecimiento de la naturaleza que el derecho no debe ni puede prohibir en cuanto realidad biológica. La misión del Derecho penal en relación con la muerte, en realidad, es bien limitada, pues consiste solo en prohibir determinadas conductas que hacen sobrevenir, aceleran o no evitan, debiendo hacerlo, la muerte de otro ser humano⁹⁹.

Ahora bien, pese a la evidencia intuitiva sobre lo que es la vida, a la hora de precisar el sentido que tiene como bien jurídico penalmente protegido se pueden observar algunas divergencias.

Así, en primer lugar, se ha hecho común contraponer una supuesta visión ontologicista de la vida frente a otra de corte normativo. La primera concibe este bien jurídico como la *propia existencia físico-biológica* del ser humano, cuya presencia se determina con criterios científico-naturalísticos¹⁰⁰; la segunda, en tanto, implica superar esa visión naturalística para adoptar un criterio valorativo en la decisión sobre si existe o no vida humana que pueda ser objeto de protección penal. Una manifestación de esta última tendencia, se dice, sería el hecho de que se adopte un concepto de muerte cerebral, que limita el concepto de vida humana jurídicamente relevante, concepto que desde entonces ya no coincidirá —en ciertos casos— con la duración biológica de la vida¹⁰¹. Sin embargo, esta apreciación no es del todo correcta. Tiene razón en el sentido de que la inclusión en el sistema jurídico penal implica, necesariamente, un cierto grado de normativización de todos los conceptos¹⁰², pero eso no significa

⁹⁹ CASTILLO ALVA, *Derecho penal. PE, op. cit.*, pp. 3-5. En este sentido, quienes interpretan el derecho a la vida como nada más que un derecho a no ser muerto arbitrariamente, lo restringen al contenido normativo de la disposición penal, lo que parece un empobrecimiento en la concepción de los derechos fundamentales.

¹⁰⁰ ROMEO CASABONA, *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰¹ Albin ESER, "Entre la santidad y la calidad de vida", p. 773, y RIVACOBBA, "Nuevo sentido...", *op. cit.*, pp. 125-126.

¹⁰² Por eso, en relación con la vida humana, se puede decir que el mero extremo físico de la persona "no se encuentra nunca en su total puridad en un derecho concreto", GARRIDO MONTT, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 23, y que "un significado eminentemente naturalista de vida humana, formulado exclusivamente sobre la base de criterios científicos biológico-fisiológicos, no puede agotar el contenido del bien jurídico, pues siempre han de tenerse presentes también cuestiones de carácter normativo, aunque ellas tienen carácter excepcional", Alfredo ETCHEBERRY, *Derecho penal. PE*, III, p. 19, aunque lo plantea así en relación con los supuestos en que la muerte esté justificada.

que la vida deje de ser considerada como una realidad biológica. Aceptar la muerte cerebral como criterio de terminación de la vida sigue teniendo dimensiones radicalmente naturalísticas, toda vez que ese concepto se construye como la cesación irreversible de la actividad cerebral, cuestión que tiene sentido y se determina según criterios biológicos¹⁰³. Que siga latiendo el corazón o funcionando los pulmones (con ayuda artificial, desde luego) no significa que el organismo siga vivo; eso supondría confundir la vida del ser humano, como organismo –organización biológica–, con la de sus órganos¹⁰⁴. Lo protegido no es esto último, sino la *función vital* integral de un ser humano:

“hay vida mientras el complejo orgánico del sujeto –como un todo– funciona como tal, no cuando alguna parte del mismo puede seguir operando”¹⁰⁵.

Un concepto de vida diverso del biológico es el de vida biográfica, por ejemplo, entendida como proyecto existencial singular e irreplicable, como creación moral personalísima de cada individuo¹⁰⁶. También resultan distintos del biológico los conceptos que solo consideran humana aquella vida en la que están actualmente presentes ciertas facultades o capacidades que pueden resumirse, en términos generales, en algún grado de conciencia¹⁰⁷. En la terminología de DWORKIN, puede distinguirse según el valor que la vida representa y encarna, entre la creación natural o biológica; la creación cultural, entendida como la absorción de los aportes de las generaciones anteriores; y la creación personal, por la cual “una persona se hará y rehará a sí misma”¹⁰⁸.

Sin embargo, se trata de concepciones muy minoritarias y contrarias a una consideración igualitaria de toda vida humana para su protección.

¹⁰³ ESER, “Entre la santidad...”, *op. cit.*, pp. 773-775, estima que la incorporación del concepto de muerte cerebral supone visualizar el signo de la humanidad en el espíritu, sin reducirlo a una existencia físico-biológica. Sin embargo, la actividad cerebral no es una cualidad espiritual, sino que sigue siendo física.

¹⁰⁴ Por eso nos parece equivocado el parecer de ESER, “Entre la santidad...”, *op. cit.*, p. 774, cuando afirma que “si lo único determinante de la naturaleza humana es la vida físico-biológica, entonces la obligación de prolongar la vida se extiende tanto tiempo como exista una mínima chispa de aquélla. Si en cambio se quiere poner el punto final en la muerte cerebral, esto supone visualizar el signo de la humanidad en el espíritu”. Cuando se alude a la vida del individuo, ambos aspectos resultan inseparables.

¹⁰⁵ GARRIDO MONTT, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁶ Cfr. RUIZ DE LA CUESTA, “El valor...”, *op. cit.*, pp. 66-67.

¹⁰⁷ Entre otras, las tesis de Engelhardt, Hoerster, Singer y Tooley.

¹⁰⁸ DWORKIN, *El dominio...*, *op. cit.*, p. 113.

En el ámbito penal no cabe considerar unas vidas más valiosas que otras, sea en atención a la inversión cultural volcada en ellas, a si existe una inversión personal, a si se ha desarrollado y en qué medida el proyecto moral individual, a si existe conciencia actual, o a cualquier otro criterio.

En suma, podemos convenir en que el objeto de protección del Derecho penal es la vida humana en un sentido biológico-fisiológico, entendida como la existencia orgánica o función vital integral del individuo de la especie humana, tal como hace la generalidad de la doctrina¹⁰⁹. La propia existencia físico-biológica del ser humano debe ser considerada intrínsecamente valiosa y merecedora de protección, por su dimensión constitutiva del sujeto, con un valor objetivo que no depende de eventuales deficiencias físicas o mentales, y con independencia de los gustos, intereses o aptitudes de los demás o del propio sujeto, o de su utilidad social¹¹⁰. Desde esta perspectiva, el valor de la vida humana para efectos de su protección penal no puede depender de que ésta revista ciertas características de calidad, pues asumir ese punto de vista supone, inevitablemente, que existirán vidas de diferente valor¹¹¹.

Partimos, por tanto, de la idea de que jurídicamente se debe conferir el mismo valor a toda vida humana sin importar “el estado, condición y capacidad concretas de prestación social de ese individuo, ni la calidad,

¹⁰⁹ En Chile, v.gr., Vivian BULLEMORE Y John MACKINNON, *Curso de Derecho penal*, III, p. 10, ETCHEBERRY, *Derecho penal... op. cit.*, p. 21; GARRIDO MONTT, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 24; Sergio POLITOFF, Jean Pierre MATUS Y Cecilia RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, p. 21. En España, por todos, David FELIP I SABORIT, “El homicidio y sus formas”, p. 28, y ROMEO CASABONA, *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁰ ESER, “Entre la santidad...”, *op. cit.*, p. 748, y DWORKIN, *El dominio...*, *op. cit.*, p. 97, quien considera que la vida humana tiene un valor intrínseco en estos términos. Sin embargo, en su teoría termina por minimizar ese valor e incluso lo *instrumentaliza* respecto de los intereses del sujeto: si éste considera más relevante la inversión personal que la biológica o cultural, en su propio ideal de integridad, entonces el suicidio representa la mayor expresión de respeto al valor intrínseco de la vida en ese caso (pp. 272, 279-284). Su conclusión no puede ser más expresiva, cuando advierte que la pregunta “no es si la santidad de la vida debería ceder ante algún otro valor (...), sino cómo se debería comprender y respetar la santidad de la vida” (p. 284). En atención a este y otros puntos de su planteamiento, ZAMBRANO, *La disponibilidad...*, *op. cit.*, p. 222, concluye con razón que “poco queda de *intrínseco* en el valor de una vida humana que no solamente se desvanece a medida que se pierde la capacidad de inversión *personal*, sino que, además, puede redefinirse en función de las necesidades coyunturales de *inversión personal*, no de su titular, sino de terceros”.

¹¹¹ Aunque algunos pretenden que el principio de calidad no ha de entenderse en el sentido de que existan vidas de diferente valor o calidad, porque lo único que supone es la posibilidad de que la vida sea ponderada frente a otros intereses –así ROMEO CASABONA, *El derecho...*, *op. cit.*, p. 41–, esto no parece más que una declaración de buenas intenciones, pues no se ve cómo evitar esa consecuencia.

racionalidad o viabilidad de esa vida”¹¹². No solo como exigencia del principio de igualdad, sino que también porque de lo contrario se abriría la puerta al juicio de ponderación de una vida humana frente a otra, cuestión que conduce a la inhumanidad¹¹³.

Lo anterior no impide aceptar que en sus extremos, ante supuestos dudosos sobre la presencia o subsistencia de esa existencia orgánica, se deba finalmente acudir a decisiones normativas para delimitar los contornos del objeto de protección penal. La vida humana como bien jurídico tiene límites que vienen dados por su propia temporalidad como fenómeno biológico, sometida al inevitable proceso de nacimiento, desarrollo y muerte, y es en ellos donde pueden jugar algún papel los criterios normativos.

Ahora bien, asumir que en la perspectiva jurídica la vida tiene un valor intrínseco y objetivo –en contraposición a la posibilidad de otorgarle un valor meramente instrumental, condicional y subjetivo– no significa que ella sea absolutamente inviolable¹¹⁴, o que exista un deber absoluto de protegerla y conservarla a cualquier precio. Esta es una confusión frecuente de dos aspectos que, aunque generalmente van relacionados, responden a puntos de vista diversos, como pretendemos demostrar a propósito de la regulación de la actividad médica.

Por ahora podemos adelantar que, en general, no hay una contradicción al sostener que la vida tiene un valor *absoluto*, en cuanto es un valor que existe por sí mismo, incondicionado, y entender que este no es valor *ilimitado*, lo que supondría considerar que es excluyente de cualquier relación y que se impone sobre cualquier otro¹¹⁵; en particular, su valor absoluto no significa que sea siempre ilícita cualquier conducta que lo afecte.

Es bien sabido que existen casos en que es lícito atentar contra la vida de otro, los que tradicionalmente se han estructurado sobre la idea

¹¹² Por todos, ROMEO CASABONA, *Los delitos...*, *op. cit.*, pp. 6 y 7. Se descarta así la posibilidad de considerar que exista “vida sin valor de vida”, y las consecuencias de un planteamiento consecuente con ese postulado, como el que contiene “uno de los escritos más horripilantes del derecho penal”, en descripción de ZAFFARONI al introducir el libro de BINDING/HOCHE, *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, p. 7.

¹¹³ Así Claus ROXIN, *Derecho penal*. PG, p. 686. También SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos...*, *op. cit.*, p. 120, defiende la concepción de la vida como un valor en sí mismo como la única que puede evitar la introducción de un criterio gradualista en el bien jurídico vida, que llevaría a distinguir sujetos con más o menos vida, con mejor o peor vida, e, inevitablemente, a instrumentalizar a los segundos cuando entraren en conflicto con los primeros.

¹¹⁴ Un ejemplo relativo es el de la posición de DWORKIN, *El dominio...*, *op. cit.*, p. 97.

¹¹⁵ Ni siquiera en la tradición cristiana tiene ese valor absoluto la vida, pues pese a ser una realidad sagrada, no es la realidad *última*. Cfr. JUAN PABLO II, *El valor inviolable de la vida humana*, pp. 14 y 73.

de una reacción frente a un *agresor*: la legítima defensa, frente al injusto agresor; la muerte en una guerra, como defensa de un pueblo agredido por otro, y la pena de muerte, en tanto defensa del cuerpo social frente al delincuente. Incluso la discusión actual sobre la posibilidad de que la muerte resulte justificada en un estado de necesidad, supone en todo caso que se trate de un estado de necesidad *defensivo*, en que se reacciona lesionando los bienes de aquel de quien proviene el peligro¹¹⁶.

Lo que sucede es que estos casos en que está justificado matar a otro no responden a una ponderación de los bienes jurídicos en juego: no se trata de que la vida del agresor valga menos que la vida del agredido, o que su libertad sexual, su indemnidad física, etc. La justificación obedece más bien a una reflexión sobre *la conducta* en estos casos permitida¹¹⁷, sobre la base de principios el derecho a defensa o que “a lo injusto nadie está obligado”.

En resumen, aunque la vida tiene un valor absoluto, excepcionalmente se pueden permitir conductas que atentan contra ella, sobre la base de ciertos principios relativos a esos comportamientos, en tanto constituyen una reacción frente a un agresor. La posibilidad de matar a un inocente, en tanto, estaría absolutamente prohibida.

VI. Alcance y sentido del derecho a rechazar tratamientos consagrado en la Ley N° 20.854

Al comenzar estas consideraciones decíamos que algunos han llevado la interpretación de la Ley N° 20.584 al extremo de desprender de ella el reconocimiento de un derecho a disponer de la propia vida. Es indudable que al rechazar un tratamiento médico un paciente puede morir, y esto es visto como el ejercicio de la propia autonomía en las decisiones sobre la vida, de lo que se concluye que reconocer el derecho a no someterse a un tratamiento sería expresión de un derecho más radical de autonomía de la persona, hasta el punto de poder disponer de la propia vida. En consecuencia, sería un derecho aplicable incluso a situaciones parcialmente diversas, como la de las personas en huelga de hambre, a quienes no sería legítimo alimentar forzosamente.

¹¹⁶ Aunque resulta controvertido el grado de vinculación con el peligro que debe mantener aquel que resulta ser el afectado por la acción de necesidad, para poder afirmar que el estado de necesidad es defensivo. Sobre el estado actual de la discusión, Ivó COCA VILA, “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, pp. 6-14.

¹¹⁷ En un sentido como el propuesto por Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ, “Supuestos conflictivos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”, pp. 335-340.

Ahora bien, además de adolecer de una cierta deficiencia lógica por incurrir en una petición de principio, esta tesis resulta incompatible con:

- a) la valoración constitucional sobre la vida,
- b) las disposiciones penales de protección de la vida, y
- c) lo que dispone la propia ley, según se desprende de su tenor literal, del contexto sistemático dado por las demás disposiciones de la ley y de la historia fidedigna de su establecimiento.

De los dos primeros aspectos nos hemos hecho cargo en las consideraciones previas: en cuanto a lo primero, por el alcance constitucional que –entendemos– se debe dar al derecho a la vida en nuestra Constitución; y en lo segundo, en razón de la punibilidad del auxilio al suicidio, de conformidad con el art. 393 de nuestro Código Penal.

En relación con dicho delito, no desconocemos que se han hecho esfuerzos por hacer compatible ese particular tipo penal con la posibilidad de practicar legítimamente la eutanasia, incluso de forma activa y directa. Por ejemplo, MAYER LUX¹¹⁸ entiende que entre ambos casos existen diferencias que justifican su tratamiento distinto, al punto de considerar que el castigo penal del auxilio al suicidio en el ordenamiento jurídico chileno debe ser interpretado como una norma que pretende reforzar el respeto del consentimiento efectivo del paciente, en el siguiente sentido:

“el contexto médico respecto del cual es posible hablar de una eutanasia activa directa no punible, supone la concurrencia de una serie de requisitos, a saber, el padecimiento de graves sufrimientos físicos o psíquicos prolongados, en el marco de una enfermedad grave, por parte de un paciente que no puede quitarse la vida por sus propios medios y que, a fin de verse liberado de los padecimientos que sufre, requiere expresa y seriamente la provocación de su muerte y ve realizada, si se quiere, físicamente, su decisión autónoma de acabar con su vida gracias a la actuación de un médico. El respeto del consentimiento informado y no viciado del paciente sólo puede resultar suficientemente asegurado con la constatación por parte de otros facultativos independientes, de la concurrencia de los requisitos indicados. Dicha constatación resulta imposible, tratándose de la figura de auxilio al suicidio, cuyo castigo penal implica, entre otras cosas, y desde un punto de vista negativo, la ausencia de uno o más de los requisitos de la eutanasia”¹¹⁹.

Sin embargo, tal como afirmamos antes, si el punto de partida de esta construcción es que se reconoce la disponibilidad jurídica de ciertos

¹¹⁸ MAYER LUX, “Autonomía...”, *op. cit.*, pp. 396-401.

¹¹⁹ MAYER LUX, “Autonomía...”, *op. cit.*, p. 399.

bienes jurídicos para su titular, entre los que se encontraría la vida¹²⁰, no se entiende por qué restringir la cancelación de la antinormatividad del homicidio única y exclusivamente en el contexto del ejercicio de la medicina y con los requisitos que se suelen imponer para practicar la eutanasia. El auxilio al suicidio sanciona la colaboración para que otro disponga de su propia vida, entendiendo que la conducta del suicida es *voluntaria* (si se utiliza a la propia víctima como instrumento para provocar su muerte no estaríamos más que ante un homicidio), en cuyo caso las razones que sirven para cancelar la antinormatividad de la eutanasia deberían valer también en el auxilio al suicidio.

Pero veamos ahora lo que se desprende de la propia Ley N° 20.584 ateniéndonos al tenor literal de las disposiciones que consagran el derecho a rechazar un tratamiento así como al resto de su articulado.

Partiendo por esto último, la ley es bien enfática al disponer, en el inciso 3° del art. 14, que

“en ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio”.

Algo similar ocurre en casos de estado de salud terminal, en los que si bien se reconoce que la persona tiene derecho a denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, la disposición agrega que ello es “sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario” y que “en ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte” (art. 16 inc. 1°).

No falta quien supone que la ley incurre en contradicciones internas, por cuanto autoriza ciertas hipótesis de la así llamada eutanasia pasiva –al permitir que se rechacen los tratamientos que prolonguen artificialmente la vida–, y al mismo tiempo prohíbe otras de eutanasia activa, pues niega la posibilidad de acelerar artificialmente la muerte¹²¹. Y realmente existiría esa contradicción si el fundamento de la autorización para rechazar un tratamiento fuera, sin más, el derecho a disponer de la propia vida; pero ella se supera fácilmente cuando, descartada esa premisa, se interpreta la ley como expresión de un derecho bastante más acotado.

En efecto, lo que la normativa reconoce es, según el tenor literal de sus disposiciones, la autonomía de las personas *en su atención de salud*,

¹²⁰ Lo reconoce como fundamento del principio de autonomía del paciente que rige la actividad médica MAYER LUX, “Autonomía...”, *op. cit.*, p. 374.

¹²¹ En este sentido FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Autonomía...”, *op. cit.*, pp. 220-221.

y el derecho a otorgar o denegar su voluntad *para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud*. Nada se dice sobre un supuesto derecho a decidir sobre la propia vida, el que tampoco es presupuesto indispensable de los derechos que allí se reconocen, pues éstos se explican, de modo más simple y directo, como la consagración del derecho a la incolumidad personal. Más exactamente, como el derecho a impedir cualquier injerencia externa en el propio cuerpo que no cuente con el consentimiento previo¹²², incluso cuando se trate de una intervención que pretende realizarse en beneficio del propio afectado en el ámbito del ejercicio de la medicina. Como el acto médico tiene injerencia en la esfera más íntima de las personas, es fundamental que el paciente pruebe el método o tratamiento que será utilizado¹²³.

El derecho reconocido por la ley se limita a la posibilidad de rechazar injerencias sobre el propio cuerpo, sin conceder un derecho a morir o a disponer de la propia vida, y esto resulta bien claro al reparar en que los comportamientos que pretenden incidir directamente sobre la vida son expresamente prohibidos. Se reconoce un derecho y un ámbito de libertad referido a aceptar o rechazar tratamientos, relativo a la autonomía en las decisiones sobre la salud, que tiene como límite los comportamientos que afectan directamente la vida: no se puede acelerar artificialmente la muerte. Ciertamente, no se puede desconocer que el derecho concedido a rechazar un tratamiento puede traer como consecuencia la muerte, pero eso no significa que este derecho diga relación con la muerte, esto es, que se refiera a la vida como objeto disponible para su titular. Si en el caso concreto el rechazo a un tratamiento se hace con la intención precisa de morir cuanto antes –salvo que se persiga acelerar artificialmente la muerte–, si eso es asumido como consecuencia segura o si se acepta como una posibilidad, aunque no se desea, no es de incumbencia del legislador.

Es lo que ocurre, en sentido similar, con muchos de los riesgos permitidos socialmente, que pueden tener una mayor o menor incidencia en la vida de las personas, y que se permiten –otorgándose un derecho para realizar una actividad, ejecutar determinados comportamientos, consumir ciertas sustancias, etc.– con independencia de la intención particular con que se realicen. Por ejemplo, está permitido practicar deportes riesgosos, aunque ello se haga con el deseo de morir al realizarlos. No queda com-

¹²² Reconocido incluso como una obligación de derecho natural, en cuanto “la integridad del cuerpo debe entenderse también como respeto a la voluntad personal de impedir toda injerencia extraña en aquél contra su voluntad”, Álvaro D’ORS, *Derecho y sentido común*, p. 128.

¹²³ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, p. 78.

prendido dentro de ese derecho, en cambio, el desarrollar la actividad manipulando los instrumentos para provocarse la muerte, pues eso no sería más que un suicidio. Aunque el suicidio es un comportamiento no punible, resulta contrario a la valoración jurídica, y esto conlleva consecuencias radicalmente distintas para los terceros que, con conocimiento de causa, colaboran en uno u otro caso: en el primer supuesto su comportamiento es permitido, es parte del riesgo permitido; en el segundo, es un delito de auxilio al suicidio.

Por último, la interpretación propuesta sobre el alcance que se le puede otorgar al derecho a rechazar un tratamiento, concuerda con la intención manifestada por el legislador, según consta en la historia fidedigna del establecimiento de la norma. El *Mensaje presidencial*, en primer lugar, postula que el proyecto se inspira en el respeto de la autonomía de las personas en su atención de salud, y pretende el reconocimiento de ese espacio de soberanía personal, sin ir más allá de los consensos nacionales e internacionales. Para el caso particular de los enfermos terminales aclara:

“Aquí se busca garantizar, por un lado, la posibilidad de evitar una prolongación innecesaria de la agonía, y por el otro, que ello no se traduzca en la muerte a petición o por compasión. Consagrar la posibilidad de *limitar el esfuerzo terapéutico*, con miras a evitar lo que se ha denominado encarnizamiento u obstinación terapéutica, constituye hoy, a nuestro juicio, un consenso bioético general. Las dificultades teóricas y prácticas de la necesaria distinción de esta situación, en que se evitan actuaciones extraordinarias e innecesarias, respecto de aquellas en que se acelera artificialmente el proceso de muerte, ya sea mediante actos positivos cuyo objetivo es procurar la muerte o la omisión deliberada de actuaciones razonables, necesarias u ordinarias, constituye el desafío crucial de la formulación legal propuesta”¹²⁴.

Durante su tramitación legislativa quedó también bastante claro que, pese al deseo de algunos de consagrar un verdadero derecho a disponer de la propia vida, un *derecho a morir*¹²⁵, ello no fue objeto de discusión

¹²⁴ *Historia de la Ley N° 20.854*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pp. 8-9.

¹²⁵ No hay que confundir el “derecho a morir” con el “derecho a una muerte digna”. Mientras que el primero alude a la posibilidad de decidir cómo y cuándo morir, el segundo –al que se hizo constante alusión durante la tramitación de la ley– alude más bien al derecho a ser tratado con dignidad hasta la muerte, a cómo deben ser los comportamientos de quienes rodean al moribundo, y especialmente al rechazo del encarnizamiento terapéutico. Sin embargo, en ocasiones se les da un significado diverso a estas expresiones o algunos incluyen, como parte de un trato digno, la necesidad de que se respete la voluntad del paciente, incluso la de provocar su propia muerte.

específica y, en definitiva, no se concretó en sus disposiciones¹²⁶. La ley no solo no regula ese supuesto derecho, sino que lo niega en cuanto pueda significar una aceleración artificial de la muerte. En realidad, ella se centra únicamente en exigir el consentimiento informado como una garantía de los pacientes antes de someterlos a un tratamiento.

Como la legislación se restringe a establecer la importancia de la voluntad del paciente a la hora de decidir si aplicar un determinado procedimiento o tratamiento en relación con su atención en salud, el reconocimiento de este derecho aparece, esencialmente, como una forma de regular la actividad de los médicos. En este sentido, esta regulación no resulta diversa de lo que, ya hace bastante, es considerado parte de la *lex artis* en el ejercicio de la medicina¹²⁷. Algo que ya adelantaba el Mensaje presidencial con que se inició la tramitación de esta ley, al reconocer que

“más que proponer derechos ‘nuevos’, este proyecto busca la explicitación de derechos contenidos en dichos instrumentos [de derecho internacional] y en nuestra propia Carta Fundamental, pero aplicados esta vez a las situaciones concretas que se producen en la atención de salud”.

El Código de Ética del Colegio Médico dispone que “toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente” (art. 25), y que

“el derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o un tratamiento deberá ser respetado, debiendo el médico, en todo caso, informar al paciente, de manera comprensible, las consecuencias que puedan derivarse de su negativa” (art. 28, inc. primero).

En este sentido, ya antes de la vigencia de la ley resultaba bastante claro que frente a la voluntad contraria a un tratamiento, el médico *no* tiene un *deber jurídico penal* de poner en práctica dicho tratamiento; la

¹²⁶ Los senadores Rossi (*Historia de la Ley N° 20.854*, BCN, p. 142) y Girardi (pp. 603 y 775), estuvieron por consagrar una total autonomía sobre la vida, un derecho relativo a cómo vivir y morir; pero luego manifiestan que el proyecto no hace más que reconocer lo *obvio* (Rossi, p. 142) y que no va en la línea de permitir una disposición de la vida (Girardi, p. 405). Luego, al debatir sobre la posibilidad de rechazar la medidas ordinarias de soporte vital, Rossi aclara que “estas indicaciones contrarían derechamente la orientación del párrafo del que forma parte el artículo que ellas sustituyen, que no versa sobre eutanasia pasiva ni cooperación al suicidio, sino que sobre el consentimiento informado como una garantía de los pacientes” (p. 588).

¹²⁷ Entendiendo la *lex artis* en un sentido amplio, que incluya no solo las normas técnicas de actuación, sino también los principios éticos de la actividad. Por todos, Vivian BULLEMORE y John MACKINNON, “Los aspectos jurídicos del consentimiento informado”, pp. 217 y ss.

voluntad del paciente puede limitar los deberes emanados de su posición de garante. “Cuestión distinta es si, además de *no tener el deber de actuar*, carece también del *derecho a actuar* (esto es, tiene el *deber de no actuar*)”¹²⁸. Esto, que parecería evidente si de lo que se trata es de respetar la voluntad del paciente, resulta sin embargo puesto en duda en la propia ley cuando la negativa al tratamiento expone al paciente “a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados”¹²⁹. En estas situaciones se estipula la obligación del profesional tratante de solicitar la opinión del comité de ética del establecimiento, la que no resulta, en todo caso, vinculante. Pese a lo anterior, la normativa parece conceder al médico la facultad de intervenir cuando tiene el respaldo de la opinión del comité, pues concede al paciente que no se conforma con dicha opinión, la posibilidad de solicitar a la Corte de Apelaciones que revise el caso y adopte las medidas que estime necesarias.

VII. *Tratamiento particular de algunos supuestos controvertidos*

La delimitación del sentido y alcance de la nueva normativa resulta de especial interés para resolver algunos de los supuestos más controvertidos relativos a las conductas que pueden derivar en la muerte de una persona, y de los deberes en orden a mantener o conservar la vida.

I. EUTANASIA

En el término eutanasia o *buena muerte* se suelen incluir casos bien disímiles, por lo que es necesario abordarlos acudiendo a la clasificación más extendida en la doctrina, a pesar de que a veces se les asigna un diverso contenido o extensión a cada una de estas clases de eutanasia. En cada situación nos detendremos, particularmente, en el tratamiento penal que le corresponde.

1.1. Eutanasia pasiva

Implica la no evitación de una muerte cierta o, en todo caso, el no interferir en un proceso causal de consecuencias letales. En la práctica puede

¹²⁸ Cuestión que en su momento planteaba SILVA SÁNCHEZ, “Los documentos...”, *op. cit.*, p. 1666, y que es plenamente aplicable entre nosotros.

¹²⁹ Hipótesis que se combina con otras que merecerían un distinto procedimiento.

manifestarse en diversas conductas, como la de no adoptar medidas terapéuticas tendientes a prolongar artificialmente la vida, la interrupción del tratamiento médico, la desconexión o supresión de procedimientos técnicos extraordinarios incapaces de evitar la muerte, etc. Lo característico de esta constelación de casos es que la vida del sujeto pasivo está en una situación terminal; existe una enfermedad o un mal que, si sigue su curso, desembocará inevitablemente en la muerte¹³⁰.

Desde un punto de vista fenomenológico, la conducta realizada puede ser activa o pasiva¹³¹. Sin embargo, buena parte de la doctrina entiende que desde un punto de vista normativo se trata siempre de comportamientos omisivos, pues aunque la conducta de desconexión de un respirador artificial, por ejemplo,

“es un hacer causal para el modo y manera de la muerte (...) normativamente se presenta como una omisión de la continuación del tratamiento”¹³².

Si antes hemos concluido que la vida no es un bien disponible para su titular en un sentido jurídicamente relevante y que existe una prohibición absoluta de matar a un inocente, y si a ello le agregamos que se puede *matar a otro* tanto por acción o por omisión (dándose los requisitos necesarios), parece que la conclusión habrá de ser la de imputar responsabilidad penal en todos los casos en que el médico omite el tratamiento o alguna medida, por más extraordinaria que sea y aunque el paciente hubiera manifestado su voluntad contraria, que permitiera salvar su vida o prolongarla por un tiempo. Sin embargo, antes de la dictación de la ley ya se podía llegar a la conclusión contraria.

Así, en primer lugar, porque aunque hemos afirmado que el acto de disposición de la vida por parte del propio titular del derecho contradice la valoración que el ordenamiento jurídico hace de la vida, el mismo no constituye delito y, lo que interesa ahora, no existe una obligación jurídica de vivir, al menos entendida como obligación exigible coactivamente.

El caso en que el médico, respetando la voluntad de su paciente, no lo somete a un tratamiento que prolonga artificialmente su vida no se

¹³⁰ JAKOBS, *Suicidio...*, *op. cit.*, p. 60. Por lo tanto, resulta incompleto definirla solo como la “renuncia a medidas de mantenimiento de la vida”, según MAYER LUX, “Autonomía...”, *op. cit.*, p. 389.

¹³¹ Por eso JAKOBS, *Suicidio...*, *op. cit.*, p. 59, entiende que hablar de eutanasia *pasiva* no es más que un eufemismo, pues la desconexión de un respirador no requiere menos actividad que la inyección de un veneno.

¹³² Claus ROXIN, “La eutanasia en el conflictivo ámbito de la participación en el suicidio, la interrupción permitida de un tratamiento y el homicidio a petición”, p. 54.

puede considerar un supuesto de homicidio en comisión por omisión, fundamentalmente por la ausencia de una obligación jurídica de actuar¹³³. Si bien el médico ostenta una posición de garante respecto de la vida de su paciente, los deberes que surgen de ella se delimitan de conformidad con la *lex artis*, que supone no solo factores de carácter técnico, sino que también otras consideraciones como el respeto por la voluntad del paciente¹³⁴, la limitación en los recursos técnicos¹³⁵, etc. Podría afirmarse entonces que un eventual desenlace fatal es imputable al infortunio o al ámbito de competencia de la víctima, no porque la vida sea un bien disponible para su titular –tesis que ya hemos descartado en sus fundamentos y por sus consecuencias prácticas–, sino porque con su conducta limita los deberes de garantía del médico o de otra persona que pudiere estar en una posición similar de garante¹³⁶.

Al otorgar este valor a la voluntad del paciente no estamos frente a una eventual excepción a la prohibición de matar, justificada por el consentimiento, sino que nos encontramos en un estado previo, esto es, en la indagación sobre las *obligaciones* que incumben a ciertas personas para, según ello, decidir si al dejar de realizar una conducta o al comportarse de un determinado modo se incurre en una omisión penalmente relevante, lo que determina que esa conducta pueda ser calificada o subsumida en la descripción típica del homicidio, como *matar a otro*. En la teoría del delito, estamos aquí en el ámbito de la imputación objetiva

¹³³ Solución mayoritaria, por todos, MARCOS DEL CANO, *La eutanasia...*, *op. cit.*, p. 55, y ROXIN, “La eutanasia...”, *op. cit.*, pp. 53-55. También en nuestra doctrina penal antes de la vigencia de la Ley N° 20.584, aunque con divergencias al ubicar sistemáticamente la solución. Considera que no existe posición de garante, Silvia PEÑA WASAFF, *Orientaciones sobre el tratamiento penal de la eutanasia*, p. 23, lo que transformaría en atípica la conducta. Mayoritariamente se estima que opera una causa de justificación, que puede ser el *consentimiento*, según ETCHEBERRY, *Derecho penal... op. cit.*, pp. 42-43 (aunque luego reconduce su análisis a los deberes del médico según la *lex artis*); o el *ejercicio legítimo de un derecho*, según MISSESONI RADDATZ, “Consideraciones...”, *op. cit.*, p. 255; Luis ORTIZ QUIROGA, “Algunas consideraciones sobre la eutanasia”, p. 16 y POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho penal... op. cit.*, 36-39. Sin especificar GARRIDO MONTT, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 32.

¹³⁴ Defendida también como parte del derecho natural, en cuanto “la integridad del cuerpo debe entenderse también como respeto a la voluntad personal de impedir toda injerencia extraña en aquél contra su voluntad”, D’ORS, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 128.

¹³⁵ ORTIZ QUIROGA, “Algunas...”, *op. cit.*, p. 16. Y también desde perspectivas morales SPAEMANN, “¿Matar...”, *op. cit.*, p. 115.

¹³⁶ Solución que propone, frente a las conductas suicidas de un sujeto responsable, Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Causación de la propia muerte y responsabilidad de terceros”, p. 474: “el deber de garantía resulta *cancelado* por la libre decisión del suicida, que supone algo así como una liberación del garante del compromiso que le vinculaba al otro sujeto”.

del comportamiento¹³⁷, de su tipicidad, y no en el de la permisión de un comportamiento típico.

Más todavía, en la medida en que la muerte aparece como inevitable y la aplicación de un tratamiento como una mera prolongación de la agonía, su omisión no podría configurar una conducta homicida aun cuando no contara con la voluntad del paciente, en cuanto no se puede afirmar la *evitabilidad del resultado*, uno de los requisitos necesarios para imputar penalmente por la comisión por omisión de un delito de resultado. Incluso cuando la eventual realización de la conducta hubiera prolongado la vida pero sólo de manera insignificante¹³⁸, pues ella, más que suponer una evitación del resultado, implica solo una dilación irrelevante de su acaecimiento.

En relación con la eutanasia pasiva, por último, aunque mayoritariamente es considerada siempre un supuesto omisivo, también podría estimarse que el comportamiento es, sin más, activo¹³⁹. En estos casos la solución práctica es la misma: se puede desestimar la imputación objetiva del comportamiento porque no genera un riesgo penalmente relevante¹⁴⁰. En este sentido, las disposiciones de la Ley N° 20.584 reafirman esta interpretación, pues al dejar de someter al paciente a un tratamiento, aunque sea a través de un comportamiento activo, no se realiza un riesgo *prohibido* ni tampoco estaremos dentro del sentido de protección de la norma presente en los tipos de homicidio.

Solución bien evidente cuando se obra de conformidad con la voluntad del paciente, pero también para los supuestos en que nos es posible conocer esa voluntad, pues entonces la ley dispone que “se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida”: lo que interesa es el carácter *apropiado* de las medidas, del que no gozan aquellas que solo retrasan artificialmente y sin sentido una muerte cierta.

¹³⁷ No se trata de la eventual imputación objetiva del *resultado*, sino de si estamos ante un *comportamiento* prohibido por la norma. Aunque ello deriva, en definitiva, en que si el resultado muerte se produce, tampoco será atribuible.

¹³⁸ Ulfrid NEUMANN, *Nomos Kommentar* § 212, nm 5 y Rudolf RENGIER, *Strafrecht Besonderer Teil II* § 3, nm 11.

¹³⁹ En este sentido Enrique GIMBERNAT ORDEIG, “Una tercera forma de realización del tipo”, p. 402, afirma que “la desconexión de un reanimador supone un *movimiento corporal en relación de causalidad fisiconatural con el resultado típico de muerte*, y constituye, por consiguiente, un delito de *acción* [...]. La acción ejecutada ha causado fisiconaturalmente, y con toda seguridad, la desconexión de la máquina, y esa desconexión de la máquina, no que iba a mantener con vida, sino que estaba manteniendo *efectivamente* con vida al paciente, es la que ha causado a su vez, fisiconaturalmente y con toda seguridad, la muerte del enfermo” (destacado en el original), con referencias a la doctrina alemana minoritaria.

¹⁴⁰ ROXIN, “La eutanasia...”, *op. cit.*, pp. 54-55, cita la opinión, en este sentido, de SAX.

1.2. Eutanasia activa indirecta

Se trata de una conducta dirigida a mitigar los sufrimientos del sujeto pasivo, sea por medio de la administración de medicamentos o la aplicación de otras técnicas¹⁴¹, pero que provoca la muerte del paciente como consecuencia secundaria o accesorio, resultado que en todo caso es conocida como posible o, incluso, como consecuencia segura del actuar.

Esta categoría responde fundamentalmente a los presupuestos de la *teoría del doble efecto* o *voluntario indirecto*¹⁴², un principio moral que señala las condiciones que deberían darse para que un acto que tiene dos efectos –uno bueno y uno malo– sea lícito¹⁴³. En la eutanasia activa indirecta la conducta va dirigida a un efecto bueno, el de calmar el dolor o aliviar el sufrimiento, pero produce además otro efecto indirecto o secundario que consiste en la muerte del paciente.

Aunque la *eutanasia activa indirecta* también parece configurar, en principio, un delito de homicidio, en este caso por una conducta activa¹⁴⁴ cometida con dolo de consecuencias necesarias o dolo eventual, es posible mantener su atipicidad por la misma razón por la que se rechazaba la configuración de un homicidio activo en la eutanasia pasiva: porque se trata de un riesgo permitido.

Estamos aquí ante situaciones bien complejas y extremas, en que la regulación de la Ley N° 20.584 es fundamental a la hora de determinar la extensión de los deberes médicos. Aunque no alude directamente a esta hipótesis, la ley permite rechazar los tratamientos vinculados con la atención de salud o que tengan como efecto prolongar artificialmente la vida, excluyendo únicamente los supuestos en que el rechazo implique como *objetivo* la aceleración artificial del proceso de muerte (art. 16 inciso 1°). Como quedan fuera de esa prohibición los tratamientos que tengan otro objetivo, aun cuando aceleren el proceso de muerte como un efecto secundario, no pueden considerarse un riesgo prohibido.

La *lex artis* médica apunta en la misma dirección, según se advierte de lo dispuesto explícitamente en el art. 23 inciso segundo del Código de Ética del Colegio Médico, según el cual “el médico procurará siempre

¹⁴¹ Como ejemplo paradigmático se suele citar el empleo de algún *opiáceo*, como la morfina, que además de sus efectos analgésicos produce depresión respiratoria, lo que puede provocar un paro respiratorio.

¹⁴² Al punto que algunos la llaman *eutanasia de doble efecto*, así MISSEONI RADDATZ, “Consideraciones...”, *op. cit.*, p. 252.

¹⁴³ Sobre este principio, vid. Alejandro MIRANDA MONTECINOS, “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, p. 489.

¹⁴⁴ “Por definición la eutanasia indirecta es siempre activa, pues no cabe, no haciendo nada, disminuir el dolor a quien lo sufre”, Pablo DE LORA DEL TORO, *Entre el vivir y el morir*, p. 82.

aliviar el sufrimiento y el dolor del paciente, aunque con ello haya riesgo de abreviar la vida”¹⁴⁵.

Ahora bien, no nos parece que esta solución se imponga como una elección por el menor entre dos males¹⁴⁶, menos aún si ello se hace como una ponderación en el caso concreto. Lo que se ha hecho, más bien, es enjuiciar la clase de conducta realizada para estimar que el suministro de analgésicos es un riesgo permitido cuando lo realiza un médico de conformidad con la *lex artis*.

“En tal caso, la conducta es *conforme a rol*, puede calificarse como ‘acto médico’, de modo que, aunque suponga la causación de la muerte (y con dolo eventual o dolo de consecuencias necesarias), no debe considerarse materialmente típica por falta del elemento de creación de un riesgo no permitido”¹⁴⁷.

1.3. Eutanasia activa directa

Esta última forma de eutanasia abarca aquellas conductas que están encaminadas de modo inmediato a producir la muerte del paciente, es decir, en que ésta es la finalidad o el objetivo de la conducta¹⁴⁸.

Estos comportamientos son penalmente típicos, porque importan la realización de conductas que van dirigidas a provocar la muerte de una persona: constituyen un homicidio simple¹⁴⁹ cometido con dolo directo, si bien la responsabilidad puede resultar atenuada por la concurrencia de circunstancias atenuantes. Además, están expresamente prohibidos en la Ley N° 20.584, en cuanto constituyen una forma de acelerar artificialmente la muerte.

Entendemos que esto ocurre del mismo modo sea la conducta activa u omisiva, aun cuando esta última posibilidad es más controvertida.

¹⁴⁵ Esta disposición no se contradice con el art. 9 del mismo Código, que prohíbe al médico “realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna”, pues esta norma solo se refiere a la práctica de la eutanasia directa, no así a la indirecta.

¹⁴⁶ Para GARCÍA RIVAS, “Despenalización...”, *op. cit.*, p. 25, “se trata de un estado de necesidad en el que el mal realizado (acortamiento de la vida) es claramente menor que el mal evitado (un sufrimiento excesivo como antesala de una muerte segura)”.

¹⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, “Los documentos...”, *op. cit.*, p. 1666.

¹⁴⁸ Generalmente por la administración de altas dosis de algún analgésico, sedante o narcótico, para provocar una muerte rápida y sin dolor, PEÑA WASAFF, *Orientaciones...*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁹ En sus particulares características no resulta compatible con el fundamento de las circunstancias calificantes del art. 391 N° 1 ni del parricidio, así también MISSERONI RADDATZ, “Consideraciones...”, *op. cit.*, p. 257, y MARCOS DEL CANO, *La eutanasia...*, *op. cit.*, p. 47.

En particular, se ha cuestionado la hipótesis de suspensión de la alimentación artificial de un paciente que se encuentra, por ejemplo, en estado de coma, la que algunos pretenden ubicar entre los casos de eutanasia pasiva, definiendo previamente ésta como la *renuncia a medidas sanitarias de mantenimiento de la vida* del paciente¹⁵⁰. Sin embargo, esa forma de definir la eutanasia pasiva resulta insuficiente, pues parece atender simplemente a si la conducta es activa u omisiva, cuando lo determinante es la condición del paciente: la eutanasia pasiva es tal en la medida en que la muerte es inminente y, simplemente, no se evita¹⁵¹.

Para hacernos cargo del problema nos interesa ahora precisar cómo se considera la suspensión de la alimentación artificial o la hidratación en la lógica de la Ley N° 20.584. En principio, podría pensarse que este no es más que uno de aquellos tratamientos que la nueva normativa da derecho a rechazar; sin embargo, bien pronto se advierte que éste no es el alcance que corresponde al derecho que comentamos, dadas las restricciones con que se concede.

En efecto, la normativa reconoce el derecho a rechazar un tratamiento salvo cuando ello tenga como objetivo acelerar artificialmente la muerte, y el problema pasa por la determinación, que no es fácil, de qué es lo que se entiende como *aceleración artificial* de la muerte¹⁵². Fuera del defecto de redacción que contiene el inciso 3° del art. 14 de la ley, que se repite luego en el art. 16 –rechazar un tratamiento deriva en una *omisión*, y no se entiende cómo una omisión pueda tener como *efecto* la aceleración de la muerte–, el sentido de la disposición viene explicado en el *Mensaje presidencial* que a propósito de estas disposiciones indica que se puede acelerar artificialmente el proceso de muerte

“ya sea mediante actos positivos cuyo objetivo es procurar la muerte o de la omisión deliberada de *actuaciones razonables, necesarias u ordinarias*”¹⁵³.

Del mismo modo, cuando el art. 17 regula la necesidad de acudir al comité de ética del establecimiento, lo hace frente a una negativa del paciente que le expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, “que serían evitables *prudencialmente* siguiendo los tratamientos indicados”. Por úl-

¹⁵⁰ MAYER LUX, “Autonomía...”, *op. cit.*, p. 389, con referencias.

¹⁵¹ No se trata de un mero problema formal de clasificación de las hipótesis, sino de hacerlo de conformidad con algún criterio relevante que sirva para discriminar los grupos y homogeneizar las soluciones.

¹⁵² Sobre la distinción entre lo natural y lo artificial, FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Autonomía...”, *op. cit.*, pp. 215-216.

¹⁵³ BCN, *Historia de la Ley N° 20.854*, p. 9.

timo, cuando se consagra el derecho del paciente en estado terminal a rechazar los tratamientos que prolonguen artificialmente su vida se agrega que ello es “sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario” (art. 16 inc. 1°).

Durante la tramitación de la ley se discutió precisamente sobre esta clase de medidas mínimas, como suero, oxígeno o tratamiento antiescaras, entendiendo que ellas no se debían suspender en un establecimiento hospitalario. Incluir la referencia a los cuidados básicos en el art. 16 fue aprobado por unanimidad en la Comisión de Salud, pues

“todos los miembros de la Comisión estuvieron contestes en que es inadmisibles dejar morir a una persona de deshidratación o asfixia, por lo que las medidas de soporte ordinarias proceden en todo caso”¹⁵⁴.

Y posteriormente, cuando la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recomendó precisar los términos en que está redactado este precepto, el senador ROSSI sostuvo que

“la Comisión de Salud resolvió el problema incorporando en el primer inciso la frase ‘sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario’, que viene a reforzar la oración siguiente, según la cual en ningún caso el rechazo de un tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte”¹⁵⁵.

En consecuencia, la suspensión de esas medidas de soporte ordinario constituiría una de las formas en que se acelera artificialmente la muerte del paciente, por lo que ellas *no* pueden ser suspendidas ni a requerimiento del paciente. Dejar de proporcionar alimentación o hidratación no queda, en caso alguno, comprendido como parte de los comportamientos de riesgo que esta ley permite, por lo que el médico que omita estos cuidados básicos tendría responsabilidad penal a título de homicidio: el resultado será atribuible a esa conducta y no, como en las hipótesis de eutanasia pasiva, a la enfermedad o mal que aquejaba al paciente; pues el enfermo comatoso está vivo y podría seguir estándolo por mucho tiempo, al suspender la alimentación muere por inanición, no por su enfermedad. Lo mismo puede decirse respecto de la suspensión de las medidas básicas de soporte vital de cualquier paciente que no pueda –temporal o permanentemente– realizarlas por sí mismo.

¹⁵⁴ *Nuevo Segundo Informe de Comisión de Salud*, Senado, 30.III.2011. Cuenta en Sesión 09. Legislatura 359, en *Historia de la Ley N° 20.854*, BCN, p. 596.

¹⁵⁵ *Informe de Comisiones de Constitución y Salud, unidas*, Senado, 22.VIII.2011. Cuenta en Sesión 49. Legislatura 359, en *Historia de la Ley N° 20.854*, BCN, p. 721.

En estos casos, sin embargo, para el paciente siempre resta la posibilidad de solicitar el alta voluntaria. Una vez concedida el alta a requerimiento del paciente, cesa la posición de garante del médico, quien no responde por lo que pueda suceder después de eso.

2. TRANSFUSIONES DE SANGRE

Un caso muy particular relativo a la protección de la vida humana es el de los testigos de Jehová, que por sus convicciones religiosas se oponen a las transfusiones de sangre. Hasta ahora en nuestro país esta situación se había planteado como un *conflicto de derechos*, entre el derecho a la vida del paciente y su libertad religiosa o de conciencia. Frente al recurso de protección a favor de la vida presentado por los médicos, los tribunales chilenos habían resuelto tradicionalmente apelando a la mayor jerarquía del derecho a la vida por sobre otros derechos¹⁵⁶.

Este escenario habrá de cambiar radicalmente con la nueva ley. Aunque la cuestión de cuándo el rechazo de un tratamiento puede acelerar artificialmente la muerte –y resultar, por ende, prohibido– no está absolutamente definida, no parece que negarse a una transfusión de sangre sea subsumible en ese grupo de casos. En especial, porque no debemos olvidar que estos pacientes no buscan provocar con ello su propia muerte, sino que su negativa se refiere solo a un tipo particular de tratamiento médico, sin que ello tenga como objetivo la aceleración artificial de la muerte; y ese es, más exactamente, el supuesto prohibido por la ley.

Por lo demás, la jurisprudencia tradicional en la materia había ido debilitándose con el tiempo¹⁵⁷, entre otras razones porque se basaba en la primacía absoluta de la vida por sobre cualquier otro derecho o interés, lo que ya resultaba especialmente dudoso. Si esa primacía fuera real, no solo se podría forzar a una persona a recibir una terapia contraria a su propia conciencia, sino que también a someterse a un tratamiento que solo va a prolongar su agonía o, incluso, a ceder un órgano o sangre para salvarle la vida a un tercero, entre otras situaciones que, evidentemente, no ocurrían ya antes de la vigencia de la ley¹⁵⁸.

Incluso a nivel jurisprudencial ya no se resolvía sin más a favor de la vida. Por ejemplo, se estimó que si la madre de un menor de 11 años se

¹⁵⁶ Jurisprudencia revisada por Pedro AGUERREA MELLA, “El derecho a la vida y la acción del Estado en su protección”, pp. 21-34, y Enrique ALCALDE RODRIGUEZ, “Derecho a la vida y libertad religiosa”, pp. 615-650.

¹⁵⁷ Especialmente en relación con los casos de huelga de hambre, como veremos luego.

¹⁵⁸ En este sentido la crítica de MAYER LUX, “Autonomía...”, *op. cit.*, p. 401, n. 117; también Antonio BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “La píldora del día después ante la Jurisprudencia”, p. 83.

negaba a que éste recibiera un tratamiento médico que le daba un 40% de posibilidades de sobrevivida, el Estado no podía intervenir ni siquiera con el argumento de que con ello se afecte el derecho a la vida del menor que sin el tratamiento moriría¹⁵⁹.

Desde una perspectiva general, ese sistema de jerarquización de los derechos como mecanismo para solucionar los conflictos entre ellos ha sido objeto de serias críticas, de las que tampoco se libran otros posibles criterios, como el de la ponderación de los derechos o de su limitación con criterios externos¹⁶⁰. Tampoco parece que se puede negar el problema entendiendo que el derecho a la vida debe ser interpretado como un derecho a la vida autónoma¹⁶¹, pues esta posibilidad –al igual que la de considerar que la autonomía prima siempre por sobre la vida– se enfrenta a casos en que intuitivamente no se estará conforme con la solución a que conducen¹⁶². Por último, ya hemos visto que este criterio radical de disponibilidad de la vida no solo adolece de importantes falencias y contradicciones, sino que ni siquiera es reconocido por ordenamiento jurídico alguno.

En particular, cuando se trata de derechos fundamentales, el problema no puede resolverse de modo racional si se enfrenta como un verdadero conflicto. En este sentido, explica CIANCIARDO¹⁶³, el lenguaje conflictivista implica una tríada que se anula a sí misma, pues primero se afirma cada derecho como “fundamental” o “humano” –lo que implicaría su inalienabilidad o inmunidad–, luego se comprueba la colisión de derechos y se declara el conflicto, y, en tercer lugar, mediante argumentos expansivos de un derecho y restrictivos de otro, se afirma que existe un “sacrificio

¹⁵⁹ CA de Valdivia, 14.v. 2009, rol N° 103-2009; fallo comentado por Ángela VIVANCO MARTÍNEZ, “Negativa de un menor de edad y de su familia a que este reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad”, pp. 399-440.

¹⁶⁰ ORREGO SÁNCHEZ, “Supuestos...”, *op. cit.*, pp. 328-331. Con una crítica de fondo a Rawls, ZAMBRANO, *La disponibilidad...*, *op. cit.*, p. 101, concluye que “en el contexto del liberalismo político, entonces, la solución a los conflictos de derechos fundamentales sobre la base de un contrapeso entre las libertades básicas, o en función de consideraciones de interés general, se presenta como una injusticia. Y una injusticia inevitable, pues se da igualmente en la *negación* como en la *afirmación* de cualquiera de las pretensiones en juego”.

¹⁶¹ En Chile, LIBEDINSKY VENTURA, “Disponibilidad...”, *op. cit.*, p. 9; MAYER LUX, “Autonomía...”, *op. cit.*, p. 401, y RIVACOBA, “Nuevo sentido...”, *op. cit.*, p. 125.

¹⁶² Como el de un hombre sano que consiente en ser despedazado como espectáculo a cambio de un precio para su familia; un grupo religioso que ofrece sacrificios humanos, con el consentimiento de las víctimas adultas; o supuestos de eutanasia que queden fuera de una eventual ley que la legalice; ejemplos propuestos por ORREGO SÁNCHEZ, “Supuestos...”, *op. cit.*, p. 333.

¹⁶³ Juan CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Madrid, Eunsa, 2000, cit. por ORREGO SÁNCHEZ, “Supuestos...”, *op. cit.*, p. 328.

justificado” de aquel derecho que resulta derrotado en este proceso. Al problema lógico se añade, además, que en la práctica este camino lleva a que las soluciones sean adoptadas de modo arbitrario, por procedimientos fundamentalmente intuitivos¹⁶⁴.

De ahí que resulte necesario adoptar otras perspectivas, entre las que aparece como sugerente la de razonar sobre la *clase de acciones* para especificar o concretar los derechos fundamentales, entendiendo que ellos son potencialmente ilimitados y conflictivos. Esto implica reconocer que esa ansiada especificación o concreción, que permita obtener una solución en el caso particular, no puede obtenerse de la mera consideración de los derechos en juego o supuestamente en conflicto, sino de una reflexión sobre los tipos de acciones prohibidas, debidas o permitidas¹⁶⁵. En consecuencia, la definición del contenido esencial de un derecho, ese que no puede ser sacrificado bajo ninguna consideración, vendrá dada por “una conclusión normativa acerca de qué tipos de actos son inexcusablemente injustos”¹⁶⁶. Así, por ejemplo, una prohibición como la de *matar* a un inocente es un absoluto que no admite justificación alguna¹⁶⁷, pero puede haber un ejercicio de libertad que sea legítimo, aunque lleve consigo *aceptar la muerte*. En este sentido, cabe recordar que “solo los imperativos de omisión (prohibiciones) pueden ser absolutos; los de acción nunca”¹⁶⁸, así como que no existe una coercibilidad respecto del vivir¹⁶⁹.

Para el caso particular de los testigos de Jehová, entonces, habrá que reconocer que no es posible realizar una injerencia externa tan invasiva y no consentida, considerando que omitir una transfusión de sangre no puede calificarse como una forma de acelerar artificialmente la muerte del paciente, sino que, en todo caso, un riesgo permitido por el respeto al derecho a impedir cualquier injerencia externa en el propio cuerpo.

¹⁶⁴ ORREGO SÁNCHEZ, “Supuestos...”, *op. cit.*, pp. 332-335.

¹⁶⁵ Según la propuesta de ORREGO SÁNCHEZ, “Supuestos...”, *op. cit.*, pp. 335-340, inspirándose en *Finnis*.

¹⁶⁶ ORREGO SÁNCHEZ, “Supuestos...”, *op. cit.*, p. 337.

¹⁶⁷ Entendiendo la referencia al inocente/culpable de un modo objetivo y desde la perspectiva de quien se defiende.

¹⁶⁸ SPAEMANN, “¿Matar...”, *op. cit.*, p. 115.

¹⁶⁹ FIANDACA Y MUSCO, *Diritto penale... op. cit.*, p. 4. Aunque por otro camino y pese a la terminología empleada, ESER, “Entre la santidad...”, *op. cit.*, p. 780, también sugiere reemplazar la idea de conflicto de derechos con la de enjuiciamiento de las acciones, cuando afirma que frente al suicidio “no resulta tan decisivo determinar si se trata de un *derecho* de la persona, sino solamente si el Estado y la sociedad, por su parte, tienen el derecho de mantener con vida a una persona, por la fuerza y contra su voluntad” (destacado en el original).

3. HUELGA DE HAMBRE

Aunque las hipótesis de personas en huelga de hambre parecen equivalentes a las recién analizadas, lo cierto es que incluyen divergencias importantes que pueden llevar a que la solución sea, también, diversa.

Fundamentalmente, porque aquí no estamos frente a personas enfermas, que a causa de su dolencia enfrenten un peligro de muerte. Por el contrario, son situaciones en que ese riesgo proviene de la propia conducta del huelguista, por lo que se asimilan más bien a los casos que la ley describe como *aceleración artificial* de la muerte, expresamente prohibidos.

Cabe recordar a este respecto que aunque la nueva normativa contempla un reconocimiento de la autonomía de los pacientes para rechazar una intervención médica, ya hemos visto que esto no constituye un derecho a la disponibilidad de la propia vida.

La persona en huelga de hambre lo que hace es utilizar su vida, el riesgo para su vida, como un mecanismo de presión para obtener un determinado objetivo. Su conducta, por tanto, genera artificialmente el riesgo, y aunque el huelguista no *desea morir*, la verdad es que su comportamiento va encaminado precisamente a procurar ese desenlace fatal si no se accede a sus requerimientos; ese es el mecanismo de presión utilizado (excluimos, por ende, las huelgas de hambre que se inician como un modo de llamar la atención, pero que en cuanto implican alguna forma de afectación seria son depuestas voluntariamente). En este contexto, el rechazo a recibir cualquier alimento bien puede calificarse como un comportamiento que tiene como objetivo acelerar artificialmente la muerte y, por lo tanto, no resulta incluido entre los que permite la ley.

En la medida en que con ese comportamiento se pretende, deliberadamente, poner en peligro una vida humana, la conducta también resulta contraria a la valoración jurídica sobre la vida. Por lo tanto, constituye un mecanismo –ilícito– de presión respecto de un tercero de quien se quiere obtener una determinada decisión o comportamiento, y, más aun, podría llegar a configurar un delito de coacciones del art. 494 N° 16, entendiéndose que al poner en peligro una vida humana y hacer “responsable” a la persona de quien se espera la decisión por esa muerte si no accede a las demandas, se está ejerciendo sobre ella una forma de violencia moral, siempre que ella se esté utilizando, como dice el tipo, para impedirle hacer lo que la ley no prohíbe o compelerle a ejecutar lo que no quiere.

No vamos a enjuiciar aquí, en todo caso, si el recurso de protección es un mecanismo adecuado para resolver estas situaciones¹⁷⁰. Nuestro

¹⁷⁰ Este es un recurso aplicable cuando alguien sufre privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de uno de los derechos constitucionales que describe el art. 20 de

objetivo ha sido, simplemente, puntualizar que la nueva Ley N° 20.584 no ampara la negativa a recibir alimentos como una expresión del derecho que en ella se reconoce en orden a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud.

Bibliografía

- AGUERREA MELLA, Pedro, “El derecho a la vida y la acción del Estado en su protección”, en *Ius publicum*, Universidad Santo Tomás, vol. 4, N° 7, 2001.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, “Derecho a la vida y libertad religiosa: el caso de los Testigos de Jehová”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, año X, N° 19, tomo II, 2009.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Santiago, Legal Publishing, 2008.
- ALVARADO MARAMBIO, José Tomás, “Derecho a la vida y libertad de conciencia: análisis de un modelo de racionalidad práctica (comentario de una sentencia)”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, N° 1, 1995.
- ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo, “El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español”, en *InDret* N° 2, 2009. Disponible en http://www.indret.com/pdf/620_es.pdf

nuestra Constitución Política. Anteriormente hemos recalcado que el derecho a la vida, contemplado en el art. 19 N° 1 supone una relación con un tercero, en cuanto *derecho* que se ejerce frente a otros. Por ende, aunque en virtud de su consagración como derecho fundamental y por otras razones de fondo podemos estimar que la vida es una realidad fundamental y especialmente valorada en nuestro sistema jurídico, eso no significa que la conducta del que atenta contra su propia vida se transforme en una perturbación o amenaza *en el ejercicio de un derecho constitucional*.

Otro dato relevante al resolver los recursos de protección es que generalmente estos han sido presentados por Gendarmería en relación con personas que están bajo su control. En estos casos, para acoger el recurso y autorizar la alimentación forzada de los huelguistas, se ha pasado de poner el acento en el carácter de ilegal y arbitrario del atentado contra la vida que supone la huelga de hambre –por ejemplo, en la conocida sentencia de la CA de Santiago, 9.VIII.1984, *RDJ* LXXXI, 2.5, pp. 161-166–, a considerar que “la negativa a ingerir alimentos de los internos, si bien cae dentro del ámbito de su autocuidado, libertad de conciencia y opinión, pero si constituye un riesgo o peligro para sus vidas y este hecho, de suyo arbitrario, hace ser deber del Estado y sus agentes velar por este supremo derecho humano (...) la última negativa de los internos representa un obstáculo a Gendarmería de Chile y en particular al recurrente para la realización cabal del deber de cuidado y protección de las vidas de aquellos, por lo que se hace necesario revertir esta situación a fin de restablecer el imperio del derecho” SCA Temuco, 4.XII.2007, y SCS 1.X.2010; es decir, se impone la alimentación forzada para resguardar el cumplimiento de los deberes institucionales de Gendarmería.

- ATIENZA, Manuel, "La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del GRAPO", en *Jueces para la Democracia*, N° 9, 1990.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, "Derechos Fundamentales y Derecho Penal", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9, 2007.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, "La píldora del día después ante la Jurisprudencia", en *Estudios Públicos* N° 95, 2004.
- BINDING, Karl, y HOICHE, Alfred, *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, traducción de Bautista Segirós, Buenos Aires, Ediar, 2009 [1920].
- BRONFMAN VARGAS, Alan; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, y NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Constitución Política comentada. Parte Dogmática*, Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2012.
- BULLEMORE G., Vivian, y MACKINNON R., John, "Los aspectos jurídicos del consentimiento informado: la 'lex artis' y la relación médico-paciente", en RODRÍGUEZ COLLAO (coord.), *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2008.
- BULLEMORE G., Vivian, y MACKINNON R., John, *Curso de Derecho penal*, 2ª ed., Santiago, Legal Publishing, 2009, tomo III.
- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert, "Sobre la eutanasia", en *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, N° 114, 1993, pp. 337-358. Disponible en www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_17.pdf.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, "Suicidio y eutanasia en el Código Penal de 1995", en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *La reforma de la justicia penal (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Castelló de la Plana, Publicacions de la Universitat Jaume I, 1997.
- CASTILLO ALVA, José Luis, *Derecho penal. Parte especial*, Lima, Grijley, 2008, I.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, tomo II.
- CHANDÍA OLIVARES, Sebastián, "Algunas consideraciones sobre la naturaleza del *derecho subjetivo* y su proyección en la noción de *derechos fundamentales*: planteamiento de un problema", en *Revista de Estudios Ius Novum*, N° 4, Librotecnia, 2011.
- COCA VILA, Ivó, "Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo", en *InDret*, N° 1, 2011, pp. 1-40. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/789.pdf>.
- COUSIÑO MACIVER, Luis, *Derecho penal chileno. Parte general*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1979, tomo II.
- D'ORS, Álvaro, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Madrid, Civitas, 1995.
- DE LORA DEL TORO, Pablo, *Entre el vivir y el morir. Ensayos de Bioética y Derecho*, Fontamara, México, 2003.
- DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel "Nuevo sentido de la protección penal de la vida humana", en *Revista de Derecho*, CDE, Año 1, N° 3, 2001.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Eutanasia y Derecho”, en *Anuario de filosofía del derecho*, N° 12, 1995.
- DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, traducción de Caracciolo/Ferreres, Barcelona, Ariel, 1994.
- ESER, Albin, “Entre la santidad y la calidad de vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida”, traducción de Laurenzo, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, N° 37, 1984.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1998, tomo III.
- FELIP I SABORIT, David, “El homicidio y sus formas”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.), RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Barcelona, Atelier-Iuscimbcn, 2006.
- FIANDACA, Giovanni, y MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte Speciale*, 2ª ed., Bologna, Zanichelli, 2008, vol. II, t. I.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, “Autonomía de los pacientes y responsabilidad de los médicos”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Serie Colección Derecho Privado, N° VI, 2010.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, “Concepto de derecho a la vida”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 14, N° 1, 2008.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 2, 2009.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada, “El testamento vital y el derecho a la vida en España”, en *Revista de derechos fundamentales*, Universidad Viña del Mar, N° 6, 2011.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente”, en *Revista penal*, N° 11, 2003.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed., Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2007, tomo III.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Una tercera forma de realización del tipo: La interrupción de cursos causales salvadores”, en *Revista Cenipec*, N° 25, 2006. Disponible en <http://www.eutanasia.ws/hemeroteca/m58.pdf>.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Del homicidio y sus formas”, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2005.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “Del homicidio y sus formas (Arts. 138-142)”, en DÍEZ RIPOLLÉS / GRACIA MARTÍN (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte especial. I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, “El aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias penales*, N° 1, 2012.
- HABERMAS, Jürgen, *El futuro de la naturaleza humana ¿hacia una eugenesia liberal?*, traducción de Carbó, R.S., Barcelona, Paidós, 2002.

- JAKOBS, Günther, *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad*, traducción Cancio Meliá/Sancinetti, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- JAKOBS, Günther, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, traducción Muñoz Conde/García Álvarez Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- JUAN PABLO II, *El valor inviolable de la vida humana. Carta encíclica "Evangelium vitae"*, BAC, Madrid, 1995.
- JUANATEY DORADO, Carmen, "Inducción, cooperación al suicidio y eutanasia", en BOIX REIG (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, Iustel, 2010, vol. I.
- JUANATEY DORADO, Carmen, "La disponibilidad del derecho a la vida en la jurisprudencia y en la legislación de los Estados Unidos de América", en *Jueces para la Democracia*, N° 45, 2002.
- KAMISAR, Yale, "El suicidio médicamente asistido: último puente hacia la eutanasia voluntaria activa", en KEOWN (comp.), *La eutanasia examinada. Perspectivas éticas, clínicas y legales*, traducción de Torres Alexander, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- KEOWN, John (comp.), *La eutanasia examinada. Perspectivas éticas, clínicas y legales*, traducción de Torres Alexander, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- KEOWN, John, "La eutanasia en Holanda ¿deslizándose por la pendiente resbalosa?", en KEOWN (comp.), *La eutanasia examinada. Perspectivas éticas, clínicas y legales*, traducción de Torres Alexander, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- KINDHÄUSER, Urs, "Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho penal" traducción de Mañalich, en EL MISMO, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Lima, Ara Editores, 2008.
- LEIVA FADIC, Felipe, "El Estado constitucional y los derechos fundamentales como valores", en *IV Congreso de Teoría Constitucional*, 2008. Disponible en http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Felipe-Leiva_1252881333.pdf
- LIBEDINSKY VENTURA, Sofía, "Disponibilidad de la vida y la salud: cuestiones penales", en *Gaceta Jurídica*, N° 216, 1998.
- LOZANO VILLEGAS, Germán, "La eutanasia activa en Colombia: algunas reflexiones sobre la jurisprudencia constitucional", en CANO VALLE/DÍAZ ARANDA/MALDONADO DE LIZALDE (coords.), *Eutanasia. Aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos*, UNAM, México, 2001.
- MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2005.
- MAÑALICH RAFO, Juan Pablo, "La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas. ¿Protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal?", en *Derecho y Humanidades*, U. Chile, N° 11, 2005.
- MARCOS DEL CANO, Ana María, *La eutanasia: estudio filosófico-jurídico*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999.

- MARSHALL BARBERÁN, Pablo, “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”, *Estudios Constitucionales*, vol. 8, N° 1, 2010.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos”, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998.
- MASSINI, Carlos, “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en MASSINI/SERNA, (eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998.
- MAYER LUX, Laura, “Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2011, N° 37.
- MILL, John Stuart, *Libertad, gobierno representativo, esclavitud femenina*, Madrid, Tecnos, 1965.
- MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, en *Revista chilena de Derecho*, vol. 35, N° 3, 2008.
- MISSERONI RADDATZ, Adelio, “Consideraciones jurídicas en torno al concepto de eutanasia”, en *Acta bioethica*, Santiago, Año VI, N° 2, 2000.
- NEUMANN, Ulfrid, “§212 y §222”, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (edit.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, II, 3ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2010.
- NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos del Derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El derecho a la vida*, Santiago, Librotecnia, 2007.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Lineamientos de interpretación y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Librotecnia, 2006.
- OLLERO TASSARA, Andrés, *Bioderecho: entre la vida y la muerte*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006.
- OLLERO TASSARA, Andrés, *Derecho a la vida y derecho a la muerte: el ajetreteado desarrollo del art. 15 de la Constitución*, Madrid, Rialp, 1994.
- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, “Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, N° 2, 2010.
- ORTIZ QUIROGA, Luis, “Algunas consideraciones sobre la eutanasia”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, N° 9, 2007.
- PALAZZANI, Laura, “Bioética y derechos humanos”, en BALLESTEROS, Jesús/FERNÁNDEZ, Encarnación (coords.), *Bioteología y posthumanismo*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2007.
- PEÑA WASAFF, Silvia, *Orientaciones sobre el tratamiento penal de la eutanasia*, Santiago de Chile, Ministerio Público, Fiscalía Nacional, 2007.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “La protección penal de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 2ª Época, N° 11, 2003.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2004.

- RAWLS, John, *Una teoría de la justicia*, traducción Farrés Juste, Girona, Accent, 2010.
- RENGIER, Rudolf, *Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, 12ª ed., Beck, München, 2011.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- RÍOS ARENALDI, Jaime, "El consentimiento en materia penal", en *Política Criminal*, A6, N° 1, 2006.
- RIVAS, Pedro, y SERNA, Pedro, "¿Debe una sociedad liberal penar la eutanasia? Consideraciones en torno al argumento de la autonomía de la voluntad", en *Revista de Derecho*, U. Católica de la Santísima Concepción, N° 9, 2001.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada, Comares, 2004.
- ROXIN, Claus, "La eutanasia en el conflictivo ámbito de la participación en el suicidio, la interrupción permitida de un tratamiento y el homicidio a petición (a propósito de las sentencias BGH, NStZ 1987, 365 y LG Ravensburg NStZ 1987, 229)", en ROXIN *et al.*, *Eutanasia y suicidio: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, 2001.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, traducción de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña; Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, tomo I.
- RUIZ DE LA CUESTA, Antonio, "El valor *vida humana digna*: su prescriptividad ética y jurídica", en RUIZ DE LA CUESTA (coord.), *Bioética y Derechos Humanos. Implicaciones sociales y jurídicas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Causación de la propia muerte y responsabilidad de terceros (a propósito de la STS de 8 de julio de 1985)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Los 'documentos de instrucciones previas' de los pacientes (art. 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in) disponibilidad de la vida", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 4, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 9, 2007, Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Tiempos de Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2009.
- SPAEMANN, Robert, "¿Matar, o dejar morir?", traducción de Barrio Maestre, en *Cuadernos de Bioética*, Vol. 18, 2007.

- THOMSON, Judith Jarvis, “Una defensa del aborto”, en FINNIS, John *et al.*, *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, Madrid, Cátedra, 1983.
- VEGA GUTIÉRREZ, Javier, “La práctica del suicidio asistido en Oregón y la «pendiente resbaladiza»”, en *Cuadernos de Bioética*, Vol. 18, 2007.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, “Bien morir: análisis crítico de jurisprudencia constitucional y penal”, en *Ars médica*, PUC, vol. 2, N° 2, 2000.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, “La autonomía de la persona frente al derecho a la vida no incluye el derecho a ser muerto por un tercero: la solicitud de asistencia al suicidio y el caso de Diane Pretty”, en *Acta bioethica*, Santiago, Año VIII, N° 2, 2002.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, “Negativa de un menor de edad y de su familia a que este reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad. Apelación de medida de protección otorgada por la jueza de familia de Valdivia. Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de mayo de 2009”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 2, 2009.
- VON WRIGHT, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, traducción de García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970.
- ZAMBRANO, Pilar, *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005.
- ZÚNIGA FAJURI, Alejandra, “Huelga de hambre y nueva ley de derechos del paciente”, en *Diario Constitucional*, 2012. Disponible en <http://diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=216>.
- ZÚNIGA FAJURI, Alejandra, “Derechos del paciente y eutanasia en Chile”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XXI, N° 2, 2008.

Estudios
en torno a la institucionalidad
político-jurídica

¿MALOS TIEMPOS PARA LA TOLERANCIA?
LA INTOLERANCIA LATENTE
EN LOS RESCATES FINANCIEROS
EN LA UNIÓN EUROPEA HOY

HARD TIMES FOR TOLERANCE?
THE HIDDEN INTOLERANCE
IN THE CURRENT FINANCIAL BAIL-OUTS
OF EUROPEAN UNION

*Antonio-Carlos Pereira Menaut**
*Fernando Martínez Arribas***

Resumen

Este trabajo pretende realizar, sin afán sistematizador, una breve conceptualización de la tolerancia, para después contextualizarla en el momento actual, aproximándose a su dimensión constitucional y al impacto que, en la idea de tolerancia, suponen las condiciones que rigen los rescates financieros adoptados en la Unión Europea en relación con determinados Estados (Grecia, Irlanda, Portugal, o con una naturaleza diferente, España). Para ello, se vincula la tolerancia a la idea de respeto sustentada en la propia dignidad humana; es decir, respeto a la identidad del otro aunque no se compartan sus posicionamientos. Noción que podría aplicarse al campo jurídico-constitucional y que facilitaría el funcionamiento de un modelo territorial compuesto por diversos Estados, como sería el caso de la Unión Europea en el marco de la *multilevel governance*. No obstante, los autores exponen las razones por las que en el contexto actual de dicha Unión Europea (tomando como referencia las cláusulas de los rescates financieros) esta idea de tolerancia no se encuentra en su mejor momento.

* Doctor en Derecho. Jean Monnet Chair holder of EU Constitutional Law de la Universidad de Santiago de Compostela, Galicia. Artículo recibido el 4 de enero de 2013 y aceptado para su publicación el 1 de marzo de 2013. Correo electrónico: acp.menaut@usc.es

** Doctor en Derecho. Profesor del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Vigo. Profesor-Tutor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia-Lugo. Artículo recibido el 4 de enero de 2013 y aceptado para su publicación el 4 de marzo de 2013. Correo electrónico: fernando.martinez@uvigo.es

Palabras clave: Tolerancia, Respeto, Dignidad, Legitimidad, Memorando de Entendimiento, Unión Europea

Abstract

This paper seeks to make, without systematizer character, a brief conceptualization of tolerance, then contextualize the present time, approaching its constitutional focus and the impact on the idea of tolerance, suppose the conditions governing bailouts in the European Union adopted on certain states (Greece, Ireland, Portugal, or with a different nature, Spain). This study links the idea of tolerance sustained in respect human dignity, that is, respect for the other's identity although not share their positions. Notion that could apply to legal and constitutional perspective and facilitate the functioning of a regional model composed of various States, as in the case of the European Union in the framework of multi-level governance. However, the authors explain the reasons why in the current context of the European Union (by reference to the terms of the bailouts) this idea of tolerance is not at its best stage.

Keywords: Tolerance, Respect, Dignity, Legitimacy, Memorandum of Understanding, European Union.

I. Introducción

El término “tolerancia” engloba en el uso práctico una variedad de significados y enfoques cuya exploración completa excede con mucho de la finalidad y extensión de este trabajo¹. A veces se asocia con algo así como indiferencia o aceptación acrítica de todo, pero tradicionalmente aparece ligada a la idea de respeto y comprensión, e incluso más allá: la tolerancia puede entenderse como una actitud que por pragmatismo, compasión o generosidad nos induce a abstenernos de perseguir lo que si nos guiáramos sólo por la justicia habría que reprimir. Está basada en la dignidad, así como en el respeto hacia nosotros que nuestra dignidad genera en los demás. Esta idea reaparecerá en las páginas que siguen.

No obstante, la tolerancia tiene límites. Hay cosas que objetivamente nunca deberán ser toleradas, como el canibalismo, la esclavitud o los sacrificios humanos, pero esta proposición, que en principio es correcta, necesita ser interpretada y comentada. Porque esos límites pueden ser

¹ José Ramón TORRES RUIZ, “El concepto de tolerancia”, pp. 105-134.

diferentes en función del propio sujeto que tolera y de lo que es tolerado, o de la propia intolerancia del contrario, en lo que Karl Popper configuraba como la paradoja de la tolerancia²: la tolerancia estaría en riesgo en caso de que, con base en ella, se tolerara (en exceso, se entiende) a los intolerantes. Pero el problema se plantea a la hora de determinar cuándo se estaría en este supuesto, porque en muchos casos se trataría de una percepción subjetiva que, según los casos, podría ser utilizada como vía para justificar la intolerancia.

Los factores o fuentes generadoras de la tolerancia son, en primer lugar, como decíamos, la dignidad humana y la obligación de respeto que produce en todos los demás; además, la generosidad, el conocimiento de la naturaleza humana (con sus cosas buenas y malas y con su dosis de imperfección), el sentido común, la moderación... Añádanse otros factores de carácter más bien pragmático: el mal menor, la paz social, nuestro sentido de la razonabilidad y la proporcionalidad, y el evitar producir más daño que provecho. La tolerancia, dentro de sus justos límites, puede ser en muchos casos conveniente, desde un punto de vista práctico, e incluso elevada, desde un punto de vista moral.

Por lo tanto, la pretensión de este trabajo es, primero, exponer sin afán sistematizador una breve conceptualización de la tolerancia, para después contextualizarla en el momento actual, aproximándonos a su más concreta dimensión político-constitucional y al impacto que, en la idea de tolerancia, suponen los rescates financieros (o mejor dicho, las condiciones impuestas en sus Memorandos de Entendimiento) adoptados en la Unión Europea en relación con determinados Estados (Grecia, Irlanda, Portugal, o con una naturaleza diferente, España).

*II. Elogio de la tolerancia (y de la imperfección)*³

La tolerancia, en sus múltiples enfoques (filosófico, ético, jurídico, etc.) es una actitud sobre la que llevamos hablando desde hace siglos, y pieza angular del trabajo de eminentes pensadores. No obstante, y quizá de un modo paradójico, no abundan las definiciones conceptuales en los instrumentos jurídicos internacionales ni estatales. Probablemente no fue hasta la aprobación de la Declaración de Principios sobre la Tolerancia, proclamada por la UNESCO el 16 de noviembre de 1995, cuando se plasmó

² Karl POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos*, p. 512.

³ Para este epígrafe estamos en deuda con el profesor R. Stith, Valparaiso University School of Law (Estados Unidos).

en un documento adoptado en el seno de una organización internacional, el significado de “tolerancia”.

Esta declaración supuso una importante novedad respecto a las anteriores declaraciones de Derechos en la esfera de la Organización de las Naciones Unidas. Como dice Lima Torrado, aunque la tolerancia se cita

“en la Carta fundacional de las Naciones Unidas, la Carta de San Francisco, o en el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, no se da un concepto de la misma. La Declaración de Principios sobre la Tolerancia viene, por consiguiente, a cubrir una importante laguna normativa y toma el valor de criterio interpretativo de primer orden”⁴.

En este sentido, reproducimos el art. 1 de la citada Declaración:

“Artículo 1. Significado de la tolerancia

1.1 La tolerancia consiste en el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos. La fomentan el conocimiento, la actitud de apertura, la comunicación y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. La tolerancia consiste en la armonía en la diferencia. No sólo es un deber moral, sino además una exigencia política y jurídica. La tolerancia, la virtud que hace posible la paz, contribuye a sustituir la cultura de guerra por la cultura de paz.

1.2 Tolerancia no es lo mismo que concesión, condescendencia o indulgencia. Ante todo, la tolerancia es una actitud activa de reconocimiento de los derechos humanos universales y las libertades fundamentales de los demás. En ningún caso puede utilizarse para justificar el quebrantamiento de estos valores fundamentales. La tolerancia han de practicarla los individuos, los grupos y los Estados.

1.3 La tolerancia es la responsabilidad que sustenta los derechos humanos, el pluralismo (comprendido el pluralismo cultural), la democracia y el Estado de Derecho. Supone el rechazo del dogmatismo y del absolutismo y afirma las normas establecidas por los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos.

1.4 Conforme al respeto de los derechos humanos, practicar la tolerancia no significa tolerar la injusticia social ni renunciar a las convicciones personales o atemperarlas. Significa que toda persona es libre de adherirse a sus propias convicciones y acepta que los demás se adhieran a las

⁴ Jesús LIMA TORRADO, “Significado de la tolerancia en la Constitución de la Unión Europea como instrumento jurídico de integración social en el contexto de una convivencia pluricultural”. Que la tolerancia sea asunto de detectar las lagunas normativas y a continuación llenarlas, como pudiera suceder con instrumentos jurídicos como el usufructo o el leasing de automóviles, por citar sólo dos ejemplos, es otra cuestión sobre la que volveremos más adelante.

suyas. Significa aceptar el hecho de que los seres humanos, naturalmente caracterizados por la diversidad de su aspecto, su situación, su forma de expresarse, su comportamiento y sus valores, tienen derecho a vivir en paz y a ser como son. También significa que uno no ha de imponer sus opiniones a los demás”.

No es objeto del presente trabajo analizar el contenido que esta Declaración da a la tolerancia⁵. Sí lo es, por el contrario, analizar la tolerancia desde el contexto actual y, en especial, desde la realidad de la Unión Europea en nuestros días.

Desde que en el año 2001 nos embarcamos en la guerra sin cuartel contra el terrorismo, en diversos países occidentales la tolerancia no atraviesa su mejor momento. Superficialmente parece que no es así; puede pensarse que estamos en un mundo de un pluralismo extraordinario, quizá incluso exagerado⁶, y de una tolerancia sin límites, porque se dice, y como algo positivo, que la gente ve con indiferencia las conductas morales más dispares. En realidad, estamos bajo un pensamiento casi único en el que abunda el control de gran parte de nuestras actividades, incluso triviales, así como una intolerancia quizá selectiva, pero que en conjunto es claramente creciente. Así, y aunque resulta paradójico, no es tan extraño que se llegue a asociar democracia con “tolerancia cero” para ciertas cosas.

Nuestro planteamiento partirá de la concepción de la tolerancia como algo distinto de la neutralidad y más relacionada, en cambio, con el respeto. La tolerancia, por un lado, es un resultado de la libertad y dignidad; por otro, de que la gente tenga convicciones firmes; y, además, de diversas necesidades prácticas y de sentido común, como no “matar moscas a cañonazos” (lo que viene a ser un enunciado coloquial de los principios de razonabilidad y proporcionalidad), no producir un daño mayor que el que se quiere evitar, u optar por el mal menor con el elemental fin de poder convivir. No hay contradicción entre tener convicciones y ser tolerante; como dice una famosa frase, “desapruebo lo que usted dice, pero defenderé hasta la muerte su derecho a decirlo”⁷. Así que, acercando la lupa,

⁵ Esta Declaración es meritoria, pero la cuestión de fondo es que la tolerancia, la dignidad, la conciencia y otras realidades humanas muy básicas no se dejan capturar por ninguna norma, como no se puede coger agua con un cesto. Además, ofrece una definición demasiado “perfecta” para ser real: nada falta en ella (armonía, Estado de Derecho, derechos, valores...) excepto el objeto de la tolerancia: lo malo, equivocado, penalizado, injusto y similar.

⁶ Lo que Brad Gregory expresivamente denomina “hiperpluralismo”. BRAD GREGORY, *The Unintended Reformation: How a Religious Revolution Secularized Society*.

⁷ Atribuida a Voltaire en la obra de Stephen G. TALLENTYRE, *The Friends of Voltaire*, 1907, p. 199, según el Oxford Dictionary of Quotations; de todos modos, como ocurre con

se puede ver que la tolerancia no es lo que a veces se cree: indiferencia, “pasotismo”, relativismo, nada es preferible a nada. Si el derecho a la vida no es preferible al aborto, ni al revés, no habrá tolerancia hacia ninguno de los dos, sino indiferencia.

En realidad, se tolera algo que está mal, o errado, o al menos lo que uno desaprueba; y lo toleramos no porque, tras madura reflexión, haya pasado a estar bien, sino por el respeto que nos merece la persona, o por otras razones como la paz y la convivencia. A un estudiante que obtenga las mejores calificaciones no se le tolera, sino que se le premia; a una persona buena o amable no se la tolera, pues lo que nos gustaría es, justamente, que hubiera muchas como ella. Tampoco hay nada que tolerar cuando otra persona prefiere otro equipo de fútbol o tiene otros gustos, esto es, opciones personales en las que, por ser indiferentes, no hay nada que aprobar ni desaprobar.

Sólo hay tolerancia cuando hay algo que tolerar; sólo son tolerantes los que creyendo algo diferente respetan a los demás, porque en realidad a quien respetan es al prójimo, a “la respetable humanidad del prójimo”, como decía el profesor compostelano D’Ors⁸, a su dignidad, la cual consiste precisamente en el crédito de respeto que los demás deben a uno. No es tolerante un gobierno que lo permite todo, sino uno que sabe que ciertas cosas están mal, pero que lo menos malo en determinados casos puede ser mirar hacia otro lado, aunque siempre sin decir formalmente que lo malo está bien. Por lo mismo, un régimen democrático no debe necesariamente admitir en su seno a los partidos políticos abiertamente contrarios a la democracia, pero el sentido común puede aconsejar tolerarlos. También puede ser mejor dejar sin castigar determinadas infracciones e incluso delitos no demasiado grandes –de *minimis non curatpraetor*–, pero una cosa es dejarlos pasar –de nuevo, sin declararlos lícitos– y otra legalizarlos. Lo legalizado, aunque sea algo malo, se convierte en un derecho exigible ante un juez: una cosa es no perseguir a los defraudadores fiscales en ciertos casos y otra legislar que “la infracción fiscal no será perseguible en tales y cuales supuestos”; lo segundo crearía en los defraudadores que entrasen en esos supuestos un verdadero derecho a no ser perseguidos. Por eso la tolerancia de conductas malas no debe tomar forma de ley. La tolerancia

esta clase de citas, no está claro que ese famoso pensador la dijera realmente. También se ha dicho que fue pronunciada en el Parlamento británico.

⁸Álvaro D’ORS, “Liberalismo moral y liberalismo ético”, p. 17. El reputado jurista compostelano Álvaro D’Ors, tradicionalista declarado y que, desde un punto de vista intelectual, cuestionaba abiertamente la idea de democracia, era tolerante y de mente abierta. Argumentaba que el “liberalismo moral” no era idéntico al “liberalismo ético” y producía mayor tolerancia.

jurídica (que puede no coincidir en todo con la tolerancia moral o la tolerancia política) significa, por ejemplo, mantener la ilegalidad del juego, pero sin intentar encarcelar a los jugadores. Así se hacía tradicionalmente en los Estados Unidos, con un interesante añadido: las obligaciones derivadas del juego no eran exigibles ante los tribunales.

Por lo que llevamos dicho, la medida de la tolerancia de una persona o de una sociedad no se averiguará observando su actitud hacia las cosas o conductas que considera buenas, ni siquiera hacia las indiferentes, sino hacia las que le parecen malas o al menos equivocadas. Para saber cuán tolerante es una persona o grupo tenemos que observar cómo trata a quienes desaprueba o a quienes no están amparados por la ley; hoy en día, por ejemplo, y para no incurrir en temas de calado político o religioso, los fumadores. Y aplicando este criterio, parece que como comentario general puede decirse que nuestras sociedades están haciéndose más bien intolerantes.

En nuestra época de legalismo exacerbado no hay sino blanco o negro, ley o nada, pero nuestros antepasados apreciaban los muchos matices que caben en la vida jurídica y por eso admitían, por ejemplo, la *dispensatio legis poenalis*, que no implicaba derogación ni menosprecio de la ley, sino simple dispensación de llevar a término sus efectos penales. El que la tolerancia no se deba poner en práctica por medio de leyes formales nos lleva a una de sus características: muchas veces, la aplicación de la tolerancia no será general y abstracta, sino casuística. Si la tolerancia es puesta en práctica como una proclamación general y por ley –ejemplo: “la multa no se impondrá a quienes circulen a doscientos kilómetros por hora”–, dejaremos de estar ante un caso de tolerancia para estar ante el ejercicio de un derecho; en ese caso, el derecho a conducir a esa velocidad.

Aunque –decíamos– al observador superficial de cualquier sociedad occidental hiperpluralista le parezca lo contrario, la tolerancia no está ahora muy de moda en diversos países. Por eso prende con facilidad en la opinión pública la mencionada idea de “tolerancia cero” (contra fumadores, violadores, terroristas, defraudadores fiscales, contrabandistas o incluso contra abuelos que en plena calle dan un cachete a un nieto insoportable).

La tolerancia podrá ampliarse o reducirse, según las circunstancias, pero, por diversas razones, nunca podrá llegar a ser cero; la propia expresión “tolerancia cero” no tiene sentido. Primera razón, porque hay que recordar que partimos de la base de que lo tolerado es algo que está mal; por tanto, no tiene sentido decir que por tratarse de algo malo la tolerancia debe ser cero: nunca se tolera un bien; la tolerancia es justamente para lo malo. Segundo, la tolerancia es para las personas, no para las cosas, actos o instituciones, aunque las personas toleradas pueden representar a instituciones o Estados, y no cambia el juicio sobre las acciones malas

o equivocadas, que seguirán siendo tan malas o erróneas como antes: el canibalismo será siempre intolerable, pero quizá haya que tolerar a un anciano que fue caníbal en su juventud, quizá como todos los demás de su tribu. Tercero, la tolerancia se refiere más bien a la fase de ejecución (suspender la ejecución de una sanción, castigo o pena) que al concepto del delito o a la *ratio decidendi* de la decisión judicial sobre si había delito o no, y se aplicará (o no) según sugiera la vida misma.

Es importante subrayar que la tolerancia muchas veces habrá de practicarse persona por persona, grupo de personas por grupo de personas o caso por caso. Podemos decir, para entendernos, que hay conductas nunca tolerables bajo ningún concepto, como el canibalismo; ergo, parece que se puede deducir que, en esos casos, hay que aplicar el criterio de tolerancia cero para todos los que hayan puesto en práctica hasta la sombra de alguna de esas repugnantes conductas. Pero como lo tolerado es siempre la persona, no podemos excluir toda posibilidad de que en un lejano futuro haya que tolerar o abstenerse de castigar a alguien que en algún momento de su vida hizo esas cosas objetivamente intolerables. De esta manera, la tolerancia viene a ser lo contrario a ser justiciero, si entendemos la justicia como vindicta, venganza, retribución a todo precio. La justicia es dar a cada uno lo suyo, y quizá “lo suyo” de un delincuente sea la cárcel, pero el tolerante tiende a conformarse con que la cosa intolerable no se vuelva a repetir, y deja la venganza a los dioses del Olimpo. Ejemplos hay variados. Cuando las tropas norteamericanas descubrieron por fin a Osama Bin Laden en el lugar donde se escondía, ¿no cupo realmente otra solución que matarlo? Reconocemos no tener todos los datos para emitir un juicio definitivo⁹, y además la cuestión está todavía demasiado fresca. Pero en la propia España de la Transición, la ley de amnistía significó dar cobertura jurídica a la tolerancia derivada de aceptar que no se castigara (o se levantara la pena) a personas que habían cometido conductas manifiestamente reprobables (ya fueran condenas a muerte por el régimen franquista o asesinados por grupos terroristas) por motivos de razonabilidad o pragmatismo a la hora de facilitar la consolidación del nuevo régimen político-jurídico democrático. En el ejemplo de España, esa tolerancia no supondría (o al menos no debería) convertir en buenas unas acciones que no lo eran, lo que cobra una importancia capital dado

⁹ Puede objetarse que Bin Laden sabía lo que hacía y que podía acabar como acabó, así como que los atentados de que era responsable merecían la muerte. La supresión de la pena de muerte –cada vez más extendida, y afortunadamente, en nuestra opinión– no se basa en que no existan conductas que no la merezcan, sino en otros muchos argumentos teóricos y prácticos que no podemos desarrollar ahora.

que esas acciones reprobables ocasionaron víctimas. Lo que sí supone es que, atendiendo a criterios diversos –sentido común, oportunidad política, etc.– ha habido una tolerancia, al menos jurídica, hacia los responsables de acciones en sí mismas intolerables. Es, por ende, un tema complejo en que el que se entremezclan moral, ética, derecho y política.

Los factores generadores de la actual intolerancia son la pérdida del sentido común, la falta de sentido de la razonabilidad y proporcionalidad, la pérdida de la visión humana de los problemas, que expulsa del foco jurídico la acción humana libre y responsable sustituyéndola por la situación objetiva en que uno incurre (ejemplo: exceso de velocidad, sin preguntar si hay o no razones que pudieran justificarlo); el legalismo llevado al extremo (“la ley es para cumplirla” en todo caso en vez del tradicional principio español “se acata pero no se cumple” en determinadas circunstancias), la mencionada War on Terror a partir del 11 de septiembre de 2001, la seguridad a cualquier precio y el intento de eliminar todo factor de riesgo. La suma de todo ello está llevando a personas razonables e ilustradas a no tolerar en los aeropuertos un cortauñas ni un biberón con agua para un bebé, así como humillar a las ancianas, por si acaso son potenciales terroristas. La pérdida de la dimensión humana en la visión de las cosas puede apreciarse en las duras medidas contra la crisis financiera en España y otros países del sur de Europa a partir de 2010, en las que el ser humano parece importar poco y los daños a las personas son considerados como inevitables; algo así como los daños colaterales en una guerra¹⁰ (sobre esto volveremos más adelante).

Hemos mencionado la pérdida del sentido común, y no por casualidad. Muchas veces, los juicios de tolerancia serán juicios prudenciales y de probabilidad, no juicios científicos, ni de evidencia, ni de absoluta certeza. Curiosamente, otro factor que puede también tender a la intolerancia es el actual discurso de los derechos. Prima facie, parece un contrasentido (véase el art. 1 de la Declaración de Principios sobre la Tolerancia, reproducido antes). ¿Cómo pueden los derechos favorecer la intolerancia? Dejemos ahora aparte el hecho real de que lamentablemente cada vez tenemos menos derechos, aunque la profusión de textos legales que los proclaman aparente lo contrario. Los derechos no tienen por qué ser contrarios a la tolerancia, sino que, por el contrario, más bien podrían entenderse como causa y efecto de la misma. Pero si se difunde una actitud de llevarlos al

¹⁰ Véase, por ejemplo, la entrevista del presentador de televisión Jordi Evolé al profesor alemán Juergen Donges en el programa televisivo “Salvados” titulado “Viva Spanien”, de 7 de octubre de 2012; puede consultarse en www.lasexta.com/videos/salvados.html, fecha de consulta 06 de diciembre de 2012.

extremo y exigirlos a todo precio, expulsarán la actitud de tolerar, como en el Mercader de Venecia: Shylock tiene derecho a una libra de carne, situada lo más cerca posible del corazón de Antonio, y ejecutará su derecho como sea porque es una persona justiciera (en el sentido antes empleado y no muy lejano de retribución o venganza, como en el tratamiento aparentemente dado a Bin Laden).

En realidad, en este punto hay que hacer una distinción: los derechos verticales, contra el Estado, no dañan la tolerancia; los horizontales, podrían dañarla o contribuir a disminuirla en el caso de que enfrenten a unas personas con otras dentro del mismo grupo social e incluso dentro de una familia; y también en caso de que la lógica de los derechos desplace a la lógica de servir. En una democracia ideal, tendríamos muchos derechos frente al poder, y muchos deberes (así como también derechos) frente a los amigos, padres, hijos, vecinos y colegas; en una democracia como en la que vivimos, con muchos derechos frente a terceros, tenemos pocos derechos frente al Estado a la par que contamos con una cantidad creciente de pretensiones jurídicamente exigibles frente al padre, hijo, vecino, profesor, médico o compañero de trabajo. El abuso de esa manera de entender los derechos lleva a considerar normal exigir jurídicamente más y más cosas, pero precisamente en más ámbitos no políticos, y por tanto no favorece el crecimiento de la tolerancia, que consiste precisamente en no exigir cuando uno podría hacerlo. La cosa se complica si, además, profesamos la concepción de los derechos como fundamentales¹¹, pues, tendencialmente, terminaría volviendo inaplicable la regla de *minimis non curat praetor*. En efecto, cualquier infracción de un derecho fundamental, si realmente hace justicia a ese adjetivo, por ese mismo hecho es fácil que pase a ser grave aunque en sí hubiera sido pequeña, pues –se nos responderá– pequeña puede haber sido la infracción, pero el derecho protegido es absolutamente importante, porque fundamenta el orden social y el político y porque no hay categorías ni diferencias entre los derechos fundamentales, que se suponen todos igual de relevantes.

Algo semejante puede decirse de los valores, que por definición son como metas que tenderán a expandirse hasta su plena consecución permeando todas las instituciones y actividades, desde dictar justicia hasta poner en práctica políticas de seguridad en el transporte. Tolerancia, en

¹¹ En este contexto debe tenerse presente la distinción entre las distintas concepciones de los derechos. La que ahora triunfa en muchos países está basada en la alemana de los Grundrechte, que no es idéntica a las tradiciones inglesa, norteamericana o francesa. En éstas, los derechos no fundamentaban la vida social, sino que marcaban terrenos exentos de la interferencia estatal.

cambio, tendería a detener esa expansión o a ponerla en suspenso por evitar un daño mayor, ya sea por compasión o por considerar que no hay una peligrosidad social alarmante. Y aquí viene el problema, porque esa proposición –“toleramos tal asunto porque no se aprecia una peligrosidad social alarmante”– es el típico juicio de *reasonableness* emanado desde la prudencia y la estimación de probabilidades “a ojo de buen cubero” o a juicio de un *bonus paterfamilias*, y cuando lo formulamos no podemos decir que tengamos la plena y completa seguridad de que las cosas no se hayan de torcer y resulten ser de otra manera. Un policía de un aeropuerto que sea tolerante y decida no humillar a una anciana que pasa por su control, en realidad no puede garantizar al ciento por ciento, con plena y absoluta seguridad, que la abuela de aspecto bondadoso no tenga, en el fondo, la intención secreta de hacer volar el avión por los aires. Una sociedad que pone la seguridad por encima de todo seguramente será intolerante para con juicios de tolerancia como el que hace ese razonable y humano policía.

Igualmente, el concepto (o más bien la práctica, pues depende de cómo se hagan las cosas) de los crímenes imprescriptibles y de lesa humanidad puede no favorecer la tolerancia, pues, volviendo al ejemplo anterior, el viejo ex caníbal no sería perdonado nunca –y esto sugiere, *en passant*, que la justicia sola, el mero dar a cada uno lo suyo, la retribución pura, no es lo mejor para recomponer sociedades rotas–. Por lo mismo, el concepto, ahora en boga, de “justicia transicional” fomentaría la intolerancia, pues podría degenerar en una especie de venganza institucionalizada, algo así como,

“para poder pasar a la siguiente página de la historia en perfectas condiciones de impecabilidad democrática, se debe castigar todo, se debe limpiar todo”.

Frente a eso, Nelson Mandela, por pragmatismo, bondad o magnanimidad, pasa la página y coloca a Sudáfrica mirando hacia el futuro y unida.

Acabamos de hablar de “perfectas condiciones de impecabilidad democrática”. Pues bien, la tolerancia es fruto de la generosidad, humanidad, sabiduría (más como *wisdom* que como *science*) y prudencia, pues parte del dato de experiencia de la imperfección humana, si bien no le levanta un monumento ni la erige en norma de conducta. No parte de que nuestro diseño jurídico o institucional sea perfecto ni, menos aún, de que se cumpla siempre ni íntegramente. Parte, en cambio, de que muchas cosas que deberían hacerse al final no se harán, de que muchas leyes no serán del todo buenas, e incluso, de entre las buenas, muchas no siempre se cumplirán, y muchos objetivos constitucionales no se alcanzarán (por

eso más que su número importa su viabilidad); parte, en fin, de que todos tenemos fallos y errores. La tolerancia se conforma con que el asesino no vuelva a asesinar, aunque no podamos asegurar que se haya modificado lo más profundo de su corazón, pues la viscera cardíaca no es jurisdicción del derecho ni de la política; parte asimismo de que el ser humano no es un demonio (aunque tampoco sea un ángel), de que la justicia humana no es perfecta, y de que la ley (sobre todo hoy, con tantas leyes, a menudo triviales y efímeras) es también imperfecta e incluso, a veces, marcadamente imperfecta, politizada y mal redactada. Parte de que en la vida jurídica y política existe una buena dosis de insensatez humana, posiblemente mayor que la de maldad y quizá más difícil de combatir, y parte también, por último, de la experiencia del efecto negativo que el poder suele tener sobre quienes lo ejercen.

Cuando se indulta a un delincuente por ser jueves santo (como sigue sucediendo en alguna ciudad española hasta el día de hoy), o en el cumpleaños de un anciano rey decimonónico, o con motivo de la pascua judía, no se quiere decir que el indultado haya hecho bien o que “en el fondo nos habíamos equivocado, pues no era un criminal”: lo indultamos porque sabemos que la justicia humana no es perfecta –liberamos ahora a un culpable en “compensación” por los inocentes que hayan sido condenados–, que el criminal sigue siendo un ser humano respetable como tal ser humano (aunque somos conscientes de que en determinados delitos esta consideración será difícil de aceptar por los directamente afectados), y que hay que dar una segunda oportunidad a todo el mundo. Suponiendo que estemos ante un caso en el que proceda aplicar la tolerancia (lo que no siempre ocurre, y es lo primero que se debe esclarecer), ésta se aplicará a los delincuentes, a los equivocados, a los que no cumplen su deber, no pagan sus impuestos justos (pues los injustos no generan obligación moral de pagarlos), o a los malos estudiantes; ¿a quién, si no, habríamos de tolerar? ¿Solamente a los perfectos, como a Teresa de Calcuta, a un *gentleman* victoriano educado en el *fair play*, al tipo ideal helénico que encarnaba lo bello, bueno y verdadero, o al Mahatma Gandhi? ¿Y cuál puede ser, entonces, la razón última de tolerar al delincuente? El respeto al núcleo de su dignidad humana, que retendrá mientras viva, por reprochable que haya sido su conducta. Esta idea, de antiquísimo origen judío (el hombre, *imago Dei*), la defendía en el siglo XIX el novelista americano Herman Melville, asociándola con la democracia¹². Ahora bien, como

¹² Decía que incluso en los tripulantes de aquellos balleneros, entre los que se encontraba lo peor de cada casa, podía percibirse el rayo de luz del que llamaba el “gran Dios democrático”, Herman MELVILLE, *Moby Dick o la ballena*, p. 184.

decíamos al principio, la tolerancia, por lo mismo que no puede ser cero, tampoco es ilimitada. ¿Cómo conocer sus límites? Es mejor no intentar una respuesta general y abstracta, porque esos límites vendrán dados por la razonabilidad, la proporcionalidad o el sentido común más que por la ley.

¿Cuál es, entonces, la utilidad de la norma jurídica ante el problema de definir lo tolerable y lo intolerable? Ciertamente, la norma jurídica puede hacer algo por la tolerancia, pero no demasiado –no se puede coger el agua con un cesto, decíamos–. Ahora bien, como el Derecho no es sólo ley, existen otras fuentes jurídicas con las que la tolerancia puede estar más cómoda –la jurisprudencia, en primer lugar–, así como también la equidad, los principios y la justicia natural. Y entonces, ¿qué decir de la Constitución, que también es una norma jurídica, aunque superior y especial? ¿No tendrá, acaso, mayor virtualidad que las restantes normas para proclamar la tolerancia (eso no es particularmente difícil para una Carta Magna) y definir, sino la tolerancia en general, al menos lo intolerable en esa comunidad política? En principio, las Constituciones tienen mayores posibilidades que las leyes, pero no las tienen todas. Imaginemos que una Constitución proclama la absoluta intolerabilidad del canibalismo en todos los casos y bajo todos los supuestos; una idea que seguramente nos parecerá correcta a la gran mayoría. ¿Qué haremos, entonces, cuando aparezca el ex caníbal de noventa años, antes aludido? Y si ahora aparece, sorpresivamente, un anciano nazi que hubiera estado escondido desde 1945 en lo más recóndito de las montañas de los Ancares, ¿cuál de las posibles líneas de acción sería la más constitucional? ¿Aplicarle la pena que le habría correspondido, de haber sido juzgado en Nuremberg?

Pero esta línea de razonamiento nos conduce al terreno político y constitucional.

III. La tolerancia político-constitucional

Como expresa Valadés, desde una óptica constitucional, el punto de partida para entender la tolerancia sería la vinculación que se entabla entre ella y las relaciones de poder¹³, en especial el poder derivado del Estado (dotado de la coerción institucionalizada).

Desde esta óptica, la dimensión constitucional de la tolerancia abarcaría tres grandes ámbitos: el de la conciencia, ligado a la esfera de las convicciones religiosas; el cultural, en el que entrarían las cuestiones

¹³ Diego VALADÉS, “Consideraciones acerca del régimen constitucional de la tolerancia”, p. 298.

étnicas, lingüísticas o identitarias; y el político, que entroncaría con el pluralismo¹⁴. Ámbitos que, con la propia evolución del constitucionalismo y la consolidación de la democracia acabarían ligándose –con matices derivados del lugar y del momento de que se trate– a los derechos reconocidos constitucionalmente (o incluso legalmente) y, por tanto, al ejercicio de los mismos.

Ahora bien, un pequeño repaso histórico permite comprobar cómo puede existir tolerancia sin reconocimiento de derechos; y también podemos apreciar cómo el surgimiento moderno de la idea de tolerancia nace precisamente en la esfera religiosa, de la que pasaría al terreno de la política.

Durante la Reforma, los reyes que estaban creando los nuevos Estados nacionales europeos buscaban a cualquier precio la uniformidad religiosa (y no sólo religiosa) de sus reinos –así se explica que la tolerancia decreciera al terminar la Edad Media–, lo que condujo a unas guerras de religión de dureza no vista hasta entonces. Isabel I aplastó a los poco numerosos presbiterianos ingleses para que su número no creciera; en Alemania el efímero Reino Anabaptista de Münster fue eliminado, y así aconteció en diversos países europeos sucesivamente¹⁵ hasta la finalización de la Guerra de los Treinta Años.

Probablemente, la excepción a esta intolerancia religiosa generalizada sea el Edicto de Nantes, promulgado en 1598 para hacer posible la convivencia entre católicos y hugonotes en Francia. Edicto que tenía una clara dimensión política, partiendo de la base de que la religión no sería el factor determinante en lo relacionado con la lealtad al Estado o la identidad nacional, lo cual –de alguna manera– anticiparía la formulación de Locke consistente en preservar una esfera personal (la religión) sobre la que el Estado no tendría capacidad de intervención.

Hoy, al estudiar los orígenes del constitucionalismo, es de rutina considerar a Locke y su célebre Carta sobre la Tolerancia¹⁶ como fundacionales en este aspecto, pero ello no es correcto del todo –al menos en lo relativo a la tolerancia–, aunque ciertamente Locke merezca ser considerado como

¹⁴ *Ibidem*, p. 300.

¹⁵ El imperio otomano fue tolerante porque era bastante medieval; de hecho, nunca llegó a ser un verdadero Estado moderno. Cuando, al terminar la Primera Guerra Mundial, dejó paso al actual Estado turco, éste buscó la homogeneidad cultural, religiosa y étnica –derramamientos de sangre incluidos– con no menos celo que el mostrado por los Estados europeos en los siglos XVI y XVII. Sobre Constantinopla y el Imperio Otomano. Philip MANSEL, *Constantinople, City of the World's Desire*.

¹⁶ John LOCKE, *Carta sobre la tolerancia*. Fue escrita en 1689 originalmente en latín, pues era una carta dirigida a un amigo suyo, quizá sin intención de publicación en principio.

uno de los padres fundadores del constitucionalismo. Primero, porque la tolerancia había sido corriente durante largas épocas en Roma y en la Edad Media; segundo, porque la Carta sobre la Tolerancia casi es más una defensa de la libertad religiosa (limitada) que una defensa de la tolerancia en sentido estricto, aunque Locke fuera una persona sensata, pacífica y tolerante. Además, al ceñirse a las confesiones religiosas, dejaría fuera la mayor parte de los campos en que puede ser conveniente o necesario practicar la tolerancia. De hecho, es en la Inglaterra del siglo XVII donde se empiezan a poner sobre el terreno las ideas reproducidas por Locke en su Carta. Ideas relativas a la separación entre la religión y el Estado confesional inglés, de forma que el Estado sólo habría de intervenir en lo público mientras que lo religioso pertenecería a la esfera personal, no siendo “tolerable” lo contrario salvo que existiera perjuicio para los derechos de otro individuo o se atentara contra el propio Estado. Por ello, habría de permitirse (mejor dicho: no habría necesariamente de reprimirse) la disidencia religiosa. Y no podemos olvidar que esta separación de esferas, este límite al poder del Estado y esta incipiente tolerancia se conectarían con su Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, en el que formula la teoría de la separación de poderes, sobre todo en lo relativo a la concepción del gobierno y de la política y de la esfera personal que supondría la religión, en la que el Estado no podría entrar.

Y será en esa Inglaterra del siglo XVII donde germine el liberalismo, porque a fin de cuentas el constitucionalismo se sustenta en el freno al poder (fundamentalmente del Estado), y la tolerancia garantizaba una esfera inviolable frente a ese poder estatal aunque no cristalizara necesariamente en derechos propiamente judicializables, como sucedía a los católicos ingleses. De hecho, en aquel contexto, las conexiones entre política y religión eran tan estrechas que la disidencia política era una cuestión de raíz, en gran medida, religiosa. Así, una vez superada la convulsa fase inicial de imposición del anglicanismo, se fueron lentamente tolerando otras confesiones protestantes reformadas¹⁷, y más tarde, en el siglo XIX, a católicos y judíos, y finalmente a todos los demás, ateos incluidos, de forma que curiosamente la Inglaterra de hoy profesa una religión oficial

¹⁷ Acta de Tolerancia adoptada el 24 de mayo de 1689. A pesar de hacerse por ley, no es incorrecto considerar esa ley como un caso de tolerancia, porque la admisión de otras confesiones no era plena; así, no se admitió a católicos, como tampoco ateos o judíos. Los católicos no podían estudiar en las universidades, ocupar cargos públicos ni tener su propia jerarquía eclesiástica, pero ya no se les encarcelaría automáticamente mientras no manifestaran su fe al exterior (enfoque que sería más hobbesiano que lockeano, por cierto). El Imperio Otomano permitió a los ortodoxos tener su propia jerarquía eclesiástica, organización y normas de derecho canónico propio.

sin que ello le impida ser uno de los países más pluralistas y más seculares del mundo (aunque quizá no el más secularista o laicista).

Pero el propio caso inglés demuestra que lo que teóricamente era tolerancia relativa a las convicciones religiosas, en realidad tenía también un marcado carácter político y cultural. La tolerancia hacia los católicos se retrasó por la obediencia al papado de sus practicantes, lo que era visto desde las élites gobernantes inglesas –que no reconocían la distinción Dios-César, y los que eran más bien hobbesianos la negaban directamente– como un peligro de quintacolumnismo dentro del Estado; tesis que se iría apaciguando con el paso de los años y el peso del catolicismo en Irlanda (entonces miembro del Reino Unido), abriéndose camino primero la idea de tolerancia (no persecución de los católicos) y posteriormente, ya entrado el siglo XIX, la supresión de las leyes que impedían a los católicos ingleses ocupar oficios como, por ejemplo, un escaño en el Parlamento (Roman Catholic Relief Act, de 1829). Algo después fueron objeto de la misma emancipación los judíos ingleses.

Por lo tanto, la triple dimensión constitucional de la tolerancia a la que nos estamos refiriendo se convertirá en una constante a lo largo de la historia reciente, si bien, como decía Stuart Mill, desgraciadamente la persecución sería lo habitual y la tolerancia un accidente¹⁸. De esta forma, y sin entrar en las importantes aportaciones que a la noción de tolerancia efectuarían autores como Voltaire¹⁹ o el propio Stuart Mill, el constitucionalismo se convertirá en un aliado de la tolerancia en sus diversos ámbitos y dimensiones. Por una parte, el constitucionalismo nace como freno al poder, por lo que será inherente al mismo la idea de aceptación de la disidencia y, por tanto, de tolerancia. Por otro lado, la evolución del constitucionalismo hará que las diferentes esferas de la tolerancia pasen a adquirir en muchos casos la dimensión de derechos, porque si una Constitución no garantiza la libertad religiosa, de identidad cultural, étnica o lingüística, o no establece mecanismos para asegurar el pluralismo político, no estaremos ante una verdadera Constitución. Ahora bien, ello no debe llevar a confundir la tolerancia con los derechos, pues puede existir tolerancia sin que se reconozcan los segundos, como en el caso ya expuesto del imperio otomano.

¹⁸ John STUART MILL, *Sobre la libertad*, Madrid, pp. 75-122.

¹⁹ VOLTAIRE, *Tratado de la Tolerancia*, p. 36. Este célebre pensador haría afirmaciones como que “la tolerancia jamás produjo guerras civiles, la intolerancia ha convertido la tierra en una carnicería”; aseveración que, lamentablemente, ha seguido produciéndose a lo largo de los siglos. No obstante, a pesar de la crítica de Voltaire hacia la intolerancia (en especial, la religiosa), sus referencias hacia el cristianismo lindaban en ocasiones con la provocación, como cuando dijo que “Jesucristo necesitó doce apóstoles para propagar el cristianismo; yo voy a demostrar que basta sólo uno para destruirlo”.

En esta línea, el profesor Torres del Moral apunta que, partiendo del contexto propiciado por el humanismo renacentista, acabó por aparecer una nueva exigencia humana frente al poder (la opción religiosa personal), de modo que “la demanda, primero, de tolerancia religiosa y, después, de libertad está también en el origen de las declaraciones de derechos”²⁰ y, por tanto, del propio constitucionalismo. Ciertamente es que, en este proceso sin duda pesaría el desgaste y la sangría propiciadas por las múltiples guerras de religión que asolaron Europa durante los siglos XVI y XVII²¹. Dice Valadés que el naciente constitucionalismo (primero en Inglaterra y después en Norteamérica o Francia) se configuraría como “el soporte duradero de todas las formas de tolerancia”²².

Además, la tolerancia, desde una óptica constitucional, no puede entenderse meramente como la capacidad de decisión de las mayorías. Es decir, la decisión mayoritaria es una regla básica de la democracia liberal, pero siempre debe ir acompañada del respeto a las minorías (religiosas, étnicas, lingüísticas, ideológicas, etc.), más allá de los derechos individuales reconocidos desde las declaraciones de derechos que están en la base del constitucionalismo. No debemos olvidar que el Proyecto de Tratado Constitucional adoptado por la Convención sobre el Futuro de Europa en el año 2003 iba presidido por la cita de Tucídides: “Nuestra Constitución se llama democracia... porque el poder no está en manos de unos pocos, sino de la mayoría”; cita que los propios dirigentes europeos no debieron considerar como la más adecuada para un texto de pretendida naturaleza constitucional transnacional, desapareciendo de la versión final del Tratado Constitucional²³ por el “posible” temor que pudiera ocasionar a que, por

²⁰ Antonio TORRES DEL MORAL: *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, p. 250.

²¹ El cansancio de las sangrientas y estériles luchas pesó mucho en el paso a un pragmatismo más flexible. GREGORY, *The Unintended...*, *op. cit.*, pp. 273-274 y, como estímulo más concreto para la tolerancia religiosa, pp. 373-374. En la segunda parte de *Don Quijote*, Sancho Panza se encuentra a su antiguo vecino el morisco Ricote disfrazado de peregrino alemán que pide limosna. Ricote, que había sido víctima de la limpieza étnica española de 1609, dice a Sancho que en la parte de Alemania donde él vive las cosas están más relajadas y cada uno hace lo que quiere en materia de religión. Sería así, pero seguramente no por convicción liberal de los príncipes alemanes, sino más bien porque la confusa realidad no les aconsejaba otra opción que ignorar lo que profesase un musulmán como Ricote, pues sabemos que la libertad religiosa no estaba en la mente de Lutero o de Calvino.

²² Diego VALADÉS, “Consideraciones acerca...”, *op. cit.* p. 305.

²³ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (CIG 87/1/04 REV 1) rubricado el 29 de octubre de 2004 y que no llegaría a entrar en vigor al ser rechazado en los referendos de ratificación francés y holandés; no obstante, gran parte de sus innovaciones (no así su “espíritu constitucional”) fueron recogidas por el Tratado de Lisboa, que establece el marco normativo actualmente vigente en la Unión Europea, modificando el TUE y el TCE, ahora redenominado TFUE.

influjo de una mayoría construida numéricamente, se pusiesen en riesgo aspectos propios de la identidad, cultura o religión de alguna de las partes.

Del mismo modo, no podemos olvidar cómo se produjo la llegada de Hitler al poder en Alemania, donde el Partido Nazi, prevaliéndose de los instrumentos democráticos previstos por la Constitución de Weimar, una vez alcanzado el gobierno (no entramos ahora, en que su victoria electoral se produjo con escuadrones armados de sus seguidores en las calles) utilizó esos instrumentos para desmontar la democracia y la Constitución, instaurando un régimen de terror en el que cualquier cosa parecida a la tolerancia, respeto a la minoría y disidencia, brillaba por su ausencia.

Por ello, la tolerancia desde el punto de vista jurídico-constitucional ha de construirse sobre la base de la convivencia y del respeto a la minoría, lo que hace necesario garantizar no sólo los ámbitos que pudieran afectar a la esfera personal del individuo (en los que se podrían enmarcar las creencias religiosas, que a fin de cuentas también desembocarían en una dimensión pública de culto), sino que debe ir más allá, y establecer mecanismos para defender de modo activo el pluralismo político, que sería la expresión más acabada de la idea de que la disidencia política puede ser legítima. Volviendo al caso hitleriano: la destrucción de la Constitución de Weimar no se debió tanto a que este texto constitucional no reconociera derechos como al clima de total intolerancia que rodeó al nazismo.

Esto es tan obvio para nosotros que hoy no lo situaríamos como materia de tolerancia (precisamente por ser legítima), pero no siempre se vio así. De hecho, uno de los rasgos que caracterizan la política es la tensión entre la disidencia legítima y el acuerdo fundamental. La admisión de la disidencia política fue, de esta manera, una manifestación de la tolerancia en la política. En su momento fue una gran novedad del constitucionalismo, desconocida fuera de éste. Antes del nacimiento del constitucionalismo, lo que se hacía en las monarquías absolutistas por regla general con el discrepante político era eliminarlo, silenciarlo, desterrarlo o, en el mejor de los casos, permitirle llevar su vida privada sin manifestar su discrepancia. En la propia España de Don Quijote hay muchas cosas muy buenas y avanzadas –arte, literatura, pintura– y hay tolerancia humana, pero no hay lugar para la disidencia política. Y es interesante advertir que en el contexto de aquella época los coetáneos del Quijote no parecían echarla mucho de menos (como tampoco la practican en demasía algunos de sus descendientes de hoy en día²⁴).

²⁴ Dice Julián MARIAS que en la España de los años cuarenta –primera y más dura fase del franquismo–, “la mayoría de la gente estaba encantada con las restricciones de la libertad, muchos intelectuales estaban identificados con el Régimen [...]”. Y un poco

La experiencia, sobre todo del nazismo, contribuirá a que después de la Segunda Guerra Mundial el pluralismo político aparezca reflejado en gran parte de los textos constitucionales. Así, se configura como elemento fundamental en Constituciones que, como la española, sucedían a un régimen no democrático y que lo conciben como un valor superior de su ordenamiento jurídico del mismo modo que la libertad, la justicia y la igualdad (art. 1.1), siendo expresión de ese pluralismo político los propios partidos políticos (art. 6)²⁵. En esta línea, también la Constitución chilena recoge expresamente que “garantiza el pluralismo político” (art. 19.15 dentro de los Derechos y Deberes Constitucionales).

En definitiva, la tolerancia, desde una óptica constitucional, fundamenta a la vez que garantiza la libertad, y ello porque ha de guiar el ejercicio del poder por parte del gobernante elegido mayoritariamente, pero también permite una esfera de defensa de la minoría discrepante. Y ello porque la tolerancia sirve de base a derechos y libertades consagrados constitucionalmente, como la libertad religiosa o ideológica, aunque no debemos olvidar, como ya hemos expuesto, que si llevamos determinados derechos al extremo la propia tolerancia estaría en dificultades. Y la tolerancia servirá también para que se acepten –o al menos no se repriman– comportamientos no amparados por un derecho, como por ejemplo aconteció cuando, en base a un juicio de razonabilidad, sentido común u oportunidad, la policía no desalojó por la fuerza de la Plaza del Obradoiro de Santiago de Compostela a un grupo de concentrados del movimiento 15-M.

La dimensión constitucional de la tolerancia aporta la base que permite que la minoría tenga instrumentos efectivos de control a la acción de la mayoría, que la adopción de determinadas decisiones cuente con un respaldo muy superior a la mayoría que sustenta un gobierno (como

más adelante: “el pueblo español no se sintió aplastado, sino vivo y entero [...]”, Julián MARIAS, *Una vida presente. Memorias*, pp. 227-228. Debe notarse que MARIAS, republicano, estuvo en la cárcel precisamente al comienzo del franquismo y que en esa época inicial España acababa de sufrir el exilio de una parte importante de la población identificada con el bando derrotado en la Guerra Civil, incluyendo eminentes profesores y pensadores.

²⁵Cosa distinta es que la idea inicial de fortalecer los partidos para favorecer el pluralismo político derivado de la aprobación de la Constitución Española de 1978 y la posterior legislación electoral, necesite de alguna adaptación, pues a nuestro entender los partidos políticos son pieza importante para el ejercicio del pluralismo político, pero no la única, y después de tres décadas la realidad española demuestra que el peso del “aparato” de los partidos es enorme y su funcionamiento interno no aparece precisamente como ejemplo de democracia. Si los partidos políticos son pocos, rígidos, demasiado disciplinados y tienen además la “tentación” de controlar los medios de comunicación y la sociedad civil en general, ciertamente que el pluralismo no se verá muy favorecido.

sería el caso de la reforma constitucional en España o en Chile) o que, incluso, el propio gobierno esté formado por representantes de la mayoría y de la minoría, como sucede actualmente en Irlanda del Norte; garantías que en los casos mencionados tienen un reconocimiento político-jurídico que no sería posible sin un acuerdo previo construido sobre la idea de la tolerancia. Fórmulas que suponen que, con independencia del “juego de mayorías y minorías” que en cada momento se produzca, se respeten los derechos de todos. Mecanismos que eviten que vuelva a acontecer la situación ya comentada en líneas anteriores, de destrucción de la democracia desde dentro del sistema, como fue el caso de la República de Weimar. Y, en todo caso, precisamente la experiencia alemana de los años treinta del pasado siglo proporciona la última y quizá más importante garantía para el ejercicio de la tolerancia desde la óptica constitucional: la posibilidad de oponerse, de resistir, de defender el orden constitucional cuando esté en peligro y aunque el que lo ponga en riesgo haya sido elegido mayoritariamente y legisle sobre la base de dicha mayoría, como consagra el art. 20.4 de la Ley Fundamental de Bonn.

En suma, desde un contexto constitucional actual, Valadés sostiene que la tolerancia se erige en el punto en el que convergen las libertades, el sentimiento constitucional y el cumplimiento del orden constitucional, siendo conceptos que se implican y explican mutuamente²⁶. Y ello aunque admitamos, como hemos expuesto, que no siempre se produce una coincidencia entre la tolerancia y los derechos.

IV. La tolerancia en la Unión Europea a la luz de los rescates financieros

Hasta la aprobación del Tratado de Lisboa en el año 2007 (y su posterior entrada en vigor dos años más tarde) el término “tolerancia” no formaba parte, al menos en sentido expreso, de los Tratados de la Unión. El actual art. 2 del Tratado de la Unión Europea, en la versión emanada del Tratado de Lisboa y sobre la base proporcionada por el frustrado Tratado Constitucional, recoge la tolerancia como uno de los valores comunes a los Estados miembros. Además, hace mención expresa al respeto de los derechos de las personas pertenecientes a minorías²⁷.

²⁶ Diego VALADÉS, “Consideraciones acerca...”, *op. cit.* pp. 323-324.

²⁷ El amplio y abarcador art. 2 del TUE dice literalmente: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a las

Esta inclusión, unida al reconocimiento de valor jurídico que el art. 6 TUE otorga a la Carta de los Derechos Fundamentales, no es meramente simbólica. Según Lima Torrado, permitiría desarrollar una tolerancia comunicativa y pluricultural con cuatro efectos fundamentales: el reforzamiento del Estado de Derecho; la obligatoriedad jurídica de la tolerancia que se une a la previa obligatoriedad moral o política, siendo plenamente vinculante sin depender de la voluntad del que en cada momento ejerza el poder político; el respeto de las diferentes culturas; y, en definitiva, la consagración del derecho a la diferencia²⁸. La Carta se convierte en un instrumento que contiene derechos jurídicamente vinculantes, pero incluso antes de que adquiriera esa fuerza jurídica ya se había convertido en softlaw, en una referencia imbuida de la idea de respeto y de aceptación de la diferencia.

De este modo, el actual Tratado de la Unión Europea, que junto a la Carta de los Derechos Fundamentales (y en menor medida, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), formarían parte de la Constitución material de la Unión –aunque formalmente siga sin existir un documento con tal nombre– explicitan, mejoran y dan seguridad jurídica al sistema de protección de derechos (protección que tampoco es enteramente novedosa, pues ya la venía ejercitando el Tribunal de Justicia de Luxemburgo a través de su jurisprudencia) en el que la triple dimensión constitucional de la tolerancia es una pieza fundamental: religiosa (art. 22 de la Carta), cultural (art. 3.3, párrafo cuarto TUE, o art. 22 de la Carta) y política (arts. 10 y 11 TUE, o arts. 11, 12, 39 y 40 de la Carta), estableciéndose además unos mecanismos (art. 7 TUE) para sancionar aquellas actuaciones que pongan en peligro los valores de la Unión consagrados en el art. 2, entre los que, como hemos dicho, ya se encuentra la tolerancia²⁹.

minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”. En el Derecho europeo existen preceptos todavía más abarcadores que éste, como el art. 21 de la Carta, que en breve vamos a citar; el problema de fondo es hasta qué punto en una materia como la tolerancia es cuestión de puntualizar causas (excepto las más claras, justas e indiscutibles), por detalladas que sean; y eso dejando aparte que, cuanto más detalladas, más arriesgadas, discutibles o efímeras pueden resultar.

²⁸ Jesús LIMA TORRADO, “Significado de...”, *op. cit.* Con todo, y si no queremos incurrir en *wishful thinking*, debemos tener presente que al panorama que dibuja LIMA quizá se le pudiera aplicar el dicho *too good to be true* (que aquí traduciríamos como “demasiado perfecto para ser una norma jurídica viva y efectiva”). Seguramente, en principio, pocos se opondrán a lo que dice LIMA, pero, no obstante, en la práctica ello no está efectivamente garantizado. Lo que vamos a comentar sobre las intervenciones en Grecia o Portugal sería un indicio.

²⁹ Ahora bien, el propio art. 6.1 TUE, en sus párrafos 2 y 3, establece que “las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal

Y todo ello enmarcado en una ambiciosísima prohibición de discriminación casi por cualquier motivo que pudieran imaginar los redactores: sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual, consagrada en el art. 21 de la Carta.

En principio, este fortalecimiento de la idea de tolerancia en la Unión Europea, por lo menos en el plano normativo, nos parece positivo, sobre todo en el contexto actual donde existen continuos flujos migratorios o se vive la “psicosis” terrorista derivada del 11-S. Pero paradójicamente, como veremos a continuación, esa idea de tolerancia en su dimensión político-jurídica, no está muy presente en las condiciones y procedimiento seguido para aprobar y poner en marcha las intervenciones económicas que la Unión Europea ha efectuado a alguno de sus miembros en dificultades, como Grecia, Irlanda o Portugal.

En este sentido conviene examinar, en primer lugar, el procedimiento habitualmente seguido para aprobar este tipo de intervenciones. Como expone Corti Varela³⁰,

“en materia de intervenciones, el Parlamento Europeo no tiene ninguna participación. El procedimiento se inicia a través de una carta de intenciones en la que el gobierno nacional solicita la ayuda financiera, cuyo contenido y condicionalidad se plasma a través de un ‘Memorando de entendimiento’ que junto con el anejo ‘Memorando técnico’ es aprobado por el Eurogrupo, normalmente en reunión conjunta con el Ecofin, es decir, por los ministros de Economía y Finanzas de la UE. Dicho documento, preparado por técnicos de la troika –Comisión Europea, BCE y FMI–, constituye el núcleo de la intervención y, dado su carácter eminentemente técnico, prácticamente no es discutido en el Consejo. Es más, en estas reuniones la voz cantante la tienen los países que aportan su triple AAA para las emisiones del Fondo Europeo de Estabilidad Financiera, que son quienes en definitiva financian el rescate, es decir Alemania (29,1%), los Países Bajos (6,1%), Finlandia (1,9%) y Luxemburgo (0,3%). En estos

como se definen en los Tratados” y que “los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”. Además, el Reino Unido y Polonia lograron firmar un Protocolo anexo al Tratado de Lisboa que restringía la aplicabilidad de la Carta en ambos países, en lo que sería una cláusula *opt-out* ligada principalmente a ámbitos como la legislación laboral (caso británico) o el ámbito moral (caso polaco).

³⁰ Justo CORTI VARELA, “La encrucijada de la legitimidad en el incipiente gobierno económico europeo”, p. 4.

casos, el Consejo, más que legitimar a modo de senado europeo, simplemente canaliza institucionalmente la financiación y la condicionalidad, principalmente alemana, sobre los países rescatados”.

Por tanto, el Parlamento Europeo, al que el TUE atribuye la representación de los ciudadanos de la Unión (art. 10) o el ejercicio de la función legislativa, presupuestaria y de control político (art. 14), es un convidado de piedra en una materia tan sensible como la determinación de la condicionalidad de los rescates. En el caso de los Parlamentos estatales, si se trata de los países rescatados su papel prácticamente se limita a aceptar la condicionalidad del rescate y las correspondientes medidas de austeridad (eufemismo que en la mayoría de los casos encubre importantes recortes, en gran parte de carácter social) con poco debate y cuando se produce algún intento de cambio en este statu quo –como la pretensión del entonces primer ministro griego Papandreu de convocar un referéndum que pudiera (o no) legitimar un duro plan de ajuste– los gobiernos son reprendidos o forzados a dimitir bajo la encubierta amenaza de quiebra que se derivaría de no desembolsarle la parte correspondiente del rescate³¹. Si se trata de los países prestamistas, el debate parlamentario se lleva hasta el detalle y en ocasiones se tiene que renegociar el propio rescate o su cuantía (como impuso Finlandia) para dar satisfacción al prestamista (no así al prestatario)³².

En este sentido, el profesor Weiler viene elaborando desde hace algún tiempo lo que denomina “principio de tolerancia constitucional”³³ en su aplicación a la compleja realidad de la Unión Europea. No corresponde entrar aquí en el recurrente debate acerca de la inexistencia de un *demos* europeo, que algunos autores como Grimm utilizaban para argumentar acerca de la imposibilidad de adoptar una Constitución en la Unión³⁴. Lo que apunta Weiler es que en el ámbito europeo estaríamos vinculados en ciertas esferas por normas que no reflejarían sólo la voluntad del Estado al que se pertenezca, sino que serían expresión de la agregación de los diferentes *demos* de las diversas partes que forman la Unión. O dicho de otro modo: las Constituciones y tradiciones constitucionales de cada Estado

³¹ Papandreu anunció la celebración de un referendo sobre el segundo rescate a Grecia el 31 de octubre de 2011 y hubo de desdecirse el 3 de noviembre, ante el bloqueo por parte de la Unión Europea del pago del sexto tramo del primer rescate financiero a Grecia (8.000 millones de euros) hasta que aclarara su situación política.

³² Justo CORTI VARELA, “La encrucijada...”, *op. cit.*, p. 4.

³³ Joseph H.H. WEILER, “Federalism without Constitutionalism: Europe’s Sonderweg”, pp. 68-70.

³⁴ Dieter GRIMM, “¿Necesita Europa una Constitución?”, pp. 8-15.

miembro de la Unión mantienen entre ellas una relación de tolerancia. De esta forma se genera un acervo común y también se justificaría la primacía del Derecho común, el de la Unión –a pesar de que la Unión no sería ni un Estado ni una realidad formalmente federal–. Ahora bien, esa suma de voluntades resultantes habría de respetar en todo caso, y de ahí el principio de tolerancia, la identidad propia de las comunidades menores, a las que no se trataría de asimilar o uniformar. Este planteamiento implicaría tener que aceptar políticas o instituciones de otros Estados que uno considera erradas o, como poco, no las más acertadas, y excluiría la búsqueda de la completa uniformidad y, más aún, su imposición unilateral por el más poderoso.

Y partiendo de este principio, desde nuestro punto de vista, los Memorandos de Entendimiento a Grecia o Portugal no respetan esa identidad, ese derecho a la diferencia, ese pluralismo que está en el fundamento de la idea de tolerancia. Porque el principio de tolerancia constitucional de Weiler encontraría su acomodo si las relaciones que se entablan entre las partes que operan en la Unión Europea se desarrollaran en pie de igualdad, pero la praxis de la Unión desde que comenzó la crisis muestra que la resolución última de los conflictos se basa en las asimetrías de poder y en la diferente capacidad de negociación de las partes³⁵.

Por consiguiente, aunque el Tratado de Lisboa incorpora un marco normativo que teóricamente ofrece una protección suplementaria a la tolerancia, la práctica demuestra que el respeto a la diferencia, a la diversidad y a la búsqueda de soluciones consensuadas no está en su mejor momento. No dejamos de estar ante una situación paradójica: el Tratado de Lisboa busca democratizar el sistema de toma de decisiones, generalizando la codecisión como procedimiento legislativo ordinario en el que el Parlamento Europeo esté en una situación de igualdad con el Consejo y, sin embargo, la eurocámara carece de funciones decisorias en los rescates e intervenciones financieras efectuadas a Estados miembros de la Unión. El Tratado de Lisboa reduce los ámbitos en los que es necesaria la unanimidad para favorecer la eficacia en la toma de decisiones que, a partir de ahora y en un gran número de materias, se tomarán por mayoría cualificada; pero esa mayoría cualificada, y su nueva definición a partir de criterios demográficos, otorga también un enorme poder a los dos Estados más poblados: Francia y, sobre todo, Alemania.

Además, y con independencia de la letra de los tratados, Alemania, el Estado más rico de la Unión, lleva años “imponiendo” sus tesis; imposición

³⁵ En este sentido, Juan Carlos BAYÓN, “Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea”, pp. 129-130, en las que se hace un análisis crítico del principio de tolerancia constitucional expuesto por Weiler.

no en el sentido de vulnerar los procedimientos decisorios de la propia Unión, pero sí a la hora de reducir al mínimo el ideal de integración que en su tiempo propugnaban Adenauer, Schmidt o Kohl. Como cada vez es más frecuente escuchar, parece que estamos pasando de una Alemania europea a una Europa alemana³⁶.

En esta línea, desde nuestra óptica, los Memorandos de Entendimiento suponen una traslación de las recetas alemanas ante la crisis, como si no cupiera otra solución; como si el ensayo de otra política económica –keynesiana, por ejemplo– se hubiera vuelto ilegal bajo el Derecho de la Unión Europea. Es verdad que no se puede olvidar que los germanos son los principales contribuyentes netos en los rescates financieros, pero tampoco debemos obviar que, de producirse una salida griega o portuguesa del euro, su sistema financiero (y el comercial, industrial, etc.) se vería afectado. Y por ello, la idea de tolerancia es ahora más necesaria que nunca. Porque si Grecia no cumplía en su momento las condiciones para acceder al euro, posiblemente tendría que haberse quedado fuera; pero, no habiéndose tomado entonces esa decisión, es mucho más difícil de entender cómo se le imponen unas condiciones durísimas, que al llevarse a efecto están poniendo en riesgo la cohesión social de ese país, a la par que la recesión económica continúa año tras año, con la posibilidad de que acabe afectando a la propia esperanza de vida de los griegos.

Basta con examinar el Memorando de Entendimiento de Portugal³⁷ para darse cuenta de la falta de diálogo que se percibe en él. No se trata únicamente de que Portugal tenga que hacer “ajustes” para recibir el rescate (en principio calculado en torno a los 78.000 millones de euros), que implican subidas de impuestos, privatización de empresas públicas, disminución generalizada de salarios o reducción de las prestaciones por desempleo. Portugal tiene que hacer eso y también otras cosas que afectan

³⁶ Especialmente crítico con esta evolución de la Unión Europea hacia un modelo de orientación claramente alemana se muestra el antiguo ministro alemán de Asuntos Exteriores, Joschka Fischer, quien había apuntado que “Alemania en particular –el país más grande de Europa y el más fuerte en términos económicos– parece haber resultado víctima de una amnesia histórica. La idea de que el propio interés nacional de Alemania dicta evitar todo aquello que aisle al país dentro de Europa, y que esa tarea, por ende, consiste en crear una “Alemania europea” y no una “Europa alemana”, parece haberse abandonado”, Joschka FISCHER, “¡Avanti Dilettanti!”, *El País*, 17 de diciembre de 2010, http://www.elpais.com/articulo/opinion/Avanti/Dilettanti/elpepiopi/20101217elpepiopi_4/Tes, Fecha de consulta 20 de diciembre de 2012.

³⁷ “Portugal: Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality”, disponible en: http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/mou/2011-05-18-mou-portugal_en.pdf (versión de 17 de mayo de 2011), Fecha de consulta 20 de Diciembre de 2013.

a su propia estructura institucional como Estado, como una reducción de municipios o modificar, incluso, el propio sistema de justicia portugués. Y además, cada cierto tiempo (trimestralmente), las instituciones prestatarias verificarán que Portugal cumple no sólo con los “ajustes”, sino también con los plazos, puesto que la propia condicionalidad del rescate lleva aparejados consigo plazos concretos en los que se habrán de tomar las diferentes medidas; falta de tolerancia perceptible también en el propio lenguaje imperativo del Memorando³⁸.

Curiosamente, esa condicionalidad (más de 200 condiciones para el rescate, en el caso portugués) inspirada en buena parte por Alemania, probablemente no hubiese sido consentida si la situación se hubiese dado a la inversa, a la luz de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe. Sin ir más lejos, la sentencia de dicho Tribunal sobre el Tratado de Lisboa³⁹ afirma el respeto de la identidad constitucional como límite a la primacía del Derecho de la Unión Europea, erigiéndose en garante tanto de ciertos límites en el ejercicio de las competencias por parte de la Unión como de un núcleo duro de la identidad constitucional alemana intangible para el Derecho europeo y que éste ha de respetar⁴⁰.

En suma, los Memorandos de Entendimiento no parecen entender de tolerancia. Por ello resulta oportuno recordar que Rawls decía que

“si los pueblos liberales exigen que todas las sociedades sean liberales y se impongan sanciones políticas a las que no lo son, entonces a los pueblos no liberales decentes, si es que los hay, se les negará el respeto debido”⁴¹,

³⁸Mandatos categóricos y muy detallados, que no respetan no ya la soberanía, sino tampoco la identidad, aparecen con frecuencia en el Memorando, como por ejemplo: “The Government will review the Code of Civil Procedure and prepare a proposal by end-2011 addressing the key areas for refinement, including (i) consolidating legislation for all enforcement cases before the court, (ii) giving judges the power to expedite cases, (iii) reducing administrative burdens on judges, and (iv) enforcing statutory deadlines for court processes and in particular injunction procedures and debt enforcement and insolvency cases”, *ibídem*, p. 33.

³⁹Véase sentencia de 30 de junio de 2009, disponible en la página web del Tribunal Constitucional alemán, <http://www.bundesverfassungsgericht.de> en la que existe una versión en español. La orientación jurisprudencial germana de aceptar la compatibilidad de los tratados europeos con la Ley Fundamental de Bonn, manteniendo ciertas “líneas rojas”, ya se había dado en la sentencia Brunner y otros contra el TUE, de 12 de octubre de 1993, sobre la ratificación del Tratado de Maastricht, en la que el Tribunal Constitucional rechazó que la Unión tuviera una competencia sobre las competencias, y en cierta medida vuelve a estar presente en su sentencia de 12 de septiembre de 2012 sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad.

⁴⁰Luis MÍGUEZ MACHO, “La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de junio de 2009, sobre el Tratado de Lisboa”, pp. 121-122.

⁴¹John RAWLS, *El derecho de Gentes y Una revisión de la idea de razón pública*, p. 74.

añadiendo que

“esta falta de respeto puede herir la autoestima de los pueblos no liberales decentes como pueblos y la de sus miembros individuales, y puede generar amargura y resentimiento”⁴².

La postura de Rawls es muy interesante, porque aunque él defiende la formación de una sociedad de naciones básicamente democráticas y constitucionales, sin excluir la posibilidad de intervenciones armadas en casos muy graves en los que llama *outlawstates*⁴³, admite respetar a los Estados no completamente liberales siempre que sean decentes. Si esta tolerancia se predica cuando lo que está en juego es tan grave como la democracia constitucional liberal, ¿cómo no se ha de predicar cuando se trata de políticas económicas, mucho más expuestas al pluralismo y mucho más dependientes de las legítimas preferencias? Aunque la teoría de Weiler y la de Rawls no tienen en principio mucho que ver, ambas coinciden en que muestran eso, tan frecuente entre los anglosajones, que es la capacidad para integrar sin uniformar y el respeto por la identidad de cada pueblo aunque forme parte de una comunidad política superior, sean los Estados Unidos, el Reino Unido, el Imperio Británico o la Commonwealth.

Convendría, pues, corregir el lenguaje de estos Memorandos para evitar caer en la sensación de que se está ante un producto impuesto; y sería conveniente flexibilizar su contenido, al menos en aquellos aspectos que pudieran ser más sensibles al núcleo duro de la “soberanía” portuguesa (o griega, o irlandesa); y ello no porque queramos defender la soberanía estatal o la pervivencia de los modelos clásicos e inmutables de Estados-nación, lo que en la globalizada sociedad actual resulta imposible, aun sin los rescates, sino porque podemos estar ante un problema que afecte a la legitimidad, y en este ámbito la Unión Europea no está precisamente sobrada. Porque de los tres tipos de legitimidad weberianos –racional, tradicional y carismática⁴⁴– las comunidades políticas que se construyen sobre la base del “Imperio del Derecho” deben cumplir, como mínimo, con la legitimidad racional derivada del respeto a las normas jurídicas adoptadas a través de un procedimiento formalmente correcto. Pero, además, en el contexto actual, no es suficiente esa legitimidad formal, sino que es necesario que la ciudadanía intervenga en la elaboración de las normas que les afectan⁴⁵. Y esta dimensión no se percibe, a nuestro juicio, en los

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*, en especial § 10.3, sobre los derechos humanos en esos Estados.

⁴⁴ Max WEBER: *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*.

⁴⁵ Justo CORTI VARELA: “La encrucijada...”, *op. cit.*, pp. 3-4.

referidos “Memorandos de Entendimiento”, a pesar de que históricamente una parte del origen del constitucionalismo esté ligada al principio no *taxation without representation*: es decir, exigencia de participación en aquellas normas que impongan cargas fiscales, de la que derivaría un derecho de participación en los asuntos públicos. Percepción que difícilmente puede tener hoy en día un ciudadano griego o portugués. Incluso el presidente del gobierno español, Mariano Rajoy, cuyo ejecutivo ha solicitado una ayuda económica teóricamente limitada al sector bancario, ha reconocido, en una comparecencia parlamentaria para explicar los resultados del Consejo Europeo de 28 y 29 de junio de 2012, que

“los españoles hemos llegado a un punto en que no podemos elegir entre quedarnos como estamos o hacer sacrificios. No tenemos esa libertad”⁴⁶.

Dicho de otra manera: estamos ante un gobierno elegido democráticamente que asume que no tiene margen para decidir cuál ha de ser su política económica, porque los criterios para desarrollar esa política proceden de otra instancia que los ciudadanos no han elegido, al menos directamente.

V. Conclusión

Este modesto trabajo no pretende desarrollar todos los aspectos de la idea de tolerancia, ni siquiera acotando el término a su dimensión más propiamente jurídico-constitucional. Lo que busca es poner en valor la necesidad de respeto por la opinión de los demás, por la identidad del otro, aunque no se compartan sus posicionamientos. Poner en el centro del “tablero” la necesidad de respeto mutuo y de aceptar la diferencia, no ya sólo por razones éticas, sino también porque es lo que el sentido común nos encamina a hacer. Ahora bien, esa aceptación de lo diferente no puede ser entendida en ningún caso como indiferencia.

En el plano constitucional, esta idea o actitud de tolerancia puede facilitar el funcionamiento de un modelo territorial compuesto por diversos Estados miembros no uniformes que se disponen en varios niveles que no son idénticos, como ha venido siendo hasta ahora la praxis de la actual *multilevel governance* en la Unión Europea. Y para eso son aplicables los principios de diálogo y respeto mutuo, o el de aceptación de la diversidad, que hemos mencionado. Principios que, a nuestro juicio, no están presentes en la manera de resolver la actual crisis económica ni, se-

⁴⁶ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, p. 12.

ñaladamente, en los Memorandos de Entendimiento que se han adoptado para transferir ayuda financiera a algunos Estados de la Unión Europea en dificultades (como Grecia, Irlanda o Portugal). Esta ausencia de tolerancia puede producir desazón (y de hecho así viene sucediendo) entre la población de estos Estados e, incluso, una sensación de total falta de legitimidad de los poderes públicos en los diferentes niveles. Un ciudadano portugués elige por sufragio universal su Parlamento, pero éste últimamente se viene convirtiendo (con matices) en un delegado de un poder supranacional. No se trata de que la tradicional conceptualización de los Estados-nación esté en cuestión, si bien es cierto que la forma actual de entender la soberanía estatal, al menos en la Unión Europea, poco tiene que ver con la vieja concepción bodiniana o, menos aun, hobbesiana. Se trata de que esa falta de soberanía del Parlamento griego o portugués no es trasladada al Parlamento Europeo o a otra institución investida con credenciales democráticas. No, la Eurocámara no tiene decisión en materia de rescates financieros; es más, el rescate bancario por el que la Unión Europea ponía a disposición de España hasta 100.000 millones de euros para sanear su sector bancario (haciendo uso, en principio, de aproximadamente un tercio), ha sido aprobado en el Bundestag alemán, pero no en el Congreso de los Diputados español ni en el Parlamento europeo. Y el resto de instituciones europeas, con un mecanismo de elección indirecto y legitimidad cuestionable, parecen aceptar los criterios de los llamados “Estados contribuyentes netos” (como Alemania), lo que podría llegar a entenderse si existiera un respeto hacia la identidad y singularidad de aquel que está en dificultades. Pero, lamentablemente, de momento no percibimos ese respeto y generosidad basados en el sentido común y en la proporcionalidad; por eso, muy a nuestro pesar, creemos que hay indicios de que parecen correr malos tiempos para la tolerancia.

Bibliografía

- BAYÓN, Juan Carlos, “Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea”, en *Anuario de filosofía del derecho*, N° 24, Valencia, 2007.
- CORTI VARELA, Justo, “La encrucijada de la legitimidad en el incipiente gobierno económico europeo”, en Real Instituto Elcano, Madrid, ARI 57, 2012.
- D’ORS, Álvaro, “Liberalismo moral y liberalismo ético”, en *Razón Española*, N° 75, Madrid, 1996.
- FISCHER, Joschka, “¡Avanti Dilettanti!”, en *El País*, 17 de diciembre de 2010, disponible en: http://www.elpais.com/articulo/opinion/Avanti/Dilettanti/elpepiopi/20101217elpepiopi_4/Tes, Fecha de consulta 20 de diciembre de 2012.

- GREGORY, Brad, *The Unintended Reformation: How a Religious Revolution Secularized Society*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2012.
- GRIMM, Dieter, “¿Necesita Europa una Constitución?”, en *Debats*, N° 55, Valencia, Alfons el Magnànim, 1996.
- LIMA TORRADO, Jesús, “Significado de la tolerancia en la Constitución de la Unión Europea como instrumento jurídico de integración social en el contexto de una convivencia pluricultural”, en *Gloobal*, N° 7, Madrid, 2006.
- LOCKE, John, *Carta sobre la tolerancia*, Madrid, Tecnos, 1991.
- MANSEL, Philip, *Constantinople, City of the World's Desire, 1453-1924*, London, John Murray, 1995.
- MARIAS, Julián, *Una vida presente. Memorias*, Madrid, Páginas de Espuma, 2008.
- MELVILLE, Herman, *Moby Dick o la ballena*, Almería, Ediciones Perdidas, 2007 (original de 1851).
- MÍGUEZ MACHO, Luis, “La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de junio de 2009, sobre el Tratado de Lisboa”, en Pereira Menaut (coordinador), Míguez Macho, Martínez Arribas y Arias Balsa, *Código Constitucional de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Andavira, 2011.
- POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós, 1994 (original de 1945).
- RAWLS, John, *El derecho de gentes y Una revisión de la idea de razón pública*, Barcelona, Paidós, 2001 (original de 1999).
- STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1996 (original de 1859).
- TORRES DEL MORAL, Antonio, *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Madrid, Universitas, 2012.
- TORRES RUIZ, José Ramón, “El concepto de tolerancia”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 48, Madrid, 1985.
- VALADÉS, Diego, “Consideraciones acerca del régimen constitucional de la tolerancia”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 97, México D.F, 2000.
- VOLTAIRE, *Tratado de la Tolerancia*, Barcelona, Grijalbo, 1976 (original de 1767).
- WEBER, Max, *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984 (original de 1922).
- WEILER, Joseph H.H., “Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg”, en Kalypso NICOLAIDIS y Robert HOWSE (eds.), *The Federal vision: Legitimacy and levels of Governance in the US and the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

LA ASISTENCIA RELIGIOSA CATÓLICA EN LAS FUERZAS ARMADAS DE ARGENTINA, BRASIL Y CHILE

THE CATHOLIC RELIGIOUS ASSISTANCE IN THE ARMED FORCES OF ARGENTINA, BRAZIL AND CHILE

*Jorge Enrique Precht Pizarro**

Resumen

El presente artículo entrega una síntesis del régimen jurídico de la asistencia religiosa católica a los miembros de las Fuerzas Armadas en Argentina, Brasil y Chile, abordando su actual problemática para el derecho eclesiástico estatal y canónico.

Palabras claves: asistencia religiosa católica, Fuerzas Armadas, derecho eclesiástico del Estado, derecho canónico.

Abstract

This article provides a summary of the catholic religious assistance legal regime for the armed forces in Argentina, Brazil and Chile. It addresses the current problems for the state ecclesiastical legal order and for canonical law.

Keywords: Catholic religious assistance, Armed Forces, Ecclesiastical law of the State, Canonic law.

1. Acotaciones preliminares

- La asistencia religiosa supone que la persona asistida se encuentra en un régimen estatutario de “sujeción”. Ello es particularmente claro en las Fuerzas Armadas. Los derechos constitucionales, entre ellos la libertad religiosa, no desaparecen, pero se ejercen en un

* Doctor en Derecho. Profesor Titular en Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 18 de enero 2012 y aprobado para su publicación el 5 de marzo de 2013. Correo electrónico: jorgeprecht@gmail.com.

marco de derechos y obligaciones propias de los militares. En este caso, la persona aceptó voluntariamente este marco especial, salvo en el evento del servicio militar obligatorio –que es una carga pública– y los actos de movilización que decreta el Estado sea en caso de guerra, sea en estados de excepción constitucional.

- La asistencia religiosa procede cuando el demandante de dicha prestación tiene serias dificultades para acceder a su entidad religiosa a través de los medios pastorales normales.
- La asistencia religiosa forma parte esencial del ejercicio de la libertad religiosa. La libertad religiosa agrupa una serie de derechos individuales y colectivos de las entidades religiosas.
- La asistencia religiosa es un derecho que es parte de la figura del Estado Social de Derecho, puesto que el Estado debe “remover obstáculos” y “promover el libre ejercicio” de los derechos humanos en general y de los derechos constitucionales en especial.
- Debe distinguirse el concepto genérico de asistencia que presta el Estado a las iglesias y sus creyentes del concepto estricto y restringido, el que supone personas en régimen jurídico de sujeción.
- Puesto que la libertad religiosa es a menudo ejercida colectivamente, el Estado no puede ser indiferente al hecho que el militar ha sido separado de su comunidad eclesial de origen. Esto lo remedia la asistencia religiosa estableciendo relaciones propias del militar.
- La asistencia religiosa debe ser distinguida de conceptos como la asistencia social y la asistencia espiritual, que podría darse también al contingente no creyente en especial en situaciones de combate.
- La asistencia religiosa a miembros de las Fuerzas Armadas puede ser prestada de diferentes maneras: el *modelo de integración orgánica*, que supone que los capellanes son oficiales sometidos al régimen legal y disciplinario militar; el *modelo de contratación*, que supone un acuerdo con el capellán o agente pastoral en régimen de empleado civil o a honorarios; el *modelo de libre acceso* de los capellanes y agentes pastorales a los establecimientos castrenses y el *modelo de prestación ad extra de la asistencia religiosa*, con permisos y otras facilidades fuera del establecimiento militar y en los locales propios de la entidad religiosa. Lógicamente puede existir una combinación de estos modelos.
- La asistencia religiosa plural con modelos diferentes para miembros de distintas confesiones no es necesariamente contraria al

principio de igualdad ante la ley. Ello puede deberse a razones históricas, al número de militares que pertenecen a un credo o religión, al régimen estatal de reconocimiento de la entidad religiosa, a las creencias mismas, a veces parcialmente incompatibles con los deberes militares, etc. En efecto, puede haber un trato diferenciado que no constituya una diferencia arbitraria.

- La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas no es contraria al principio de laicidad, porque un laicismo abierto no es opuesto a la libertad religiosa.
- La asistencia religiosa es parte de una concepción del bien común que es construido en una colaboración de entes privados y públicos, respetando los principios de solidaridad y subsidiariedad.
- El proselitismo que no sea coactivo ni agresivo es compatible con el régimen de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, pero todo proselitismo se encuentra limitado por las peculiaridades castrenses y el hecho que las entidades religiosas actúan previa demanda en la asistencia religiosa, pero no promueven determinada religión¹.

¹Para la profundización de este tema el libro clásico es el de José María CONTRERAS MAZARIO, *Régimen Jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*.

Puede consultarse con fruto: Luis ÁLVAREZ PRIETO I., “La Libertad religiosa como derecho fundamental y la garantía de su ejecución aplicado al ámbito castrense”, páginas 17 y siguiente; Luis ÁLVAREZ PRIETO y María Del Pilar ÁLVAREZ MORENO, “La evolución jurisprudencial respecto al ejercicio del derecho a la libertad religiosa en el ámbito castrense”, páginas 123 y siguientes; Álvaro GIRALDEZ DEIRO, “Consideraciones sobre la reforma del régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas”, páginas 165-185; Juan José HERBON COSTAS, “Libertad ideológica y religiosa en las Fuerzas Armadas”, páginas 235 a 262; Santiago PRIETO, “El servicio de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas”, páginas 663-693; David BLANQUIER, *Los valores militares, la libertad de pensamiento y la libertad religiosa*, páginas 351 y siguientes; Antonio INGOGLIA, “Lo stato giuridico del personal addetto all’assistenza spirituale nelle forza armate: Riflessioni e prospettive”, páginas 722 a 735; Eduardo BAURA, “Uficio di ordinario militare. Profeli guiridice”, páginas 385 a 418; Silvia MESEGUER VELASCO, “Aspectos del sistema de financiación de la Iglesia Católica en los Estados Unidos”, páginas 709 a 723; PONTIFICAL COUNCIL FOR JUSTICE AND PEACE CONGREGATION FOR BISHOPS, “Humanitarian Law and Military Chaplains International: Course for formation of catholic military chaplains into humanitarian law. Rome”; Jorge Enrique PRECHT PIZARRO, “Asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas y de Seguridad Pública”, página 32; Jorge Enrique PRECHT PIZARRO, “Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y en las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública”; Jorge Enrique PRECHT PIZARRO, “La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el derecho comparado” páginas 135 a 148. El mejor libro que conozco sobre los Ordinariatos Castrenses es el Torbjon OLSEN, *Die Natur des Militarordinariats*, Duncker&Humbolt, Berlín. También puede consultarse con fruto la obra de Francesco Agostino PUGLIESE, *Storia e la legislazione sulla cura spirituale alle Forze Armate*, Roma 1956.

2. Sistema general de la prestación religiosa católica en las Fuerzas Armadas

Como es sabido la Iglesia Católica es una y se encuentra fuertemente centralizada en torno al Soberano Pontífice y a la Santa Sede.

De allí que exista un marco normativo general constituido por la Bula “*Spirituali Militum Curae*” (1986) de Juan Pablo II, que creó los “*Ordinarios Castrenses*” (que no son diócesis ni iglesias particulares). Sin embargo, cada *Ordinario Castrense* tiene un reglamento y estatuto propio según los distintos países.

La “*Spirituali Militum Curae*” define a estos *Ordinarios* como “*circunscripciones eclesiásticas peculiares que se rigen por estatutos personales*” y los asimila a una diócesis personal no territorial. Según las Estadísticas del Anuario Pontificio 2012, existen nueve *Ordinarios Militares* en América del Sur: Argentina (8 de junio de 1957); Bolivia (19 de marzo de 1961); Brasil (6 de noviembre de 1959); Chile (3 de mayo de 1910); Colombia (13 de octubre de 1949); Ecuador (30 de marzo de 1983); Paraguay (20 de diciembre de 1961); Perú (15 de mayo de 1943); Venezuela (31 de octubre de 1995).

El total de los *Ordinarios Castrenses* en el mundo es de treinta y seis; tres en África; trece en las Américas, tres en Asia, quince en Europa y dos en Oceanía.

Ello no significa que no se preste asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas en los otros países, pero se lo hace desde las diócesis territoriales y normalmente sin integración orgánica.

3. La asistencia religiosa católica en la república Argentina

3.1. RÉGIMEN JURÍDICO

El régimen a analizar se refiere únicamente a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Seguridad otrora militarizadas (Gendarmería Nacional y la Prefectura Naval). Históricamente, bajo el régimen de Patronato y en el Virreinato del Río de la Plata, ejercía las funciones de Vicario General Castrense, el Obispo de Buenos Aires como Teniente Vicario General. En la Independencia y por leyes del 28 de junio y del 23 de julio de 1813 se creó una “*Vicaría Castrense*”, enteramente separada de las autoridades eclesiásticas. La designación de capellanes era hecha por los obispos territoriales correspondientes, en el ámbito canónico.

A contar de 1957, se celebró un acuerdo entre la República Argentina y la Santa Sede, firmado el 28 de junio de 1957, ratificado por Decreto Ley N° 7623/57 y convalidado por la Ley N° 14.467, Boletín oficial de 29 de septiembre de 1958. Este acuerdo es el primer instrumento bilateral firmado entre la Santa Sede y la Argentina.

El modelo creado es de “integración orgánica de naturaleza concordatoria o pacticia, centralizada, destinada exclusivamente a la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas”.

Esta normativa debe ser completada con el Decreto Ley 12.958, de 1957, que creó el “sistema orgánico del Vicariato Castrense”.

Concuerdo plenamente con De Ruschi respecto de la naturaleza pacticia del Obispado Castrense (el Estado lo solicita y la Santa Sede lo erige)². Conforme al art. 33 del Código Civil de la República Argentina tanto el Vicariato Castrense como luego el Obispado Castrense gozan de personalidad jurídica pública no estatal. Como Vicariato Castrense se rigió por la Instrucción Solemne “Semper” de la Congregación Consistorial y a partir de 1992 por la “*Spirituali Militum Curae*”, lo que no afectó el Acuerdo. En efecto, la Constitución Apostólica de 21 de abril de 1986 es contenida en las Notas Reversales intercambiadas el 21 de abril de 1992. La dependencia del Vicario del Presidente de la República es en “...el orden militar y jurídico”.

Ahora bien, el Vicariato Castrense ha absorbido a los capellanes de la Prefectura Naval y de la Gendarmería Nacional mientras estuvieron militarizadas por la Armada y el Estado respectivamente.

El artículo IV del Acuerdo de 1957 establece que el nombramiento del Vicario Castrense se efectuará “previo acuerdo” del Presidente de la República, lo mismo que el obispo auxiliar (si lo hubiere). Ambos deben ser argentinos.

De Ruschi sostiene ajustadamente que razones de seguridad militar, estratégicas e incluso estrictamente patrióticas permiten sostener que existe un razonable interés de parte del Estado para pactar esas condiciones, que por otra parte la misma Santa Sede ha consentido sin protestar ni considerarlas lesivas.

El autor cree que algunas de estas consideraciones –muy marcadas por las doctrinas del *Ius Publicum Ecclesiasticum* post conciliar– llevan necesariamente a considerar que la Iglesia queda sujeta al derecho común.

Al mismo tiempo se dispuso que habría un Capellán Mayor en cada una de las fuerzas. La Curia Castrense, por disposición concordataria, debe

² DE RUSCHI, Luis María, *La Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y de Seguridad en la República Argentina*.

tener asiento en la ciudad de Buenos Aires. Su correlato administrativo es la “Oficina Central del Obispado Castrense”, que forma parte de la Presidencia de la Nación. Conforman la Curia, o mejor dicho la Oficina Central del Obispado Castrense, el Obispo Castrense, el Obispo Auxiliar o Vicario Castrense, el Secretario General Castrense, el Asesor Eclesiástico, el Coordinador Administrativo y los tres Secretarios Notarios. La Curia Canónica se rige por los Estatutos del Obispado Castrense, aprobados en Roma por la Congregación para los Obispos del 13 de noviembre de 1998.

Existen tres tipos de capellanes:

- a) Capellanes con estado y grados militares;
- b) Capellanes Castrenses, incorporados como personal civil de la Fuerza respectiva; y
- c) Sacerdotes auxiliares, todos ellos regidos por un Reglamento Conjunto.

La Armada obtuvo que sus capellanes tuvieran uniforme y grado militar, por decreto del Presidente Lanusse, dictado en los últimos días del gobierno de facto que él encabezaba. Ello “ad experimentum” por cinco años, pero se ha mantenido vigente hasta el presente.

Existe una equivalencia protocolar y remuneratoria conforme al tiempo de servicio en la Fuerza. El artículo XIII del Acuerdo prevee que en situación de revista de los sacerdotes en caso de movilización general ellos prestan el servicio militar en forma de asistencia religiosa. Los religiosos prestarán servicios en las capellanías o en organizaciones sanitarias. A fines protocolares, al Vicario Castrense se le dio tratamiento equivalente a general, a los capellanes mayores a coronel y a los capellanes a capitán.

Existe un sistema de comunicación entre el Obispo y las autoridades civiles, a saber: si algún capellán debiere ser sometido a procedimiento penal o disciplinario

“la autoridad militar, pondrá en conocimiento de todo al Obispo Castrense y dispondrá, de acuerdo con el mismo Obispo, que la sanción se cumpla en el mismo lugar y forma más conveniente”.

Si el Obispo Castrense suspendiere o destituyere por causas canónicas a un Capellán, deberá comunicar la providencia tomada al Ministerio correspondiente, que le declarará en disponibilidad, en el primer caso, o procederá a la baja en el segundo.

Argentina estableció una inteligente solución para la aplicación de la Constitución Apostólica “*Spirituali Militum Curae*”. Existiendo el acuerdo de 1957, era lógico que éste debía ser modificado para armonizarlo con la nueva regulación canónica. Si bien es extraña la demora de la Santa Sede

por varios años, ella se explica por su temor al proceso de ratificación. La solución lograda a través de intercambio de notas reversadas fue, sin embargo, feliz, lo que se produjo el 21 de abril de 1992. Con todo, y con justa razón, Navarro Floria señala algunas anomalías:

- a) que el Obispado Castrense de la República Argentina es un Ordinariato jurídicamente equiparado a diócesis, si bien el Decreto 1526/92, del 24 de agosto de 1992, hablará que lo es para los efectos del “rango y dignidad” y “a los efectos civiles y administrativos”.
- b) que estrictamente hablando, el Obispado Castrense pasa a ser una persona jurídica pública en los términos del artículo 33 del Código Civil, pese a que el organigrama estatal lo considera carente de personalidad jurídica, ya que entiende que es parte de un organismo centralizado,
- c) que continúan los capellanes de Fuerzas de Seguridad bajo el Obispado Castrense.

Pero es también un acierto que el acuerdo modificatorio de 1992 haga expresa referencia a que se aplican al Obispado Castrense el Código de Derecho Canónico de 1983 y la Constitución Apostólica “*Spirituali Militum Curae*” de 1986.

Cabe hacer notar que a pesar que el Acuerdo es de 1957, tan sólo desde 1982 existe un Obispo con dedicación exclusiva al Vicariato Castrense.

Por último es preciso consignar que el Acuerdo primitivo de 1957 en su art. XIII dispone la exención del servicio militar a clérigos y religiosos. Y que la Ley 17.531 lo extendió al personal apostólico de otras confesiones religiosas³.

3.2. PROBLEMAS EN LAS RELACIONES DE LA SANTA SEDE, EL OBISPADO CASTRENSE Y LOS GOBIERNOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Si bien el marco jurídico de la asistencia religiosa católica en la República Argentina está bien logrado, las cosas no siempre han sido fáciles en la práctica, pero ello ha sido producto de los hombres y las circunstancias y no del derecho.

Señalaré tres situaciones críticas o de tensión:

- a) Los golpes militares y los gobiernos de facto con sus políticas de seguridad nacional y de lucha antiterrorista y antisubversiva colocan siempre a los Obispos Castrenses y a los capellanes en situaciones muy complicadas y a veces límites.

³ Pero a ello se agrega una notable sentencia: CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE LA PLATA –Sala II– 19/07/2007, caso “Folgueras, Ramón Carlos, con Armada Argentina, indemnización por despido”, con un detallado y lucido voto del doctor Leopoldo H. Schiffen, que es de lectura obligada.

No es el caso en este artículo abordar tamaño tema, donde no entraré por ahora. Son problemas que dividen por décadas a las poblaciones latinoamericanas.

Norberto Padilla ha notado al respecto que la actuación del entonces Vicariato durante el régimen militar no estuvo exenta de polémicas, lo que lo hizo vulnerable social y políticamente una vez restaurada la democracia. Incluso en ámbitos católicos se cuestionó la ambigüedad de la dependencia militar –gubernamental– eclesiástica⁴.

- b) El conocido nombramiento del Arzobispo de Buenos Aires, sin la anuencia de las autoridades civiles, como Administrador Apostólico “sede vacante”, del Vicariato Castrense, violó el Acuerdo de 1957. Ignoro las razones de la Santa Sede para actuar de esa manera. La cordura primó y mediante el decreto N° 1164/2001, la República Argentina concedió post facto el “previo acuerdo”. La cláusula “*nisi aliter ab Apostólica Sede provisum fuerit*” argumentada por De Ruschi debe conciliarse con el “*pacta sunt servanda*”.
- c) Por último debo mencionar el conflicto del Obispo Castrense Monseñor Antonio Baseotto. De todo el material examinado tomaré como línea central el trabajo del doctor Alberto M. Sánchez (2005), que me fuera gentilmente proporcionada por el autor, no olvidando los aportes de Juan Navarro Floria (2005) y de Roberto Bosca (abril 2008).

Para un observador extranjero el conflicto se generó por el celo del Obispo Castrense y fue avivado por las autoridades argentinas, actuando fuera del ámbito jurídico y por razones políticas.

El Ministro de Salud se pronunció en una entrevista en un matutino del Gobierno favorable a despenalizar el aborto (el 14 de febrero de 2005). El 17 de febrero el Obispo Castrense se dirigió al Ministro, aludiendo no sólo al aborto, sino específicamente a la campaña de entregar preservativos a los jóvenes, y dijo claramente: “cuando usted repartió públicamente profilácticos a los jóvenes, ¿recordaba el texto del Evangelio donde Nuestro Señor afirma que “los que escandalizan a los pequeños merecen que le cuelguen una piedra de molino al cuello y lo tiren al mar” (Mt 18,6)?

Padilla califica que la cita evangélica fue usada de manera imprudente. Uno se pregunta si el Obispo Castrense siendo Subsecretario de Gobierno dirigiéndose a un Ministro de Estado de una cartera distinta de la de Defensa Nacional, no pudo encontrar un medio menos conflictivo, pero ello quedará en la conciencia pastoral del obispo. La carta se

⁴ PADILLA, Norberto, *Los Acuerdos entre la República de Argentina y la Santa Sede* (Inédito).

hizo pública y el Jefe de Gabinete Alberto Fernández expresó que sus dichos se convirtieron en una alegoría con connotaciones muy fuertes en la Argentina, ya que se vincularon a los llamados “vuelos de la muerte”, ocurridos durante el último gobierno de facto. Ignoro las razones que tuvo el gobierno argentino para hacer tan peregrina asociación.

La Santa Sede apoyó a Monseñor Baseotto y señaló la inexistencia de causales canónicas para removerlo por los motivos aducidos por el Gobierno Nacional.

Por decreto 220/2008 (B.O. 21/03/05) se privó al interesado de su remuneración, y aun más, se “retiró” el acuerdo por el cual había sido designado Obispo Castrense. Ello viola el Acuerdo de 1957 modificado en 1992, así como el Acuerdo de 1900, por cuanto su artículo 4 prescribe: “El Vicario Castrense será nombrado por la Santa Sede previo acuerdo con el señor Presidente de la República Argentina”. Es evidente que si se quiere remover al Obispo Castrense debe producirse también un acuerdo. Por ello, a menos que se denuncie el Concordato no hay posibilidad de proceder unilateralmente. Viola finalmente el acuerdo suscrito entre la Santa Sede y la República Argentina el 10 de octubre de 1966, aprobado por Ley 17.032 (23 del 11 de 1996), que dispone, en su artículo III que “todo lo relativo al Vicariato Castrense continúa rigiéndose por la Convención del 28 de junio de 1957⁵.

Por último, el Gobierno apoyó una investigación criminal contra Monseñor Baseotto⁶, en la cual el imputado fue sobreseído.

La situación se mantiene hasta el presente y no existe hoy por hoy Obispo Castrense en Argentina.

3.3 CUESTIONES PENDIENTES

- a) Creo que es necesario precisar que el Acuerdo de 1957 se aplica sólo a los miembros militares católicos. No lo dice expresamente, pero la libertad religiosa está consagrada en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional de acuerdo con el artículo 75, inciso 22, de la Constitución (texto de 1994). Por tanto, en principio no habría obstáculo a la prestación de Asistencia Religiosa a no católicos.

⁵En el enjundioso estudio del decreto 220/2005, del doctor Alberto SÁNCHEZ, “La Cuestión del Obispado Castrense”, se abunda en estas razones para sostener la nulidad absoluta de derecho público, por carecer de causa, motivación y finalidad de acuerdo a las disposiciones de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos y por alterar el orden de prelación de las normas jurídicas. Me remito a su completo estudio.

⁶JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N°1 - Secretaría N° 2 - 08/07/2005: C2 281/05 Baseotto Antonio s/Apología del Crimen.

- b) El Acuerdo de 1957 no preveía la existencia de militares mujeres y hablaba de “los militares y sus esposas”. No hay aquí cuestión pendiente: las mujeres católicas que son militares y sus familias caen dentro de la competencia del Obispado Castrense.
- c) Sí existe un problema en extender su jurisdicción a “los militares retirados y sus familias”, como lo hace el Estatuto del Obispado Castrense. Juan Gregorio Navarro Floria apunta que este Estatuto no fue aprobado como tal por el Gobierno Nacional, pero sí admitido como normas del Obispado por el Reglamento del Obispado Castrense, aunque aprobado por la Resolución 29/23 del Ministerio de Defensa y la posterior que la reemplaza.
- d) Concuero con don Juan Gregorio Navarro Floria en que la tendencia actual es que los capellanes no tengan estado y grado militar, sino que siendo civiles, tengan una equiparación protocolar y a los fines administrativos y de remuneración. Es cierto que es una figura heredada, pero tiene una larga historia en las capellanías militares y corresponde a una cuestión de acuerdo entre Iglesia y Estado, pero el ser empleados civiles favorece la prestación de servicios religiosos por entidades no católicas.
- e) Parece asimismo del todo justa la observación que la forma de dar una coherencia administrativa es vincular al Obispo y a los Capellanes con las Fuerzas a cuyo miembro sirven, que establecen derechos y obligaciones recíprocos incluyendo la forma de remuneración de los capellanes.
- f) La remoción del Obispo Castrense debe hacerse de común acuerdo y no existiendo acuerdo, no cabe la actuación unilateral. La vía está señalada en el Acuerdo de 1966:

“en el caso de que hubiera observaciones u objeciones por parte del Gobierno argentino... las Altas Partes contratantes buscarán las formas apropiadas para llegar a un entendimiento. Asimismo resolverán amistosamente las eventuales diferencias que pudieren presentarse en la interpretación y aplicación de las cláusulas del presente acuerdo”.

4. Asistencia religiosa católica en las Fuerzas Armadas de Brasil

La atención espiritual por la Iglesia Católica de las Fuerzas Armadas en el Brasil⁷ es de larga data y es continuadora de la labor homónima en

⁷ Debo esta parte del análisis a la ponencia de Adam Kowalin presentada en el coloquio del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa sobre el tema, Buenos

Portugal, desde los tiempos de los monjes soldados, las órdenes militares y la fundación del Condado de Portugalensis en la lucha contra los moros. En la expedición de Cabral iban sacerdotes diocesanos y franciscanos.

Se distinguen tres periodos: (a) Colonia e Imperio (b) República (c) Período Contemporáneo.

- a) En este periodo encontramos sacerdotes prestando asistencia religiosa en todas las campañas, en especial contra los holandeses y franceses. El 24 de mayo de 1741, el Aviso Regio señala que los capellanes son verdaderos párrocos, sometidos a visita episcopal. Entre 1824 y 1831, ya existía el cargo de capellán mayor, con uniforme y con orientaciones para que la regulación dada a los capellanes menores fuera adecuada.

A mediados del siglo XIX, aprobó el Gobierno Imperial el Reglamento de la “Repartición Eclesiástica del Estado” con diversos tipos de capellanes en un número total de veinticuatro. Se destacan las campañas de Uruguay y Paraguay y la guerra contra Paraguay. Más adelante el Servicio Religioso fue reformado y titulado “Cuerpo Eclesiástico del Ejército”, pero subordinado a los obispos diocesanos, con uniforme y grados.

- b) El Servicio Religioso durante la República continuó, pero el 30 de junio de 1890 fue suprimido el “Cuerpo Eclesiástico” y jubilados los capellanes que contasen con 25 años de servicio con sueldo integral y debido respeto a la legislación vigente, como consecuencia de la separación del Estado y la Iglesia. Con todo, ocasionalmente, hubo peticiones de asistencia religiosa en hospitales militares y operaciones castrenses, por ejemplo, en la Revolución de 1930 y en el Movimiento Constitucionalista de 1932.

Asimismo, en la Escuela Militar se organiza una Conferencia de San Vicente de Paul, que posteriormente funda la Unión Católica de Militares, aún existente.

En el marco de su participación en la Segunda Guerra Mundial, en el Ejército de Brasil se crea el “Servicio de Asistencia Religiosa”, orgánico a la División de Infantería Expedicionaria (Decreto Ley N° 6536, de 25 de mayo de 1944), con una regulación minuciosa. Los capellanes pertenecen al círculo de Capitanes y el Capellán a los oficiales superiores. Los capellanes son tenientes primeros, pero debían cesar entre dos y cuatro meses desde

Aires, 2008 (inédito). Tengo en consideración sobre la Iglesia Católica en el Brasil los siguientes libros: Thomas C. BRUNEAU, *The political transformation of the brazilian Catholic Church*. Utilizo igualmente Michel SCHOOYANS, *Destin du Brasil*.

el regreso de las unidades componentes de la Fuerza Brasileña Expedicionaria. Se imita el modelo norteamericano del servicio religioso. Los capellanes se destacan por su solicitud, en especial Fray Orlando (Antonio Alves da Silva), inolvidable para quienes llegaron a conocerlo. Fray Orlando parece como víctima de un tiro accidental cuando se dirigía al combate de Monte Casino a fin de dar asistencia a los soldados del 11° de Infantería⁸.

- c) El Servicio de Asistencia Religiosa, empero, se prolongó por Decreto Ley N° 8921, de 26 de enero de 1946, como órgano del Estado, y forma un Servicio a la par, por ejemplo, del Servicio de Salud. Presta asistencia religiosa a todas las entidades religiosas, al amparo del artículo 141:1 de la Constitución Brasileña y la que expresan los artículos primero y segundo, que manifiesta como finalidad del Servicio mencionado lo siguiente:

“prestar asistencia a todas las religiones, en las unidades militares, donde debe haber por lo menos 30% de adeptos de un credo religioso legalmente constituido, para otorgar ayuda en la educación moral y cívica”⁹.

Los capellanes son nombrados por Decreto presidencial, con grado de capitán y un equivalente pecuniario a las remuneraciones asignadas a ese puesto.

Los capellanes jefes son considerados como Coronel o Mayor. Los capellanes de las Escuela Militar tienen los mismos grados.

El candidato a capellán debe tener una fase de adaptación de dos meses. En esa fase recibe un conocimiento de los reglamentos militares, instrucción, y aspectos específicos de su labor futura como capellán.

Existe una jefatura única para los capellanes de la Armada, del Ejército y Aeronáutica: primero fue el Consejo de Seguridad Nacional y luego el Estado Mayor de las Fuerzas Armadas.

El 6 de diciembre de 1950 se creó el Vicariato Militar por la Santa Sede, con el decreto “Ad Consulendum”. Se nombra Prelado para los militares al Arzobispo de Río de Janeiro con jurisdicción personal y yuxtapuesta a los obispos locales y a los capellanes como párrocos residenciales, con una nueva perspectiva.

⁸ El Decreto N° 20.680 de 28 de febrero de 1946, lo consagró como patrón del Servicio de Asistencia Religiosa del Ejército.

⁹ El artículo 5° de la Constitución del Brasil dice hoy en el acápite VII: “está asegurada en los términos de la ley, la prestación de asistencia religiosa en las entidades civiles y militares de internación colectiva”. Utilizo la Constitución, actualizada de la colección de Códigos 2006 Manole.

Por otra parte en 1972 el Servicio de Asistencia Religiosa sufre una reforma administrativa, con jefatura propia para cada Fuerza. En el Ejército queda incluido en el Departamento del Personal. Nuevas modificaciones se hacen en 1981, 1982 y 1988.

Como ya es conocido, con la aparición de la Constitución Apostólica “*Spirituali Militum Curae*” se crean los Ordinariatos Castrenses y el 23 de octubre de 1989 se celebra un acuerdo entre la Santa Sede y la República Federal del Brasil. En este verdadero concordato de dieciséis artículos merecen resaltarse los siguientes aspectos:

- i) El Ordinariato Militar está destinado a fieles católicos.
- ii) Se asimila a diócesis.
- iii) Su sede será el Estado Mayor de las Fuerzas Armadas en Brasilia, Distrito Federal.
- iv) Se exige del Ordinario Castrense ser brasileño de origen. Tendrá la dignidad de Arzobispo. Administrativamente se lo vincula al Estado Mayor de las Fuerzas Armadas y es nombrado por la Santa Sede, pero se requiere consulta al Gobierno brasileño.¹⁰ Esto es también reforzado por el artículo V.2: “En eventual impedimento del Ordinario Militar ejercerá su jurisdicción el obispo diocesano, a propuesta (a comité) de las autoridades militares o después de entendimiento con ellas, debiendo ocurrir lo mismo con el párroco local, en el caso de impedimento del capellán católico”. Nótese que al hablar de los tres Vicarios Generales (Marina, Ejército y Aeronáutica) se establece que serán designados por el Ordinario Militar “de común acuerdo con cada una de las Fuerzas”.

La interpretación es coincidente con la posición de la Santa Sede en el sentido que la designación de Obispos es facultad privativa del Sumo Pontífice y así lo dispone el Código de Derecho Canónico¹¹.

Una norma importante es el artículo III.2 que dispone que el Ordinario Militar no puede acumular su cargo con el gobierno de otra sede diocesana¹². La jurisdicción eclesiástica del Ordinario Militar es personal, ordinaria y propia, según las normas canónicas.

¹⁰ Ser “brasileiro nato” está establecido en el art. 12, I de la Constitución del Brasil: “a) los nacidos en la República Federativa del Brasil, aunque sus padres sean extranjeros, salvo que estén al servicio de su país, b) los nacidos en el extranjero, de padre o madre brasileños, desde que vengán a residir en la República Federal del Brasil u optan, en cualquier tiempo por la nacionalidad brasileña.

¹¹ Sobre este punto véase Eduardo BAURA, *Legislazione sugli Ordinariate Castrensi*.

¹² Es de suponer que debe existir acuerdo en el candidato y no sólo se exige el hacer formalmente la consulta.

- v) El ámbito personal de validez se extiende a los parientes empleados que habitan bajo el mismo techo;

“a hombres y mujeres, miembros o no de algún instituto religioso, que desempeñen de modo estable funciones que se les confiaron por el Ordinario Militar, o con su consentimiento (art. vi.2).

- vi) Los capellanes serán sacerdotes del clero secular o algún instituto religioso y podrán los primeros ser encardinados en el Ordinariato y los otros se regirán por las normas del Derecho Canónico. Los presbíteros establemente designados para el servicio religioso de las Fuerzas Armadas serán denominados Capellanes Militares, con deberes y derechos análogos a los párrocos.
- vii) Tienen los capellanes una doble subordinación: a sus superiores jerárquicos en ejercicio de actividades militares y al Ordinario Militar, conforme a las normas del Derecho Canónico.
- viii) En lo disciplinario militar se aplicará la legislación vigente y en el disciplinario de carácter canónico será de competencia del Ordinariato Militar. En el primer caso la sanción será comunicada al Ordinario Militar y en el segundo caso el Ordinario Militar comunicará su decisión a la autoridad militar “para las providencias correspondientes”.
- ix) “En las eventuales controversias, relacionadas con el servicio o atribuciones pastorales de los capellanes militares católicos, éstas deben ser dirimidas mediante entendimiento entre el Ministerio Militar respectivo y el Ordinario Militar”.

Ahora bien, el 13 de noviembre de 2008 Brasil firma un Concordato con la Santa Sede. Es necesario considerar si ese concordato produce efecto sobre el acuerdo concordatario del 23 de octubre de 1989, que es un concordato parcial.

El artículo 3° reconoce explícitamente el Vicariato Militar, ya que dice:

“La República Federal del Brasil reafirma la personalidad jurídica de la Iglesia Católica y de todas las instituciones eclesíásticas que poseen tal personalidad, de acuerdo con el derecho canónico, desde que no entre en contradicción con el sistema constitucional y las leyes brasileras tales como... Ordinariato o Vicariato Militar...”.

El artículo 4° repite para todos los Obispos lo que se encuentra en el acuerdo de 23 de octubre de 1989:

“La Santa Sede declara que ninguna circunscripción eclesiástica del Brasil dependerá de Obispo cuya residencia esté determinada en territorio extranjero”.

Acto seguido de la aprobación del Acuerdo entre Brasil y la Santa Sede, la Cámara de Diputados aprobó el proyecto de ley N° 5.598 de 2009, que dispone sobre las garantías y derechos fundamentales el libre ejercicio de la creencia y de los cultos religiosos estableciendo en el artículo 9°:

“cada credo religioso, representado por capellanes militares en el ámbito de las Fuerzas Armadas y auxiliares constituirá una organización propia, semejante al Ordinariato Militar del Brasil con la finalidad de dirigir, coordinar y supervisar la asistencia religiosa para sus fieles, por medio de un convenio con la República Federal del Brasil”.

5. Asistencia religiosa católica en las Fuerzas Armadas de Chile

El tema ha sido ampliamente tratado desde diversas perspectivas.¹³ Su base jurídica se encuentra en el Motu Proprio “*In hac Beatissimi Petri Cathedra*” del Papa San Pío X, y en la ley de 1911 N° 2463 (D.O. 15 de febrero de 1911) cuya vigencia se ha mantenido hasta nuestros días, pese a la separación de la Iglesia y el Estado en la Constitución de 1925.

La Ley 2.463 ha sido reforzada por el artículo 20 de la Ley N° 19.638 (1999), el Reglamento de Asistencia Religiosa en establecimientos de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública de 26 de mayo de 2008 y por el artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948 (D.O. 27 de febrero de 1990).

La Ley 2.463 de 1911 fue por primera vez objeto de un reglamento en 1911 (D.S. N° 2880 de 26 de diciembre de 1911). El reglamento actualmente vigente es el D.S. 35 de 22 de enero de 1970.

A ello hay que agregar la Ley Orgánica Constitucional de Carabi-

¹³ Juan Ignacio GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, *Iglesia y Fuerzas Armadas. Estudio canónico y jurídico sobre la asistencia espiritual a las Fuerzas Armadas en Chile*; Juan Ignacio GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, *El Vicariato Castrense de Chile. Génesis histórica y canónica de su establecimiento. De la Independencia al conflicto de Tacna*; Carlos SALINAS ARANEDA, *Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado de Chile*; Valeria LÓPEZ MANCINI, *La Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas en Chile*; Jorge Enrique PRECHT PIZARRO, *La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el Derecho Comparado*; Jorge Enrique PRECHT PIZARRO, *Asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y en las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública*, p. 32.

neros de Chile 18.960, el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas (DFL N° 1 (G) de 1977), el Estatuto de Personal de Carabineros y los Reglamentos institucionales de cada rama de las Fuerzas Armadas y de Carabineros de Chile.

En el plano de las normas canónicas: el Motu Proprio *“In hac Beatissimi Petri Cathedra”*, la Constitución Apostólica *“Spirituali Militum Curae”* y los Estatutos del Obispado Castrense de Chile (que plantea los problemas jurídicos que señalaré más adelante) y que es el *codex ius particularis* del Vicariato militar chileno, y normas complementarias. El Código de Derecho Canónico es norma supletoria y complementaria.

A los documentos canónicos señalados hay que agregar los siguientes:

- i) Carta del Arzobispo Juan Ignacio González Eyzaguirre a Mons. Sibilia durante el conflicto religioso de Tacna y Arica, del 23 de marzo de 1910.
- ii) Erección Canónica del Vicariato Castrense de Chile, mediante el citado Motu Proprio *“In hac Beatissimi Petri Cathedra”*.
- iii) Nombramiento y facultades del Vicario a don Rafael Edwards Salas.
- iv) Informe de Mons. Rafael Edwards, Obispo y Vicario Castrense de Chile, del 11 de agosto de 1916.
- v) Documentación de la Isla de Pascua del Vicariato Apostólico de Tahití, del 28 de noviembre de 1921. El 23 de agosto de 1912 se habría otorgado al Vicario General Castrense facultades referentes a la evangelización de los indígenas canacas de Isla de Pascua. Al agregar la mencionada Isla a la Arquidiócesis de Santiago, el Papa Benedicto XV señala: “teniendo en cuenta el ardentísimo celo y la inteligente labor apostólica que, desde hace tiempo, el Ilmo. Mons. Edwards, Obispo titular de Dodona, viene desarrollando en provecho de los mismos insulares y satisfacción de la Santa Sede, Su Santidad desearía ardientemente que dicho Prelado continuara en esa misma labor en la mencionada Isla, como delegado de V.S.” Se refiere como delegante al Arzobispo de Santiago, Monseñor Crescente Errázuriz.
- vi) También están sujetas las familias de los soldados chilenos (esposas, hijos, familiares, deudos y empleados que viven con dichos soldados) a la jurisdicción del Vicariato Castrense (Congregación Consistorial 9 de mayo de 1956).
- vii) El rescripto de la Sagrada Congregación Consistorial Prot N° 548/48 de 21 de julio de 1948. A partir de esta fecha los capellanes de Carabineros quedan sujetos en los asuntos espirituales a la jurisdicción del Vicariato Castrense y, en consecuencia, pueden

gozar de los privilegios de los Capellanes militares, que fueron otorgados por el Pontífice San Pío X.

5.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS DE CREACIÓN DEL VICARIATO CASTRENSE

De acuerdo a los antecedentes anteriores, está claro que la creación del vicariato chileno consta en dos actos: Un acto canónico (el Motu Proprio "*In hac Beatissimi Petri Cathedra*") y un acto legislativo estatal (la Ley 2.463 del 15 de febrero de 1911).

La importancia de determinar si ellos constituyen un solo conjunto o si son actos separados, radica en que en el primer caso existe un acuerdo de voluntades expresado en instrumentos separados, con lo que solo pueden ser modificados bilateralmente, y en el segundo caso la Santa Sede o el Estado de Chile pueden modificar unilateralmente una el motu proprio y el otro su acto legislativo. En el primer caso se aplica el "*pacta sunt servanda*" y en el otro no existe pacto y por ende no hay acuerdo de voluntad que sea vinculante.

En los hechos ni el Estado de Chile ni la Santa Sede han modificado su Ley o su Motu Proprio en materias que afecten substancialmente la situación de 1910-1911.

Es Carlos Salinas el principal sostenedor de la tesis separatista y es el suscrito el que sustenta la tesis de la bilateralidad.

Los argumentos del profesor Salinas se encuentran en sus "*Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado de Chile*", aparecido en el año 2004, y mis argumentos en el libro: "*Derecho Eclesiástico del Estado de Chile. Análisis históricos y doctrinales*", aparecido en el año 2001, proveniente de informes en derecho de 1997 y artículos aparecidos en 1999¹⁴.

¹⁴ El problema deriva de la interpretación acerca del artículo 10 N° 2 de la Constitución de 1925. Para Salinas una decisión enteramente estatal; para mí un "acuerdo concordatario" o "concordato substancial" que logra una separación amigable sin hablar siquiera de separación entre la Iglesia y el Estado, remitiéndose sólo al término de los derechos del Patronato Fáctico ejercido por la República desde su Independencia y por otra parte a la finalización del Presupuesto del Culto establecido en 1853.

Los porfiados hechos hacen que en Chile no se haya alterado el artículo 10 N° 2 de la Constitución de 1925 y se le haya trasladado íntegro como artículo 19 N° 6 de la actual Constitución de 1980. Cuando se investigan las Actas de la Comisión Preparatoria se lee una constancia que dice: "La Comisión resuelve aprobar este proyecto sin modificaciones, en atención a que él es el producto de un acuerdo adoptado en su oportunidad entre el Gobierno de Chile y la Santa Sede (Acta sesión 130 celebrada en 24 de junio de 1975, página 7). Vid. Jorge Enrique PRECHT PIZARRO, *Derecho Eclesiástico del Estado de Chile*, p. 151.

¿Las razones? El Motu Proprio “*In hac Beatissimi Petri Cathedra*” fue dictado conforme a una petición del Gobierno chileno, como lo señala el propio San Pío X: “Habiendo tenido nuestro amado hijo en Cristo el Presidente de la República de Chile, el cuidado de exponernos que sería grato si nos dignáramos benignamente instituir *a favor de los católicos* que militan en las armas terrestres y marítimas de la misma República, un Vicariato Castrense o Capellanía Mayor como se dice; Nos considerando cuan saludable *será para dichos católicos* una tal institución, decidimos ponerla cuanto antes en ejecución”.

Véase que este motu proprio (el Estado chileno hablará siempre de Breve Pontificio) se menciona que “*es a solicitud del Gobierno de Chile*” y así consta al iniciarse el trámite legislativo.

Aun más, cuando se produce un enojoso conflicto con el Obispo de Arequipa y el Vicario Castrense en torno a las iglesias de Tacna y Arica, el gobierno de Chile se hace parte y el Embajador Rafael Errázuriz envía al Cardenal Secretario de Estado un largo memorial en que se lee:

“Me ha encargado el Gobierno, asimismo, expresar a la Santa Sede su justa exigencia de que no se vean aminoradas por disposiciones de una autoridad diocesana, ventajas, privilegios o facultades que la propia Santa Sede se dignó conceder al servicio religioso castrense de Chile en el acto de su institución y *mediante un convenio con mi Gobierno*”... “El Gobierno de Chile entiende que lo que la Santa Sede se ha servido concederle *en virtud de un convenio bilateral* no puede serle arrebatado por un obispo y menos un obispo extranjero, como es el caso del diocesano de Arequipa”¹⁵.

Al respecto dice De Aguiar que en sentido general se ha usado el término “concordato” o “acuerdo concordatorio” o “acuerdos bilaterales” para indicar cualquier convenio entre la Santa Sede y una nación u otra

El caso es nuevamente recordado al aprobarse la ley 19.263 sobre libertad religiosa, donde el Senado aprueba por unanimidad el texto del actual artículo 20 con una constancia que dice que la aprobación de dicho precepto se hacía “en el mismo espíritu de la declaración formulada por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución en su Sesión 131, celebrada el 23 de junio de 1975 al considerar la garantía constitucional relativa a la libertad de culto”. La declaración continúa: “Tratándose, sin embargo, de la Iglesia Católica, este reconocimiento ha sido hecho por el propio constituyente de 1925, especialmente en la disposición primera transitoria de la Carta que autorizó al Estado para entregar al Arzobispado de Santiago durante cinco años cierta suma de dinero para invertirla en el país, en las necesidades del culto de la Iglesia Católica, y en el artículo 72, número 16, que señala entre las atribuciones especiales del Presidente de la República, la de celebrar concordatos”. Jorge Enrique PRECHT PIZARRO: “*El Obispado Castrense de Chile ante el Derecho Internacional*”, páginas 91 a 103.

¹⁵ A.S.V., Secretaría de Estado, año 1912. Rúbrica 279, Fascículo 2, páginas 54-63.

comunidad política que concierne al estatuto jurídico civil de la Iglesia en esa nación. Representa la solución negociada a cuestiones de interés común, como cualquier otro contrato o tratado¹⁶.

Yo he resaltado que la cuestión de si existe o no “acuerdo concordatario” (como lo he llamado) debe ser resuelta en sede de derecho internacional público y en esa sede no cabe duda que hay un acuerdo internacional:

1. Porque la Convención de Viena de Derecho de los Tratados indica expresamente que no debe atenerse al nombre que se dé al Acuerdo, sino a la “*voluntas adimpleti contractu*”.
2. Que las Altas Partes contratantes han dado cumplimiento a las obligaciones del Acuerdo, elemento esencial para ver si hay acuerdo y cuál debe ser su interpretación. El 11 de noviembre de 1912, en el caso de la reclamación rusa contra Turquía, la Corte Permanente de Justicia Internacional falló: “La ejecución de los compromisos es, tanto entre Estados como entre particulares, el comentario más seguro del sentido de esos compromisos”.

Ahora bien, si se examinan las condiciones colocadas al Estado de Chile por el Breve Pontificio de erección y se examina a la par la ley 2.463 de 1911, se verá que hay coincidencia punto por punto^{17, 18}.

Ante el derecho internacional, los hechos mencionados relativos al obispado castrense constituyen un “convenio bilateral”, perfeccionado por el intercambio de notas diplomáticas entre representantes competentes

¹⁶ DE AGUIAR, Martín, *Naturaleza y utilidad de los acuerdos bilaterales entre las confesiones religiosas y el Estado* (Inédito).

¹⁷ Ello no se opone a la celebración de acuerdos concordatarios parciales. En una nota a su trabajo “*El Acuerdo de 1957*”, Roberto Bosca hace un interesante análisis sobre el concepto de Concordato y dice: “De hecho el embajador Manuel Río, uno de los autores del Acuerdo sobre el Vicariato Castrense (argentino)... llama a ese Acuerdo, así como al posteriormente suscripto nueve años después “concordato parcial” uniendo ambas modalidades en una sola expresión” (inédito, 2008).

El profesor Bosca hace referencia a Juan CACIO, *Concordatos y Acuerdos parciales: Política y Derecho*.

¹⁸ Tomemos por ejemplo: “ Los capellanes menores recibirán un sueldo apropiado a la dignidad del cargo, y asimismo, tendrán un distintivo apropiado a su oficio, por medio del cual puedan reconocerse entre sí, tendrán un conveniente grado militar, y habiendo terminado su misión, una justa jubilación” (*In hac Beatissimi Petri Cathedra*, 3 de mayo de 1910).

Artículo 2 de la Ley N° 2.463: “El cuerpo de capellanes será formado por un capellán primero del Ejército, con asimilación de mayor y sueldo de cuatro mil pesos al año. Un capellán primero de la Armada, con asimilación de capitán de corbeta y un sueldo de cuatro mil pesos al año. Un secretario y cuatro capellanes del Ejército con asimilación de capellanes y sueldo de dos mil cuatrocientos pesos al año. Cinco capellanes auxiliares del ejército, con asimilación de tenientes primero y sueldo de dos mil doscientos pesos al año”.

de personas jurídicas de derecho internacional público. Y lo menos que se puede decir es que la ley 2.463 de 1911 es una ley pacticia o paccionada, cuya modificación o derogación requeriría acuerdo previo con la Santa Sede.

5.2. ¿ES EL VICARIATO CASTRENSE DE CHILE EL MÁS ANTIGUO DEL MUNDO?

A menudo en círculos chilenos se ha afirmado que el Vicariato Castrense es el más antiguo del mundo, así parece sostenerlo don Carlos Oviedo Cavada:

“El Vicariato Castrense chileno tiene la prerrogativa y el honor de ser en la actualidad el más antiguo de la Iglesia, siguiéndole tan solo, en orden de tiempo el Vicariato Castrense de Italia, erigido en 1929”¹⁹.

Así lo sostiene esta vez sin ambages Tornbjot Olsen:

“En el año 1910, la Santa Sede y Chile erigieron en conjunto el más antiguo de los actuales Ordinariatos Castrenses del mundo. De esta manera se quiso lograr una solución de emergencia después de que Chile había expulsado al clero local peruano de un territorio ocupado por Chile hacía treinta años”²⁰.

Las A.A.S. aparecieron a partir de 1909. El objetivo era tener un órgano oficial para la promulgación de leyes y publicación de las actas de la Santa Sede. De manera que la Carta de Pío IX sobre la instauración del Vicariato Castrense de Prusia que lleva el mismo nombre y que es de 1868 sirve para el de Chile en 1910-1911, y es prácticamente una copia²¹, pero no figura en las A.A.S. El Vicariato chileno sigue siendo el primero de los actualmente existentes, pero no es el primero en haber sido erigido.

Es preciso aún hacer otra observación: Al comentar el libro de Olsen, en lo que me parece ser la postura más ajustada a los hechos y el derecho, Antonio Viana dice:

¹⁹ “*Osservatore Romano*”, edición española, 12 de mayo de 1960, Buenos Aires.

²⁰ Torbjon OLSEN, *Die Natur Des Militarordinariats*. Sobre las traducciones al español del libro de Olsen dispongo de dos (ambas inéditas), por las cuales cito la obra. De la parte sobre el Vicariato chileno existe la traducción efectuada en la Escuela de Idiomas del Ejército para el Vicario General Castrense, a mi petición. Una traducción completa del libro de Olsen ha sido efectuada por don Andrés Huneeus, ex profesor de la Universidad Adolfo Ibáñez (sede Viña del Mar). Permanece inédita. La sensible muerte del presbítero Fernando Retamal le ha impedido revisar el texto. Con su conocida generosidad se había comprometido a hacerlo en los textos canónicos.

²¹ El texto para Prusia era una Carta Apostólica. En Chile es un Motu Proprio.

“Sobre ‘*In hac Beatissimi Petri Cathedra*’, por el que Pío X estableció en 1910 el Vicariato Castrense de Chile, y al que Olsen concede especial importancia por entender que es el primer vicariato castrense de la historia, en realidad habría que decir más bien que es el primer ejemplo del sistema jerárquicamente estructurado, pero de la Curia Castrense organizada por la Sede Apostólica”²².

5.3. ELEMENTOS BÁSICOS DEL OBISPADO CASTRENSE

Sabemos que la dependencia en lo espiritual es del Obispo Castrense y en lo administrativo es de los mandos militares correspondientes a través del Ministerio de Defensa (Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Servicio Religioso en las Fuerzas Armadas, artículo 4).

El nombramiento del obispo castrense es “de común acuerdo” entre la Santa Sede y el Presidente de Chile, como disponía anteriormente en el artículo 1° para el Vicario Castrense. El artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas lo dice expresamente referido al Obispo Castrense dejando vigente la ley 2.463 de 1911.

Ahora bien, la “*Spirituali Militum Curae*” no comprende esta forma de nombramiento y se atiene a los Cánones 163 y 377 del Código de Derecho Canónico: “El Sumo Pontífice nombra libremente o instituye o confirma al legítimamente designado”.

En Chile, no he encontrado una referencia en una norma estatal a la “*Spirituali Militum Curae*”, pero sí la denominación “Obispado Castrense” en el Decreto Supremo 99/86 de Defensa. Y como “obispo castrense” se encuentra en el artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

En materia de renuncia se aplica el Canon 401 del Código de Derecho Canónico, pero siendo el Obispo Castrense Oficial General de las Fuerzas Armadas, con grado de Brigadier General, se aplicaría la norma sobre retiro. No se dice que el Presidente de la República tenga derecho a concurrir con su voluntad para la remoción del Obispo Castrense.

En caso de sede vacante o impedida por el Estatuto del Obispado Castrense, se desempeñará como Administrador el Vicario General o el

²² Antonio VIANA muestra que “la Santa Sede Apostólica organizó a partir del siglo XVII un sistema de dirección de la curia castrense que, a causa del protagonismo del romano pontífice *que delegada su jurisdicción* en los llamados Capellanes Menores, he denominado en alguna ocasión sistema de dirección pontificia”. Pero la dirección pontificia de la curia castrense mediante delegaciones periódicamente renovadas a favor de los capellanes mayores ha sido sustituida en el siglo XX por un sistema jerárquicamente estructurado, pero no de la curia castrense organizada por la Sede Apostólica”. Recensión efectuada en *Ius Canonicum*, p. 367.

Vicario Episcopal más antiguo, y a falta de todos ellos el capellán de mayor antigüedad de todas las instituciones sujetas a jurisdicción del Obispado Castrense, a no ser que la Santa Sede hubiere determinado otra cosa²³.

Al respecto hay que recordar que existen dos tipos de capellanes: de planta y auxiliares, variando este aspecto según el arma de que se trate, aplicándose el Estatuto del Obispado Castrense, el Reglamento Orgánico y los reglamentos institucionales.

Los capellanes son nombrados mediante decreto supremo del Ministerio de Defensa Nacional, a propuesta del General Director.

Los capellanes de planta y los auxiliares tienen derecho a un sueldo y a las remuneraciones adicionales que correspondan al resto del personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros.

La figura del diácono permanente está también contemplada. Este clérigo se rige por las normas canónicas y los reglamentos específicos del Ejército y de la Armada. El reglamento de la Armada dice a su respecto:

“es un grado del sacramento del Orden. Este ministerio sagrado es ejercido por hombres adultos que viven de un trabajo temporal y profesional, no obligados a ley del celibato y comprometidos a un servicio pastoral y apostólico que puede tener formas múltiples”

y continúa:

“son oficiales, empleados civiles y gentes de mar... que han sido ordenados diáconos por la jefatura de la Iglesia católica, después de seguir un curso de formación, de responsabilidad del servicio religioso de la Armada”. La Conferencia Episcopal ha dado las normas por las que se rigen los diáconos permanentes²⁴.

Cabe, finalmente decir una palabra respecto del Vicario General como de los capellanes. El Vicario General tiene dentro de la Capellanía Mayor una posición que corresponde a la de Provicario: “si el oficio del Capellán Mayor está vacante –hasta el nombramiento de su sucesor– la jurisdicción y las facultades del mismo serán ejercidas provisionalmente por el Vicario General”. En consecuencia, el Capellán Mayor puede delegarle todas sus facultades.

Los Capellanes Menores tienen grado militar y son remunerados por el Estado. El Estado asume la responsabilidad del traslado y relevo del cargo de los capellanes menores. El aumento del número de capellanes menores presupone un intercambio de opiniones con el Gobierno.

²³ Valeria LÓPEZ MANCINI, 2008 (Inédito)

²⁴ *Ibid.*

El capellán debe considerarse como párroco sobre los fieles confiados a su cuidado y puede

“administrar los sacramentos a los fieles, subordinados a ellos y utilizar todas las facultades que están proveídas. Tienen la obligación frente al párroco del lugar de legitimarse dentro de tres días. A continuación, éste tiene la obligación de poner su parroquia a su disposición para la cura de almas castrenses”.

No se presume que los capellanes militares tengan capillas castrenses propias.

En síntesis, como sostiene Olsen,

“la base jurídica del Vicario Castrense, frente al clero local, es un privilegio otorgado en virtud de la autoridad papal, esto es, una ley especial. El Vicario Castrense recibe su competencia formal del Papa como jurisdicción del cargo y su extensión está dada en parte por la canonización de leyes civiles. Recibe su competencia material ante todo por delegación del Papa. En relación con el Papa, el Vicario Castrense chileno corresponde a un Prefecto Apostólico (y no a un Vicario Apostólico), pues no se le asegura la ordenación episcopal”²⁵.

5.4 UN EXCURSO HISTÓRICO

Dos son los momentos en que el carácter bilateral del régimen jurídico del Vicariato-Ordinariato Castrense ha sido sometido a tensión.

- a) El primero ocurre en el gobierno de Carlos Dávila, la llamada “república socialista”, siendo Ministro de Guerra el Comandante don Pedro Lagos. Se suprimió unilateralmente el presupuesto del Servicio Religioso, por Decreto Ley N° 292 de 26 de julio de 1932. Se invocaba como fundamento de la supresión la separación de la Iglesia con el Estado efectuada en la Constitución de 1925. El 21 de julio de 1932, el Ministro de Guerra comunicó al Jefe del Servicio Religioso del Ejército, Capellán Bernardino Abarzúa, que el Decreto Ley de la Planta de Oficiales, próximo a dictarse, ha omitido consultar las plazas correspondientes a los funcionarios que atienden el Servicio Religioso en el Ejército. Ya en febrero de 1932, la Ley N° 5.052 no consultaba la plaza que debía ocupar el Vicario General como General de Brigada. En ese momento dice don Joaquín Matte Varas:

²⁵ OLSEN, *op. cit.*, inédito en su versión castellana.

“El amor a la patria y la generosidad de su alma, no desanimó a Monseñor Edwards al ver esas pequeñeces de una política sectaria y sirve desde esta fecha hasta su muerte el 5 de agosto de 1938, es decir, seis años, el cargo ad honorem”²⁶.

Ante la supresión en julio de 1932 de los restantes cargos (un Capellán primero (mayor), un Capellán secretario (Capitán) y tres Capellanes de División (Teniente), el Capellán Abarzúa, responde con una carta que es un notable documento pastoral²⁷.

Resalto en esa carta dos aspectos: la tolerancia y la indicación al Ministro de Guerra de que se trata de un Tratado Internacional.

La tolerancia respecto a otros cultos es mencionada:

“Nos es lícito decir y sin vanidosa jactancia, que amando mucho a nuestra religión, hemos sido ejemplo de tolerancia y de respeto a favor de los que no piensan como nosotros. No hemos ejercido presión sobre alma alguna ni hemos dañado la libertad de nadie”²⁸.

Que se trata de un acuerdo internacional, dice Abarzúa:

“Por fin, la situación del servicio religioso, en el cual el Ilustrísimo señor Edwards, que fue fundador, continua dirigiendo como Vicario General Castrense Ad Honorem, y manteniendo la jurisdicción espiritual respectiva, pende de un tratado internacional celebrado entre el Vaticano y el Gobierno de Chile”.

Esta supresión unilateral del Vicariato duró menos de un año. Dávila gobernó bajo estado de sitio y cierto periodo bajo ley marcial. El gobierno de Dávila produjo un océano de decretos leyes: en tres meses, quinientos noventa y tres. El referido a la supresión del Vicariato formaba parte de este tsunami.

- b) La segunda serie de dificultades viene de la aplicación en Chile de la Constitución Apostólica “*Spirituali Militum Curae*” en 1986, que crea el Obispado Castrense de Chile. ¿Dónde receptiona

²⁶ Joaquín MATTE VARAS, *Historia del Vicariato Castrense en Chile, 1811-1911*, página 205.

²⁷ La carta se encuentra en la Revista *Católica*, 1932, N° 729, 6 de agosto de 1932, páginas 512 a 515. También es reproducida en: Joaquín MATTE VARAS, “*Historia del Obispado Castrense de Chile*”, páginas 179-181. El libro del Vicario Castrense Matte es particularmente útil para conocer la historia de los capellanes en la Independencia, la guerra contra la Confederación Perú-Boliviana, la Guerra del Pacífico y también durante la Revolución de 1891.

²⁸ MATTE VARAS, *op. cit.*, página 180.

Chile esta nueva normativa que tiene consecuencias en su derecho interno?²⁹.

En la tesis de Carlos Salinas, la Santa Sede operó soberanamente y no solo cambió el nombre del Vicariato por el de Ordinariato, sino que reguló canónicamente con total libertad dicho Ordinariato. Pero si opera por cuerda separada, el Estado de Chile no está obligado a recepcionar la Constitución Apostólica en sus efectos internos. Y en los hechos, no hay una ley equivalente a la ley de 1910 respecto de la nueva Constitución Apostólica. De ello debería concluirse que Chile solo está obligado a lo que dispone la ley 2.463 y como soberanamente no ha hecho uso de sus potestades legislativas, toda norma canónica que exceda la ley 2.463 de 1911 no tiene validez en Chile o, si se quiere –por aquello de *odiosa sunt restringenda*–, toda norma incompatible con la Ley 2.463, o mejor inconciliable con ella, no existe para el ordenamiento interno.

En el caso de la tesis del acuerdo concordatario, se puede sostener que Chile mediante una ley reconoció que la dependencia del Vicario en materias espirituales era de la Santa Sede y en materias administrativas, de las autoridades militares. La mayoría de las normas de la "*Spirituali Militum Curae*" versan sobre materias canónicas, pero hay disposiciones que no lo son o que tienen consecuencias administrativas en el derecho interno, por ejemplo, en materia del nombramiento del ahora Obispo Castrense. En este punto, la "*Spirituali Militum Curae*" no se aparta del sistema canónico general. El nombramiento de los obispos es atribución del Sumo Pontífice, de acuerdo a los Cánones 163 y 377 del Código de Derecho Canónico, lo que aparentemente chocaría con la Ley 2.463.

²⁹ Carlos Salinas aporta el Decreto Supremo (Defensa) 99, de 24 de septiembre de 1986, el que sobre la base de lo informado por el Obispo Castrense de Chile, en oficio O.C. Ch. (R) N° 848/174 de 15 de septiembre de 1986, Decreto: 1 cambia la denominación del "Vicariato Castrense de Chile" por "Obispado Castrense de Chile". Nótese que no existe referencia a "*Spirituali Militum Curae*", que de acuerdo al dictamen 058747/N° 12 de la Contraloría, el Obispado Castrense está vinculado a la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas, acorde con la Ley 20.424 y su reglamento. De ello se concluye que la Subsecretaría mencionada puede continuar entregando recursos presupuestarios al Obispado Castrense. La Contraloría cursó el Decreto mencionado por el profesor Salinas, con este alcance: "hace presente que quien esté a cargo de esa dependencia continúa denominándose vicario general castrense acorde al DFL 1/68 Defensa, artículo 10, que en la parte que interesa previene que el servicio religioso de las Fuerzas Armadas estará a cargo del Vicario mencionado, que será nombrado según Ley 2.463.

Hay que recordar que precedentemente con el breve *“In hac Beatissimi Petri Cathedra”*, ya citado, no se presentaba este problema³⁰. Al respecto, afirma Olsen que

“en la erección de 1910 se habla más bien de ‘entendimiento’ en el nombramiento del Vicario Castrense. La expresión *‘collatis consilis’* significa un intercambio de opiniones, un derecho a ser incluido en la preparación del nombramiento. No se concede al Estado, por parte de la Iglesia, ningún derecho de rechazo, confirmación o presentación, sino un derecho a ser incluido en la preparación del nombramiento”³¹.

Sin embargo, tanto en la Ley 2.463 como en la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas se habla de “común acuerdo”, expresión mucho más exigente que el “entendimiento”³².

¿Cómo conciliar entonces la *“Spirituali Militum Curae”* con estas leyes chilenas?

La única manera es considerar vigente la *“In hac Beatissimi Petri Cathedra”*, pero dicha solución se encuentra en los Estatutos del Obispado Castrense de Chile, que ignoro si fueron comunicados al Gobierno de Chile.

Dicen los Estatutos, aprobados por Roma, en enero de 1998, que el Obispado Castrense se regirá por:

- i) las normas contenidas en el Breve Pontificio *“In hac Beatissimi Petri Cathedra”* de San Pío X;
- ii) la Ley de la República de Chile N° 2.463 de 1911;
- iii) los respectivos Estatutos del Personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile;

³⁰ Los documentos canónicos hablan siempre de Motu Proprio, pero los chilenos siempre de Breve. Son huellas que quedan de la entronización (fallida) de Francisco de Paula Taforó, que llevó bajo el Gobierno de Santa María a un grave enfrentamiento entre Chile y la Santa Sede y que significó nueve años de vacancia en la sede arzobispal de Santiago. Es también huella del Patronato (de facto) que ejerció Chile hasta 1925 (separación de la Iglesia y el Estado). Chile hasta 1925 propuso los obispos que fueron luego nombrados por la Santa Sede. El resultado fue doble: crisis del sistema bajo Santa María y no erección de nuevas diócesis en Chile desde 1925 hasta 1938.

³¹ OLSEN, *op. cit.*, inédito en su versión castellana.

³² “Canónicamente hablando, algunos autores son de opinión que este sistema no encuadra con el sistema de provisión de oficio eclesiástico previsto por el actual Código, constituyendo otra categoría, que si bien deja incólume al derecho del Papa para proveer de oficio, exige previamente al Papa y al Presidente de la República que “de común acuerdo” o de “entendimiento” decidan acerca de la persona a quien la Santa Sede va a nombrar”. Valeria LÓPEZ MANCINI, 2008 (Inédito). La opinión es de Juan Ignacio GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, *Iglesia y Fuerzas Armadas. Estudio canónico y jurídico sobre la asistencia espiritual a las Fuerzas Armadas en Chile*, páginas 193-194.

- iv) la Constitución Apostólica “*Spirituali Militum Curae*”;
- v) las “normas contenidas en este Estatuto”;
- vi) el Código de Derecho Canónico, en todo aquello que no haya sido explícitamente establecido por las antedichas disposiciones normativas.

Es muy probable que la introducción en el artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas haya sido hecha con el objeto de respaldar la vigencia de la Ley 2.463 de 1911 y de la denominación “Obispo Castrense” que la Contraloría había cuestionado.

- c) Un tercer foco de problemas se refiere a los fieles del Ordinariato Castrense. El Estatuto del Obispado Castrense, en esta materia, es más amplio que lo que dispone el Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Servicio Religioso de las Fuerzas Armadas, ya que incluye a “las personas que forman parte del Gabinete del Ministro de Defensa en las Subsecretarías pertenecientes a las antedichas instituciones” (N° 1 del Estatuto) y “quienes sirven en la Dirección General de Movilización Nacional”. Yo entiendo que debe referirse sólo al personal en servicio activo, pues hay personal civil que trabaja en el Gabinete del Ministro de Defensa, en la Dirección General de Movilización Nacional, como también en las fábricas, maestranzas y en las Escuelas y Centros de formación de oficiales y suboficiales, y hay además pensionados de las Fuerzas Armadas, contratados luego a honorarios.

El Estatuto define lo que se entiende por familia: “esposa, hijos y parientes que viven con dicho personal y sus domésticos, en cualquier lugar que se encuentren”. Normalmente, la jurisdicción se extiende (bajo el concepto de familia) a los huérfanos menores de edad de miembros de las instituciones fallecidos en actos de servicio, mientras no hayan llegado a la mayoría de edad; a las viudas mientras gocen de montepío y a las hijas solteras mientras gocen de montepío.

La expresión “en cualquier lugar en que se encuentren” recuerda que la jurisdicción del Obispado viene del Breve de 1910 “doquiera se encuentren en el mundo”. Por lo tanto su jurisdicción rige con independencia no solo de los obispos chilenos, sino también la de otros obispos diocesanos del mundo. Pero esta jurisdicción no es exclusiva, sino cumulativa.

Por otra parte, recordemos que si bien Carabineros de Chile está bajo la jurisdicción del Obispado Castrense, no lo está la

Policía de Investigaciones de Chile (pese a que ambas instituciones son parte de las Fuerzas de Orden y Seguridad).

Una reforma reciente incorpora a Carabineros de Chile y a la Policía de Investigaciones dentro del sector del Ministerio del Interior. Esta reforma, que saca a Carabineros del Ministerio de Defensa, podría tener a futuro sobre el Obispado Castrense una repercusión, dejándolo solo al cuidado pastoral de las Fuerzas Armadas. La Policía de Investigaciones tiene una ley orgánica y reglamento propios y su actividad pastoral se rige por el reglamento de Asistencia Religiosa, Orden del Director General N° 2204 de 16 de septiembre de 2004. En lo canónico depende de la Conferencia Episcopal de Chile.

5.5 ALGUNOS PROBLEMAS ACTUALES DEL OBISPADO CASTRENSE CHILENO

Clasificaré los problemas en aquellos que son *ad extra* y aquellos que son *ad intra*:

- a) *Ad extra*: el principal problema es el lobby evangélico para obtener un servicio Religioso Evangélico en las Fuerzas Armadas. Podría ser entendido como una “*res inter alios*”. El problema radica en que no es posible crear un servicio religioso sólo para las iglesias evangélicas, ya que quedan fuera de este servicio otras confesiones cristianas y no cristianas. Por otra parte, tampoco es posible incluirlos en el actual Obispado Castrense.

Tanto el Breve de 1910 como la Ley 2.463 de 1911 eran para la asistencia católica.

Con todo, y a pesar de lo dicho, todavía el artículo 2° del Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Servicio Religioso de las Fuerzas Armadas (DNL 350 de 22 de enero de 1970) sigue afirmando dentro de su jurisdicción en el inciso segundo:

“Al integrarse al Servicio Religioso capellanes de otros credos, éstos dependerán administrativamente de la Vicaría Castrense y en lo religioso de la jurisdicción de sus respectivas iglesias”.

Esta norma me parece ser inconstitucional, ya que atenta contra el art. 19 N° 6 de la Constitución y sería además contraria a la Ley N° 19.638 de Iglesias y entidades religiosas y al D.S. N° 155, de 18 de julio 2007.

El problema principal radica en que la creación de un Servicio único requiere de una ley. Administrativamente, los remedios encontrados se

contienen en el Reglamento de Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad (26 de mayo de 2008), que deriva de la Ley N° 19.638. En dicho reglamento se establece un estatuto de libertad de acceso a los establecimientos de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Orden y Seguridad y la contratación a honorarios de cinco capellanes evangélicos.

Pero, a la vez, este decreto supremo deja vigente la Ley 19.638 (véase además el D.S. N° 155, del Ministerio de Defensa Nacional de 19 de julio de 2007) y dice en su artículo 1, inciso segundo:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley N° 19.638, las normas del presente reglamento se aplicarán sin perjuicio de la vigencia de los reglamentos relativos a los Servicios Religiosos de las Fuerzas Armadas”.

Los grupos evangélicos han continuado insistiendo y han constituido nuevos grupos evangélicos o fortalecido los existentes. Asimismo han establecido un Capítulo de Capellanes Evangélicos.

Esta acción se vio fortalecida por la apertura de la Oficina Nacional de Asuntos Religiosos en la Secretaría General de la Presidencia, oficina exclusivamente destinada a satisfacer los intereses o necesidades de los grupos evangélicos.

Un paso significativo lo dio el Acuerdo N° 796 de la Cámara de Diputados de 7 de julio de 2009, por el que se solicita al Ejecutivo “actualizar las disposiciones de la Ley 2.463”.

Por un lado, todos estos esfuerzos evangélicos han obligado al Obispado Castrense no sólo a hacer un seguimiento de los proyectos, sino a dar continuos informes a los mandos sobre la naturaleza jurídica y funcionamiento del Obispado Castrense. Por otro lado, entre las iniciativas para dar satisfacción a las facciones evangélicas y protestantes, el 17 de enero de 2011 se constituyó una mesa de trabajo para comentar el estado de avance de los proyectos en favor del pueblo evangélico y proceder a la dictación de un nuevo reglamento de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas. En ello se trabajó todo el año 2012 y no se invitó al Obispado Castrense.

b) *Ad Intra*: Voy a comentar cuatro casos: dificultades con el dinero del culto; problemas sobre relaciones jerárquicas en la asistencia religiosa castrense; problemas de derechos humanos; problemas por aplicación de la ley de transparencia:

i) Dificultades con el dinero del culto

Los dineros que el Servicio Religioso del Ejército percibe se administran lógicamente de acuerdo a las leyes y normas presupuestarias y contables.

Pero a lo menos desde 1984³³ se autorizó a la Tesorería del Ejército a realizar un descuento voluntario mensual de 0,5% del sueldo base, para cumplir con uno de los mandamientos de la Iglesia Católica. El destino de estos dineros es: 80% a la Jefatura del Servicio Religioso del Ejército, y el 20% al Vicariato Castrense. Es decir, el 80% debe destinarse a efectuar actividades apostólicas en beneficio del personal del Ejército y el 20% puede destinarse a “beneficio común de las Fuerzas Armadas”. Normas similares existen en la Armada, Fuerza Aérea y Carabineros de Chile, pero mientras en estas tres instituciones se entregan los dineros del culto directamente a los Servicios Religiosos de las instituciones respectivas, el Ejército somete esos dineros a los trámites propios de uso de dineros fiscales. Es del todo evidente que esos dineros son “dineros del culto” y están destinados a cumplir con claras disposiciones canónicas³⁴, especialmente el Canon 322, que en su parágrafo 1 expresa:

“Los fieles tienen el deber de ayudar a la Iglesia en sus necesidades, de modo que disponga de lo necesario para el culto divino, las obras de apostolado y el conveniente sustento de los Ministros”,

y el Canon 262, que señala: “

Presten ayuda a la Iglesia los fieles mediante las subvenciones que se les pidan y según las normas establecidas por la Conferencia Episcopal”.

Se trata, en consecuencia, de “dineros del culto”. Así lo ha ratificado el Ejército cuando ha dispuesto:

“Que el personal católico de la Institución pueda cumplir con el 5° Mandamiento de la Iglesia mediante subscripción voluntaria. Debe entonces el Comando de Apoyo Administrativo del Ejército entregar directamente a las autoridades eclesiásticas competentes esos dineros, ya que se rigen por el ordenamiento estatal que les es aplicable”³⁵.

y por el régimen jurídico que le es propio (esto es, por el derecho canónico).

³³ EJÉRCITO DE CHILE, V.CJE.EMGE.DPE ½ (R) N° 1848/106/52. Santiago 7 de noviembre de 1984

³⁴ Cánones 1259, 1260, 222 parágrafo 1, 1273 y siguientes, 1282, 1287 parágrafo 2, del Código de Derecho Canónico.

³⁵ EJÉRCITO DE CHILE, Instrucciones contenidas en el Boletín Oficial del Ejército N° 46, página 4, del 12 de noviembre de 1984.

ii) Problemas con las relaciones jerárquicas
en la Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas

El caso es el siguiente: el Obispo Castrense nombró como Vicario General a una persona que ostentaba el grado de Capitán, el que empezó a tomar decisiones y dar órdenes. Como los jefes de los Servicios de Asistencia Religiosa eran Coroneles, se creó un problema, que es propio del sistema orgánico y de un sistema fuertemente jerarquizado. Ahora bien, tanto el Obispo Castrense como también los capellanes están regulados en la Constitución como en los estados militares, pero no se dice nada del nombramiento del Vicario General, por ende los jefes de los servicios protestaron y pidieron que si existe un acto administrativo que les concierna, se dicte siempre “por orden” del Obispo Castrense.

iii) Problemas de derechos humanos

En el periodo 1973-1990 se colocó a los Vicarios Castrenses y a los Capellanes Castrenses chilenos en una situación límite³⁶. Algunos, como el Capellán del Ejército, el jesuita José Donoso, aliviaron a los presos políticos que fueron ejecutados el 19 de octubre de 1973 por la Caravana de la Muerte en el norte de Chile. Otros callaron y otros colaboraron. Como aquel Capellán vestido de uniforme y pistola al cinto que se presenta al Cardenal Silva Henríquez cuando éste visita el Estadio Nacional –centro de detención y torturas en los primeros días del golpe– y que ni siquiera ayuda a un pariente encarcelado. En fin, ese otro que delata y agrava la suerte de un sacerdote detenido.

“En las situaciones límites se transparenta el yo”³⁷ dicen los sicólogos.

³⁶ Lo propio sucedió en cada país latinoamericano en regímenes militares y así ocurrió también con los capellanes católicos franceses en la guerra de Argelia y con los capellanes católicos españoles divididos en nacionalistas y republicanos. Lo mismo sucedió en 1810, donde existieron católicos y realistas, con sus respectivos capellanes o incluso un presbítero chileno y realista, que siguió a las guerrillas populares realistas con posterioridad a la Independencia.

³⁷ El único libro sobre el tema, que conozco, es el de Hernán VIDAL, *Las Capellanías Castrenses durante la dictadura. Hurgando en la ética militar chilena*. Lamentablemente la información sobre el tema es mínima y el libro es un ensayo no muy profundo sobre ética militar.

Pero las cosas se mezclan. Un arzobispo no presta apoyo a un sacerdote que había abandonado el Ministerio, diciendo que no era problema de la Curia de Valparaíso, ya que era un réprobo, pero el mismo Obispo que no rescata al torturado en La Esmeralda, rescata a otro sacerdote de su presbiterio desde la barcaza Lebu, atrozmente torturado y lo envía a Chiloé. Este último no había abandonado el Ministerio.

iv) Problemas con la publicidad de los actos del Obispado Castrense

Una reforma del año 2005 declaró en la Constitución que los actos de los órganos del Estado son públicos. Ahora bien, dentro del esfuerzo por obtener un servicio religioso evangélico (que implica una ley especial) y recopilar los antecedentes necesarios para ese objeto, don Luis Narváez Almendras, el 27 de octubre de 2009, requirió del Ejército de Chile todos los antecedentes sobre funcionarios de planta, a honorarios o a contrata o que por cualquier razón reciban alguna remuneración o incentivo económico por cumplir la función de Capellán de cualquier credo religioso. Basa su petición en el artículo 21, N° 5 de la Ley 20.285 “Ley de Transparencia” y su reglamento.

A través de una resolución exenta y 25 días después de haber ingresado la solicitud, el Estado Mayor General del Ejército de Chile deniega parcialmente el acceso a la información. Señala que todo lo referente a honorarios del personal que cumple funciones como capellanes y pastores se encuentra en la página web del portal del Ejército. Se apoya para negar la información del personal de planta o a contrata en el artículo 436 del Código de Justicia Militar, que dentro de los documentos secretos incluye: “1. Los relativos a las plantas o dotaciones y a la seguridad de las instituciones de las Fuerzas Armadas o de Carabineros de Chile y de su personal”.

El señor Narváez recurre al Consejo para la Transparencia el 18 de noviembre de 2009 y el Consejo para la Transparencia toma la decisión de acoger la acción, disponiendo la entrega de la información solicitada³⁸. El Consejo acoge el amparo fundándose en que lo solicitado no se relaciona directamente con la seguridad del Estado (considerando 11) y “que analizados los antecedentes que obran en poder de este Consejo, no se aprecia cómo la información requerida podría afectar la seguridad nacional (considerando 14).

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago dispuso en su sentencia del 23 de noviembre de 2010 que

“resulta ser efectivo que las normas del Código de Justicia Militar constituyen ley de quórum calificado, y que los capellanes y pastores que ejercen funciones en las Fuerzas Armadas forman parte de las dotación institucional. Sin embargo, tales circunstancias no logran configurar, por sí solas, una excepción al acceso a la información que ha requerido el señor Narváez Almendra y que le ha reconocido el Consejo para la Transparencia en la decisión adoptada en el Amparo C 512-09.

³⁸ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, Oficio N° 0835 de 13 de mayo de 2010 (rol C512-09).

En efecto, para configurar dicha excepción ha de estar además afectada la seguridad de la Nación o el interés nacional y respecto de esta materia no existen antecedentes de que ello pueda razonablemente producirse de proporcionarse la información solicitada. Las afirmaciones del reclamante de que los antecedentes denegados en conocimiento de potenciales adversarios les permitirían diseñar estrategias defensivas u ofensivas que dañen gravemente al país, a sus intereses y a su población, por no estar respaldadas en antecedentes concretos, constituyen sólo apreciaciones personales y subjetivas³⁹.

En consecuencia, el Ejército tuvo que dar la información solicitada. Sin embargo, en otro caso de acceso a la información del Ejército, el Consejo para la Transparencia entendió que

“la respuesta entregada por el órgano reclamado satisface la solicitud formulada ‘por cuanto los documentos relativos a las plantas y dotaciones de las Fuerzas Armadas’ es información secreta o reservada de acuerdo a lo establecido por el artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia, pues su conocimiento afectaría la seguridad de la Nación” (15 de marzo de 2011).

6. Conclusiones

- 1° En los tres países mencionados, la asistencia religiosa católica a las fuerzas armadas se inicia con la llegada de los conquistadores españoles o lusitanos, que traen consigo capellanes, con misión pastoral encargada por los obispos territoriales respectivos, primero con sede en la Península y luego con sede en los parajes conquistados, en la medida en que se fueron creando diócesis americanas.
- 2° Cuando la institucionalidad civil y eclesiástica lo necesitó fueron designados Vicarios Castrenses, siempre dependientes del obispo territorial y capellanes encargados de dicha asistencia provenientes sea del clero secular, sea del clero regular. Ello con participación del Imperio o de la Corona que recibieron de los Pontífices el derecho de patronato, entre otros privilegios.
- 3° En la lucha por la Independencia estos eclesiásticos tomaron partido, la mayoría de ellos por la causa realista o imperial y siguiendo la tradición de la Conquista y la Colonia muchos de ellos combatieron.

³⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Sentencia del 23 de noviembre del 2010, Rol N° 2275-2010, considerando séptimo.

- 4° Una vez proclamadas las repúblicas, ellas asumieron de facto el derecho de patronato, otorgado al Rey o al Emperador, preconizando obispos y demás eclesiásticos. La Santa Sede, pese a protestas formales, aceptó el patronato “de facto” en los tres Estados estudiados (Argentina, Brasil y Chile). Por lo demás en la Constitución Argentina desde 1853 y en Chile desde la Constitución de 1833 (ya antes 1812; 1818; 1822; 1823; y 1828) se proclamaba a la religión católica como oficial”, en tanto que la primera Constitución del Brasil independiente en 1824 –todavía confesional católica– garantizó que todas las religiones serían admitidas y respetadas por el Imperio. Al proclamarse la república en 1889 mediante el Decreto 110-A de 7 de enero de 1890 se declaró al Brasil Estado a confesional. En Argentina la libertad de culto se proclamó en 1853 y el artículo 2 de la Constitución no dice estrictamente que la religión oficial es la católica, sino que en una cláusula poco críptica afirma que: “el gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico, romano”.
- 5° No afectaron substancialmente a los vicariatos castrenses los periodos de laicismo agresivo. Chile no cambió la asistencia religiosa castrense en el periodo de nueve años de vacancia de la sede arzobispal de Santiago (a fines del siglo XIX) y de enfrentamientos con el Estado; como con la supresión del financiamiento estatal del Vicariato Castrense, producido en 1932 en la efímera República Socialista de Carlos Dávila.

Argentina vivió a finales del siglo XIX y principios del XX una etapa con gran influencia de ideas liberales y laicistas, pero no se tocó el Vicariato Castrense.

Brasil vivió un periodo de laicismo agresivo desde 1890 a 1930. En su caso particular el 30 de junio de 1890 fue suprimido “el Cuerpo Eclesiástico del Ejército” y jubilados los capellanes que contasen con 25 años de servicio, pero ocasionalmente hubo peticiones de asistencia religiosa en los años siguientes, las que se renovaron en la revolución de 1890 y en el Movimiento Constitucionalista de 1932. Por Decreto Ley N° 6536, de 25 de mayo de 1944, se creó el servicio de Asistencia Religiosa, orgánico a la División de Infantería Expedicionaria, con el que Brasil participó en la Segunda Guerra Mundial. El 6 de diciembre de 1950 la Santa Sede creó el Vicariato Militar teniendo como correlato administrativo el mencionado Servicio de Asistencia Religiosa (con regulaciones en 1944, 1946, 1972, 1981, 1982 y 1988).

- 6° En general, el sistema que se usa es el de integración orgánica, con capellanes pagados por las Fuerzas Armadas, con grado y uniforme militar. Con todo es preciso apuntar que la tendencia actual es flexibilizar el sistema y no continuar con los grados y uniforme militar. Así, por ejemplo, solo la Marina argentina aplica en plenitud el sistema orgánico. Chile lo aplica con las tres instituciones armadas.
- 7° Finalmente, durante el siglo xx en los tres países la regulación de los Vicariatos Castrenses se ha realizado a través de Acuerdos con la Santa Sede: Chile en 1910-1911, Argentina en 1957 y Brasil en 1989. Como posteriormente Argentina en 1986 y Brasil en 2008 celebraron Concordatos amplios con la Santa Sede, cláusulas expresas en ellos aseguran la vigencia de los concordatos parciales celebrados con anterioridad en 1957 y 1989.
- 8° Argentina y Brasil en los acuerdos amplios de 1986 y 2008 hacen referencia a la Constitución Apostólica *Spirituali Militum Curae* de 1986, que estableció un sistema canónico único, válido en todo el mundo, de Ordinariatos Militares. La situación chilena es haber aceptado el cambio de denominación “Vicariato Castrense” por “Obispado Castrense de Chile”, por un Decreto Supremo de 1986, pero no se hace mención a la *Spirituali Militum Curae*.
- 9° En las Fuerzas Armadas, los Capellanes castrenses católicos gozan de gran prestigio, no sólo por un servicio abnegado, sino porque han participado en las guerras de las naciones latinoamericanas, por ejemplo Brasil en la Segunda Guerra Mundial y Chile en la Guerra del Pacífico 1879-1881, con gran coraje y solidaridad con la tropa.

Bibliografía

- ÁLVAREZ PRIETO, Luis, “La Libertad religiosa como derecho fundamental y la garantía de su ejecución aplicado al ámbito castrense” en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 12, 1996.
- ÁLVAREZ PRIETO, Luis, y ÁLVAREZ MORENO, María del Pilar, “La evolución jurisprudencial respecto al ejercicio del derecho a la libertad religiosa en el ámbito castrense,” en *Anuario del Derecho Eclesiástico del Estado*, 17, 2001.
- BAURA, Eduardo, *Legislazione sugli Ordinariate Castrensi*, Giuffrè Editore, Roma, 1992.
- BAURA, Eduardo, “Uficio di ordinario militare. Profeli guiridice”, en *Ius Ecclesias*, 4, 1992.

- BLANQUIER, David, “Los valores militares, la libertad de pensamiento y la libertad religiosa”, en VV.AA.: *“Ciudadano y Soldado”*, Civitas, Madrid 1996, capítulo VI.
- BRUNEAU, Thomas C., *The political transformation of the brazilian Catholic Church*, Cambridge University Press, Cambridge, 1974.
- CACIO, Juan, *Concordatos y acuerdos parciales: Política y Derecho*, Eunsa, Pamplona, 1997.
- CONTRERAS MAZARIO, José María, *Régimen Jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- DE AGUIAR, Martín, *Naturaleza y utilidad de los acuerdos bilaterales entre las confesiones religiosas y el Estado* (Inédito), 2012.
- DE RUSCHI, Luis María, *La Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y de Seguridad en la República Argentina*, 2012, disponible en: <http://prelaturaspersonales.org/la-asistencia-religiosa-a-las-fuerzas-armadas-y-de-seguridad-en-la-republica-argentina/>, consultada el 5 de enero 2013.
- GIRALDEZ DEIRO, Álvaro, “Consideraciones sobre la reforma del régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas”, en *Ius Canonicum* 22, 1982.
- GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, Juan Ignacio, *Iglesia y Fuerzas Armadas. Estudio canónico y jurídico sobre la asistencia espiritual a las Fuerzas Armadas en Chile*, Universidad de los Andes, Colección Jurídica 2, Santiago, 1994.
- GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, Juan Ignacio, *El Vicariato Castrense de Chile. Génesis histórica y canónica de su establecimiento. De la Independencia al conflicto de Tacna (1810-1915). Estudio documental*, Universidad de los Andes, Colección Jurídica 3, Santiago, 1996.
- HERBON COSTAS, Juan José, “Libertad ideológica y religiosa en las Fuerzas Armadas”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 18, 2002.
- INGOGLIA, Antonoi, “Lo stato giuridico del personale addetto all’assistenza spiritual nelle forza armate: Riflessioni e prospettive” en *Il Diritto Ecclesiastico* N° 3.
- KOWALIN, Adam, “Asistencia Religiosa nas Forcas Armadas no Brasil”, ponencia presentada en el Coloquio del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa sobre el tema, Buenos Aires, (Inédito), 2008.
- LÓPEZ MANCINI, Valeria, “La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en Chile”, Ponencia presentada en el Coloquio del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa sobre el tema, Buenos Aires, (Inédito), 2008.
- MATTE VARAS, Joaquín, “Historia del Vicariato Castrense en Chile, 1811-1911”, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 92, 1981.
- MATTE VARAS, Joaquín, *Historia del Obispado Castrense de Chile*, Ediciones del Centro de Estudios Bicentenario, Santiago, 2010.
- MESEGUER VELASCO, Silvia, “Aspectos del sistema de financiación de la Iglesia Católica en los Estados Unidos”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 13, 1997.
- MOREIRA ALVES, Marcio, *L’Eglise et la politique au Brésil*, Editions Du Cerf, Paris, 1974.

- NAVARRO FLORIA, Juan, "La singular situación de los capellanes militares", en *Trabajo y Seguridad Social*, edición del 3 de marzo de 2008.
- OLSEN, Torbjorn, *Die Natur Des Militarordinariats*, Duncker&Humbolt, Berlín, 1998.
- PADILLA, Norberto, "Los Acuerdos entre la República de Argentina y la Santa Sede", en NAVARRO FLORIA, Juan, *Acuerdos y Concordatos entre la Santa Sede y los países americanos*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2011.
- PONTIFICAL COUNCIL FOR JUSTICE AND PEACE CONGREGATION FOR BISHOPS, "Humanitarian Law and Military Chaplains International: Course for Formation of catholic military chaplains into Humanitarian Law". Rome. 25-26 March 2003, Vatican City.
- PRECHT PIZARRO, Jorge Enrique, *Derecho Eclesiástico del Estado de Chile. Análisis históricos y doctrinales*, Santiago, Ediciones Universidad católica, 2001.
- PRECHT PIZARRO, Jorge Enrique, "La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el Derecho Comparado", en *Revista Chilena de Derecho* vol. 30, N° 1, 2003.
- PRECHT PIZARRO, Jorge Enrique, "El Obispado Castrense de Chile ante el derecho internacional", en PRECHT PIZARRO, Jorge Enrique, *15 Estudios sobre Libertad Religiosa en Chile*, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006.
- PRECHT PIZARRO, Jorge Enrique, "La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas y en las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública", Conferencia Inaugural en el Coloquio de la Asociación Latinoamericana de Libertad Religiosa, Buenos Aires, (Inédito), 2008.
- PRECHT PIZARRO, Jorge Enrique, "La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas y de Seguridad Pública", Boletín Jurídico del Centro de Libertad Religiosa de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Año III, N° 7, mayo 2008.
- PRIETO, Santiago, "El servicio de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas". Textos y Comentario, *Revista Española de Derecho Canónico*, 1991.
- PUGLIESE, Francesco Agostino, *Storia e la Legislazione sulla cura spirituale alle forze armate*, Roma, 1956.
- SALINAS ARANEDA, Carlos, *Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado de Chile*, Ediciones universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2004.
- SÁNCHEZ, Alberto M, "La Cuestión del Obispado Castrense", en *Derecho*, edición del 29 de abril de 2005.
- SCHOOYANS, Michel, *Destin du Brasil*, Editions, J. Ducellot, Gembloux, Belgique, 1973.
- VIDAL, Hernán, *Las Capellanías Castrenses durante la Dictadura. Hurgando en la ética militar chilena*, Mosquito Editores, Santiago, 2005.

Ensayos

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 2 | 2013

LOS APORTES FUNDAMENTALES
DE LA CONSTITUCION DE 1980
AL SISTEMA JURÍDICO-POLITICO Y SOCIAL
CHILENO

THE FUNDAMENTAL CONTRIBUTIONS
OF THE CONSTITUTION OF 1980
TO THE CHILEAN LEGAL, POLITICAL
AND SOCIAL SYSTEM

*Jorge Van de Wyngard Moyano**

Resumen

El presente ensayo tiene por objeto formular las ocho ideas matrices de la Constitución Política de 1980 en orden a la estabilidad jurídica y política de nuestro país.

Palabras claves: Constitución de 1980, aportes fundamentales, estabilidad jurídica y política.

Abstract

The purpose of this essay is to formulate eight main ideas of the Constitution of 1980 related to legal and political stability of our country.

Keywords: Constitution of 1980, fundamental contributions, legal and political stability.

Con ocasión de la elección presidencial de 2009 algunos de los candidatos de ese entonces levantaron el planteamiento de dictar una nueva Constitución Política.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Decano de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins. Artículo recibido el 17 de enero de 2013 y aceptado para su publicación el 1 de marzo de 2013. Correo electrónico: jwyngard@ubo.cl

En ese momento, tal propuesta no tuvo mayor eco ciudadano, sobre todo por cuanto quienes la enarbolaron no resultaron favorecidos con el sufragio ciudadano. No obstante lo anterior, en estos últimos meses se ha visto resurgir una propuesta similar, pero ahora derechamente bajo la propuesta de convocar a una Asamblea Constituyente con el obvio objetivo de dar forma a una nueva Carta Fundamental, que reemplace la vigente desde el 11 de marzo de 1981.

No ha quedado claro de parte de quienes han propuesto dicha alternativa cuáles serían los fundamentos más profundos de la misma y que entendemos tendrían que ver con graves problemas que presentaría la actual Carta Constitucional, en su vigencia y aplicación, y que hicieran imprescindible su sustitución completa o, en su defecto, con la presencia de graves trastornos político-institucionales o económico-sociales, que ameritaran la generación de un nuevo marco constitucional que contribuyera a salir de tal crisis.

El peso de la prueba recae, pues, sobre quienes postulan la necesidad de una nueva Carta Fundamental. No obstante ello, el propósito de este artículo es sistematizar aquellos aspectos de la Constitución Política que nos parece constituyen su más elevada contribución al logro del bien común, propósito final al que debe tender el Estado y todo lo que de él emana, incluyendo el derecho que se promulga y que rige nuestras vidas.

Sobre el particular, cabe precisar que nos hemos querido centrar solamente en aquellos aspectos que nos parecen menos controvertibles desde un punto de vista objetivo, excluyendo algunos rasgos que aunque determinantes en la Carta del ochenta, son, sin embargo, para algunos, opinables o discutibles¹. Tal es el caso, por ejemplo, de la consagración de un régimen presidencialista, que si bien puede ser compartido por muchos como un logro destacable de la actual Constitución, puede ser para otros, legítimamente, un tema con el cual no están por completo de acuerdo. Lo mismo ocurre con la pretensión muy marcada en la Constitución de preservar la autonomía de los cuerpos intermedios, especialmente frente a la extrema politización a la que se vieron enfrentados en décadas previas al ochenta, pero también aquí existen opiniones divergentes. Otro caso, puede ser la forma en que se regulan los partidos políticos, tema que por definición siempre será objeto de profundos debates. No mencionaremos tampoco la, a estas alturas fallida, pretensión del constituyente de fortalecer la familia, fundada en el matrimonio y los hijos, aspecto que ha

¹ Para una síntesis de aspectos característicos de la Constitución de 1980, incluyendo algunos que han generado polémica, véase Alejandro SILVA BASCUÑAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, pp. 243-250.

sido completamente desarticulado a través de sucesivos cuerpos legales. Y, naturalmente, no nos referiremos a aquellos puntos que ya han sido derogados de la Constitución original, especialmente por las reformas de 1989 y 2005. En esta enumeración meramente ejemplar, nos parece que genera falta de consenso el tema de los mecanismos protectores del sistema democrático, encarnados en la disposición del artículo 19 N° 15 incisos sexto y siguientes y que es heredera del antiguo y original artículo octavo. Y en esa misma línea se encuentra el tema de los altos quórum que se exigen para la reforma constitucional, un aspecto que, por un lado, no ha impedido realizar ajustes a la Carta Fundamental (de hecho es la Constitución con más reformas en nuestra historia) y, por el otro, ha obligado a generar consensos para su reforma que sean muy transversales y eso es bueno para la democracia, mucho más que la imposición de los criterios de una mayoría esencialmente circunstancial en una cuestión que es muy trascendente para la vida de todos los chilenos, como es lo que estipula nuestra Carta Fundamental. Pensamos, aunque esto sería tema para otro artículo, que mucho le debe el país y su desarrollo a esta estabilidad que ha impuesto la Constitución, si se quiere un poco forzada, en torno a ciertos hitos fundamentales, que son los que nos han permitido avanzar con solidez en muchos aspectos en estas décadas, ya que ellos han estado al margen de cuestiones coyunturales, revanchismos o apetencias de poder desmesuradas.

Vamos entonces a centrarnos en aquellos temas que por su sustantividad, trascendencia y efectos benéficos para el país merecen ser destacados como los más relevantes aportes de la Constitución de 1980, y cuya vigencia resulta tan trascendente para el bien común que la sola idea de que sean puestos en tela de juicio a través de una Asamblea Constituyente puede traer perniciosos efectos negativos para Chile.

1° La consagración, reafirmación y protección de la persona y de su dignidad, sus derechos fundamentales y su libertad

Si tuviéramos que encarnar lo anterior en una frase, diríamos que la Constitución es profundamente “personalista”, en el sentido de plasmar una concepción de la persona de profunda raíz metafísica, entendiéndola como un ser de naturaleza corpóreo-espiritual, dotado de una dignidad y derechos esenciales que emanan de su propia naturaleza y que por tanto le son inherentes y que posee el fundamental atributo de la libertad, que lo distingue de las demás criaturas vivientes. Esa naturaleza es común a

todas las personas y de ahí emana la igualdad esencial que existe entre todas ellas².

La Constitución Política consagra en su artículo primero el principio de la primacía de la persona, en cuanto el Estado está a su servicio y, en lo que corresponde, la familia y los cuerpos intermedios también.

La Constitución entiende que todo el accionar del Estado y de las organizaciones sociales naturales y voluntarias que se han creado en última instancia apuntan al logro de la mayor realización espiritual y material de las personas, y el ejercicio de la soberanía, tanto por parte de todas las autoridades que la Constitución consagra como por parte del propio pueblo, tiene como límite absoluto el reconocer y respetar los derechos esenciales que emanan de la propia naturaleza de cada persona y que por tanto, como se sabe, son anteriores y superiores al Estado³.

A veces esta constatación, tal vez por ser tan fundamental, se nos escapa de la vista, no obstante que por lejos es sin lugar a dudas el aporte más relevante que la Constitución puede hacer para cada uno de nosotros y para el bien común del país. En pocas palabras: reconocernos y protegernos en lo que en esencia somos y fijar un claro mandato al Estado en orden a respetar siempre, e incluso bajo circunstancias extraordinarias, esa realidad que lo trasciende.

No ha habido Constitución Política en Chile que tenga esta mirada tan profunda sobre la persona y cada uno de nosotros siempre debería sentirse más seguro, dentro de la seguridad que puede entregar el derecho, de vivir bajo una Carta Fundamental que, al reconocernos en esencia en lo que somos, nos permite protegernos mejor, basados en la primacía o supremacía constitucional, ante cualquier amenaza a nuestro ser, nuestra dignidad, nuestra libertad, nuestros derechos esenciales y nuestra esencial igualdad.

2° *El carácter subsidiario de nuestro Estado*

Consagrado el señalado principio en el ya citado artículo 1° de la Constitución, sin lugar a dudas se ha transformado en el pilar a partir del

² En el Informe del Consejo de Estado acerca del Anteproyecto sobre Nueva Constitución Política, de 1° de julio de 1980, firmado por el ex Presidente de la República don Jorge Alessandri Rodríguez, se señalaba al respecto que “Otra de las finalidades básicas perseguidas por el proyecto en consulta es la de preservar la dignidad de la persona, su libertad y derechos fundamentales, y crear y fortalecer los medios adecuados para hacerlos valer”. INFORMES DEL CONSEJO DE ESTADO, *Textos Comparados de la Constitución Política de la República de Chile-1980 y Constitución Política de la República de Chile-1925* p. 124.

³ Humberto NOGUEIRA, *Derecho Constitucional*, pp. 109-111.

cual se ha producido una profunda transformación socio-cultural en la sociedad chilena de las últimas décadas. En efecto, cabe recordar que nuestra sociedad y las personas que la integran se edificaron, en las cinco décadas previas a la Constitución de 1980, sobre la base de un modelo de desarrollo en el cual el Estado tenía y fue asumiendo un rol cada vez más preponderante, no sólo como promotor directo del desarrollo del país, sino que como un Estado cada vez más “paternalista”, proveedor de empleos, educación, salud, vivienda, educación, cultura, etcétera.

En ese contexto, las personas aspiraban a obtener un empleo público, deseaban que el Estado interviniera reajustando sus remuneraciones o jubilaciones, les entregara educación y salud gratuitas y otra serie de beneficios, sin inquietarse mucho por evaluar si el país estaba en condiciones de asumir esos gastos. El resultado ya es conocido. Entre los años treinta y setenta Chile fue un país de discreto desarrollo económico, profundamente desigual, con bolsones de extrema pobreza gigantescos, y con una economía pública caracterizada por el permanente déficit fiscal, desequilibrio en las cuentas públicas, hiperinflación, alto endeudamiento público y privado, todo lo cual, a su vez, derivaba en una continua agitación social, protestas, convocatorias a paros, declaraciones de estados de excepción constitucional y otras situaciones para nada adecuadas para el desenvolvimiento del país.

Bajo la Constitución de 1980 se define el rol del Estado como subsidiario y se prioriza como eje del desarrollo el ejercicio de la libertad y el consiguiente emprendimiento de las personas. El Estado deja de asumir un rol paternalista y entrega la responsabilidad de proveerse la satisfacción de las necesidades a las propias personas y a su capacidad de esfuerzo, trabajo y superación⁴. Ello no es obstáculo para que el Estado concentre sus políticas sociales en aquellos sectores más desposeídos que requieren aún un apoyo estatal, como un elemento que contribuya a sacarlos de la situación en que se encuentran.

Ahora las personas han ido progresivamente entendiendo y asumiendo que la satisfacción de las necesidades de salud, educación, trabajo, seguridad social, desarrollo económico etc., son asuntos que dependen prioritariamente de ellas mismas y que ya no estará siempre el Estado para proveérselas.

Es indudable que ese camino ha sido duro para algunos, pero en definitiva ha generado una profunda transformación sociocultural, sobre todo en las generaciones más jóvenes, que entienden que deben ser capaces por sí mismos de configurar sus propias existencias, prescindiendo en buena medida del Estado.

⁴ SILVA BASCUÑAN, *op. cit.*, pp. 52-53.

Las repercusiones de este esquema son claras. Chile ha tenido un gran desarrollo económico, el Estado ordenó sus finanzas públicas, la economía se desenvuelve movida por el emprendimiento, la innovación y el trabajo de las personas. La consecuencia final es que hoy Chile lidera el concierto latinoamericano en cuanto a producto per cápita y nivel de desarrollo humano, además de ostentar esa misma posición en muchas otras variables, lo que ha generado una posición de privilegio y reconocimiento por nuestros pares de la región.

3° Las bases de una sólida política económica

En buena medida unido a lo anterior, podemos destacar de la Carta de 1980 el haber fijado casi silenciosamente, atendido a que nunca se la menciona en esta materia, las bases para que la administración económica del país se desarrolle en un marco de disciplina fiscal, ausencia de demagogia y equilibrios macroeconómicos⁵, todo lo que, hoy en día lo sabemos mucho mejor que hace unas décadas, es la base para el crecimiento de un Estado y para el bienestar de su pueblo.

Nadie pone en duda como los diferentes gobiernos que ha tenido el país, desde Pinochet a Piñera, han tenido un ejemplar continuismo en esta materia, y precisamente ello es lo que ha posibilitado que el país no sólo se desarrolle, sino que sea creíble y respetable ante los inversionistas extranjeros y el mundo económico en general. El punto es que todos sabemos que en estos años ha habido gobiernos de distintas tendencias políticas, algunas de las cuales, en principio, no están muy de acuerdo con las bases económicas sentadas en la Constitución, pero precisamente los quórum de reforma altos que ella contempla en este caso han operado como eficaces mecanismos de preservación de las bases económicas y los gobiernos, conformes o no, han debido someterse a las mismas, asegurando así la tan celebrada continuidad y seriedad de Chile en la materia. Es indudable que con quórum de reforma menores a los actualmente establecidos, y sobre todo en momentos de menor dinamismo económico, las mencionadas bases constitucionales que han posibilitado nuestro desarrollo habrían sido demagógicamente reformadas.

Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a la prohibición parlamentaria de aumentar los gastos que propone el Presidente de la República y a la iniciativa exclusiva de ley que se le otorga al mismo en amplias materias

⁵ Jorge VAN DE WYNGARD, “La democracia “tecnificada” en la Constitución de 1980”, pp. 9-28.

que precisamente implican gasto público. Esta doble conjunción de normas prácticamente erradicó de raíz el tan viejo vicio de la política chilena entre 1925 y 1973 del populismo y la demagogia. Igualmente, y con el objeto de evitar ese mismo vicio por parte del Presidente, la Carta del 80 otorgó rango constitucional y autonomía al Banco Central, y concentró en él una serie de atribuciones claves para evitar el populismo del gobernante, sobre todo en lo que dice relación con las políticas cambiarias, crediticias y monetarias. Asimismo, el exigir ley, y de quórum calificado en su caso, para que se puedan adquirir empréstitos por parte del Estado o sus organismos, sobre todo si el servicio de la deuda excede el mandato presidencial del mandatario que lo gestiona. Y, en la misma línea, el prohibir al Banco Central otorgar empréstitos al Estado y sus organismos, o dar su garantía a los mismos o adquirir instrumentos de deuda pública. Finalmente, el transformar el Estado empresario en una excepción sujeta a ley de quórum calificado ha evitado el surgimiento de conglomerados empresariales estatales que, en la mayoría de los casos, han sido deficitarios o fuente de algunos de los casos de corrupción más importantes que ha vivido el país en las últimas décadas. De modo que restringir el Estado empresario ha sido también una eficaz medida de la Constitución que ha contribuido a nuestro alabado desarrollo macroeconómico.

La importancia que tiene la Constitución de 1980 en la sanidad y avance de nuestra economía actual es capital, sobre todo por haber sentado las bases para un desarrollo macroeconómico serio, y por levantarse como una barrera ante el clamor de algunos por volver a tiempos en que el Estado fue una caja pagadora de favores políticos.

4° La consagración de algunos derechos y garantías constitucionales especialmente relevantes

Es un hecho casi matemático que el catálogo de derechos fundamentales que reconoce la Constitución en beneficio de todas las personas es el más amplio de nuestra historia constitucional⁶. De entre ellos cabe destacar especialmente algunos nuevos que, en algunos casos, incluso fueron

⁶ El Informe del Consejo de Estado a este respecto señalaba: "Preservar la democracia supone asegurar a las personas que sus derechos fundamentales les serán respetados y que, en caso de no serlo, tendrán los recursos y procedimientos adecuados para lograr que los Tribunales de Justicia –con la Independencia de los restantes Poderes Públicos que les ha sido tradicional en Chile– restablezcan su pleno imperio". INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO... *op. cit.*, p. 119.

pioneros. Nos referimos, por de pronto, al derecho a la vida, al derecho a la integridad psíquica, al derecho a la defensa jurídica, al trascendental derecho a un debido proceso, al derecho a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia, a la garantía de la seguridad individual, al novedoso derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a los perfeccionamientos a la libertad de enseñanza, a la libertad de asociación y a la libertad de trabajo, al derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, a la igualdad en materia económica, a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes y las mayores garantías al derecho de propiedad, que entre otros aspectos ha permitido el desarrollo gigantesco de la inversión minera en el país, una de las palancas de nuestro crecimiento económico, y que también ha amparado eficaz y oportunamente el patrimonio de quienes, por razones de utilidad pública o interés nacional, han debido ser expropiados.

Por el lado de las garantías constitucionales o mecanismos de defensa de nuestros derechos, lugar central lo ocupa la consagración del notable recurso de protección, la ampliación de las causales del recurso de amparo, la mejoría en el recurso de reclamación de la nacionalidad, la acción de nulidad de derecho público, el principio de vinculación directa de la Constitución, y, sobre todo, la llamada “garantía de las garantías” o “garantía general de protección de los derechos”, que ha evitado que la autoridad administrativa regule, complemente o limite nuestros derechos constitucionales y que el legislador no los afecte en sus esencia ni impida su libre ejercicio⁷.

En una época en que las personas parecen sólo estar preocupadas de sus derechos y de la posibilidad real de ejercerlos, es indudable que la Constitución de 1980 les entrega una potente señal en su favor.

5° El reforzamiento del Estado de Derecho

Tal situación no se logra sólo con lo ya expuesto, en particular con la reafirmación de la primacía de la persona sobre el Estado y sus autoridades, con la consagración del límite al ejercicio de la soberanía en el respeto por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y con el amplio catálogo de derechos y garantías a favor de las personas que se estipula en la Constitución, sino que también con aspectos institucionales muy trascendentes. Por ejemplo, la expresa consagración del principio de

⁷ Mario VERDUGO, *Derecho Constitucional*, pp. 193-195.

supremacía constitucional, del principio de institucionalización del poder y del principio de responsabilidad⁸, así como la fijación de los requisitos de validez de actos de los órganos del Estado⁹.

En el mismo sentido, también cabe destacar el ya citado principio de vinculación directa de la Constitución, y la acción de nulidad de derecho público, que en tanto principio y acción van en directo beneficio del carácter personalista propio del Estado de Derecho¹⁰.

A ello se suman aspectos puntuales muy importantes. Por un lado, el reforzamiento del “imperio” propio de los tribunales de justicia, que ya no está supeditado a juicios de mérito u oportunidad por la autoridad político-administrativa. Por el otro, la prohibición que tiene el Presidente de la República en a lo menos cuatro casos para dictar decretos de insistencia ante el Contralor General de la República, aspecto que antes no reconocía límite alguno en cuanto a materia y cantidad. En esa misma línea se ubica la consagración de un Tribunal Constitucional poderoso, eficaz, imparcial y objetivo guardián de la Constitución, al margen de acuerdos coyunturales entre cúpulas políticas. En especial, las mayores atribuciones, en relación con su predecesor de la Carta de 1925, que se le otorgaron en relación con el control de constitucionalidad preventivo de una serie de normas jurídicas¹¹.

La propia existencia de un capítulo I, denominado “Bases de la Institucionalidad”, tan rico en principios y valores, ha posibilitado a nuestra jurisprudencia constitucional, judicial y administrativa un espectacular desarrollo en las últimas décadas, ya que la Constitución les provee de material suficiente como para desarrollar en toda su amplitud la riqueza de algunas disposiciones de ese Capítulo y de esa manera reforzar la supremacía constitucional y, con ello, la vigencia del Estado de Derecho, todo lo que en definitiva redundará en beneficio para las personas.

6° La promoción de la regionalización

Si bien el proceso de regionalización no ha tenido el grado de desarrollo esperable después de transcurridos ya más de 30 años de vigencia de la Constitución, no cabe duda que habrá que reconocer que corresponde

⁸ Eduardo SOTO KLOSS, “La responsabilidad del Estado-Administración”, pp. 71-131.

⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980, artículos 6° y 7°.

¹⁰ Eduardo SOTO KLOSS, “La protección de los derechos de las personas, logros y penurias (veinticinco años de jurisprudencia 1977/2002)”, pp. 71-80.

¹¹ Patricio ZAPATA, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pp. 159-160.

a la misma el haber sentado en sus bases más primarias el inicio de este decurso en el cual aún resta mucho por avanzar. El fruto más fecundo de esta línea, que en el fondo se traduce en avanzar en una descentralización administrativa de base territorial, es el gran desarrollo que han evidenciado las Municipalidades, donde sí es evidente que ha habido un gran progreso en transformar a estas corporaciones en verdaderos centros de poder y gestión a nivel local. Una constatación política de esta realidad la constituye el hecho que varios alcaldes exitosos se han abierto camino como diputados, senadores e incluso candidatos presidenciales. También cabe agregar la consagración en la Constitución de los Consejos Regionales, los cuales fueron concebidos como un mecanismo de participación de la ciudadanía regional en el progreso económico, social y cultural de la región.

7° El rescate de la identidad patria

Para algunos, en los tiempos actuales, esto puede ser un romanticismo, o algo obsoleto o incluso extrajurídico, pero es claro que la Constitución de 1980 ha puesto un especial énfasis en este tema. De ello dan cuenta, sobre todo, el reconocimiento de nuestros emblemas (“símbolos”) patrios a nivel de Bases de la Institucionalidad¹²; los deberes que se fijan a todos los chilenos de honrar a la Patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar los valores esenciales de la tradición chilena; y la misión que se asigna a las Fuerzas Armadas, en cuanto ellas “existen para la defensa de la Patria”.

Este propósito de la Carta Fundamental de resaltar el amor por la Patria es relevante, en especial si se tiene en consideración que la llamada “globalización” en la que nos hallamos inmersos tiende a generar conductas diluyentes del sentimiento patrio y que también pueden terminar por afectar nuestra propia identidad como Nación.

Es cierto que en la actualidad las normas que hemos citado parecen tener una vigencia más bien discreta o de poca intensidad, salvo en el caso de las Fuerzas Armadas, pero es evidente que en otro contexto tales disposiciones pueden tener una fuerza jurídica y moral muy superior y por eso es bueno que se encuentren expresadas en nuestra Constitución.

¹² En el informe de la denominada “Comisión Ortúzar”, sobre estudio de un Anteproyecto para una nueva Constitución Política, se expresaba al respecto que: “Como medio de destacar el imperio de los valores esenciales de la chilenidad y de preservar la identidad histórico-cultural de la Patria, nos ha parecido un deber contemplar un precepto en este capítulo primero del Anteproyecto que establezca que son Emblemas Nacionales el escudo de Armas de la República, la Bandera Nacional y el Himno Nacional, todos ellos símbolos de la unidad nacional”

8° El reforzamiento de la Justicia Electoral

No obstante que es un tema más técnico-judicial, es un aporte de la Carta del 80 el haber creado instancias de justicia electoral a nivel regional, por medio de instituir los Tribunales Electorales Regionales, los cuales, no cabe duda, han contribuido a perfeccionar nuestros mecanismos democráticos y acercar el tema de la calificación de los actos electorales al ciudadano común¹³, en especial por cuanto la competencia de estas instancias regionales les permite pronunciarse incluso sobre actos electorales acaecidos en el seno de diversos cuerpos intermedios de la sociedad.

Conclusiones

Chile ha constituido una rara excepción en el contexto latinoamericano por su estabilidad institucional, en buena medida acompañada de una larga vigencia de sus Cartas Fundamentales. Descontados los primeros ensayos constitucionales de los albores de nuestra Independencia, en realidad Chile se ha edificado sobre tres Constituciones Políticas, como son las de los años 1833, 1925 y 1980. Todas ellas fueron objeto, en su momento, de críticas por parte de los sectores que no las compartían, y que incluso cuestionaban su legitimidad. Sin embargo, como reza el refrán, “las personas pasan y las instituciones quedan” y, en definitiva, se ha tratado de Constituciones que han contribuido, cada una desde sus peculiares aportes, a que Chile se haya consolidado como un país reconocido por la mencionada estabilidad.

Estamos convencidos de que la actual Constitución contempla las regulaciones adecuadas para el momento presente de Chile y el mundo. En cierta medida se adelantó a los tiempos actuales, caracterizados precisamente por un abandono de las economías centralmente planificadas y también del modelo del “Estado benefactor”; por un afán universal de avanzar en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas y garantizar más y mejores mecanismos protectores de los mismos; por proteger el medio ambiente en que se desenvuelve nuestra vida; por fortalecer y ampliar en todas sus proyecciones la dignidad humana; por la confianza en el Estado de Derecho como marco jurídico bajo el cual se desenvuelve el sistema democrático; por la toma

¹³ Sus predecesores fueron, en cierta medida, los antiguos Tribunales Calificadores de Elecciones Municipales contemplados en la Ley 11.860.

de conciencia a nivel mundial de la necesidad de un manejo responsable y no populista de las finanzas públicas y muchos otros aspectos que se encuentran recogidos en nuestra actual Constitución.

Es claro que, como toda obra humana, admite perfeccionamientos y ajustes de acuerdo a los nuevos desafíos que se vayan presentando para el país, pero de hecho los ha ido teniendo y de manera ordenada y regulada a través de las diferentes modificaciones que de manera consensuada se han ido acordando entre todos los sectores políticos. La existencia de los quórum de reforma altos, como ya se señaló, ha obligado a una “democracia de los acuerdos” en estas cuestiones fundamentales y ello, lejos de las críticas de algunos, parece acercarse mucho más a un ideal republicano que la mera imposición de los criterios de una mayoría coyuntural en aspectos esenciales para la vida de los ciudadanos presentes y futuros.

Bibliografía

- INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO, *Textos Comparados de la Constitución Política de la República de Chile-1980 y Constitución Política de la República de Chile-1925*, Santiago, Instituto de Estudios Generales, 1980.
- NOGUEIRA, Humberto, *Derecho Constitucional*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997, tomo I.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997, tomo III.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La responsabilidad del Estado-Administración”, Academia de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Santiago, 2006.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La protección de los derechos de las personas, logros y penurias (veinticinco años de jurisprudencia 1977/2002)”, en *Ius Publicum*, N°10, Santiago, 2003.
- VAN DE WYNGARD, Jorge, “La democracia “tecnificada” en la Constitución de 1980”, en *Ars Boni et Aequi*, N°2, Santiago, 2006.
- VERDUGO, Mario, *Derecho Constitucional*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997, tomo I.
- ZAPATA, Patricio, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Biblioteca Americana, Santiago, 2002.

NORMAS CITADAS

Constitución Política de la República 1980.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE:
¿GOLPE DE ESTADO?
UNA EVALUACIÓN POLÍTICA Y JURÍDICA

CONSTITUTIONAL ASSEMBLY:
IS THIS A COUP D'ETAT?
A POLITICAL AND LEGAL ASSESSMENT

*Gonzalo Rojas Sánchez**

Resumen

Desde el ángulo político-jurídico, este ensayo problematiza la tesis de que la asamblea constituyente es una buena solución para los problemas (reales o supuestos) de la institucionalidad chilena.

Palabras claves: asamblea constituyente, institucionalidad jurídico-política.

Abstract

From a political-juridical approach, this essay criticizes the thesis that argues that a constituent Assembly is a good solution for the problems (real or imagined) of the Chilean institutionalality.

Keywords: Constituent Assembly, legal and political institutions.

¿Una Asamblea Constituyente para Chile? La pregunta parece fuera de tono en un país que vive una plena estabilidad política, jurídica y económica, pero no llama tanto la atención si se considera que ha habido en los últimos años fuertes cambios en las dimensiones sociales y moral-culturales de sus instituciones.

Quizás sea el creciente desajuste entre esos diversos aspectos de la vida nacional lo que ha movido a ciertos actores públicos hacia la posibilidad de promover una Asamblea Constituyente.

* Doctor en Derecho. Profesor titular de Historia del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 15 de enero de 2013 y aceptado para su publicación el 1 de marzo de 2012. Correo electrónico: grojass@puc.cl

¿Quiénes han estado efectivamente sugiriendo esa posibilidad ajena a nuestra actual institucionalidad?

En primer lugar, algunos parlamentarios.

Guido Girardi del PPD afirmó hace meses:

“Debemos tener una nueva Constitución, pero una nueva Constitución que emerge desde la ciudadanía tiene mucho más valor que una que emerge de la política tradicional sin diálogo con el mundo social”, y agregó que “hay muchos que le temen a la Asamblea Constituyente, pero esta finalmente va a expresar lo que quiere la sociedad chilena; una Constitución que emerge de este Parlamento va a ser una Constitución castrada, que no va a dar cuenta de las demandas que tienen los chilenos sobre cómo quieren vivir”¹.

A ese planteamiento se ha sumado Guillermo Teillier, presidente del PC, quien ha afirmado que la Asamblea Constituyente

“sería el mejor camino; la postura del partido sigue siendo ésa; nosotros insistiremos que es el mejor camino y no vamos a cambiar de parecer”².

También desde el mundo sindical se ha venido promoviendo la Asamblea Constituyente; las demandas de la CUT

“entre otras cosas, exigían ‘un enfoque que deje de lado la educación de mercado’, elaborar ‘una nueva constitución política que emane del soberano a través de una Asamblea Constituyente...’ ”³.

Y, por cierto, no ha faltado la contribución de intelectuales al tema.

“El norte de las movilizaciones estudiantiles que, junto con cambiar los fundamentos mercantiles de la educación, apunta como *conditio sine qua non* a continuar acumulando fuerzas y arrinconando al gobierno para lograr una refundación estructural de la institucionalidad política de Chile, se sitúa igualmente en la línea de avanzar en la construcción de una Asamblea Constituyente. El movimiento social muestra que la lucha política por cambiar el sistema es posible y necesaria; constituye un punto de articulación de un movimiento de dimensión nacional capaz de galvanizar las diferentes expresiones sociales y políticas que tengan

¹ UPI, “Girardi propone que ciudadanos redacten nueva Constitución vía Asamblea Constituyente”.

² Diario *El Mercurio*, C3.

³ Marcel OPLIGER y Eugenio GUZMÁN, *El malestar de Chile, ¿teoría o diagnóstico*, pág. 57.

por objetivo común una nueva sociedad: Asamblea Constituyente, Nueva Constitución, Nueva política para Chile, una Segunda República...”.

Así se ha expresado Jaime Massardo, profesor de la Universidad de Valparaíso⁴.

El tema está en el ambiente, pero los problemas doctrinarios y prácticos que plantea una Asamblea Constituyente son numerosos y deben ser analizados con calma.

Los primeros son obviamente su legitimidad de origen y su legitimidad de ejercicio. Los segundos están consecuentemente asociados a los anteriores.

Todos los sistemas constitucionales establecen mecanismos para la reforma de la Constitución. Pueden ser más o menos difíciles de practicar, pero forman parte del Estado de Derecho. Si no operan por mucho tiempo –dada su complejidad– sin duda se hacen más difíciles de integrar al concepto de institucionalidad, pero si han funcionado con fluidez –como es el caso de Chile– (en 32 oportunidades⁵) lo lógico es que sigan siendo utilizados o que, dentro de sus propias reglas, sean modificados.

Por eso, si se quiere organizar una Asamblea Constituyente, las opciones que se puedan explorar para darle forma resultan ser todas contrarias a la institucionalidad vigente.

¿Cuáles son esas opciones?

- a) Que las dos cámaras, por alguna mayoría autodeterminada, así lo decidan (si sólo lo decidiera una cámara, esa medida sería extraordinariamente precaria). Pero las cámaras no fueron elegidas para eso (aunque uno o más candidatos lo hubiesen propuesto en su programa o en su propaganda). Romperían, por lo tanto, con el mandato otorgado por sus electores, aniquilando de paso a la minoría que se opusiese y que podría parecer rebelde, cuando en realidad esa minoría estaría defendiendo el patrimonio de la institucionalidad.
- b) Que el Presidente de la República se lo pidiese a las Cámaras. Pero en ese mismo acto el Presidente estaría denunciando la institucionalidad vigente y, por lo tanto, debería renunciar. Permanecer en el cargo mientras se desarrollase un proceso de Asamblea Constituyente sería de una inconsecuencia total. Pero, a su vez, la renuncia implicaría la asunción al poder por un periodo transitorio de un Presidente interino, persona que no pasaría de

⁴ Jaime MASSARDO, “Gramsci en Chile.”

⁵ CONGRESO NACIONAL, Leyes de reforma de la Constitución Política.

ser un títere de la Asamblea Constituyente, la que en la práctica detentaría también el Poder Ejecutivo, a través del interino o del propio presidente de la Asamblea.

- c) Que el Presidente de la República disolviese las cámaras y convocase a una elección especial, saltándose así toda la institucionalidad. Pero eso significaría igualmente una ruptura completa del orden jurídico, una caída en la total ilegitimidad, equivalente a que intentase disolver las Fuerzas Armadas, cerrar el Banco Central, disolver el Tribunal Constitucional, intervenir el Poder Judicial o abolir la Contraloría General de la República.
- d) Que una reunión de pueblo establecida como Asamblea de hecho forzase la constitución de la Asamblea Constituyente. Esto es justamente lo que está previsto desde 1823⁶ en nuestras Constituciones, bajo diversas fórmulas, como delito de sedición o como actos que producen nulidad de derecho público. Sería la señal más clara de que se ha terminado el Estado de Derecho y una abierta provocación a las Fuerzas Armadas.

No cabe duda que, con independencia de las opciones anteriores, podría explorarse también la posibilidad de hacer coexistir al Congreso bicameral con la Asamblea Constituyente. Pero esa alternativa plantea dos problemas muy serios. En primer lugar ¿ese Congreso podría continuar sus tareas legislativas propias, incluso discutiendo proyectos nuevos posteriores a la entrada en funciones de la nueva Asamblea Constituyente, o sólo estaría autorizado a terminar con el despacho de los proyectos pendientes? Si se optase por la segunda fórmula, los miembros del Congreso perderían gran parte del interés por asistir a las sesiones y votar; y si fuese la primera, ciertamente el Congreso viviría en estado de duda permanente sobre la compatibilidad de las nuevas leyes con el régimen constitucional en gestación. La sensación de estar trabajando en leyes eventualmente inútiles por su inaplicabilidad sería inevitable. Por eso mismo, se presenta un segundo problema. En cualquiera de las dos opciones anteriores, los proyectos de leyes despachados entre la instalación de la Asamblea Constituyente y la promulgación de la eventual nueva Constitución, adolecerían de una falta de legitimidad ante la nueva institucionalidad, justamente por haber sido discutidos y aprobados durante un período de emergencia constitucional en que todo estaría siendo revisado.

Seguramente no habría senadores ni diputados que quisieran trabajar en tan precarias condiciones.

⁶ CONSTITUCIÓN DE 1823, art. 119; CONSTITUCIÓN DE 1833, arts. 158, 159 y 160; CONSTITUCIÓN DE 1925, arts. 3° y 4°; CONSTITUCIÓN DE 1980, art. 7°.

Después de estos problemas, pero obviamente vinculadas con ellos, aparecen otras dificultades prácticas.

En caso de que se optara por una elección. ¿Qué sistema se podría usar para elegir a los miembros de la Asamblea Constituyente?

- a) En primer lugar, estaría la posibilidad de que la elección la realizara el propio Parlamento y de entre sus propios miembros. ¿Podría encontrarse un método más oligárquico y menos representativo que el determinado por 158 personas que no fueron electas para eso? Y, además, seguramente en esa elección no participaría ninguno de los parlamentarios defensores de la institucionalidad aún vigente, disminuyendo aun más el número de participantes y la supuesta representatividad.
- b) Una segunda opción consistiría en realizar una elección popular sobre la base del sufragio universal y de acuerdo al actual padrón, es decir, un sistema con inscripción automática y voto voluntario. Si así fuera, muchos grupos y partidos políticos –al oponerse a la idea de una Asamblea Constituyente– optarían por no presentar candidatos y crecería aún más la abstención respecto de las últimas elecciones, lo que haría inválida esa instancia como mecanismo de participación. Obviamente una Asamblea electa por una porción pequeña del electorado (quizás el 20 a 30%, a lo más) carecería de toda representatividad.
- c) La tercera opción podría contemplar un sufragio a través de los cuerpos intermedios, de los grupos de interés, del movimiento social o como quiera llamarse a esas organizaciones. Es decir, un sufragio funcional o corporativo.

Las dificultades prácticas específicas en esta materia (y que obviamente tienen dimensiones doctrinarias) serían numerosas.

Ante todo, ¿quién decidiría y con qué criterio qué grupos serían los llamados a votar? ¿Sólo podrían elegir representantes a la Asamblea Constituyente las organizaciones que tuviesen personalidad jurídica? ¿Y quién garantizaría que las elecciones dentro de cada agrupación fuesen genuinas y no dominadas por los más fuertes o los más audaces?

Además, ¿cómo se ponderaría el voto de cada grupo? ¿Con relación al número de afiliados reales o potenciales? ¿De acuerdo a la importancia relativa que tuviesen las organizaciones en la vida nacional? ¿Y quién y cómo se determinaría ese peso específico? ¿Votarían sólo las grandes agrupaciones o podrían hacerlo las pequeñas unidades en ellas integradas? (¿votarían sólo la CUT y la CPC o también los sindicatos y la SNA?) ¿Le

corresponderían a la CUT más votos que a la CPC o los mismos? ¿Le corresponderían a las universidades que no estuviesen en el Consejo de Rectores más votos (porque serían muchas más) que las del Consejo, o menos (porque en promedio aquéllas serían más jóvenes)?

Más aún, ¿quién garantizaría que cada grupo fuese independiente de los partidos políticos y que no fuesen éstos los que hubiesen capturado una determinada directiva antes de la elección de la Asamblea Constituyente y no hubiesen forzado, por lo tanto, el voto del gremio en un sentido que pudiese ser exactamente el contrario al de la mayoría de los afiliados?

Finalmente —y sólo en el plano comunicacional y simbólico— este tipo de sufragio recordaría a los viciados métodos electorales del fascismo italiano o a las elecciones fraudulentas de las dictaduras totalitarias comunistas. Ninguna de esas experiencias cuenta con antecedentes en la historia de Chile ni con el más elemental prestigio entre los especialistas e intelectuales serios.

- d) Cabe por cierto un cuarto tipo de sufragio, algo así como la voz de la calle movilizada. Para practicarlo, unas decenas de miles de personas se tomarían uno o más lugares abiertos o cerrados, oírían a unos pocos oradores, recibirían la proposición de unos cientos de nombres y los aprobarían a mano alzada, por aclamación. Pero ¿qué podría tener de democrático un acto de esa naturaleza? Nada. Sería el comienzo de la dictadura sin límites.

“En su forma originaria, la asamblea de la ciudad proporcionó un medio eficaz de democracia directa a las pequeñas comunidades rurales con problemas relativamente sencillos. Sin embargo, con el aumento de la población disminuyó la oportunidad de una discusión detenida entre todos los ciudadanos y las asambleas pasaron a ser dominadas por las personas con intereses concretos”⁷.

Imaginemos que, superados los problemas anteriores más por la fuerza de los hechos que por la razón y el derecho, llega a establecerse una Asamblea Constituyente.

Se plantea entonces otra serie de dificultades:

Ante todo, el carácter abierto o cerrado de las reuniones. Dada la naturaleza fundante de sus propósitos, las sesiones de la Asamblea Constituyente deberían ser instancias a las que pudiese acudir todo ciu-

⁷ Vernon BOGDANOR, *Enciclopedia de las instituciones políticas*, pág. 61.

dadano (e incluso, en algún momento, pedir la palabra...) o, al menos, las sesiones deberían estar abiertas a todos los medios de comunicación que quisieran estar presentes, tanto nacionales como extranjeros, y debiera garantizárseles el pleno acceso a los constituyentes. En ambos casos, el funcionamiento se haría prácticamente imposible, por elementales razones de orden y privacidad. Más que eso, en cualquier momento, algún grupo podría arrogarse las mismas facultades de los ya electos, ingresar al recinto, impedir el normal funcionamiento de los constituyentes e incluso despojarlos de sus atribuciones para organizar de hecho... ¿una nueva Asamblea Constituyente?

Una segunda cuestión práctica muy delicada tiene que ver con los mecanismos de toma de decisiones.

Para determinar sus propias normas al respecto, la Asamblea tendría que proceder inicialmente por mayorías absolutas, mecanismo que obviamente recomendaría a esa misma mayoría no fijar quórums más altos para las votaciones posteriores, de modo de no privarse de una elemental operatividad. Todos los contenidos del texto constitucional en discusión –si se optase por la discusión segmentada– irían siendo aprobados, entonces, por la mayoría absoluta de los miembros presentes en cada sesión, dentro de una Asamblea Constituyente cuyo origen, como se ha visto antes, correspondería a pequeñas minorías, fuera cual fuese el mecanismo electoral utilizado para escoger a sus miembros.

Como esa falta de representatividad generaría un obvio problema de legitimidad, cabe preguntarse también: ¿y en qué se diferenciaría entonces la Asamblea Constituyente de los mecanismos de participación y votaciones contemplados hoy para las Cámaras?

Para evitar esa similitud, la Asamblea Constituyente podría optar por una fórmula más radical, consistente en que se impusiese a sí misma la unanimidad como sistema requerido para la aprobación del nuevo texto. Pero eso haría prácticamente imposible el funcionamiento de la Asamblea –por la natural existencia de diversos grupos dentro de ella– hasta el dramático momento en que se pidiese la expulsión de las “minorías obstruccionistas” y, finalmente, eso se concretase.

Cabría incluso la posibilidad de que las votaciones no quedasen concluidas en la Asamblea misma, sino que los constituyentes tuviesen que acudir a sus bases para obtener ratificación. Sería la fórmula para evitar las acusaciones de estar perpetuando de manera espuria los antiguos sistemas de representación. Pero esa consulta permanente “a las bases” –dentro o fuera del recinto– no sólo implicaría una cuestión imposible de resolver (¿cuáles serían las bases habilitadas para aprobar o rechazar lo consultado), sino, además, dada la más completa disparidad de pareceres entre “bases”

con intereses sectoriales o ideológicos muy diversos, se demostraría la imposibilidad de llegar a acuerdos en la sala una vez que se retornase a ella con los resultados de las consultas.

Se suma a los anteriores un tercer problema: la elección de la presidencia de la Asamblea Constituyente. En el contexto ya explicado, con una Presidencia de la República minimizada, suplente o efectivamente inexistente, el Presidente de la Asamblea pasaría a ser considerado la primera autoridad de la República, con todos los trastornos para la separación de los poderes del Estado y para el ejercicio práctico del poder que esa situación implicaría. Abundar en ellos en este texto resulta ocioso.

Una cuarta dificultad tiene que ver con las diversas fuerzas incorporadas a la Asamblea Constituyente. Quienes decidiesen darle forma, por el sólo hecho de haber propuesto ese mecanismo, serían calificadas antes de la instalación de la Asamblea como fuerzas asistémicas. Pero al organizar la Constituyente pasarían a ser fuerzas sistémicas (dentro del nuevo orden en formación). Al mismo tiempo, seguramente quedarían fuera de la Asamblea parte de las fuerzas originalmente asistémicas (aquellas que no encontrasen correctos los mecanismos electorales, o perdiesen en las elecciones, por ejemplo), así como gran parte de las anteriores fuerzas sistémicas, que decidirían no plegarse a la ruptura de la institucionalidad. Se daría entonces la paradoja de que los nuevos constituyentes tendrían que enfrentar –y desde una posición minoritaria– tanto a las fuerzas asistémicas derrotadas o disconformes con el funcionamiento concreto de la Asamblea, como a las fuerzas asistémicas partidarias de la antigua institucionalidad.

Un quinto problema se presenta respecto de los textos en discusión. Por una parte, la Asamblea debería decidir desde el primer día si encarga un texto a una comisión de expertos o los propios miembros de la Constituyente quedan autorizados para presentar textos completos o parciales.

Si se optase por la primera posibilidad, muy probablemente la Asamblea debería discutir ante todo unas Bases para entregárselas a esos comisionados. En esa discusión de Bases se plantearían ya todos los problemas anteriormente descritos, sin que hubiera todavía ni un solo artículo en votación. A esa dificultad se sumaría la de escoger a los comisionados propiamente tales. Los distintos grupos, facciones, sensibilidades, etc. competirían por colocar en esa Comisión a sus diversos *iluminados*, sobre quienes recaería la casi imposible misión de producir textos –un solo texto, al fin de cuentas– armónicos. El engendro producto de múltiples transacciones sería el más obvio resultado. Y de ahí, recién iría el escrito a la sala (a la Asamblea Constituyente misma) donde volvería a surgir el problema: ¿se discute y vota artículo por artículo o se aprueba o rechaza el texto completo?

En caso de que cada uno de los miembros de la Constituyente pudiese presentar proyectos completos o parciales, la alineación de los diversos grupos o facciones terminaría por concentrar las proposiciones en dos, tres o cuatro textos, ciertamente rivales entre sí, enfrentando de manera permanente a los constituyentes y transformando el trabajo jurídico en una auténtica lucha de intereses entre unos pocos expertos y una mayoría de operadores políticos.

Si eventualmente pudiesen superarse todos los problemas anteriores, y la Asamblea Constituyente lograra llegar en un tiempo razonable (seis meses a un año) a un texto finalmente aprobado, se presentarían entonces nuevos problemas.

Primero respecto del texto mismo. Cabría la posibilidad de darlo por promulgado en la medida que lo aprobase la Asamblea, pero ante la escasa representatividad de esa fórmula, se podría optar por un referéndum. Una campaña publicitaria para conseguir un aceptable resultado –que más de la mitad de los electores potenciales aprobasen el texto– implicaría un enorme gasto y un alineamiento de la maquinaria estatal transitoria con un régimen que podría no llegar a instalarse. Las posibilidades de éxito serían bajas y las de desprestigio, altísimas. Por cierto, podría establecerse –tal como sucedió con el texto de la Constitución de 1925– que bastase la mayoría absoluta de los electores efectivos para que se considerase ratificado el proyecto constitucional. Pobre resultado sería aquél: nueva causal de ilegitimidad de origen.

En segundo lugar, ¿qué sucedería con la Asamblea Constituyente? Las más obvias resoluciones serían su autodisolución y el consiguiente llamado a elecciones para elegir al nuevo Presidente de la República y al primer Congreso, una vez en vigencia la nueva Constitución. Pero sería perfectamente posible que –si se respetase la libertad electoral y de participación política amplia– fuesen justamente las fuerzas asistémicas las que obtuviesen el triunfo, con el consiguiente desprestigio e invalidación de toda la tarea constituyente. Qué duda cabe que el nuevo Congreso se dispondría entonces a una modificación de la nueva Constitución.

Previendo todo lo anterior, no tendría nada de extraño que la Asamblea Constituyente decidiese permanecer en funciones como garante de la nueva institucionalidad e incluso así lo dispusiese el texto de la Constitución. El conflicto de poderes se transformaría en aguda confrontación.

En paralelo con todo lo ya expresado y sólo a modo de sugerencia de algunos temas conexos, deben quedar planteadas las siguientes preguntas.

¿Qué papel podría jugar el Poder Judicial durante las funciones de la Asamblea Constituyente sabiendo, por una parte, que las leyes cuyas aplicación está realizando podrían pertenecer dentro de poco a un ré-

gimen completamente superado (para eso se establece una Asamblea Constituyente, ¿no?)? Y, por otra, ¿qué gestiones se sentiría inclinado a realizar –quizás para asegurar su independencia futura– en la medida que fuese conociendo el contenido de la nueva consagración constitucional de sus funciones?

¿Qué le correspondería hacer a la Contraloría General de la República en un período de completa revisión de la institucionalidad y de la juridicidad? ¿Prescindencia total en el uso de sus atribuciones o actividad enérgica para objetar esto o aquello, colocándose así en la mira de la Asamblea Constituyente?

Y en cuanto a las Fuerzas Armadas y de Orden, ¿cómo podrían garantizar el orden público y la seguridad interior y exterior si en el nombre del pueblo una Asamblea Constituyente –respaldada por una porción del pueblo, con armas o sin ellas– asumiese transitoriamente casi todos los poderes?

En síntesis, ¿en qué podría diferenciarse la instalación de una Asamblea Constituyente y su funcionamiento de un auténtico Golpe de Estado y del germen de una guerra civil?

En nada.

La actual institucionalidad ha permitido y seguirá permitiendo modificaciones a la Carta Fundamental. Pero justamente por la importancia que tiene ese texto para la estabilidad de un país, las reformas exigen amplias mayorías y procesos ponderados. Una Asamblea Constituyente rompería con esas dos condiciones de moderación y prudencia.

Bibliografía

- BOGDANOR, Vernon, *Enciclopedia de las instituciones políticas*, Alianza, Madrid, 1991.
- MASSARDO, Jaime, “*Gramsci en Chile*”, LOM, Santiago, 2012.
- OPPLIGER, Marcel, y GUZMÁN, Eugenio, *El malestar de Chile, ¿teoría o diagnóstico?*, Ril, Santiago, 2012.
- Diario *El Mercurio*, C3, publicado el 16 de diciembre de 2012, Santiago.
- UPI, “Girardi propone que ciudadanos redacten nueva Constitución vía Asamblea Constituyente”, *el Mostrador*, 08 de octubre de 2012, disponible en: <http://www.elmostrador.cl/ahora/2012/10/08/girardi-ppd-propone-que-ciudadanos-redacten-nueva-constitucion-via-asamblea-constituyente/>, fecha de consulta: 20 de diciembre de 2012.

NORMAS CITADAS

CONGRESO NACIONAL, *Leyes de reforma de la Constitución Política*, en *Biblioteca Congreso Nacional*, disponible en: En <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/leyes-reforma-constitucion>, fecha de consulta: 3 de enero de 2013.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1823

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1833

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1925

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980

Comentarios de jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 2 | 2013

LA CORTE INTERAMERICANA IN VITRO: COMENTARIOS SOBRE SU PROCESO DE TOMA DE DECISIONES A PROPÓSITO DEL CASO ARTAVIA

Álvaro Paúl Díaz*

Introducción

Cuando se presentan situaciones más o menos extremas, las personas tienen la tendencia a actuar en forma impulsiva, bajando las barreras de las buenas costumbres y acentuando las características de su personalidad. Tal efecto puede también observarse en organismos con un proceso de toma de decisiones poco institucionalizado o que depende de la decisión de un puñado de personas. Son pocos los escenarios en que esta forma de “situaciones extremas” afectan a organismos internacionales, por lo que, cuando ocurren, deben aprovecharse para analizar las características de la “personalidad” de tales instituciones. La presentación del caso *Artavia-Murillo (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica*¹ constituyó uno de tales momentos para la CorteIDH. Ello, porque dicho caso lidió con un tema muy controversial, en el que los jueces de la Corte tienen opiniones personales previas, algunas de las cuales ya habían sido manifestadas con claridad².

Curiosamente, el tema de la FIV pasa a un segundo plano en una sentencia como la del *caso Artavia*. En efecto, atendido que la CADH fue elaborada antes del desarrollo de esta técnica de reproducción, la Corte podría haber fallado a favor o en contra de la prohibición de practicar la FIV, en ambos casos con puntos débiles y fuertes. En cambio, un aspecto que pasó a un primer plano fue la claridad con la que, producto de esta

* Candidato a doctor (PhD) en *Trinity College Dublin*. Máster en derecho (MJur) por la Universidad de Oxford. Correo electrónico: a.pauldiaz@stcatz.oxon.org. El autor agradece los comentarios de Oswaldo Ruiz Chiriboga.

¹ CorteIDH, *Artavia Murillo y Otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica* (2012) [en adelante *caso Artavia*].

² Tanto el Presidente de la Corte, Diego García Sayán, como la entonces jueza Margarette May Macaulay, habían manifestado fuertemente sus opiniones pro aborto. Ligia M. DE JESÚS, “Post Baby Boy v. United States Developments in the Inter-American System of Human Rights: Inconsistent Application of the American Convention’s Protection of the Right to Life from Conception”, pp. 467 y 469. Algunas de estas posturas fueron también hechas patente en la audiencia del caso.

“situación más o menos extrema”, se manifestaron ciertas características del proceso de toma de decisiones de la Corte. Otro punto de gran interés es la interpretación que hizo la Corte del artículo 4.1 de la CADH y su relación con el aborto. La opinión del autor en materia del correcto entendimiento del artículo 4.1 de la CADH ya fue descrita en otro artículo³, por lo que no será desarrollada nuevamente. Este trabajo buscará sólo comentar ciertos aspectos del proceso de toma de decisiones de la Corte, sin referirse mayormente al fondo del fallo de *Artavia*. La sentencia de este caso sólo se utilizará para analizar “*in vitro*” el proceso de toma de decisiones de la Corte Interamericana. Al hacerlo, este estudio puede apelar a quienes están y a quienes no están de acuerdo con el resultado de *Artavia*.

Como es de imaginar, un breve comentario como el que se presenta no podría revisar en detalle las características del proceso de toma de decisiones de la Corte –cada una de ellas daría pie para un estudio independiente–, sino que sólo alcanzará a enunciar, *grosso modo*, ciertas tendencias de este tribunal. Debe también tenerse presente que, no obstante las críticas que se harán al proceso de toma de decisiones de la Corte Interamericana, el autor es un fiel convencido del potencial formidable que tiene una instancia regional para la aplicación de estándares de respeto de los derechos humanos. Sin perjuicio de esto, el autor también piensa que los halagos vanos no fortalecen las instituciones: sólo la crítica bien fundamentada puede dar lugar a un sistema interamericano estable y respetado por los distintos actores regionales⁴.

³ Álvaro PAÚL DÍAZ, “Estatus del No Nacido en la Convención Americana: Un Ejercicio de Interpretación”, pp. 61-112.

⁴ En la actualidad el sistema interamericano es apoyado casi exclusivamente por Estados latinoamericanos. Las demás naciones del Continente se han mantenido al margen del sistema (los últimos nuevos integrantes se incorporaron en 1998, mismo año en que uno de los dos únicos países angloparlantes sometidos a la jurisdicción de la Corte denunció la CADH). William Schabas afirma que la aceptación de la Convención Americana en el continente es, proporcionalmente, mucho menor a la de las convenciones de Europa y África. William A. SCHABAS, “Canadian Ratification of the American Convention on Human Rights”, pp. 315-342. Es posible imaginar que esta situación no mejorará si la Corte continúa aplicando algunas doctrinas que contravienen tanto normas tradicionales del derecho internacional, como la teoría de los pesos y contrapesos (*v.gr.*, la doctrina del *control de convencionalidad*, que va mucho más allá de un simple exigir que los tribunales internos consideren la CADH al momento de fallar). Estas doctrinas pueden generar desconfianza entre los Estados, especialmente porque las interpretaciones de la Corte han entrado desde hace ya tiempo en el ámbito de lo legítimamente discutible. Lo anterior se agrava porque la Corte no da mayores muestras del llamado *self-restraint* o autocontrol. Por lo anterior, el anhelo de la “universalización” del sistema interamericano (su aplicación a todos los países de América) no será más que una simple quimera, a menos que se reformen

1. Cuestión preliminar: descripción del caso *Artavia*

Antes de comenzar la enunciación de ciertas características del proceso de toma de decisiones de la Corte Interamericana, es necesario hacer una breve descripción del contenido del *caso Artavia*⁵. Este asunto buscaba determinar si una sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica del año 2000, que declaró inconstitucional un decreto ejecutivo que regulaba la técnica de la FIV, era compatible con la CADH⁶. Las razones por las que se declaró inconstitucional la FIV fueron: la infracción del principio de reserva legal (ya que la Constitución prohibiría al Poder Ejecutivo regular los derechos involucrados en la FIV), y el que esta técnica de reproducción asistida atentaría contra la vida y dignidad del ser humano, por cuanto todo humano concebido es ya una persona que debe ser protegida por el poder público y la sociedad civil⁷. Los principales argumentos para considerar que la FIV atentaría contra la persona se basaron en que el embrión no puede ser tratado como un objeto y en que, en el estado actual de la FIV, se causa la muerte de una cantidad desproporcionada de embriones⁸. Por tanto, la Corte Suprema declaró que el referido decreto ejecutivo vulneraría la protección constitucional del derecho a la vida en Costa Rica.

La sentencia de la Corte Interamericana afirmó que Costa Rica sería el único país donde la FIV estaría prohibida en forma expresa⁹. Ella concluyó que la prohibición de la FIV habría vulnerado los siguientes derechos de los peticionarios: integridad personal, libertad personal, vida privada y derecho a la familia¹⁰. A veces es difícil notar cuáles son las afirmaciones que la Corte hace propias y cuáles son simples ejemplos tomados de otras instancias internacionales, pero pareciera que la Corte afirmó su competencia para adjudicar sobre los derechos reproductivos, los que incluirían la posibilidad de decidir el número de hijos, su espaciamiento y a alcanzar el nivel de salud sexual y reproductivo más elevado¹¹.

algunas conductas de la Corte. Por último, debe recordarse que el apoyo que suscita la Corte a nivel interno de los Estados miembros tampoco es transversal.

⁵ Un resumen de dicho caso, incluyendo los votos separados, puede verse en: <http://www.corteidhblog.blogspot.ie/2013/01/corte-dicta-sentencia-en-caso-de.html> (fecha de última consulta 21/01/13).

⁶ CorteIDH (2012), *Caso Artavia*, párr. 2.

⁷ *Ibid.*, párr. 72.

⁸ *Ibid.*, párr. 76.

⁹ *Ibid.*, párr. 254.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 381.

¹¹ *Ibid.*, párrs. 142-150.

En relación con la FIV y el ser humano pre-implantación, la Corte afirmó que “el embrión no puede ser entendido como persona”¹². Al hacerlo, tal tribunal parece buscar no sólo el afirmar que la CADH no considera al embrión como persona, sino también el impedir –y ello se desprende del resto del fallo– que los ordenamientos jurídicos internos den tal carácter al embrión. La Corte afirmó, además, que la prohibición de realizar la FIV en Costa Rica había constituido una discriminación indirecta con relación a los discapacitados (incluyó a las personas infértiles en esta categoría), a las mujeres y a quienes cuentan con menores recursos económicos¹³.

El fallo de *Artavia* no se detuvo en el análisis de la FIV, sino que también interpretó la parte relevante del artículo 4.1. Éste dispone:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Para hacer esta interpretación, la Corte dijo hacer uso de diversos mecanismos –aunque ellos fueron utilizados en forma inadecuada–¹⁴. El resultado de tal interpretación fue definir que, cuando la CADH utiliza la palabra “concepción”, se habría referido a la “implantación”, y que cuando usa la expresión “en general”, habría querido decir “gradual e incremental”¹⁵. La Corte, a pesar de considerar que existe un derecho a la vida del no nacido, afirmó que no sería procedente darle una protección absoluta, pues ello sería contrario a la tutela de otros derechos humanos¹⁶. Además, ella habría resuelto que la defensa del no nacido se realiza, fundamentalmente, a través de la protección de la mujer¹⁷. Con lo anterior, la Corte estaría afirmando que el aborto sería un derecho en algunas circunstancias, aunque no explicitó en qué momento ello sería así¹⁸.

¹² *Ibid.*, párr. 256.

¹³ *Ibid.*, párrs. 288-304.

¹⁴ Cfr. PAÚL DÍAZ, “Estatus del...” *op. cit.*, pp. 61-112.

¹⁵ *Caso Artavia*, párr. 264.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 258.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 222.

¹⁸ Esto se aprecia no sólo cuando la Corte afirma que la protección del no nacido es gradual y que no puede contrariar otros derechos de la CADH. También se nota cuando la Corte cita como autoritativas las decisiones de organismos como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, según las cuales “los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación” (*Ibid.*, párr. 227), y cuando la Corte afirma que “El Comité ha establecido que la prohibición absoluta del aborto, así como su penalización bajo determinadas circunstancias, vulnera lo dispuesto en la CEDAW” (*Ibid.*, párr. 228). La posición de la Corte se aprecia también cuando ella

Es interesante que en el *caso Artavia*, mientras la Corte declara que el derecho a la vida no es absoluto, se parece estar afirmando que otros derechos sí lo son. Esta relativización del derecho a la vida –requisito para el disfrute de todas las demás garantías– en beneficio de otros derechos individuales, olvida que la misma CADH establece que “[t]oda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”, y que

“[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”¹⁹.

La sentencia del *caso Artavia* genera muchas interrogantes, pues carece de una adecuada técnica jurídica y adolece de ciertas incoherencias. Por nombrar sólo una: la sentencia afirma que existe un *derecho a la vida no absoluto* del ser humano implantado²⁰, pero posteriormente recomienda una interpretación según la cual la vida prenatal es considerada como un *mero interés* donde no existe una titularidad al derecho a la vida²¹. Habiendo dicho lo anterior, es importante recalcar que, aunque la Corte suele fundamentar sus fallos en sentencias anteriores, ella no opera con un verdadero sistema de precedentes. En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha sido coherente en algunas materias²², pero errática o cambiante en varias áreas²³. Por lo anterior, la Corte es libre para modificar todas y cada una de sus afirmaciones del *caso Artavia*.

pone como ejemplo a seguir las legislaciones de países como Estados Unidos y Alemania (*Ibid.*, párrs. 260-263).

¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Art. 32, referido a los deberes de las personas. Llama la atención que la jurisprudencia de la Corte suele dejar este artículo en el olvido.

²⁰ *Caso Artavia*, párr. 258.

²¹ *Ibid.*, párr. 260.

²² Como en materia de jurisdicción militar o de leyes de amnistía.

²³ Entre otros, un ejemplo de que la Corte no aplica un sistema coherente de precedentes se observa en relación con la imprescriptibilidad de ciertos delitos. Ezequiel MALARINO, “Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 41, nota al pie N° 38. Un ejemplo de que la Corte ha modificado interpretaciones previas de la CADH puede notarse en la alteración de su modo de entender la figura de los jueces ad hoc, como se aprecia en la opinión consultiva *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (2009). En materia del control de convencionalidad, ver Karlos A. CASTILLA JUÁREZ, “¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una Mejor Idea: La Garantía de Tratados”, pp. 56-68. El juez Vio Grossi sostiene en su voto disidente que el *caso Artavia* no es coherente con la interpretación previa de la Corte en materia del derecho a la vida.

Entre las reparaciones ordenadas por la Corte destacan las siguientes:

- a) que el Estado deje sin efecto la prohibición de practicar la fecundación in vitro²⁴;
- b) que el Estado regule los aspectos necesarios para su implementación, y establezca inspecciones y controles de calidad de quienes practiquen estas técnicas²⁵;
- c) que la Caja Costarricense incluya gradualmente la disponibilidad de la FIV en

“sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación”²⁶,

y

- d) que Costa Rica implemente

“programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial”,

dentro los cuales debería hacerse especial mención a la sentencia del *caso Artavia*²⁷.

Esta sentencia cuenta con un voto concurrente y uno disidente. El voto concurrente fue pronunciado por el juez García Sayán, al que adhirió la jueza Abreu Blondet. Esta opinión reitera lo dicho en el fallo principal, aunque desarrolla un poco más el tema de la gradualidad que debe tener la reparación que exige proveer esta técnica en el sistema público de salud para quienes así lo requieran.

El voto disidente fue redactado por el juez chileno Vio Grossi, en el cual criticó fuertemente la decisión de la mayoría. Este voto, después de unas palabras iniciales que sólo se entienden a la luz de la queja presentada anteriormente por su autor²⁸, pasa a comentar diversos aspectos

²⁴ *Caso Artavia*, párr. 336.

²⁵ *Ibid.*, párr. 337.

²⁶ *Ibid.*, párr. 338.

²⁷ *Ibid.*, párr. 341.

²⁸ Eduardo VIO GROSSI, Constancia de Queja, con relación a parte del Voto Concurrente Conjunto emitido con ocasión de las Resoluciones “Medidas Provisionales respecto de la República de Colombia, Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia”, “Medidas Provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos, Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México”, y “Medidas Provisionales respecto de la República de Honduras, Caso Kawas Fernández vs. Honduras”. En dicho documento de queja –que sólo es referido en una nota

del voto de mayoría. Entre otras afirmaciones, el voto disidente critica la perspectiva desde la cual se enfoca el asunto, pues ella relega al artículo 4.1 a una posición secundaria en relación con otros derechos. El voto se refirió también al hecho de que la expresión “en general” se refiere a lo común, no a la excepción, como termina definiendo la Corte. También criticó los errores del voto de mayoría en la interpretación de la CADH según las normas de la CVDT. En particular, es relevante la crítica en materia del uso de instrumentos internacionales y nacionales de Estados no partes de la Convención, los que no revisten las características necesarias como para ser considerados como contexto de la CADH. Vio Grossi también se refirió al paso atrás que habría dado la jurisprudencia de la Corte en materia del derecho a la vida. Ésta solía afirmar que el derecho a la vida es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos, por lo que no cabrían enfoques restrictivos del mismo. Ahora, en cambio, junto con reconocer que el ser humano implantado tiene derecho a la vida, sostiene que dicho derecho puede ser objeto de un estudio de proporcionalidad donde se le pondere junto a otros derechos. También criticó la afirmación que hizo la Corte de que la protección del no nacido se realiza fundamentalmente a través de la protección de la mujer, pues tal interpretación desprotegería al no nacido, dejándolo a merced de la voluntad de la madre, y alejándose mucho del espíritu de la CADH (la que buscó referirse específicamente al tema del aborto)²⁹. También se refirió a cómo la Corte no habría usado la interpretación evolutiva de buena fe, sino que habría tratado de despojar de efecto útil a una disposición expresa de la CADH. Por último, este voto disidente afirmó que la Corte habría incursionado en una función normativa, privativa de los Estados, lo que desnaturalizaría su función jurisdiccional. Por ello, finalizó haciendo un llamado a que los Estados ejercieran “la función normativa que les corresponde en este caso”.

al pie del voto disidente— el juez Vio Grossi objeta que en casos previos se haya tratado de usar los votos concurrentes como un modo de censura y un intento de acallar la opinión de las minorías en la Corte.

²⁹ Además de lo señalado en este voto, debe tenerse en consideración que, durante la discusión de la Convención Americana, se contemplaba una norma aparte que buscaba proteger a la mujer en estado de gravidez dentro de los derechos sociales. GENERAL SECRETARIAT OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, *Inter-American Yearbook on Human Rights* 1968, pp. 236 y 246. Tal norma, al igual que las demás que declaraban derechos sociales, no fue incluida en la CADH definitiva.

2. Jurisdicción extra-Convención

El primer punto al que debe referirse un comentario sobre el proceso de toma de decisiones de la Corte Interamericana, es determinar sobre qué tratados ejerce ella su jurisdicción. Hay muchas ocasiones en que la Corte afirma tener jurisdicción para declarar la violación de tratados diversos de la CADH, tratados que habrían ingresado a formar parte del *corpus juris* de los derechos humanos³⁰. Algunas de estas afirmaciones son adecuadas, pues ciertos tratados interamericanos, como el Protocolo de San Salvador, otorgan explícitamente jurisdicción a la Corte respecto de ciertos derechos³¹. Sin embargo, esta jurisdicción extra-Convención va más allá. Ello fue reconocido explícitamente en el voto razonado del entonces juez ad hoc, y actual titular, Ferrer Mac-Gregor. Éste afirmó, en relación con el control de convencionalidad, que la jurisprudencia de la Corte es

“toda interpretación que la Corte IDH realice a la Convención Americana, a sus Protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que sean integrados a dicho *corpus juris* interamericano, materia de competencia del Tribunal Interamericano”³².

Este apartado se referirá someramente a la amplitud y efectos del uso de *instrumentos internacionales incorporados al corpus juris interamericano*.

Existen diversos modos de afirmar la competencia para aplicar tratados internacionales ajenos a la CADH. El primero es declarar el incumplimiento de artículos específicos de esos otros tratados, como ha hecho la Corte respecto de, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas³³. El segundo modo es indirecto, incorporando a la CADH las definiciones de otros tratados. Lo que se señala a continuación es sin perjuicio de que, en ciertos casos específicos, lo dispuesto en otras convenciones puede ser importante para interpre-

³⁰ Neuman afirma que en esta noción de un *corpus juris* en constante expansión de normas vinculantes y no vinculantes subyace gran parte de la práctica interpretativa de la Corte. Gerald L. NEUMAN, “Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, p. 114. Tal autor también observa con preocupación la utilización de instrumentos no vinculantes por parte de la Corte. NEUMAN, “Import, Export...”, *op. cit.*, pp. 114-116.

³¹ La Corte ha explicado en detalle cuál es su competencia sobre los distintos tratados del sistema interamericano. *González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (2009) párrs. 45-48.

³² Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010) párr. 48 (el destacado es nuestro).

³³ V.gr. Corte IDH, *Gómez Palomino vs. Perú* (2005) párr. 162.5.

tar ciertas obligaciones internacionales. El problema se produce cuando se utilizan otros tratados sin mayor cuestionamiento, como si fueran de poca relevancia las diferencias de texto, la existencia de organismos especializados para controlar tales otras convenciones, o la falta *ex profeso* de los mismos.

La Corte ha citado tratados que se encuentran en diversos niveles en materia de ratificación. Por ejemplo, ella se ha referido en varias ocasiones a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ratificada en forma generalizada por las naciones del continente³⁴. En el caso *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, la Corte usó tratados sobre la violencia y discriminación contra la mujer para fijar el alcance del artículo 5 de la CADH, afirmando que ellos formarían parte del *corpus juris* en materia de protección internacional de las mujeres³⁵. Es cierto que, en el caso recién citado, Perú había ratificado tales convenciones. Sin embargo, la Corte incorpora estas interpretaciones a su jurisprudencia, y las aplicará posteriormente a otros países que no han ratificado los tratados relevantes. Algo así sucedió en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, donde la Corte usó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales para fijar el alcance del artículo 21 de la CADH (sobre el derecho de propiedad). Ello, porque Paraguay había ratificado tal tratado, y porque la Corte alegó que la Convención no puede usarse para restringir los derechos humanos ya existentes³⁶. Sin embargo, con posterioridad la Corte aplicó la misma interpretación a Surinam, que no es parte del Convenio 169, extendiendo en forma bastante imaginativa las obligaciones emanadas de otros instrumentos internacionales³⁷. Es interesante notar que, originalmente, la Corte había señalado sólo que ella podía interpretar en forma consultiva las disposiciones de tratados ajenos a la CADH, pero actualmente la Corte afirma poder aplicarlos en casos contenciosos³⁸.

El caso *Artavia* manifiesta esta *jurisdicción extra-Convención*, entre otros momentos, al desarrollar los derechos de los discapacitados. En efecto, la CADH no hace ninguna mención a los derechos de personas con discapacidad. La única base sobre la cual la Corte podría quizá haber estado legitimada para decidir asuntos relativos a la discapacidad, era la de las normas que prohíben la discriminación³⁹. No obstante lo anterior,

³⁴ CorteIDH, *Vélez Loor vs. Panamá* (2010) párr. 158.

³⁵ CorteIDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006) párr. 276.

³⁶ CorteIDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) párrs. 127-130. Ver lo que se dice más abajo sobre el artículo 29 de la CADH en materia de interpretación.

³⁷ CorteIDH, *Pueblo Indígena Saramaka vs. Surinam* (2007) párrs. 92 y 93.

³⁸ CorteIDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012) párr. 161.

³⁹ Cuestión que tampoco es simple. En efecto, atendidos los términos usados en los artículos 1 y 24 de la CADH, este asunto requeriría un estudio más detallado.

la Corte usó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; un artículo del Protocolo de San Salvador que no está sujeto a la jurisdicción de la Corte⁴⁰, y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que no hace ninguna mención al sistema de peticiones individuales de la Corte⁴¹. A partir de ellos, el tribunal de San José afirmó que

“es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad”,

y que

“las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva”⁴².

Como puede observarse, tales afirmaciones van bastante más allá de la simple prohibición de la discriminación. Algo similar puede decirse respecto del establecimiento de los derechos reproductivos.

En parte, la Corte basa su aplicación de otros tratados en el artículo 29 de la CADH, pero tal aplicación es discutible, por motivos que no es posible desarrollar en este comentario⁴³. Sin embargo, basta con afirmar

⁴⁰ Cfr. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, (1988), Art. 19.6.

⁴¹ Cfr. CorteIDH, *González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (2009) párr. 46.

⁴² *Caso Artavia*, párrs. 288-293.

⁴³ El principal asunto a determinar es si las *normas de interpretación y aplicación* (que en algunas de las versiones previas de los proyectos de la CADH se encontraban en un capítulo individual), buscaban ser aplicadas por los Estados en procedimientos internos o también por la Corte en procedimientos contenciosos. En este sentido, es interesante considerar: 1. Que el Estado es el primer llamado a interpretar la CADH, pues la Corte la interpreta sólo en los casos que se le presentan (mientras que los Estados deben interpretarla en forma constante en aquellas materias que no han sido tratadas por la Corte); 2. Que la letra a) de este artículo alude a una suerte de proscripción del abuso del derecho (similar a la del artículo 17 del Convenio Europeo de DD.HH.) estableciendo prohibiciones a cualquier “grupo o persona”, frente a quienes sólo el Estado tiene jurisdicción; 3. Que la letra b) prohíbe usar la CADH para limitar el goce y ejercicio de “cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes”, lo que –de entenderse que debiera ser aplicado por la Corte– terminaría dándole

que tal norma no otorga competencia a la Corte para aplicar tratados más favorables. Ello estaría en contradicción con el espíritu de la CADH. Si el artículo 29 se interpretara en el sentido de otorgar mayores competencias, podría también decirse que la Corte podría juzgar sobre

“otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de Gobierno” (también referidos en el mismo artículo 29)⁴⁴,

lo que daría a la Corte un poder legislativo absoluto en materia de derechos humanos, tornando inútiles las largas discusiones que se dieron al fijar el texto específico de los derechos consagrados en la CADH. Además, ello estaría en directa contradicción con lo establecido en el artículo 31, que establece que otros derechos y libertades pueden ser incluidos en el régimen de protección de la CADH de acuerdo con los procedimientos de reforma de dicho tratado.

Las afirmaciones que se harán en este párrafo se entienden mejor a la luz de las muchas críticas que suscitó el *caso Artavia* en el país, las que fueron más graves que las formuladas en relación a casos seguidos contra Chile⁴⁵. El arrogarse competencias que no han sido previstas expresamente en tratados internacionales es un modo de desconocer que la legitimación y el poder de los jueces de la Corte no emana de su conocimiento, experticia u originalidad –la que podría ser superada por un consejo de profesores universitarios expertos–, sino que del mandato entregado por los Estados para la interpretación de instrumentos específicos. Si los jueces

jurisdicción para juzgar en materia de leyes internas (y proyectos anteriores de la CADH incluían no sólo “legislación” interna, sino que “costumbres”); 4. Que la referencia a la prohibición de excluir “otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano” otorgaría a la Corte un poder ilimitado y sin restricciones contenidas explícitamente en el derecho; 5. Que el artículo 29 se encuentra en la “Parte I – Deberes de los Estados y Derechos Políticos”, y no en la “Parte II – Medios de la Protección” (donde se regula a la Corte), y 6. Aunque quizá menos convincente que la versión inglesa de la Convención llama a este título “*Restrictions Regarding Interpretation*”, y si el artículo 29 se leyera como dando competencia extra-Convención a la Corte, no sería una restricción, sino que una ampliación de los poderes interpretativos.

⁴⁴ Cfr. Convención Americana... *op. cit.*, Art. 29.c.

⁴⁵ Algunas de las críticas hechas en la prensa nacional fueron: Juan Ignacio BRITO, “Los Nuevos Jacobinos”, *La Tercera*, 03/01/13, p. 46; Hernán CORRAL TALCIANI, “Corte Interamericana y derecho a la vida del concebido”, *El Mercurio*, 29/12/12, p. A2; Max SILVA ABOIT, “Jurisdicción de Corte Interamericana”, *El Mercurio*, 04/01/13, p. A2. Con posterioridad a estas críticas, el juez Vio Grossi concedió una entrevista al cuerpo de Reportajes de *El Mercurio*. Eduardo VIO GROSSI, “La Corte interpreta y avanza más allá de lo que los Estados quieren”.

comienzan a aplicar otros tratados, se estarán alejando de la fuente del poder que les fue entregado, disminuyendo así su legitimidad. Cuando es sólo un juez quien se aleja de la aplicación de la CADH, los Estados tienen la salida fácil de no reelegirlo para un próximo período. Sin embargo, cuando el alejamiento de la fuente de legitimidad corresponde a un actuar del conjunto de la Corte, no son muchas las alternativas que se les dejan a los Estados: aceptar estos nuevos poderes arrojados por la Corte; modificar la normativa procesal y de interpretación aplicable o, sencillamente, denunciar la CADH, con el consiguiente debilitamiento que ello significaría para el sistema. Dicho de otro modo, si los jueces se arrojan competencias sobre tratados ajenos a la CADH –sea que estén o no ratificados por el Estado contra quien se aplican–, ellos estarán tomando un camino que puede tener consecuencias gravísimas.

3. *Actitud maximalista*

Existen diversos modos de enfrentarse a las demandas internacionales de derechos humanos. Una actitud minimalista haría que el tribunal se refiera sólo al asunto principal del juicio, absteniéndose de cualquier comentario adicional, aunque fuera relevante para el contenido de un caso o de futuras presentaciones. En un extremo opuesto está una actitud maximalista, tanto en los hechos como en el derecho. Un tribunal con esta posición buscará referirse a todas y a cada una de las solicitudes hechas por el peticionario, pretendiendo establecer cuál fue la verdad en cada uno de los aspectos oscuros de un caso. Además, buscará establecer muchas reglas abstractas generales. Es claro que no existen tribunales que sean siempre y en todo caso minimalistas o maximalistas. Sin embargo, existen algunos que muestran tendencias en un sentido o en otro. Entre las actitudes minimalista y maximalista se encontraría una posición ponderada, donde el tribunal internacional sabe de sus limitaciones, por lo que busca referirse al tema principal del juicio y a los asuntos conexos relevantes, estableciendo reglas aplicables al caso concreto y a casos posteriores que fueran idénticos. Un tribunal internacional que adopte esta posición ponderada estará reconociendo la dificultad de establecer la verdad de lo sucedido en un caso determinado, tanto por su lejanía temporal y espacial con los hechos, como por su escasez de recursos.

La Corte Interamericana se encuentra dentro de los tribunales con una tendencia maximalista, pues ella busca dilucidar los más mínimos detalles de los hechos, y utiliza las demandas que se le presentan para tratar de extender al máximo su jurisprudencia. Su maximalismo tiene

muchas manifestaciones diversas. Un ejemplo es su actitud frente a las aceptaciones de responsabilidad estatales. Mientras que en tal situación el TEDH suele dar por terminado el caso sin más, la Corte Interamericana trata de llegar, de todos modos, a la verdad material y detallada de lo sucedido en un caso. Existen varios motivos que pueden justificar tal actitud; por ejemplo, el efecto reparador que tales declaraciones pueden tener para la víctima⁴⁶. Sin embargo, es muy difícil llegar a la verdad material y detallada de los hechos cuando el Estado ha reconocido las violaciones, pues éste no buscará oponerse a la versión de los hechos que hagan los peticionarios. En otras palabras, no habrá un verdadero procedimiento contradictorio. Esta dificultad para llegar a la verdad material se ve agravada por ciertas prácticas de la Corte, como el utilizar un bajo estándar probatorio para determinar los hechos ya reconocidos⁴⁷, o el considerar inadmisibles ciertas pruebas dirigidas a desvirtuar los hechos reconocidos por el Estado⁴⁸. Esta falta de un proceso verdaderamente contradictorio hace que no sorprenda que, con posterioridad a la dictación de una sentencia de la Corte, aparezca que algunas de sus afirmaciones sobre los hechos han sido erradas. Esto sucedió en el *caso de la Masacre de Mapiripán*, donde la Corte declaró que algunas personas habían sido asesinadas en dicha masacre, pero después salió a la luz pública que ellas estaban vivas o que habían muerto en circunstancias diversas⁴⁹.

El maximalismo es patente en el *caso Artavia*. En primer lugar, porque los peticionarios buscaban referirse sólo a la FIV, pero la Corte entró en el tema de la vida prenatal y del aborto. También se observa al analizar los hechos del caso, donde se refirió a las situaciones personales de cada una de las presuntas víctimas. Por último, esta posición se manifiesta en las muchas distinciones, conceptos abstractos⁵⁰ y principios generales que este fallo establece⁵¹. Probablemente, el alcance de estos conceptos y principios será calificado en el futuro, como ha sucedido ya con otras materias, como

⁴⁶ Algunos pros y contras de los reconocimientos de responsabilidad estatales pueden verse en James L. CAVALLARO y Stephanie Erin BREWER, "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", pp. 808-816.

⁴⁷ Alvaro PAÚL, "In Search of the Standards of Proof Applied by the Inter-American Court of Human Rights", pp. 94 y 95.

⁴⁸ CorteIDH, *Bulacio vs. Argentina* (2003) párr. 59.

⁴⁹ Ver CorteIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (2012).

⁵⁰ Como cuando dice compartir una perspectiva biomédica del perito Zegers-Hochschild. *Caso Artavia*, párr. 311.

⁵¹ Vgr.: "principio de protección gradual e incremental –y no absoluta– de la vida prenatal" (*Ibid.*, párr. 256), o el "principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación" (*Ibid.*, párr. 286).

la imprescriptibilidad de las violaciones graves de derechos humanos⁵². En efecto, es muy difícil para un tribunal hacer enunciados generales amplios, sin que más adelante deba establecer excepciones a los mismos.

Uno de los problemas que se derivan de sentencias maximalistas como la de *Artavia*, donde abundan las declaraciones, ejemplos, referencias a organismos internacionales, etc., es que se hace muy difícil saber cuál es la *ratio decidendi* y cuál es el *obiter dicta* del caso. Esta distinción es fundamental para un tribunal que aspira a que sus precedentes sean aplicados por los organismos internos de los Estados parte (aunque esta pretensión es jurídicamente discutible y difícil de llevar a cabo)⁵³.

Un tribunal maximalista que intente analizar en detalle todos y cada uno de los hechos o argumentos jurídicos alegados por las partes terminará siendo poco realista, pues probablemente no será capaz de referirse a todos ellos. En el caso de la Corte, el resultado de un intento como éste será el dejar pasar alegatos importantes por tratar de responder todas las minucias, creando suspicacias entre aquellos cuyos alegatos no son tratados. En el *caso Artavia*, por ejemplo, uno de los peticionarios solicitó declarar la violación del artículo 4.1 de la CADH en contra de las supuestas víctimas⁵⁴, pero la Corte no declaró si el Estado había o no violado tal norma, a pesar de su importancia. Otro ejemplo es que la Corte determinó expresamente no pronunciarse sobre ciertos alegatos del Estado en materia de los efectos negativos de la FIV⁵⁵, limitando su argumentación a las controversias que hubieran sido tenidas en cuenta por la Sala Constitucional⁵⁶. Esto último, a pesar de la directa relación que tenían tales alegatos con la técnica prohibida por el Estado. Algo similar ocurre con la decisión de la Corte de no referirse a la petición del Estado de que

⁵² MALARINO, "Activismo Judicial..." *op. cit.*, pág. 41, nota al pie 38.

⁵³ Con esto, el autor se refiere a la doctrina poco convencional del *control de convencionalidad*, creada por la Corte. En sentido favorable a esta doctrina ver OSWALDO RUIZ-CHIRIBOGA, "The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America", pp. 200-219. En un sentido crítico a esta doctrina ver CASTILLA, "¿Control Interno..." *op. cit.*, pp. 51-97, y EZEQUIEL MALARINO, "Acerca de la Pretendida Obligatoriedad de la Jurisprudencia de los Órganos Interamericanos de Protección de Derechos Humanos para los Tribunales Judiciales Nacionales", pp. 25-61.

⁵⁴ *Caso Artavia*, párr. 7.

⁵⁵ En la salud de la mujer, de sus hijos, en asuntos legales y motivados por la criopreservación de embriones.

⁵⁶ *Caso Artavia*, párrs. 134 y 135. La Corte basó tal decisión en una supuesta exigencia del principio de subsidiariedad, pero el sentido de tal declaración es oscuro, pues la Corte suele imponer limitaciones sólo en cuanto a los hechos que se alegan ante ella, no en cuanto a los argumentos presentados por las partes. Además, debe tenerse en consideración que, a nivel interno, las personas opuestas a la FIV hicieron alegatos muy similares a los señalados por el Estado. *Ibid.*, párr. 71.

se utilizara un margen de apreciación⁵⁷. En estos dos últimos casos, estas distinciones no sólo dejaron fuera ciertos argumentos –lo que contrasta con la posición maximalista de la Corte–, sino que también limitaron las posibilidades de defensa del Estado. Esto tampoco es coherente con la posición de la Corte frente a los alegatos de los peticionarios y la Comisión, a quienes no se impone más límite que el referirse a hechos relatados en el informe de fondo de la Comisión⁵⁸.

La adopción de una actitud maximalista es contraria a la subsidiariedad –y, en definitiva, a la humildad– que debe tener un organismo que, por su lejanía y falta de recursos, no puede pretender conocer y adjudicar todos los detalles de un asunto. Además, tal actitud facilita que se dé una cierta incoherencia en el actuar de la Corte, la que analiza escrupulosamente ciertos hechos y argumentos en algunos casos, pero no en otros. Este modo de proceder contrasta con la posición más moderada del TEDH, el que suele referirse sólo a aquellos asuntos necesarios para la solución de un caso, estableciendo principios bastante acotados, con lo que proyecta una actitud más predecible e imparcial.

4. *Uso de soft law, sentencias y otros instrumentos no vinculantes*

La Corte Interamericana suele fallar apelando a tratados no vinculantes, al *soft law* y a decisiones jurisprudenciales nacionales e internacionales. Esta técnica puede ser necesaria en caso de cumplirse ciertas condiciones específicas. Sin embargo, tiene inconvenientes que recomiendan que su uso sea muy excepcional, y que se deje en claro cuál es el valor que se le está dando a estos instrumentos⁵⁹. Uno de los problemas que presenta esta técnica es que pone al mismo nivel instrumentos vinculantes y no vinculantes, como si tal diferencia –fundamental en derecho internacional– fuera poco importante. Además, el tratar al *soft law* como derecho aplicable puede generar en los Estados una mayor desconfianza al momento de aprobar documentos no vinculantes y tratados internacionales programáticos.

Por otra parte, el uso irrestricto de instrumentos internacionales también favorece su consideración fuera de contexto, pues el lector no

⁵⁷ Esto se describe más abajo.

⁵⁸ Cfr. *Caso Artavia*, párr. 132.

⁵⁹ En materia del uso de derecho comparado, es interesante leer Paolo G. CAROZZA, “Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, pp. 1217-1237.

estará al tanto de las circunstancias que rodean cada uno de los instrumentos y sentencias citados. Esto es aun más complejo cuando la Corte cita sólo partes de los mismos. Por último, el uso de jurisprudencia de distintos tribunales lleva irremediablemente a obviar las diferencias entre los diversos textos legales aplicados por tales tribunales. Así, por ejemplo, en el *caso Artavia* la Corte hizo un uso desproporcionado de decisiones europeas, en particular del TEDH, al momento de definir el estatus legal del embrión⁶⁰. Ello, como si fuera irrelevante la diferencia de texto fundamental que existe entre la CADH y la Convención Europea de Derechos Humanos⁶¹. Curiosamente, la Corte tenía clara conciencia de esta diferencia de texto, pues citó una sentencia del TEDH que dice:

“A diferencia del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica que el derecho a la vida debe ser protegido ‘en general, desde el momento de la concepción’, el artículo 2 de la Convención es silencioso en cuanto a las limitaciones temporales del derecho a la vida y, en particular, no define ‘todos’ [...] los cuales su ‘vida’ es protegida por la Convención”⁶².

El uso de instrumentos no vinculantes es también complejo porque la Corte suele utilizar instrumentos *locales*, *universales* o de *regiones diversas* para interpretar un instrumento *regional propio*, al que sus autores quisieron imprimir un sello particular, de acuerdo con peculiaridades regionales. Así, por ejemplo, en relación al importante uso que se da a la jurisprudencia europea para interpretar las decisiones de la Corte, un autor afirma que los Estados podrían reclamar –y al parecer lo habrían hecho en la OEA– que ellos acordaron someterse a la jurisdicción de la Corte, no a las varias décadas de jurisprudencia de la Corte Europea⁶³. Además, algunos instrumentos universales citados no tienen una amplia aceptación o, si la tienen, es porque no establecieron un sistema jurisdiccional de control de su cumplimiento.

Un antiguo abogado *senior* de la Corte, Ruiz Chiriboga, señala que la importación de conceptos y definiciones de otros sistemas de derechos

⁶⁰ *Caso Artavia*, párrs. 247-253.

⁶¹ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950).

⁶² TEDH, *Vo vs. France* (2004) párr. 75, traducido según *caso Artavia* párr. 237. Las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden encontrarse en: <http://hudoc.echr.coe.int> [visitado el 18/02/13].

⁶³ Nicolas BOEGLIN NAUMOVIC, *Analyse des Systèmes Européen et Interaméricain de Protection des Droits de l'Homme: Etude de l'Impact de l'Expérience Européene sur le Système Interaméricain*, p. 45.

humanos implica olvidar que la Corte debe su vida y jurisdicción al sistema interamericano⁶⁴. También desconoce que las sentencias de otras regiones son fruto de un estudio realizado a partir de un consenso alcanzado por Estados de esos sistemas regionales diversos. Por ello, la importación de tales decisiones sin más, como hace la Corte para justificar sus decisiones, es una imposición en América del consenso arribado en otro continente. Esto sería especialmente cierto respecto a la jurisprudencia del TEDH, “la cual es citada con cierta vehemencia por la Corte Interamericana”⁶⁵. Por último, el tomar como base instrumentos ajenos puede “traer consigo que se ignoren consensos regionales a los que nuestros países sí han llegado”⁶⁶. Alguien podría afirmar que la utilización de consensos foráneos puede no ser adecuada formalmente, pero que resulta más protectora de los derechos humanos, pero ello no es necesariamente así. En efecto, el desconocimiento de consensos americanos puede tener efectos que resulten en una menor concesión de los derechos⁶⁷.

Sin embargo, la crítica más relevante a esta técnica es la falta de un criterio claro para seleccionar los documentos y decisiones judiciales citados por la Corte. En el *caso Artavia*, por ejemplo, el lector se puede preguntar: ¿Por qué en un punto escogió la Corte citar sentencias de Estados Unidos y Colombia⁶⁸, en vez de sentencias de Perú y Chile, que han tenido resultados totalmente opuestos? ¿Por qué se citó el derecho irlandés al referirse al estatus del embrión antes de la implantación⁶⁹, pero no después de la misma, momento en el que la vida de éste y de su madre tienen igual protección constitucional? ¿Por qué no se hizo hincapié, al citar al TEDH, en que éste concede un gran margen de apreciación a los Estados para decidir sobre el comienzo y la protección de la vida? En otras palabras, el uso de instrumentos de otras jurisdicciones, a menos que cubran la totalidad de una determinada región, o describan un ordenamiento en forma integral, permiten cuestionar la imparcialidad del tribunal que elige arbitrariamente qué instrumentos citar. Si un tribunal utiliza esta técnica, no debe extrañarse de que algunos se pregunten si

⁶⁴ Oswaldo RUIZ CHIRIBOGA, “Cláusulas Autónomas, Subordinadas e Incorporadas de Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano”, pp. 178 y 179.

⁶⁵ Oswaldo RUIZ CHIRIBOGA, “Cláusulas Autónomas...” *op. cit.*, p. 179.

⁶⁶ Oswaldo RUIZ CHIRIBOGA, “Cláusulas Autónomas...” *op. cit.*, pp. 178–180.

⁶⁷ Así, por ejemplo, un autor se pregunta si la opinión consultiva número 4 de la Corte Interamericana habría sido muy restrictiva por haberse basado en una decisión de la Corte Europea, a pesar de que el texto de la Convención Europea sería más “restrictivo” en materia de no discriminación. BOEGLIN, *Analyse des...*, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

⁶⁸ *Caso Artavia*, párr. 185, nota 283.

⁶⁹ *Ibid.*

está fallando conforme a derecho o a preferencias personales de los jueces. En efecto, una crítica en este sentido ya ha sido efectuada por Ruiz Chiriboga, quien afirmó que en un caso de discriminación la Corte se habría referido a legislaciones domésticas de países –dentro o fuera del sistema interamericano– “únicamente cuando le es útil”, evitando mencionar la jurisprudencia interna cuando era contraria a sus propios argumentos⁷⁰.

5. Interpretación

Un tema muy relacionado con los anteriores, y que en sí mismo es de gran complejidad, es el de la interpretación de la CADH. Este comentario no podrá hacer más que enunciar los aspectos principales de la interpretación que hace la Corte, lo que dará a este apartado una apariencia simplista y superficial. Sin embargo, estos comentarios permitirán vislumbrar la *punta del iceberg* en relación con un tema de la mayor relevancia. Es importante notar que los siguientes párrafos no sugieren que la Corte utilice un sistema de interpretación *originalista*, punto al que el autor no se refiere en lo absoluto. Ellos sólo buscan resaltar algunas dificultades que se generan al no seguir criterios más o menos objetivos al momento de interpretar.

5.1. INTERPRETACIÓN SEGÚN LAS REGLAS DE LA CONVENCIÓN DE VIENA

En muchas ocasiones la Corte Interamericana ha señalado que las reglas de interpretación referidas en la CVDT guían su interpretación del Pacto de San José⁷¹. La CVDT no sólo fija los criterios según los cuales las normas deben ser interpretadas, sino que también establece un orden de preferencia entre los mismos. Ella exige que los tratados sean interpretados “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”⁷². Por tanto, lo primero que debe tenerse en cuenta al interpretar un tratado es su texto, el que debe ser interpretado en conformidad al uso corriente de los términos, para lo cual debe tenerse en cuenta el objeto y fin del tratado.

⁷⁰ RUIZ, “Cláusulas Autónomas...” *op. cit.*, p. 188.

⁷¹ Este sistema ha sido utilizado desde los primeros años de la Corte (*v.gr.*: *Restricciones a la Pena de Muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*) (1983) párr. 48), y continúa siéndolo hasta este momento (*v.gr.*: *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (2009) párr. 23). Las normas relevantes de la CVDT son los Arts. 31-33.

⁷² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), Art. 31.1.

Aunque parezca algo muy básico, no está de más dar un ejemplo. Cuando la CADH prohíbe toda forma de “explotación del hombre por el hombre”, la palabra “hombre” debe interpretarse según su sentido corriente. Sin embargo, el sentido corriente de la palabra hombre puede referirse a “varón”, “ser humano”, o “varón adulto”, entre otros. Por ello, el sentido corriente de esta palabra no basta para interpretarla, y debe recurrirse al contexto del artículo (que no es el mismo que cuando la CADH se refiere al “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio”). Por último, debe analizarse el objeto y fin del tratado, que es la protección jurisdiccional de un determinado listado de derechos humanos. Así, se concluirá que la citada palabra “hombre” busca referirse al “ser humano”. Hay ocasiones en que el “contexto” puede encontrarse no sólo en la misma convención, sino que también en otros tratados o acuerdos relacionados, cuya lista taxativa puede observarse en el artículo 31.2 de la CVDT⁷³. Además de lo anterior, la CVDT establece la existencia de ciertos medios de interpretación complementarios, como los trabajos preparatorios de un tratado.

La Corte ha errado más de una vez en su uso de estos criterios interpretativos⁷⁴. En efecto, ocurre con cierta frecuencia que algunas interpretaciones de la Corte prestan poca atención al texto de la CADH, lo que conlleva el peligro de terminar transformando el texto de este tratado “en algo banal y poco relevante”⁷⁵. Ello puede, incluso,

“crear la errónea impresión de que las decisiones acerca del alcance de las normas contenidas en la Convención Americana dependen mayoritariamente del arbitrio de la Corte”⁷⁶.

Esto ha sucedido, por ejemplo, en relación con el derecho a la igualdad⁷⁷, y con la expulsión de extranjeros que se hallan en un país en forma indubitadamente ilegal⁷⁸.

⁷³ La opinión disidente del juez Vio Grossi se refiere a este tema.

⁷⁴ Éste no es un problema exclusivo de la Corte. Por ejemplo, la actual Comisionada Shelton ha señalado que la interpretación del artículo 4.1 que hizo la Comisión Interamericana en el caso *Baby Boy* había sufrido problemas importantes como resultado de ignorar los cánones interpretativos codificados en la CVDT. Dinah SHELTON, “*Abortion and the Right to Life in the Inter-American System: The Case of “Baby Boy”*”, p. 313.

⁷⁵ Ariel E. DULITZKY, “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, p. 17.

⁷⁶ DULITZKY, “El Principio...” *op. cit.* p. 19.

⁷⁷ DULITZKY, “El Principio...” *op. cit.* pp. 17–18.

⁷⁸ En este sentido, el artículo 22.6 de la CADH establece que: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”, pero la Corte ha interpretado la CADH como si no se estableciera la condición de estar

En el caso *Artavia*, este problema se produjo, en primer lugar, al decir que la Corte no tenía la capacidad para determinar cuándo comenzaba la vida humana⁷⁹, pues el texto de la CADH es claro en que al momento de la concepción ya se tiene derecho a la vida. Otro error se produce al interpretar la palabra concepción como implantación, a pesar de que ese no es el sentido corriente ni legal del término. La Corte hizo esta redefinición de la concepción basándose sólo en la declaración del perito Zegers, a pesar de que gran cantidad de instrumentos jurídicos regionales se refieren a este concepto⁸⁰, y que los tribunales competentes para interpretarlo han entendido que es un sinónimo de fertilización⁸¹. Esta falta de atención al texto de la CADH se observa también cuando la Corte señala que la expresión “en general” quiere decir “gradual e incremental según su desarrollo”⁸². Lo mismo puede decirse cuando la Corte afirma que la frase que protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción busca proteger fundamentalmente a la mujer embarazada⁸³.

legalmente en el territorio de un Estado. CorteIDH, *Nadege Dorzema y Otros vs. República Dominicana* (2012), párr. 158.

⁷⁹ *Caso Artavia*, párr. 185.

⁸⁰ Muchas Constituciones regionales establecen en forma expresa la protección de la vida desde el momento de la concepción. Ellas son: Constitución de la República del Ecuador (2008) Art. 45; Constitución Política de la República Dominicana (2010) Art. 37 (esta disposición no existía en Constituciones previas de este Estado); Constitución de El Salvador (1992) Art. 1.2; Constitución Política de la República de Guatemala (1985) Art. 3 (todas las referidas Constituciones protegen la vida desde el momento de la concepción, sin excepciones análogas a la frase “en general”); Constitución Nacional de la República del Paraguay (1992) Art. 4 (tiene la misma redacción que la CADH, incluyendo la frase “en general”), y la Constitución Política del Perú (1993) Art. 2 N° 1 (establece: “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”). Además de estas Constituciones de Estados miembros, muchas Constituciones de estados federados también reconocen la existencia de la vida desde el momento de la concepción, haciendo o no mención explícita a ciertas excepciones. Por ejemplo, la mayoría de los estados federados de México han aprobado modificaciones constitucionales que reconocen la vida desde el momento de la concepción, *v.gr.*: Chihuahua, Sonora, Baja California, Morelos, Colima, Puebla, Jalisco, Durango, Nayarit, Guanajuato (la mayoría de estas modificaciones fueron aprobadas durante los años 2008 y 2009, como reacción a la liberalización del aborto en Ciudad de México). Éste es también el caso de varias Constituciones de provincias argentinas, como las de Córdoba, Tucumán, Tierra del Fuego y Salta. Además, existen sistemas jurídicos regionales que no protegen explícitamente la vida desde el momento de la concepción en sus Constituciones, pero que sí lo hacen en otras leyes de menor rango.

⁸¹ Además de la sentencia de Costa Rica, pueden observarse, entre otras, sentencias de los tribunales competentes de Chile, Honduras y Perú. Algunas referencias se observan en: Tribunal Constitucional de Chile (2008): Rol: 740-07, considerando 50° y 67°, y Tribunal Constitucional de Perú (2009): Exp. N°. 02005-2009, párr. 53.

⁸² *Caso Artavia*, párr. 264.

⁸³ *Ibid.*, párr. 222.

En definitiva, la Corte agrega calificaciones que no se encontraban en la CADH, y que terminan haciendo que la protección “general” se transforme en “excepcional”. Este tema es tratado con más detalle en el voto disidente del juez Vio Grossi.

Otros problemas de la Corte en materia de la interpretación según las normas de la CVDT vienen dados por la amplitud de lo que la Corte considera que es el “contexto” de la CADH. En efecto, mientras la CVDT –y, por tanto, la costumbre internacional– define el contexto en forma muy específica⁸⁴, la Corte Interamericana suele extenderlo a todo el *corpus juris* del derecho internacional. Tal criterio, en lugar de constituir una guía para la interpretación del derecho, puede transformarse en un instrumento para la creación del mismo, según se ha señalado al momento de referirse a la utilización de *soft law* y demás instrumentos no vinculantes o ajenos a la CADH.

5.2. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA SIN PARÁMETROS OBJETIVOS

El concepto mismo de interpretación evolutiva se encuentra actualmente en desarrollo, por lo que sus contornos aún no son claros⁸⁵. Sin embargo, existe un cierto consenso en la práctica internacional en que un tratado puede evolucionar si es que utiliza “conceptos evolutivos” –es decir, términos abiertos–⁸⁶ al momento de enunciar un derecho en particular. Tal

⁸⁴ “2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

⁸⁵ Julian, ARATO, “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences”, p. 444, nota 5, refiriéndose a un argumento de Malgosia Fitzmaurice.

⁸⁶ ARATO, “Subsequent Practice...” *op. cit.* p. 468. Arato también se refiere a un fundamento para la evolución de los tratados que es aun más discutido, el basarse en el objeto y fin de un tratado. Él considera que una evolución basada en esta fundamentación podría ser usada sólo cuando fuera *necesario* para darle efecto al objeto y fin. Arato afirma que la “mera conveniencia” para aplicar una interpretación evolutiva sería una fundamentación insuficiente, ya que ello podría llevar no sólo a una “aplicación superflua de la interpretación evolutiva”, sino que también a “socavar seriamente la certeza en

método de interpretación puede ser usado para extender el contenido de un derecho de un modo en que no fue previsto por quienes redactaron el tratado o para apartarse de precedentes. Sin embargo, una interpretación evolutiva no puede derivar de un tratado internacional un derecho que no se encontraba incluido en éste desde su creación, especialmente cuando el silencio sobre tal derecho fue deliberado⁸⁷. En efecto, lo único que puede ser interpretado en forma evolutiva –siendo expandido a ámbitos de aplicación imprevistos– es una materia que ya ha sido implícita o explícitamente incluida en el texto de un tratado⁸⁸. *A fortiori*, las interpretaciones evolutivas no deben contrariar las disposiciones textuales de una convención. Es por ello que, por ejemplo, en el sistema europeo se optó por poner término a la excepción al derecho a la vida en materia de pena de muerte mediante la ratificación de protocolos adicionales al Convenio, a pesar de que tal pena se hallaba prácticamente extinta en Europa⁸⁹.

A pesar de lo anterior, la Corte Interamericana suele considerarse totalmente libre para decidir cuándo y cómo evoluciona la CADH, llegando a incorporar derechos que fueron explícitamente excluidos de este tratado, y fallando en contra del tenor literal del mismo, como sucedió en el caso *Artavia*⁹⁰. El TEDH, en cambio, utiliza diversos mecanismos para determinar cuándo es posible que un tratado evolucione. No establecerá derechos que los redactores del Convenio Europeo dejaron fuera a propósito⁹¹. El TEDH permitirá la evolución de los derechos a situaciones no previstas por los redactores del Convenio, pero lo hará sólo cuando

el derecho de los tratados, ya que cualquier cosa podría considerarse como evolutiva”. ARATO, *op. cit.*, p. 476 (las frases citadas han sido libremente traducidas por el autor). Sin embargo, incluso la evolución basada en el objeto y fin del tratado no puede contrariar las disposiciones textuales de un tratado.

⁸⁷ *Johnston and Others vs. Ireland* (1986) párr. 53.

⁸⁸ Esto fue afirmado por Paul Mahoney, un actual juez del TEDH. PAUL MAHONEY, “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, p. 66.

⁸⁹ El TEDH ha señalado en forma hipotética que podrían dejarse sin efecto ciertas disposiciones del Convenio Europeo en materia de excepciones a derechos humanos, cuando todos los Estados del Consejo de Europa hayan abolido tales excepciones. TEDH, *Soering vs. The United Kingdom* (1989) párr. 103, y *Öcalan vs. Turkey* (2005), párrs. 163-165. Sin embargo, incluso una hipótesis tan restringida como ésta podría ser discutida, porque del actuar de los Estados en un momento determinado no se desprende una voluntad de limitar sus posibilidades de volver a adoptar una situación previa.

⁹⁰ Malarino afirma que el sistema interpretativo usado por la Corte es activista. MALARINO, “Activismo Judicial”, *op. cit.* pp. 29-45. En relación a la interpretación evolutiva o progresiva, ver MALARINO, *op. cit.*, pp. 32-35.

⁹¹ *Johnston and Others vs. Ireland* (1986), párr. 53.

este tratado use términos abiertos⁹², y siguiendo criterios más o menos objetivos que le permitan llegar a este tipo de conclusiones. Así, por ejemplo, el TEDH utiliza frecuentemente la noción del consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa. Sin embargo, el consenso no será siempre suficiente, como se pudo observar en el caso *A, B y C vs. Irlanda*. En éste, el TEDH consideró que, a pesar de existir un consenso mayoritario entre las naciones de Europa en el sentido de permitir abortos cuando el embarazo afecta la salud de la madre, ello no era suficiente como para determinar que la prohibición irlandesa de practicar abortos en estos casos fuera desproporcionada⁹³.

5.3. INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE Y EL OBJETO Y FIN DEL TRATADO

El caso *Artavia* también interpreta la CADH aludiendo al principio de interpretación más favorable y según el objeto y fin del tratado⁹⁴. A pesar de que ambos criterios de interpretación son distintos, la Corte los usó en forma conjunta. Ellos son más complejos de lo que pueden parecer a primera vista.

El primer comentario que se hará al criterio de la interpretación más favorable, “*pro homine*” o “pro persona”⁹⁵, dice relación con el interés subyacente a la posición del Estado. Ello se refiere a que la postura del Estado (ya sea que éste la defienda o no⁹⁶) suele reflejar posturas que son defendidas a nivel interno como un asunto de derechos humanos⁹⁷. Un

⁹² En otras palabras, no utiliza un mecanismo de interpretación *originalista*.

⁹³ TEDH, *A, B & C vs. Ireland* (2010) párr. 237. Para un análisis donde se observa que el TEDH no reconoce un derecho al aborto, ver PUPPINCK, Grégor, “Abortion and the European Convention on Human Rights”. El resumen de una sección del artículo está disponible en <http://www.ejiltalk.org/abortion-on-demand-and-the-european-convention-on-human-rights/> [visitado el 05/03/13].

⁹⁴ *Caso Artavia*, párrs. 257 ss.

⁹⁵ Para una descripción de esta institución ver Álvaro FRANCISCO AMAYA VILLARREAL, “El Principio *Pro Homine*: Interpretación Extensiva vs. el Consentimiento del Estado”.

⁹⁶ El problema presentado por los reconocimientos de responsabilidad del Estado y las posiciones subyacentes es brevemente nombrado en Sergio VERDUGO R. y José Francisco GARCÍA G., “Radiografía al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, pp. 183 y 184.

⁹⁷ Los intereses que subyacen tras la posición del Estado son también bastante patentes en los casos referidos a asuntos que, a nivel doméstico, son de naturaleza criminal. Existen muchos casos en que las sentencias de la Corte dan los nombres de supuestos violadores de derechos humanos, sin que éstos hayan tenido la posibilidad de presentarse ante ella. Esto es muy complejo desde el punto de vista de la presunción de inocencia. Fue por ello que en el caso Escué Zapata el Estado de Colombia hizo presente a la Corte que

caso en que ello quedó patente –con independencia de si se está o no de acuerdo con el fondo– fue el de *La Última Tentación de Cristo*⁹⁸. En este caso, quienes solicitaron la prohibición de esta película a nivel interno lo hicieron alegando, principalmente, una violación de su derecho al honor⁹⁹. De hecho, la prohibición de esta película fue alcanzada a nivel nacional mediante un recurso de protección de garantías fundamentales¹⁰⁰. La posición subyacente a la postura del Estado quedó más clara aún cuando los interesados solicitaron intervenir en el caso ante la Corte Interamericana, aunque ésta negó dicha posibilidad¹⁰¹. Este caso muestra que la “interpretación más favorable” es un concepto relativo, pues si se da la interpretación más amplia posible a la libertad de expresión, se está dando una interpretación más restringida al derecho a la honra. Algo similar sucede con lo que se ha llamado el “punitivismo” de la Corte, que al aplicar interpretaciones favorables para las víctimas de violaciones de derechos humanos, restringe derechos de los procesados, a pesar de que éstos se encuentran expresamente establecidos en la CADH¹⁰². Éste es uno de los motivos por los cuales el argumento *pro homine*, si bien es importante, “no puede convertirse en un comodín con el cual se extiendan los compromisos de los Estados parte en los tratados internacionales”¹⁰³.

La existencia de posiciones subyacentes a la postura del Estado debe desincentivar a que la Corte use en forma liviana la interpretación de lo “más favorable”. Ello es especialmente así en un caso como *Artavia*, donde dar una interpretación “más favorable” para quienes quieran hacer uso de embriones o cometer un aborto, es claramente la opción “menos favorable” para quienes tienen derecho a la vida según la sección relevante del artículo 4.1¹⁰⁴.

no podría cumplir con la medida de publicación de la sentencia ordenada por la Corte, a menos que se le autorizara a borrar los nombres de las personas individualizadas en la sentencia, ya que ellas no habían sido condenadas a nivel interno. La Corte accedió a esta petición del Estado. CorteIDH, *Escué Zapata vs. Colombia* (2010) párrs. 2 y 3. En contraste con la costumbre de la Corte Interamericana, el TEDH suele dar sólo las iniciales de los terceros que no han intervenido en el juicio.

⁹⁸ CorteIDH, “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y Otros vs. Chile*) (2001).

⁹⁹ Este recurso fue presentado por un grupo de personas a nombre propio, y a nombre de Jesucristo y la Iglesia Católica. *Ibid.*, párr. 60.e, en relación con 45.c y 45.d.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 71.

¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 21. Algo similar sucedió en el caso *Atala Riffo e Hijas*, también contra Chile, donde la Corte negó la participación al padre de las menores, quien estaba a cargo de su cuidado. CorteIDH, *Atala Riffo e Hijas vs. Chile* (2012) párrs. 8 y 9.

¹⁰² MALARINO, “Activismo Judicial...” *op. cit.*, pp. 45-49. En efecto, tal autor ha dicho que el punitivismo va directamente en contra del principio *pro homine*. MALARINO, *op. cit.* p. 49.

¹⁰³ AMAYA, “El Principio...” *op. cit.* p. 337.

¹⁰⁴ *Cfr.*, *Caso Artavia* párr. 259.

Con relación a la interpretación según el objeto y fin del tratado, debe notarse que la Corte define que el objeto del tratado es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”¹⁰⁵. Por una parte, si bien tal definición es en parte correcta (como lo sería el afirmar que el objeto y fin del tratado es “hacer justicia”), es de una amplitud que permite dar lugar a equívocos interpretativos. En efecto, es más apropiado sostener que el objeto y fin de la CADH es *la creación de estándares regionales vinculantes para la protección de determinados derechos humanos, y el establecimiento de un sistema para supervisar el cumplimiento de los mismos*. Esta distinción es importante, ya que los redactores de la CADH no quisieron proteger todos los derechos humanos, sino que sólo aquellos reconocidos en el convenio. Los motivos que justifican este

“carácter limitado del elenco de derechos reconocidos en los pactos no tienen que ver tanto con el desprestigiado argumento de la soberanía de los Estados (aunque las intenciones no dejan de ser una buena razón para entender los límites de la codificación) como con la necesidad pluralista de reconocer el margen del que disfrutaban los Estados para reconocer o negar otros derechos no enumerados”¹⁰⁶.

No obstante que el objeto y fin de un tratado sirve sólo para interpretar el texto de las normas, la Corte suele utilizarlo para extender el alcance de las mismas. Con ello, si se considera que el objeto del tratado es la protección de los derechos humanos en general, el uso de tal objeto para ampliar el contenido de la CADH puede dar como resultado la creación infinita de derechos. Esto es especialmente delicado si se considera que existen diversas concepciones de los derechos humanos, algunas de las cuales son abiertamente contrarias a los derechos consagrados en la CADH. Por dar sólo un ejemplo, existen autores que consideran que los niños recién nacidos no tienen un derecho inherente a la vida¹⁰⁷, cuestión que es abiertamente contraria a los valores regionales representados en la CADH. Si se considera, en cambio, que el objeto del tratado es la

¹⁰⁵ CorteIDH, *Boyce y Otros vs. Barbados* (2007) párr. 15.

¹⁰⁶ Manuel NÚÑEZ POBLETE, “Sobre la Doctrina del Margen de Apreciación Nacional. La Experiencia Latinoamericana Confrontada y el *Thelos* Constitucional de una Técnica de Adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, p. 28.

¹⁰⁷ Entre otros, Helga KUHSE y Peter SINGER, *Should the Baby Live? The Problem of Handicapped Infants* (Aldershot, Gregg Revivals) p. 192. Ellos postulan que los Estados debieran autorizar el homicidio de niños discapacitados no deseados hasta el vigesimosegundo día después del parto (KUHSE y SINGER, *op. cit.*, pp. 189-97). Kuhse y Singer citan otros autores que también postularían el establecimiento de un periodo previo a la plena aceptación del niño (KUHSE y SINGER, *op. cit.*, p. 195).

protección de los derechos humanos consagrados específicamente en la CADH, no puede darse tal desvarío en el modo de entender los derechos.

Para terminar, llama la atención que, en la sección dedicada a la interpretación según el objeto y fin en el *caso Artavia*, la Corte da ejemplos de países que habrían hecho un

“adecuado balance de posibles derechos en conflicto y, por lo tanto, constituyen una relevante referencia para interpretar los alcances de la cláusula ‘en general, desde la concepción’ establecida en el artículo 4.1 de la Convención”¹⁰⁸.

Entre ellos, la Corte cita el caso de Estados Unidos, cuya regulación del aborto es, a todas luces, incompatible con la protección que la CADH hace del no nacido¹⁰⁹. Al hacerlo, la Corte parece desconocer que en el caso *Roe vs. Wade* la Corte Suprema de EE.UU. afirmó que: si la decimocuarta enmienda hubiera sugerido que el feto tenía personalidad jurídica, colapsaría el caso de quienes buscaban la inclusión del aborto dentro del derecho a la privacidad de los apelantes, ya que el derecho a la vida del no nacido habría estado garantizado específicamente por la Constitución¹¹⁰.

6. Modo de aplicar la sana crítica

A diferencia de lo que sucede con el TEDH, la Corte Interamericana realiza una amplia evaluación de prueba. Ello se produce por motivos que no es del caso analizar aquí (como lo poco confiables que pueden ser algunos tribunales nacionales de la región). La Corte Interamericana evalúa la prueba de acuerdo con las normas de la *sana crítica*, sistema que exige analizar los medios probatorios conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia¹¹¹. Ello permite que los jueces analicen la prueba

¹⁰⁸ *Caso Artavia* párr. 260.

¹⁰⁹ Ello, a pesar de que ciertas interpretaciones aisladas, como la de Cecilia Medina, han puesto tal legislación como el paradigma de la protección de los derechos humanos. Cecilia MEDINA QUIROGA, *La Convención Americana: Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, p. 76.

¹¹⁰ Corte Suprema de EE.UU., *Roe vs. Wade* (1973) p. 157.

¹¹¹ La obligación de seguir las reglas de la lógica y de la experiencia son los requisitos básicos de la *sana crítica*. Joel GONZÁLEZ CASTILLO, “La Fundamentación de las Sentencias y la Sana Crítica”, pp. 95–98. Sin embargo, las regulaciones internas pueden establecer otros requisitos adicionales, v.gr. GONZALEZ CASTILLO, *op. cit.*, p. 100. En el contexto del sistema interamericano, ver Héctor FIX-ZAMUDIO, “Orden y Valoración de las Pruebas en la Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 214.

sin estar regidos por normas específicas (como sucede en el sistema de prueba legal tasada), y que el lector evalúe si el tribunal analizó la prueba adecuadamente. Es por esto que la Corte es bastante detallada al enumerar los medios de prueba a través de los cuales alcanza cada una de sus conclusiones, lo que es muy positivo y digno de ser encomiado.

La Corte Interamericana suele evaluar adecuadamente las pruebas que se le presentan. Sin embargo, existen áreas en las que ella debe ser más cuidadosa. Por ejemplo, las normas de la lógica y la experiencia exigen que un tribunal considere el interés que puedan tener los testigos y expertos en el resultado del juicio al momento de ponderar sus testimonios. Por eso, no es adecuado que la Corte copie algunas interpretaciones previas de la Comisión Interamericana (una parte en el juicio) como si fueran hechos indiscutibles, como sucedió en el *caso Artavia*¹¹². Si la Corte quiere hacer suyas ciertas afirmaciones de la Comisión, debe analizarlas en detalle, del mismo modo como sucedió en el caso *Vera Vera y Otras vs. Ecuador*. En dicho caso la Corte analizó el peso de un informe de la Comisión Interamericana que se basaba en una visita *in loco* a Ecuador, pero que no aportaba mayores datos, estadísticas o pruebas sobre un determinado punto, por lo que la Corte decidió que no servía para dar por probada una determinada situación¹¹³.

Tampoco es conveniente que en el *caso Artavia* la Corte haya basado gran parte de sus afirmaciones biológicas, exclusivamente, en los dichos del perito Fernando Zegers Hochschild, sin tener en cuenta la prueba científica en contrario¹¹⁴. Al hacerlo, la Corte ni siquiera se planteó el hecho de que tal perito tenía un grado de interés en el juicio mucho más fuerte de lo recomendable. En efecto, si bien el perito Zegers tiene gran conocimiento técnico en el tema de la FIV, él se dedica en forma profesional a la misma, y ha sido miembro directivo de organizaciones destinadas a promoverla¹¹⁵. Esto no quiere decir que las afirmaciones de Zegers debieran haber sido descartadas, sino que debieran haber sido ponderadas a la luz de las demás

¹¹² *V.gr.*, párrs. 197 y 199.

¹¹³ CorteIDH, *Vera Vera y Otra vs. Ecuador* (2011) párrs. 80 y 81.

¹¹⁴ *V.gr.*, párr. 186 en relación al párr. 180.

¹¹⁵ Entre otras, ha sido o es, según el caso, cofundador y director de la Unidad de Medicina Reproductiva de la Clínica Las Condes (y actualmente ejercería como miembro activo de dicha unidad); cofundador y miembro del consejo directivo del ICMER; fundador y director responsable del Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida; fundador, primer presidente y actual consejero honorario de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida; cofundador y vicepresidente del *International Committee for Monitoring ART*; miembro del *Steering Committee* del *Task Force* para la Prevención y Manejo de la Infertilidad de la OMS, entre otros cargos. Esta información puede verse en http://www.icmer.org/acercade_directorio.htm (fecha de última consulta 28/01/13).

pruebas existentes, y con la precaución de quien está frente a un experto con intereses que van más allá del simple saber científico.

En conclusión, si la Corte va a valorar en forma dogmática las expresiones de ciertos organismos o expertos, ella debiera evaluar y explicitar previamente los motivos por los cuales les otorga un valor especialmente alto. Un modo de hacerlo sería, por ejemplo, haciendo referencia expresa al proceso de toma de decisiones de una institución, o al modo como tal organismo arribó a una determinada decisión. Ello no sería algo nuevo para la Corte, pues ella procedió así en el caso *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, donde antes de usar el informe final de la Comisión Peruana para la Verdad y la Reconciliación, describió ciertas características de esta institución, tales como el modo en que fue creada, cuáles eran sus fines, y cómo habían sido nombrados sus miembros¹¹⁶.

7. Hispanocentrismo

Se ha afirmado que la OEA es, en gran medida, una organización latinoamericana, modelada por los problemas y la idiosincrasia de este particular grupo de Estados¹¹⁷. Esta afirmación puede también hacerse respecto al sistema interamericano de derechos humanos¹¹⁸ y, en particular, a la Corte Interamericana. El hispanocentrismo no es adecuado en un organismo que pertenece a la OEA, una entidad que incluye a países de otras tradiciones y que tiene cuatro idiomas oficiales.

Varias formas de proceder de la Corte denotan su hispanocentrismo, por ejemplo, el utilizar conceptos jurídicos hispanos (como la sana crítica), el omitir el uso de conceptos jurídicos anglosajones (como el estándar de revisión), o el hacer caso omiso a los modos de entender el derecho que tienen muchos de estos países (como la extendida concepción dualista del derecho internacional). Uno de los ejemplos de hispanocentrismo del caso *Artavia* se observó en su interpretación de la palabra “concepción”. Tanto el voto de mayoría como el del juez Vio Grossi se basaron (con resultados opuestos) en un significado de la palabra “concepción” dado por el Diccionario de la Real Academia Española. Al hacerlo, olvidaron que la CADH está escrita también

¹¹⁶ CorteIDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006) párrs. 197.3-5.

¹¹⁷ Verónica GÓMEZ, “The Interaction Between the Political Actors of the OAS, the Commission and the Court”, p. 175.

¹¹⁸ Algunas quejas propias de las naciones caribeñas angloparlantes pueden verse en Auro FRASER, “From Forgotten Through Friction to the Future: The Evolving Relationship of the Anglophone Caribbean and the Inter-American System of Human Rights”.

en forma *auténtica* en inglés, francés y portugués. Si estas versiones hubieran sido tenidas en cuenta, la interpretación de este concepto se habría facilitado, ya que los diccionarios de más autoridad en francés e inglés dan un sentido claro a la palabra *conception* (equivalente a fecundación, no a implantación).

El hispanocentrismo de la Corte también se observa con claridad en las traducciones al inglés de sus sentencias, las que todavía tienen mucho espacio para mejorar¹¹⁹. A propósito de esto, es interesante notar que en ocasiones las sentencias en castellano también incorporan traducciones, hechas por la Corte, de ciertos documentos internacionales. Al hacerlo, la Corte debe tener gran cuidado, pues la traducción de ciertos conceptos puede resultar muy compleja en determinados casos. Ello, porque la traducción de conceptos de un modo y no de otro puede implicar una cierta valoración de una situación. Además, el traductor estará imputando tales valoraciones a los organismos que se citan. En el *caso Artavia*, esta complejidad se observa en la traducción de la expresión “*expectant mother*”¹²⁰. Tal término es usado comúnmente en inglés para referirse a la mujer embarazada. Sin embargo, si esta expresión se analiza en forma literal, ella quiere decir algo así como “madre que está a la espera”, lo que implica una connotación sobre la calidad de madre que tiene una mujer embarazada. Por supuesto que no sería adecuado que la Corte hiciera una traducción literal, pues ello resultaría en una mala traducción. Era necesario usar expresiones corrientes, como “mujer embarazada” o “mujer encinta”. La Corte, en cambio, usó la expresión “futura mamá”. Esta traducción fue poco afortunada, no sólo porque la palabra “mamá” es coloquial y porque mujeres que no están embarazadas también pueden ser “futuras mamás”, sino porque la expresión que se usa tiene una connotación opuesta a la noción inglesa (que, como se vio, tiende a dar la calidad de madre a la mujer embarazada). Lo anterior es especialmente delicado en un caso como *Artavia*, donde la Corte había afirmado que no le correspondía tomar partido entre las posiciones existentes sobre el tema del no nacido.

8. Uniformidad de apreciación

El TEDH suele otorgar a los Estados cierta deferencia, el llamado *margen de apreciación*, para interpretar las normas de la Convención Europea

¹¹⁹ Para un estudio sobre las traducciones de la Corte ver Álvaro PAUL “Translation Challenges of the Inter-American Court of Human Rights and Cost-Effective Proposals for Improvement”.

¹²⁰ *Caso Artavia*, párr. 239.

de Derechos Humanos. Así, cuando es posible la existencia de diversas interpretaciones en materia de garantías fundamentales,

“la doctrina del margen de apreciación aconseja al órgano jurisdiccional internacional o supranacional abstenerse de subrogar a las autoridades nacionales en la valoración de aquellas circunstancias que permiten configurar las versiones locales de los derechos universales”¹²¹.

Esta doctrina valora la diversidad en la interpretación de los derechos humanos. La Corte Interamericana ha hecho referencia en un par de ocasiones al margen de apreciación¹²², pero generalmente reserva para sí misma la apreciación detallada del contenido de los derechos¹²³. Ello, aunque el derecho se encuentre reconocido en una cláusula abierta, se trate de un tema discutible y confronte valores nacionales, como sucede en *Artavia Murillo*. En este caso el Estado le pidió expresamente a la Corte pronunciarse sobre el margen de apreciación. Sin embargo, ésta sostuvo que no era necesario hacerlo, en virtud de las *conclusiones* a las que había llegado en los párrafos anteriores del fallo¹²⁴. Lo interesante es que el alegato del Estado en materia de margen de apreciación buscaba, justamente, tener un efecto antes de que la Corte llegara a esas *conclusiones*.

El argumento que suele usarse para estar en contra de la doctrina del margen de apreciación en el contexto interamericano es que el estado de derecho y la democracia en las naciones latinoamericanas no están igual de desarrollados que en las naciones europeas, por lo que no es posible conceder un margen de apreciación. Este argumento podría ser válido para no utilizar el *consenso regional* –citado frecuentemente por el TEDH al momento de decidir sobre el margen de apreciación– como un instrumento para decidir si una norma abierta de la CADH permite o no diversas aplicaciones legítimas. Ello, porque el acuerdo o la divergencia en el derecho interno de las naciones americanas no es necesariamente un buen instrumento para determinar si un derecho reconocido en CADH permite las aplicaciones que le dan los Estados. Por ejemplo, el que la mayoría de los Estados americanos establecieran un procedimiento penal inquisitivo con una etapa sumaria secreta y aplicable en todo caso, no sería

¹²¹ NÚÑEZ POBLETE, *op. cit.*, (2012) p. 5.

¹²² *Vgr., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica* (1984) párr. 58, y CorteIDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004) párr. 161.

¹²³ Esto es también criticado por Verdugo y García, quienes consideran que ésta es una de las “falencias democráticas” del sistema interamericano. VERDUGO y GARCÍA, “Radiografía al...” *op. cit.*, pp. 195-196.

¹²⁴ *Caso Artavia*, párr. 316.

un argumento válido para afirmar que dicha interpretación cabe dentro del margen de apreciación permitido por el artículo 8.5 de la CADH (que establece que el proceso penal debe ser público, “salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”).

Sin embargo, hay muchas materias en las que las normas de la CADH son menos claras y permiten diversas interpretaciones legítimas según los distintos valores nacionales. Así, por ejemplo, si existen varias hipótesis científicas sobre un asunto que fuera necesario para resolver un caso, la Corte no tiene que optar por una solución u otra. Ella puede permitir que sea el Estado quien decida sobre el punto. Tal sería una aplicación del principio de subsidiariedad, que se encuentra implícito en el Preámbulo de la CADH y ha sido reconocido por la Corte en varias ocasiones¹²⁵, aunque no siempre se ha entendido en forma adecuada¹²⁶.

El principio de subsidiariedad tiene una faceta positiva y otra negativa, es decir, impone un deber de actuar y un deber de abstenerse de actuar¹²⁷. Aplicado a la interpretación de la CADH, la faceta positiva implica que la Corte debe ejercer su jurisdicción cuando los organismos estatales no han sido capaces de interpretar la CADH de un modo razonable. La faceta negativa sostendría que la Corte debe abstenerse de actuar cuando los organismos nacionales han interpretado la CADH de un modo razonable y adecuado a la realidad nacional. Esto es una consecuencia, en parte, del hecho de que las autoridades estatales están, en principio, en una mejor posición para interpretar y aplicar las normas a la realidad nacional, por ejemplo, cuando una convención se refiere a que una determinada restricción de derechos debe ser “necesaria”¹²⁸. En este caso sobre la FIV, los organismos nacionales ya habían determinado qué tipo de amenazas a la vida humana eran aceptables. Frente a esto, la Corte Interamericana no

¹²⁵ La Corte lo ha reconocido, por ejemplo, en CorteIDH, *Ríos y Otros vs. Venezuela* (2009) párr. 53, y en *Atala Riffo e Hijas vs. Chile* (2012) párr. 65.

¹²⁶ Por ejemplo, en el caso *Artavia* fue usado para no referirse a ciertos alegatos del Estado en materia de efectos negativos de la FIV (en la salud de la mujer, de sus hijos, en asuntos legales y motivados por la criopreservación de embriones), diciendo que se limitaría a las controversias que hubieran sido tenidas en cuenta por la Sala Constitucional al sustentar la sentencia que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo (párrs. 134 y 135). Ello, a pesar de la directa relación que tales efectos negativos tenían con la FIV. La determinación de los argumentos que son o no relevantes no dice mayor relación con el principio de subsidiariedad, sino que con el proceso de razonamiento interno de la Corte, en el que siempre se debe respetar el derecho a la defensa.

¹²⁷ Paolo G. CAROZZA, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, p. 44.

¹²⁸ Cfr. Philip LEACH, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, pp. 161 y 162.

sólo estableció que debía aceptarse la FIV, sino que dio a entender varias consecuencias de su fallo, entre las que se encuentra la autorización de la FIV heteróloga¹²⁹. Ésta última cuestión no era un tema de este caso, y puede violentar en forma más aguda los valores e instituciones jurídicas nacionales.

Los diferentes resultados que se producen cuando un tribunal usa o no el margen de apreciación son patentes. Por ejemplo, el TEDH –cuyo instrumento fundante no cuenta con una disposición similar a la del Artículo 4.1 de la CADH– ha establecido que la regulación del aborto cae dentro del margen de apreciación que le corresponde a cada país¹³⁰. Ello, a diferencia de lo que hace la Corte Interamericana, la que termina afirmando tácitamente que los Estados no pueden establecer determinado tipo de prohibiciones al aborto¹³¹.

9. Cuestiones formales

Este caso resultó muy atractivo para los jueces. Probablemente fue por eso que, a pesar de su complejidad, *Artavia Murillo* fue el primer caso en ser resuelto de una serie de asuntos presentados durante la misma época. Sólo así podría la Corte dictar su sentencia en la última sesión antes de cambiar su composición¹³². La rapidez en la dictación de este fallo puede explicar por qué la sentencia contó con algunos errores formales, llevando a la Corte a reemplazar en su página web la versión del caso que originalmente había subido¹³³. Esto no es un asunto importante, pero

¹²⁹ *Caso Artavia*, párr. 300.

¹³⁰ CorteIDH, *A, B & C vs. Ireland* (2010). En Europa, Malta prohíbe toda forma de aborto, Irlanda no cuenta con un sistema para procurarse uno, y Polonia tiene una legislación muy restrictiva en la materia. Vale la pena notar que el artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa establece: “El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, teniendo debidamente en consideración el igual derecho a la vida de la madre, garantiza en sus leyes respetar y, en cuanto sea practicable, defender y asegurar a través de sus leyes ese derecho” (la traducción es del autor). Constitution of Ireland (1937). Recientemente Hungría promulgó una nueva Constitución que protege al no nacido “desde la concepción”. Rusia también ha restringido sus leyes en materia de aborto.

¹³¹ Al establecer que la protección del no nacido debe ser sólo gradual e incremental (e.g., *Caso Artavia*, párr. 315).

¹³² Entre cinco casos presentados por la Comisión Interamericana en una misma época, *Artavia* fue el primero en ser resuelto. El único otro caso fallado por la Corte dentro del mismo período de sesiones fue el de la *Masacre de Santo Domingo*, en el que la Corte contó con todas las primeras presentaciones de las partes cerca de dos meses antes que en *Artavia* (cfr. *Caso Artavia* párr. 8 con CorteIDH, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (2012) párr. 9).

¹³³ Así, la versión que podía encontrarse en la página web el día 21 de diciembre de 2012 (cuya copia consta en poder del autor) es distinta a la que puede verse hoy en día.

refleja que la Corte padece de ciertas debilidades formales en sus sentencias, las que pueden afectar la percepción que se tenga de este tribunal. Afortunadamente estos problemas son de relativamente fácil solución. Por ejemplo, la publicación de sentencias formalmente deficientes puede solucionarse mediante una mejor revisión de las decisiones, y señalando que el documento que se publica en Internet es una versión preliminar del fallo, la que podrá ser sometida a ediciones menores de estilo hasta una fecha determinada, como hace el TEDH. Ello permitiría que, si los lectores de estos fallos encuentran algunos errores, los puedan comunicar a la Corte, la que podría realizar la edición necesaria.

Uno de los problemas formales de las sentencias la Corte es su carencia de estilos uniformes. Esto puede ser inocuo en algunos casos, pero no en otros. Un ejemplo de las faltas de uniformidad sin mayor relevancia es el uso intermitente que la Corte está haciendo de la expresión “y costas” en el título de sus sentencias. Por el contrario, una falta de uniformidad que puede ser relevante en algunas ocasiones es la falta de criterios claros al momento de nombrar un caso¹³⁴. La Corte ha utilizado lo que puede llamarse “nombres de fantasía” en determinados asuntos, como en *Artavia*, donde agregó la frase “Fecundación *in Vitro*” a continuación de los nombres de las víctimas. La inclusión de estos “nombres de fantasía” puede no presentar mayores complejidades cuando ellos siguen ciertas reglas preestablecidas¹³⁵, pero es criticable cuando no existe ningún criterio objetivo para agregarlo. El lector puede preguntarse por qué se usa esta figura en algunos casos y no en otros, aunque todos ellos se refieran a materias bastante importantes. Por ejemplo, por qué no se le dio al caso *Claude Reyes y Otros vs. Chile* el nombre “Acceso a la Información Pública”¹³⁶. También es posible preguntarse por qué se adopta un nombre y no otro, por ejemplo, por qué se decidió llamar al caso Villagrán “Niños de la Calle”, en vez de “Jóvenes de la Calle”.

El establecimiento de lo que aquí se ha llamado “nombres de fantasía” no es algo nuevo en el derecho internacional¹³⁷. El problema que tiene su

La principal diferencia es que la original contaba con las opiniones separadas, las cuales podían verse con muchos errores de formato.

¹³⁴ Por ejemplo, a veces incluirá sólo el nombre de pila de la víctima, y otras veces sólo el o los apellidos. Esto no produce mayor problema (salvo el desconocer, a veces, si lo enunciado en el caso es el nombre o el apellido de la víctima).

¹³⁵ Como cuando se denomina a los casos relacionados con comunidades indígenas con el nombre de éstas y no de sus integrantes.

¹³⁶ CorteIDH, *Claude Reyes y Otros vs. Chile* (2006).

¹³⁷ La CIJ también suele hacer uso de nombres emblemáticos. Ella, además del nombre ordinario (*v.gr.* *Camboya vs. Tailandia*), utiliza un nombre adicional (*v.gr.* *Templo de Preah Vihear*). Sin embargo, esta situación no se asemeja mucho a la de la Corte

uso por la Corte Interamericana es que ésta no sigue criterios claros al hacerlo. Ello puede reflejar cierta empatía *a priori* con las supuestas víctimas de un caso, la intención de dar un cierto realce a asuntos específicos, e, incluso, un prejuizgamiento –como cuando el nombre de fantasía se basa en hechos que son discutidos en el caso–. Ninguna de estas tres actitudes es propia de un tribunal imparcial. Algunos de estos nombres han venido dados por la Comisión Interamericana, pero ello no es un motivo para seguir utilizándolos, pues la Corte puede y ha cambiado los nombres con los que los casos comenzaron (a veces, para reemplazarlos por un nombre de fantasía)¹³⁸. Por otra parte, el argumento de que el establecimiento de nombres de fantasía tiene mejores efectos de difusión no es suficiente como para que un tribunal, que debe ser imparcial, aparezca actuando en forma discrecional y sin reglas claras.

Una última cuestión formal que se comentará surge al observar el párrafo 167 del *caso Artavia*. En él, a continuación de una frase entre comillas, es posible encontrar el código “TIII 462”. Tal expresión significa que la frase citada se encontraba en la página 462 del tercer tomo del expediente. La presencia de este código en el fallo se debe al olvido de un editor, pues dichos códigos son utilizados a nivel interno de la Corte, pero son retirados en el proceso de edición del fallo. Esto nos permite hacer una breve reflexión sobre la práctica del “entrecomillado”. Las sentencias de la Corte citan muy frecuentemente la opinión de las partes y de otros intervinientes, aunque no indican el lugar de donde se han sacado estas frases entre comillas. Por una parte, esto hace que la redacción de la sentencia se vea menos limpia. Por otra, el lector ajeno al caso no percibe los beneficios que podrían resultar de este sistema de citas, pues éste desconoce el contexto de la frase citada. Además, en ocasiones la Corte intercala paréntesis cuadrados entre las citas (indicando omisiones en la transcripción), y el lector no sabe qué es lo que la Corte dejó de lado. Esta técnica puede prestarse también para que la Corte dé su apoyo a afirmaciones, pero sin tomar responsabilidad por las mismas. En algunos casos, puede suceder que el lector no sepa si se está haciendo referencia a una frase

Interamericana, ya que la CIJ no discrimina al momento de establecer nombres de fantasía entre unas causas y otras, puesto que todas tienen uno. Además, los nombres utilizados por la CIJ tienden a reflejar el motivo de la disputa, por ejemplo, “Conflicto fronterizo” (ello no siempre sucede con la Corte Interamericana, pues algunos nombres que ella establece pueden no indicar nada a simple vista, *v.gr.* “Campo Algodonero” o “Panel Blanca”). La lista de los nombres de los casos presentados ante la CIJ puede verse en: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3> (fecha de última consulta: 24/01/13).

¹³⁸ En el caso “Cinco Pensionistas” el Presidente de la Corte decidió dejar de usar el nombre “Torres Benvenuto y Otros”. CorteIDH, “*Cinco Pensionistas vs. Perú* (2003) párr. 19.

afirmada por una persona ajena al proceso. En otros casos –como cuando se pone entre comillas una sola palabra– el lector no sabrá si se está citando, poniendo en duda o destacando una palabra. Por último, no está de más señalar que la Corte ha citado en forma innecesaria ciertas frases que las partes han expresado con errores de ortografía, lo que denota una cierta falta de delicadeza con los errores comprensibles de las partes del caso.

10. Reparaciones

La CADH establece que, en caso de constatarse la

“violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”¹³⁹.

También establece que la Corte ordenará que

“si ello fuera procedente, [...] se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”¹⁴⁰.

La Corte ha entendido que cuando las violaciones se deben a situaciones estructurales, estas normas le permiten ordenar la modificación de estas estructuras mediante la derogación de leyes, la reforma de Constituciones, la institución de ciertos procedimientos, o la realización de otros actos que sirvan para mitigar esta situación. En efecto, la Corte ha señalado que su sistema de reparaciones debe tener una “vocación transformadora” de contextos de discriminación estructural¹⁴¹. Por eso, la Corte considera que su deber es definir y exigir soluciones específicas para asuntos estructurales que pueden ser difíciles de conceptualizar y de atacar. Es cierto que en algunos casos la simple indemnización no es suficiente como para reparar a las víctimas, y se hace necesario ordenar otras medidas. Sin embargo, ello es muy distinto a pensar que las ideas de los jueces de la Corte podrán

¹³⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Art. 63.1. La frase “protegidos en esta Convención” es de relevancia para ciertos puntos tratados anteriormente en este trabajo.

¹⁴⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Art. 63.1.

¹⁴¹ CorteIDH, *González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (2009) párr. 450. En el caso de *Campo Algodonero* la Corte ordenó la instauración de programas y capacitaciones destinados a la superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres. *Ibid.* párr. 541.

solucionar problemas sociales graves que los Estados no logran mejorar, a pesar de su honesta lucha contra los mismos, y no obstante contar con mayores medios y personal especializado que la Corte para enfrentarlos¹⁴².

Algunas de las reparaciones concedidas en el *caso Artavia* fueron ya descritas. Frente a ellas, es necesario comentar que la forma de reparación que exige la realización de programas de concientización es bastante compleja. Ello es así en todo tipo de materias, pues trae a la memoria las “versiones oficiales” de ciertos regímenes de mal recuerdo. Sin embargo, en el *caso Artavia* la complejidad de esta reparación es aun más problemática, ya que el tema de este caso es extremadamente controversial. La Corte misma reconoció que no existe una sola corriente de opinión en este asunto y que ella no debía imponer un tipo de creencias específicas a personas que no las comparten. Por eso, no es adecuado que la Corte haya exigido la realización de programas de concientización que reflejan sólo una de estas dos corrientes de opinión.

También llama la atención que la Corte haya exigido que el servicio de salud público de Costa Rica deba “incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud”¹⁴³. En efecto, la misma Corte reconoció que, entre los países miembros de la región, sólo Argentina, Chile y Uruguay, estaban “tratando” de que los tratamientos de reproducción asistida fueran cubiertos por programas o políticas de salud estatal¹⁴⁴. Esta exigencia es, en la práctica, una forma velada de hacer exigibles ciertos derechos sociales, desdeñando la existencia de un protocolo interamericano específico sobre este tipo de derechos¹⁴⁵. Además, es poco responsable que un juzgador haga exigencias así de específicas, y es difícil de imaginar que algún otro tribunal internacional ordenara una reparación de esta envergadura. En efecto, al exigir esta reparación, la Corte no hizo mayor análisis sobre los recursos materiales disponibles en Costa Rica, sino que le bastó con hacer referencia a las tentativas para implementar este servicio en tres de las naciones más ricas de la región. La Corte tampoco consideró la diferencia teórica y moral existente entre el permitir ciertas acciones y el financiarlas. La extravagancia de esta reparación no se ve disminuida por las declaraciones

¹⁴² Malarino hace un análisis sobre los varios problemas que enfrenta el sistema de reparaciones de la Corte Interamericana. Él llama a estos problemas *nacionalización*. MALARINO, “Activismo Judicial...” *op. cit.*, pp. 49–61.

¹⁴³ *Caso Artavia*, párr. 338.

¹⁴⁴ *Ibid.*, párr. 255.

¹⁴⁵ En este punto, es interesante considerar: OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”.

del voto de mayoría y del concurrente sobre el que esta medida debería ser implementada en forma gradual. Ello, entre otros motivos, porque será la Corte misma quien decidirá, durante la fase de supervisión de cumplimiento de sentencia, si el avance *gradual* es suficientemente rápido.

Conclusión

Este trabajo no buscó más que utilizar el *caso Artavia* –que generó en el país un interés comparable al de los casos seguidos contra Chile– para hacer referencia a prácticas frecuentes en la toma de decisiones de la Corte Interamericana. Sin desmerecer los importantes aportes de este tribunal al derecho internacional, puede constatarse que su proceso de toma de decisiones suele reflejar métodos poco institucionalizados, por lo que su estudio y propuestas de mejora son indispensables. Entre las prácticas que analizó este comentario se encuentran la aplicación de instrumentos diversos a la CADH, el enfoque maximalista de la Corte al momento de resolver, y algunas deficiencias interpretativas y formales.

Lamentablemente, algunas prácticas de la Corte pueden favorecer una falta de certeza jurídica, un mayor apartamiento del texto de la CADH (con la consecuente deslegitimación de la Corte), y una baja en el prestigio del sistema. Todo esto es de bastante gravedad para una Corte que afirma poseer facultades interpretativas amplísimas, y que pretende que tales interpretaciones sean aplicadas directamente a nivel interno mediante el *control de convencionalidad*. No obstante lo anterior, las deficiencias en el proceso de toma de decisiones de la Corte Interamericana pueden mejorarse. Para hacerlo, uno de los caminos posibles es mirar hacia el tribunal regional de mayor antigüedad, el TEDH, pues algunos de sus procedimientos pueden ser tomados como modelos. Éste ha reconocido sus propias limitaciones desde que comenzó a operar, adoptando una actitud mucho más autocontrolada que la de su par americano.

Nunca es fácil hacer predicciones sobre el futuro. Sin embargo, es posible vislumbrar que, a menos que se produzca un cambio en el modo en que procede la Corte Interamericana, la cantidad de Estados sujetos a su jurisdicción se mantendrá estancada, si es que no disminuye. En efecto, decisiones como la del *caso Artavia* –que interpretan la CADH de un modo poco adecuado– crean motivos de descontento ante el sistema en una parte importante de la población latinoamericana. Hasta ahora los Estados no han manifestado mayores reclamos frente al proceso de toma de decisiones de la Corte –las objeciones al sistema se han debido, principalmente, a una reticencia a cumplir la CADH–. La falta de este

tipo de observaciones puede deberse a un cierto desconocimiento del modo en que opera el sistema, a que la Corte Interamericana no había entrado de lleno en la creación de derechos en temas muy controversiales, o a que algunos Estados no se sienten con la autoridad moral como para plantear objeciones. Sin embargo, la Corte estará tentando a los miembros del sistema si no modifica su modo de proceder. Lamentablemente, las tendencias del proceso de toma de decisiones de la Corte son bastante marcadas, y no parece posible que se dé marcha atrás sin reformas a la normativa aplicable en materia procedimental e interpretativa.

Bibliografía

DOCTRINA

- AMAYA VILLARREAL, Álvaro Francisco, “El Principio *Pro Homine*: Interpretación Extensiva vs. el Consentimiento del Estado”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 5, Bogotá, 2005.
- ARATO, Julian, “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences”, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9, Leiden, 2010.
- BOEGLIN NAUMOVIC, Nicolás, *Analyse des Systèmes Européen et Interaméricain de Protection des Droits de l’Homme: Etude de l’Impact de l’Expérience Européene sur le Système Interaméricain* (Tesis, Lauréat d’une Bourse du Conseil de l’Europe), Estrasburgo, 1993.
- CAROZZA, Paolo G., “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, en *The American Journal of International Law*, Washington D.C., vol. 97, 2003.
- CAROZZA, Paolo G., “Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, en *Notre Dame Law Review*, vol. 73, Notre Dame, 1998.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos A., “¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una Mejor Idea: La Garantía de Tratados”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, México D.F., 2013.
- CAVALLARO, James L. y BREWER, Stephanie, “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court”, en *The American Journal of International Law*, vol. 102, Washington D.C., 2008.
- DE JESUS, Ligia M., “Post Baby Boy vs. United States Developments in the Inter-American System of Human Rights: Inconsistent Application of the American Convention’s Protection of the Right to Life from Conception”, en *Law and Business Review of the Americas*, vol. 17, Dallas, 2011.

- DULITZKY, Ariel E., "El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana", en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 3, Santiago, 2007.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Orden y Valoración de las Pruebas en la Función Concienciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Corte Interamericana de Derechos Humanos (ed.), *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, vol. I, San José de Costa Rica, 2003.
- FRASER, Auro, "From Forgotten through Friction to the Future: The Evolving Relationship of the Anglophone Caribbean and the Inter-American System of Human Rights", en *Caribbean Law Review*, vol. 15, Cave Hill Barbados, 2005.
- GENERAL SECRETARIAT OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968 / Inter-American Yearbook on Human Rights 1968* (Secretariat of the Inter-American Commission on Human Rights), Washington D.C, 1973.
- GÓMEZ, Verónica, "The Interaction Between the Political Actors of the OAS, the Commission and the Court", en David J. HARRIS y Stephen LIVINGSTONE (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, "La Fundamentación de las Sentencias y la Sana Crítica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, Santiago, 2006.
- KUHSE, Helga, y SINGER, Peter, *Should the Baby Live? The Problem of Handicapped Infants*, Aldershot, Gregg Revivals, 1985.
- LEACH, Philip, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, 3ª Ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- MAHONEY, Paul, "Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin", en *Human Rights Law Journal*, vol. 11, Oxford, 1990.
- MALARINO, Ezequiel, "Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Gisela ELSNER (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Vol. I, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2010.
- MALARINO, Ezequiel, "Acerca de la Pretendida Obligatoriedad de la Jurisprudencia de los Órganos Interamericanos de Protección de Derechos Humanos para los Tribunales Judiciales Nacionales", en Christian STEINER (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, vol. II, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2011.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Santiago, Universidad de Chile, 2003.
- NEUMAN, Gerald L., "Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", en *The European Journal of International Law*, Vol. 19, Florencia, 2008.

- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “Sobre la Doctrina del Margen de Apreciación Nacional. La Experiencia Latinoamericana Confrontada y el *Thelos* Constitucional de una Técnica de Adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Manuel NÚÑEZ POBLETE y Paola Andrea ACOSTA ALVARADO (eds.), *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- PAÚL, Álvaro, “Estatus del No Nacido en la Convención Americana: Un Ejercicio de Interpretación”, en *Ius et Praxis*, vol. 18, Talca, 2012.
- PAÚL, Álvaro, “In Search of the Standards of Proof Applied by the Inter-American Court of Human Rights”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 55, San José de Costa Rica, 2012.
- PAÚL, Álvaro, “Translation Challenges of the Inter-American Court of Human Rights and Cost-Effective Proposals for Improvement”, en *Inter-American and European Human Rights Journal / Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, vol. 6, Gante, 2012.
- PUPPINCK, Grégor, “Abortion and the European Convention on Human Rights”, en *Irish Journal of Legal Studies*, (en imprenta) Cork.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo, “The Conventionality Control: Examples of (Un) Successful Experiences in Latin America”, en *Inter-American and European Human Rights Journal / Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, vol. 3, Gante, 2010.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo, “Cláusulas Autónomas, Subordinadas e Incorporadas de Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano”, en Joaquín A. MEJÍA R. (ed.), *Los Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras*, Tegucigalpa, Editorial Casa San Ignacio - Guaymurás, 2012.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Utrecht, 2011.
- SCHABAS, William A., “Canadian Ratification of the American Convention on Human Rights”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 16, Utrecht, 1998.
- SHELTON, Dinah, “Abortion and the Right to Life in the Inter-American System: The Case of ‘Baby Boy’”, en *Human Rights Law Journal*, vol. 2, Oxford, 1981.
- VERDUGO R., Sergio, y GARCÍA G., José Francisco, “Radiografía al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista Actualidad Jurídica*, vol. 25, Santiago, 2012.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

- A, B & C vs. Ireland* (2010): Tr. Eur. D.H., App. N° 25579/05.
- Artavia Murillo y Otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica* (2012): Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 257.

- Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (2009): Corte IDH, Opinión Consultiva OC-20/09 (ser. A) N° 20.
- Atala Riffo e Hijas vs. Chile* (2012): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 239.
- Boyce y Otros vs. Barbados* (2007): Corte IDH, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 169.
- Bulacio vs. Argentina* (2003): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 100.
- Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010): Corte IDH, Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 220.
- "Cinco Pensionistas" vs. Perú* (2003): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 98.
- Claude Reyes y Otros vs. Chile* (2006): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 151.
- Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 125.
- Escué Zapata vs. Colombia* (2010): Corte IDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- Gómez Palomino vs. Perú* (2005): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 136.
- González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México* (2009): Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 205.
- Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004): Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 107.
- "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile)* (2001): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 73.
- Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (2012): Corte IDH, supervisión de cumplimiento de sentencia.
- Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (2012): Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones (ser. C) N° 259.
- Nadege Dorzema y Otros vs. República Dominicana* (2012): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 251.
- Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 160.
- Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización* (1984): Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84 (ser. A) N° 4.
- Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012): Corte IDH, Fondo y Reparaciones (ser. C) N° 245.
- Pueblo Indígena Saramaka vs. Surinam* (2007): Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 172.

- Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* (1983): Corte IDH, Opinión Consultiva OC-3/83 (ser. A) N° 3.
- Ríos y Otros vs. Venezuela* (2009): Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 194.
- Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1990): Corte IDH, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas (ser. C) N° 10.
- Vélez Loor vs. Panamá* (2010): Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 218.
- Vera Vera y Otra vs. Ecuador* (2011): Corte IDH, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 224.

JURISPRUDENCIA DEL TEDH

- Johnston and Others vs. Ireland* (1986): Tr. Eur. D.H. (ser. A) N° 112.
- Öcalan vs. Turkey* (2005): Tr. Eur. D.H., 2005-IV.
- Soering vs. The United Kingdom* (1989): Tr. Eur. D.H. (ser. A) N° 161.
- Vo vs. France* (2004): Tr. Eur. D.H., 2004-VIII.

TEXTOS LEGALES Y OTROS DOCUMENTOS

- Constitución de El Salvador (1992).
- Constitución de la República del Ecuador (2008).
- Constitución Nacional de la República del Paraguay (1992).
- Constitución Política de la República de Guatemala (1985).
- Constitución Política de la República Dominicana (2010).
- Constitución Política del Perú (1993).
- Constitution of Ireland* (1937).
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
- CORTE SUPREMA DE EE.UU.: *Roe vs. Wade* (1973); , 410 U.S. 113.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2008): Rol: 740-07-CDS, 18/04/08.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ (2009): Exp. N°. 02005-2009-PA/TC, 16/10/09.
- VIO GROSSI, Eduardo (2011), Constancia de Queja, con relación a parte del Voto Concurrente Conjunto emitido con ocasión de las Resoluciones CORTE IN-

TERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Medidas Provisionales respecto de la República de Colombia, Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia”, “Medidas Provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos, Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México”, y “Medidas Provisionales respecto de la República de Honduras, Caso Kawas Fernández vs. Honduras” (17 de agosto de 2011).

INADMISIBILIDAD DEL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR FALTA DE FUNDAMENTO RAZONABLE: JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Pilar Arellano Gómez**

I. Introducción

En el marco de una acción constitucional, como lo es la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, a cuyo respecto el Tribunal Constitucional ha expedido a la fecha más de 1.650 pronunciamientos, siempre resulta necesario y provechoso dedicarse a determinar los criterios y líneas jurisprudenciales contenidos en ellos. Se trata de un desafío de múltiples aristas, entre las cuales se ha escogido en esta ocasión la referida a las sentencias de inadmisibilidad.

Como ya lo anuncia su título, este estudio versa específicamente sobre los criterios referidos a la causal de inadmisibilidad conocida como “falta de fundamento razonable”, que establece el numeral 6° del artículo 84 de la Ley N° 17.997 –Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional–. Ha tenido como base el estudio que he efectuado sobre las causales de inadmisibilidad en mi calidad de Relatora del Tribunal Constitucional, y la dedicación a la citada causal se motivó en el hecho de que ésta se ha erigido como el fundamento de inadmisibilidad de más frecuente aplicación. Por lo mismo, el pertinente análisis jurisprudencial puede resultar una fuente de apoyo a la hora de preparar un requerimiento de inaplicabilidad o de acometer un examen de procesabilidad del mismo.

La circunstancia descrita explica el método de exposición que se utiliza en las líneas de este trabajo, a saber, la presentación del criterio jurisprudencial sintetizado seguida del extracto de la sentencia de la que se desprende, de manera que el lector pueda cotejar el criterio que se reseña.

* Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Relatora del Tribunal Constitucional de Chile. Correo electrónico: parellano@tcchile.cl

II. Cuestiones previas referidas a la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Antes de pasar revista a los anunciados criterios jurisprudenciales, conviene detenerse a recordar el concepto, objeto y características de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Lo anterior, desde el momento que ello permite establecer el marco dentro del cual, como se verá, se desprenden las pautas que indican cuándo un requerimiento de inaplicabilidad no se encuentra razonablemente fundado.

A continuación, se presentan las ideas que sobre estos tópicos se han acuñado en las sentencias del Tribunal Constitucional.

1. CONCEPTO DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD

De conformidad con lo señalado por el Tribunal Constitucional

“El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es la acción que el ordenamiento supremo franquea para evitar que la aplicación de uno o más preceptos legales, invocados en una gestión judicial pendiente, produzca efectos, formal o sustantivamente, contrarios al Código Político”¹.

2. OBJETO

Sobre este punto, el Tribunal ha expresado reiteradamente que la acción de inaplicabilidad busca que se proceda a examinar la constitucionalidad de la aplicación de un precepto legal en una gestión judicial pendiente determinada, precisando que debe tratarse de un precepto concernido en ella y que pueda resultar derecho aplicable para su resolución. Lo anterior lo ha explicitado de la manera que sigue:

“La acción de inaplicabilidad instaura un proceso dirigido a examinar la constitucionalidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. En consecuencia, la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas concernidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable en ella”².

¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.390-09.

² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.740-10.

A su vez, la Magistratura ha indicado cuándo se entiende que se está en presencia de “normas concernidas” en una gestión judicial pendiente, señalando al efecto que:

“al ser de ocurrencia incierta las circunstancias expuestas por el requirente, también resulta incierta y por tanto hipotética la aplicación de los preceptos legales impugnados, cuestión que, en definitiva, impide que éstos tengan la cualidad de ser decisorios en la resolución de este asunto concreto”³.

En el mismo sentido ha expresado que:

“Lo que se ventila en este proceso constitucional no es el ajuste o contradicción entre dos normas de diverso rango, cotejadas en abstracto, sino el análisis y decisión de los efectos que, en un caso específico donde se juzga una determinada relación jurídico-procesal, produce la aplicación de un precepto legal. La inconstitucionalidad que sirve de fundamento a la acción no se apoya, entonces, en un vicio de la norma, sino de los efectos de su aplicación: una disposición legal puede conformarse a la Constitución y, no obstante ello, en su aplicación producir efectos contrarios a la misma; de otro lado, un precepto puede contradecir la norma constitucional y –por falta de aplicación a la relación jurídica constitutiva de la litis– no producir efectos que pugnen con aquélla”⁴.

3. CARACTERÍSTICAS DEL EXAMEN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

En relación con los conceptos previamente citados, cabe hacer hincapié en que, si bien se ha manifestado que el análisis de inaplicabilidad se concentra en la aplicación de un precepto concernido en un determinado caso sub lite, la eventual inconstitucionalidad puede derivar del solo texto de la norma objetada. Es decir, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad no solo puede originarse en la contravención constitucional que genere una determinada aplicación del precepto legal, sino que también, de la inconstitucionalidad que es propia de su texto. Se ha asentado al efecto que:

“Aunque al ejercer la atribución a que se refiere el N° 6 del artículo 93 de la Constitución la decisión de esta Magistratura no está constreñida a la simple constatación abstracta de si existe o no en el texto del precepto impugnado una infracción constitucional, es forzoso que siempre

³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.445-09.

⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.514-09.

el conflicto sometido a su decisión consista en la existencia de una contradicción concreta y determinada entre la ley y la Constitución, la cual en algunas ocasiones podrá brotar con claridad del solo texto del precepto legal cuestionado y en otras emergerá de las peculiaridades de su aplicación al caso concreto sub lite”⁵.

III. Cuestiones previas referidas a la causal de inadmisibilidad de falta de fundamento razonable

De manera previa a adentrarse en el examen específico de los criterios jurisprudenciales, conviene aclarar dos cuestiones.

La primera de ellas es que, de conformidad al tenor del numeral 6° del artículo 84 de la Ley N° 17.997, procede declarar la inadmisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad: “cuando carezca de fundamento plausible”. Esta expresión –y su significado– no ha de asimilarse a la existente en la esfera del Derecho Procesal Civil, sino mas bien a la expresión “fundada razonablemente”, que utiliza la Constitución Política. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, en los siguientes términos:

“según lo ha resuelto esta Magistratura en sentencia Rol N° 1.288-2008, la exigencia constitucional de que la impugnación se encuentre ‘fundada razonablemente’, establecida en el transcrito artículo 93 de la Carta Fundamental, se encuentra reiterada por la Ley N° 17.997 mediante la expresión ‘cuando carezca de fundamento plausible’ contenida en su artículo 84, inciso primero, N° 6”⁶.

La segunda dice relación con la oportunidad en que un requerimiento puede ser considerado como carente de fundamentación razonable y, sobre este punto, debe precisarse que ello puede ser en dos instancias. Primero, como es evidente, en el examen de admisibilidad. Segundo, en una oportunidad anterior a ese examen. Ésta es la sesión que la Sala del Tribunal –en la que debe darse cuenta del nuevo requerimiento ingresado– ha destinado para efectuar el examen de admisión a trámite del mismo. Lo anterior, pues puede ocurrir que al conocer de él, la Sala considere que resulta tan evidente la concurrencia de la causal de inadmisibilidad en comento que no tiene objeto alguno efectuar previamente un examen de admisión a trámite –es decir, de revisar si se cumplen o no los requisitos

⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.724-10.

⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 2.178-12.

para admitir a tramitación contemplados en los artículos 79 y 80 de la Ley N° 17.997⁷-. Frente a dicha circunstancia, por economía procesal, procedería declarar que el requerimiento es derechamente inadmisibile. Respecto a esta última instancia, la justificación entregada por el Tribunal Constitucional es del siguiente tenor:

“Que, este Tribunal Constitucional, en oportunidades anteriores y teniendo en consideración el mérito de cada caso particular, ha determinado que el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, siendo así impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite, procediendo que la misma declare derechamente la inadmisibilidad de la acción deducida”⁸.

Vistas estas dos cuestiones, corresponde entonces concentrarse en el análisis jurisprudencial objeto del presente estudio.

IV. Criterios jurisprudenciales referidos a la inadmisibilidad por falta de fundamento razonable

Bajo este título se desarrollan los aludidos criterios, agrupándolos a modo de respuestas a las siguientes 3 preguntas: ¿Qué significa que el requere-

⁷ El texto de estos artículos reza de la manera que sigue:

“Artículo 79. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”.

“Artículo 80. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”.

⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 2.327-12.

rimiento de inaplicabilidad se encuentre fundado razonablemente?; ¿Cuándo un requerimiento no se encuentra razonablemente fundado? y ¿Qué diferencia existe entre la aludida causal de inadmisibilidad y el requisito para la admisión a trámite contemplado en el artículo 80 de la Ley N° 17.997?

1. *¿QUÉ SIGNIFICA QUE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD SE ENCUENTRE RAZONABLEMENTE FUNDADO?*

1.1. Que el precepto objetado tiene la aptitud de contrariar la Constitución en su aplicación al caso concreto y ello se ha explicado circunstanciadamente

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Que, a su vez, este Tribunal ha asentado en su jurisprudencia que el mencionado requisito, para los efectos de declarar la admisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad, supone una “condición que implica –como exigencia básica– la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente. La explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada.” (Sentencias roles N°s 482, 483, 484, 485, 490, 491, 492 y 494, entre otras)⁹.

1.2. Que se ha explicado la manera en que cada norma contraviene la Constitución Política

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Que, en efecto, el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad tiene por objeto examinar si la aplicación de un precepto legal en una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial resulta contraria a la Constitución. En consecuencia, tratándose de una acción dirigida en contra de normas precisas de jerarquía legal concernidas en una gestión jurisdiccional y que puedan resultar derecho aplicable en ella, resulta necesario que en el respectivo libelo se exponga la manera en que la aplicación de cada norma legal impugnada puede derivar en el reproche de constitucionalidad que se denuncia, lo que en el caso en examen no ocurre, lo cual impide calificar que se cumple con la exigencia constitucional citada”¹⁰.

⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.761-10.

¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.717-10.

- 1.3. Que se ha señalado de manera clara, delimitada y específica la forma en que se podría producir la contradicción constitucional en el asunto concreto que se discute en el mismo proceso judicial

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Que para que se entienda satisfecha la exigencia constitucional y legal referida en el considerando precedente, el requerimiento que se intente ante esta Magistratura no sólo debe señalar con precisión y suficiente detalle los hechos de la causa sub lite y también indicar cuáles son los preceptos constitucionales que podrían verse violentados de ser aplicada la o las determinadas normas legales impugnadas en el respectivo proceso judicial pendiente ante un tribunal ordinario o especial en el que es parte el actor, sino que, además, debe señalarse de manera clara, delimitada y específica la forma en que se podría producir la contradicción constitucional en el asunto concreto que se discute en el mismo proceso judicial”¹¹.

- 1.4. Que el conflicto de constitucionalidad ha sido planteado con suficiente motivación, de manera que resulta inteligible para el Tribunal Constitucional

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Que para resolver la cuestión referida en el considerando precedente es menester recordar que, como se ha encargado de señalar este Tribunal en diversos pronunciamientos de admisibilidad, la exigencia constitucional de fundamentar razonablemente un requerimiento de inaplicabilidad ‘supone una suficiente y meridiana motivación, de modo que pueda comprenderse en términos intelectuales la pretensión que se solicita al tribunal’ (véanse, a título ejemplar, las sentencias recaídas en los roles números 643, 651 y 693, entre otros) (...) del razonamiento citado es posible colegir que la fundamentación razonable es un requisito que se traduce en la circunstancia de que el requerimiento sea suficientemente inteligible para el Tribunal Constitucional, en orden a que le permita comprender lo pretendido por el requirente y el asunto sometido a su conocimiento. Así, por demás, lo ha resuelto esta Magistratura en sus pronunciamientos de inaplicabilidad, precisando que la aludida exigencia “no tiene por objeto calificar la excelencia analítica en la exposición de los argumentos acerca de los vicios de constitucionalidad, sino verificar que los fundamentos de la acción sean suficientemente sólidos o convincentes para dar plausibilidad al asunto planteado y que sean de tal modo articulados que permitan a este Tribunal reconocer su competencia

¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2011): ROL N° 1.947-11.

específica, aquello que es sometido a su conocimiento y resolución, y a la contraparte poder conocer la pretensión, en términos suficientes para trabar una litis sobre un objeto determinado y reconocible”¹². (Rol N° 1046, de 22 de julio de 2008; Rol 1138, de 8 de septiembre de 2008).

- 1.5. Que se han entregado fundamentos suficientes a efectos de trabar una litis sobre un objeto determinado y reconocible, mas ello no implica una excelencia analítica

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“exigencia que ciertamente incluye una explicación circunstanciada del modo en que la aplicación de los preceptos legales habrá de resultar contraria a uno o más específicos preceptos de la Carta Fundamental, tal como consta en múltiples resoluciones de esta magistratura que cita el requerido. Tal exigencia, sin embargo, no tiene por objeto calificar la excelencia analítica en la exposición de los argumentos acerca de los vicios de constitucionalidad, sino verificar que los fundamentos de la acción sean suficientemente sólidos o convincentes para dar plausibilidad al asunto planteado y que sean de tal modo articulados que permitan a este Tribunal reconocer su competencia específica, aquello que es sometido a su conocimiento y resolución, y a la contraparte poder conocer la pretensión, en términos suficientes para trabar una litis sobre un objeto determinado y reconocible. El sentido de la exigencia de una fundamentación razonable es entonces doble; por una parte, evitar que esta Magistratura se aboque a resolver cuestiones que, en su presentación inicial, no demuestran siquiera un fundamento plausible; y, por otra, que no se traben juicios de inaplicabilidad cuyo objeto resulte tan difuso o confuso que el Tribunal no pueda determinar su competencia específica o la contraparte saber lo que se pretende y cuáles son los fundamentos de la acción a la que tiene derecho a oponerse. En ambos casos, se trata de objetivos prácticos que no consisten en la medición de la excelencia de la argumentación, lo que es más propio del quehacer teórico o académico”¹³.

2. ¿CUÁNDO UN REQUERIMIENTO NO SE ENCUENTRA RAZONABLEMENTE FUNDADO?

- 2.1. Cuanto el conflicto que plantea se refiere a la correcta interpretación de la ley

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Como bien ha sostenido esta Magistratura “en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional sólo ha sido autorizado

¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2009): ROL N° 1.183-08.

¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2008): ROL N° 1.046-08.

por la Carta Fundamental para efectuar el control de constitucionalidad concreto de los preceptos legales objetados y, por consiguiente, no ha sido llamado a resolver sobre la aplicación e interpretación de normas legales, cuestión que, de conformidad a la amplia jurisprudencia recaída en requerimientos de inaplicabilidad, es de competencia de los jueces del fondo” (sentencias roles N^{os} 1.314 y 1.351, entre otras)”¹⁴.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha expuesto que:

“son los jueces del fondo, en las instancias pertinentes, los llamados a determinar las normas legales aplicables a la solución del conflicto jurisdiccional sometido a su decisión y, en caso de conflictos de leyes, a aplicar los principios y reglas de hermenéutica para su resolución. El conflicto de que conoce esta Magistratura debe por lo mismo producirse entre la Constitución Política y un precepto legal determinado”¹⁵.

2.2. Cuando las alegaciones se encuentran referidas a la vigencia de las leyes en el tiempo

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“las alegaciones del requirente corresponden a la determinación de la ley aplicable a la gestión pendiente y a la vigencia de la ley en el tiempo, cuestiones que –además de ser alegaciones de mera legalidad y no constituir un asunto de constitucionalidad– son de resorte exclusivo del juez de fondo”¹⁶.

2.3. Cuando el conflicto que plantea supone entrar en la calificación de lo obrado por el juez

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“toda vez que entrar en la calificación de lo obrado por el juez de la instancia constituye una solicitud de revisión de resoluciones judiciales y, por otra parte, implica un pronunciamiento acerca del sentido y alcance del precepto impugnado, cuestiones que corresponden al tribunal del fondo y escapan a la competencia de esta Magistratura en sede de inaplicabilidad”¹⁷.

¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.832-10.

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2011): ROL N° 1.853-10.

¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.716-10.

¹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010) ROL N° 1.772-10.

2.4. Cuando el conflicto que plantea entraña una cuestión de legalidad relacionada con el sentido y alcance de la ley

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“el conflicto cuya resolución se solicita a esta Magistratura no implica una cuestión de constitucionalidad de aquellas que corresponde resolver a este Tribunal, sino una cuestión de legalidad en relación con la concurrencia de los presupuestos habilitantes para el cobro de las obligaciones demandadas en el proceso en que incide el requerimiento y en relación a la determinación del sentido y alcance del precepto impugnado, las cuales deben ser resueltas por los jueces de fondo que conocen de la causa en que incide el requerimiento”¹⁸.

2.5. Cuando derechamente se ha solicitado fijar el sentido y alcance de un precepto

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Que, por último, tal como lo ha señalado esta Magistratura: Tal pretensión procesal resulta del todo incompatible con la acción de inaplicabilidad deducida con posterioridad, cuyo fin natural es excluir de la aplicación judicial el precepto legal que se cuestiona y no el de fijar su correcto sentido y alcance, que, como se ha dicho, es materia propia de la jurisdicción común y de la casación en el fondo, en particular. Al pedir primero la casación, el propio requirente consideró que el asunto de su interés se resolvía con una interpretación legal correcta y no mediante la inaplicabilidad del precepto respectivo”¹⁹. (Rol N° 1.454).

2.6. Cuando se ha solicitado al Tribunal Constitucional determinar el derecho aplicable a un proceso judicial

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Que, de lo señalado en el considerando precedente, esta Sala aprecia claramente que el actor ha planteado un problema de interpretación y de determinación de preceptos legales aplicables a un caso concreto, y no propiamente un problema de conflicto entre un precepto legal y la Constitución Política, que deba ser resuelto por esta Magistratura Constitucional. En efecto, son los jueces del fondo, en las instancias pertinentes, los llamados a determinar las normas legales aplicables a la solución del conflicto jurisdiccional sometido a su decisión y, en caso

¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.772-10.

¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.832-10.

de conflictos de leyes, a aplicar los principios y reglas de hermenéutica para su resolución”²⁰.

2.7. Cuando se ha impugnado una resolución judicial

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Que en relación a la causal de inadmisibilidad contemplada en el N° 4° del inciso primero del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, esta misma Magistratura ha resuelto en varias oportunidades que ello implica que la acción de inaplicabilidad no procede como medio de impugnación de resoluciones judiciales. Así, en la sentencia Rol N° 493, esta Sala declaró inadmisibile un requerimiento de inaplicabilidad, toda vez que “la acción de inaplicabilidad es una vía procesal inidónea para impugnar resoluciones judiciales de tribunales ordinarios o especiales con la finalidad de revocar, enmendar, revisar, casar, o anular éstas; ya que la guarda del imperio de la ley en el conocimiento, juzgamiento y ejecución de lo juzgado en general y de la sustanciación en particular en las causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales creados por ley a través de las vías procesales previstas en las leyes de enjuiciamiento;” (en el mismo sentido, las sentencias roles N°s 1145 y 1349)”²¹.

2.8. Cuando sólo se indican las normas constitucionales vulneradas

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“No puede estimarse cumplido el aludido requisito de admisibilidad si, como ocurre en este caso, sólo se identifican las normas constitucionales que podrían resultar vulneradas y no se argumenta con la claridad y precisión exigidas por la normativa transcrita precedentemente, la forma en que las disposiciones legales impugnadas podrían producir el conflicto constitucional que se pide conocer y resolver a este Tribunal”²².

2.9. Cuando la pretensión no es inteligible

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“En el requerimiento deducido no se plantea por el actor con precisión e inteligibilidad suficientes cómo el cuerpo legal que se objeta viola la

²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2011): ROL N° 1.925-11.

²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.788-10.

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.753-10.

Carta Fundamental, omitiéndose fundar razonablemente cada uno de los capítulos que sustentan el libelo”²³.

2.10. Cuando contiene peticiones contradictorias con lo solicitado en la gestión judicial pendiente

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Que, a mayor abundamiento, el requerimiento tampoco puede considerarse razonablemente fundado, dado que contiene peticiones que resultan contradictorias en relación a lo solicitado en la gestión judicial pendiente y que finalmente importan someter a esta Magistratura el conocimiento y resolución de un conflicto de interpretación legal que pertenece, por esencia, al ámbito de competencia jurisdiccional de los jueces del fondo” (...) “Que, por consiguiente, al no haber sido solicitada la inaplicabilidad de un precepto legal, sino más bien la inaplicabilidad de una determinada interpretación de aquél que no se aviene a las pretensiones del recurrente y que, por lo demás, éste ha impugnado en sede de casación, esta Magistratura se pronunciará por la inadmisibilidad del requerimiento de autos y así se declarará”²⁴.

2.11. Cuando existe una contradicción entre lo expuesto y la parte petitoria

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Asimismo, el hecho de que la parte expositiva del requerimiento no coincida con su petitorio, en cuanto a las normas legales que se pide a este Tribunal inaplicar en la gestión judicial pendiente que se invoca, tampoco permite calificar como razonablemente fundada la acción deducida en este caso”²⁵.

Acorde con lo anterior, la Magistratura Constitucional ha expresado que:

“en efecto, no puede considerarse como razonablemente fundado el requerimiento, en primer lugar, porque su parte petitoria no es concordante con su parte expositiva. Para confirmar lo expuesto, basta con transcribir los siguientes párrafos de la exposición y contrastarlos con lo pedido”²⁶.

²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.761-10.

²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.832-10.

²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2009): ROL N° 1.360-09.

²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2008): ROL N° 1.021-08.

2.12. Cuando se impugna una norma sustantiva alegando que ésta vulnera las garantías del debido proceso

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Que, de la lectura del requerimiento y de los antecedentes expuestos precedentemente se desprende que el precepto cuya aplicación se impugna no guarda relación con las disposiciones constitucionales que se estiman infringidas, toda vez que, en atención a su contenido y naturaleza de norma sustantiva sobre determinación de penas, no podría tener la aptitud de infringir la garantía de legalidad del juzgamiento, en tanto reserva de ley específica de asuntos procesales. Por otro lado, la normativa impugnada no contiene una presunción de derecho de responsabilidad penal, sino, como ya se señalara, una regla de graduación de sanciones”²⁷.

2.13. Cuando se ha pedido examinar la constitucionalidad en abstracto de una norma, en circunstancias que ello es pertinente en caso de ejercer la acción de inconstitucionalidad de la ley

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Que si se revisan otros pasajes del requerimiento, la argumentación esgrimida llevaría también a concluir que lo que realmente se persigue en este caso es que esta Magistratura examine la constitucionalidad en abstracto (...), en circunstancias de que ello resulta impertinente de momento que al deducir su acción el actor ha invocado la atribución prevista en el numeral 6° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución y no la establecida en el numeral 7° de ese mismo precepto fundamental”²⁸.

2.14. Cuando no se exponen los hechos y fundamentos de derecho detalladamente

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Que de la sola lectura del libelo de fojas 1 se desprende que no se expone cuál es el conflicto de constitucionalidad planteado, ya que no se contiene una exposición clara, detallada ni específica de los hechos y fundamentos en que se apoya”²⁹.

²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.866-10.

²⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2011): ROL N° 1.928-11.

²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2011): ROL N° 1.938-11.

2.15. Cuando la aplicación del precepto es hipotética

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“tales cuestionamientos no configuran un asunto de aquellos que le corresponde conocer y resolver a esta Magistratura, en ejercicio de la atribución que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución le confiere” (Rol N° 1.267).

Lo anterior, habida consideración de que como también se precisara con anterioridad,

“la Constitución ha contemplado la acción de inaplicabilidad como un medio de impugnar la aplicación de normas legales determinadas invocadas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable en la misma; por consiguiente, no resulta ser razonablemente fundada la acción que, como la interpuesta a fojas uno, efectúa una mera conjetura hipotética acerca del efecto que provocaría la aplicación”³⁰.

2.16. Cuando lo pretendido es dejar sin efecto una sentencia previa de inadmisibilidad

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Que, en efecto, se advierte que el requerimiento interpuesto en la especie importa, en el hecho, una presentación que tiene por objeto dejar sin efecto la sentencia interlocutoria dictada con fecha 23 de julio de 2010, en los autos Rol N° 1678-10, que declaró inadmisibile una anterior acción presentada ante este Tribunal por el abogado Cristián Ramírez Tagle, en representación del señor Alberto Michel Haddad Valech, la cual perseguía, igualmente, la declaración de inaplicabilidad del artículo 212 del Código Civil, respecto de la misma causa caratulada “Haddad con Robin, sobre impugnación de paternidad, autos Rol N° 2642-2009, de la Corte de Apelaciones de Santiago, según consta del certificado respectivo emanado de la Secretaría de dicho tribunal. 7°. Que, asimismo, en la acción deducida en aquella oportunidad, el requirente planteó el mismo conflicto que hoy vuelve a someter a esta Magistratura, en cuanto afirma, al igual que lo hiciera con anterioridad, que de aplicarse el precepto legal objetado en la resolución de la gestión pendiente antes mencionada, se produciría una violación de los artículos 1°, inciso primero, 19, N°s 2° y 3°, y 5°, inciso segundo, de la Constitución Política, en relación con los tratados internacionales a que alude; 8°. Que, a mayor abundamiento, el actor no hace referencia alguna, en su nueva presentación, acerca de los motivos

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.445-09.

de la diferencia entre el estado actual de la causa en que incide la acción deducida y aquel que tenía al interponer el requerimiento que dio origen a la declaración de inadmisibilidad de fecha 23 de julio de 2010; como tampoco al contenido de esta última resolución y la razón por la cual, a su juicio, no obstante ello, es procedente presentar este nuevo requerimiento; 9°. Que de lo que se termina de exponer debe concluirse que la acción interpuesta en estos autos plantea el mismo conflicto de constitucionalidad que el deducido en autos Rol N° 1678-10, que concluyó con la resolución de inadmisibilidad pronunciada por esta misma Sala, el 23 de julio de 2010. En consecuencia, la presente acción no se encuentra razonablemente fundada, razón por la cual debe ser declarada inadmisibile”³¹.

Corroborra lo anterior lo expresado por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

“Que, en efecto, se advierte que el requerimiento interpuesto en la especie importa, en el hecho, un recurso que intenta dejar sin efecto la sentencia interlocutoria dictada el 10 de marzo de 2010, en los autos Rol 1590-09-INA, que declaró inadmisibile una anterior acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentada ante esta Magistratura Constitucional por el mismo señor Rogelio Arnaldo Vargas Nilo, la cual perseguía la declaración de inaplicabilidad del artículo 2°, N° 2°, de la Ley N° 20.015 –uno de los preceptos legales que impugna en este caso–, respecto de idéntica gestión pendiente a la invocada en el libelo en examen –recurso de protección Rol de Ingreso N° 1468-2009, de la Corte de Apelaciones de Santiago–. Asimismo, en la acción deducida en aquella oportunidad el requirente planteó el mismo conflicto de constitucionalidad que hoy vuelve a someter a esta Magistratura a través del libelo materia de este proceso. En concreto, se plantea, al igual como se hiciera con anterioridad, que de aplicarse el o los preceptos legales pertinentes para la resolución de la gestión pendiente individualizada, eventualmente se produciría una vulneración de los derechos y garantías que se aseguran a toda persona en los numerales 2°, 9°, 18° y 24° del artículo 19 de la Ley Fundamental; 7°. Que la distinta formulación que se presenta en el texto de la acción bajo examen, en el que se añaden normas legales al objeto de la impugnación constitucional e incluso variando, aunque levemente, algunos argumentos de derecho en los que se apoya cada requerimiento, no cambia la circunstancia de que se está frente a la misma pretensión, fundada en el mismo conflicto constitucional, que ya fue declarada inadmisibile por este Tribunal; 8° Que lo expresado lleva a concluir que si la normativa transcrita en esta sentencia es clara en establecer que no cabe deducir recurso alguno en contra de las resoluciones que dicte la Sala en ejercicio de la atribución que se le asigna en la materia, el intento del actor por burlarla, a través de la interposición

³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.834-10.

de un requerimiento de inaplicabilidad que sólo es nuevo en apariencia, produce el efecto de estimar que la acción deducida en estos autos no contiene una impugnación razonablemente fundada y, por consiguiente, debe ser declarada inadmisibles³².

2.17. Cuando se ha pedido la inaplicabilidad de un precepto que sirve de fundamento a la parte requirente para obtener un resultado exitoso en la gestión judicial pendiente

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Que, sin perjuicio de lo señalado, este Tribunal considera que la acción deducida a fojas 1 es también inadmisibles por no encontrarse razonablemente fundada, según lo prescrito en el artículo 93, inciso undécimo, de la Carta Fundamental y en el artículo 47 F N° 6° de la Ley 17.997. En efecto, no puede encontrarse razonablemente fundada una acción como la deducida en estos autos mediante la cual se pretende obtener la inaplicabilidad de un precepto legal que, precisamente, es el que le sirve de fundamento a la parte requirente para perseguir el reconocimiento de la competencia del Tercer Juzgado Civil de San Miguel, estimando que es en éste en el que ha tenido lugar ‘la primera gestión judicial de la entidad expropiante o del expropiado y, en su caso, el pago de la indemnización provisional o de la parte de ella que corresponda enterar de contado (...)’. Así, si esta Magistratura declarara la inaplicabilidad del precepto legal referido, la parte requirente carecería de fundamento para sostener la competencia que pretende sobre la base de una norma que, indudablemente, tiene carácter especial frente a las normas generales de competencia que se consignan en el Código Orgánico de Tribunales”³³.

2.18. Cuando el efecto de la declaración de inaplicabilidad resulta más perjudicial a los derechos del requirente

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Que las argumentaciones contenidas en el requerimiento bajo análisis en relación con las peticiones contenidas en el mismo, son contradictorias pues, por una parte, el requirente busca obtener que a través de la declaración de inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 23 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, se asegure a su representado que, de encontrarse bajo medida cautelar de privación de libertad, la cumpla en un cuartel de la Institución y no en un recinto penitenciario común. Sin embargo, de declararse hipotéticamente inaplicable por esta Magistratura el precepto

³² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.672-10.

³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2010): ROL N° 1.702-10.

legal cuestionado, el imputado sólo tendría la posibilidad de cumplir con la antedicha medida cautelar en una cárcel común, toda vez que la declaración de inaplicabilidad produciría como efecto el suprimir la facultad del Director General de la Policía de Investigaciones de solicitar que los funcionarios, en el caso que indica la norma, permanezcan detenidos en los recintos de la Institución y, asimismo, eliminaría la facultad del Juez de Garantía de decretar dicha medida. En consecuencia, el efecto de la declaración de inaplicabilidad sería más perjudicial a los derechos que el requirente estima infringidos, por lo que el requerimiento deducido en estos autos es contradictorio y carece de fundamento plausible, configurándose así la causal de inadmisibilidad contenida en el N° 6° del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional³⁴.

2.19. Cuando lo pretendido no se condice con el efecto negativo de la acción de inaplicabilidad, esto es, la exclusión de la aplicación del precepto en la gestión judicial pendiente

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“En el presente requerimiento el actor pretende la “aplicabilidad” de una norma a la gestión pendiente. En este sentido, esta Magistratura en reiteradas oportunidades ha destacado el efecto exclusivamente negativo de la declaración de inaplicabilidad (entre otras, sentencias roles N°s 1130, 821 y 608-609-610-611-612/2006) en términos tales que, si se declara inaplicable un precepto legal, queda prohibido al tribunal que conoce de la gestión respectiva fundar su decisión en el mismo. En cambio, si se desecha la acción de inaplicabilidad intentada, el tribunal llamado a resolver la gestión pendiente recupera en plenitud su facultad para determinar la norma que aplicará a la resolución del conflicto del que conoce. De este modo, esta Magistratura Constitucional no tiene competencia para determinar la norma aplicable al caso particular, pues ello es de resorte exclusivo de los jueces del fondo. Lo recién dicho, asimismo, determina que el requerimiento deducido en la presente causa carece de fundamento plausible y configura la causal de inadmisibilidad contenida en el N° 6° del citado artículo 84³⁵.”

2.20. Cuando lo pretendido no es la inaplicabilidad de un precepto legal determinado, sino que la de un sistema normativo

El texto de la sentencia de la que se extrae este criterio es el siguiente:

“Al solicitar el peticionario que se declaren inaplicables diversos preceptos pertinentes al procedimiento de ejecución, no explica de forma circuns-

³⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2011): ROL N° 1.913-11.

³⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2011): ROL N° 1.913-11.

tanciada la forma en que la aplicación de un precepto legal determinado contraviene la Constitución, sino que lo que verdaderamente requiere es un pronunciamiento respecto de la constitucionalidad de un sistema de normas referido a la administración de los bienes embargados y al procedimiento de apremio. Tal pretensión, como ya se ha resuelto en otros pronunciamientos de inaplicabilidad, configura un requerimiento que no se encuentra razonablemente fundado (sentencias roles N°s 1036 y 1512, entre otras) y que, por demás, escapa del conocimiento realizado en sede de inaplicabilidad, en la medida que está dirigido a impugnar el sistema completo de ejecución producto de una deuda impaga. Por estos motivos el requerimiento no se encuentra razonablemente fundado y así se declarará”³⁶.

3. ¿QUÉ DIFERENCIA EXISTE ENTRE LA CAUSAL DE INADMISIBILIDAD EN COMENTO Y EL REQUISITO PARA LA ADMISIÓN A TRÁMITE CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 80 DE LA LEY N° 17.997?

Cabe recordar al efecto que según lo dispone el artículo 82 de la Ley N° 17.997, para que el requerimiento sea admitido a tramitación debe cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80 de ese cuerpo legal. El artículo 79 alude a requisitos más bien formales, en tanto que el artículo 80 alude al contenido del requerimiento de inaplicabilidad, preceptuando que éste

“sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”.

Surge entonces la pregunta acerca de cuándo la falta de fundamentación de un requerimiento da lugar a la inadmisión a trámite y cuándo conlleva que el requerimiento sea declarado inadmisibile.

Por su parte, como fuera advertido, el artículo 84 nada dice acerca de qué debe entenderse por la expresión “carezca de fundamento plausible” ni la Constitución precisa las exigencias que engloba el requisito de encontrarse razonablemente fundado el requerimiento. Ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que lo ha configurado. El punto es que no ha asentando en su jurisprudencia parámetros explícitos que permitan distinguir una de otra situación.

³⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2012): ROL N° 2.294-12.

Tal vez se pueda avizorar un criterio diferenciador de índole gradual, es decir, que mire a qué tan manifiesta es la falta de fundamento. Dos pronunciamientos permitirían acercarse a la antedicha conclusión, por cuanto de su lectura se desprende que, sea por la escases de antecedentes presentados, sea por la precariedad de los argumentos esgrimidos, la falta de fundamentación es de tal envergadura que ni siquiera permite entender el conflicto planteado y, por consiguiente, calificar si las motivaciones aducidas resultan ser razonables en sede de inaplicabilidad.

Una de las sentencias que pueden ser consideradas en este punto indica lo siguiente:

“Que, en segundo lugar, la inadmisión a trámite se funda en que el requerimiento no se ajusta a lo preceptuado en el citado artículo 80 de la Ley N° 17.997, que ordena la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya el requerimiento y de cómo ellos producen la infracción constitucional denunciada. Lo anterior, desde el momento que no se explicita en el libelo de fojas 1 antecedente alguno referido a la materia debatida en la gestión laboral invocada ni tampoco se han acompañado los documentos que permitan a este sentenciador imponerse acerca de su contenido. De esta manera, el Tribunal Constitucional se ve impedido de conocer los hechos que motivan la gestión judicial pendiente y, por lo mismo, de saber cuál es el conflicto que ésta envuelve, no pudiendo, por consiguiente, apreciar si la disposición reprochada es decisiva en el proceso laboral pendiente. A su vez, aquella carencia del elemento fáctico no permite analizar si los fundamentos de derecho aportados pueden ser eventualmente considerados como razonables en el posterior examen de admisibilidad”³⁷.

El otro de los pronunciamientos a tener a la vista explicita que:

“ en efecto, si bien se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley N° 17.997 –al haberse acompañado un certificado, expedido por el Tribunal que conoce de la gestión judicial invocada, que acredita las diversas circunstancias relacionadas con su sustanciación, según lo que requiere el aludido precepto–, no ocurre lo mismo respecto de lo establecido en el artículo 80 de aquella ley, que exige la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya el requerimiento y de cómo ellos producen la infracción constitucional denunciada. Lo anterior, por cuanto en el requerimiento se reprochan cuerpos legales en su totalidad –indicando, a su vez, que algunas normas de los mismos se impugnan especialmente–, sin caracterizar ni precisar la forma en que la aplicación de una disposición legal determinada en el caso sub lite produce

³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2012): ROL N° 2.201-12.

las infracciones constitucionales que se denuncian, cuestión que supone una falta de claridad e insuficiencia en la aportación de fundamentos de derecho que no permite a esta Magistratura inteligir el conflicto de constitucionalidad que se denuncia ni, por consiguiente, analizar, en un posterior examen de admisibilidad, si las argumentaciones jurídicas esgrimidas pueden eventualmente ser consideradas como razonables”³⁸.

V. Conclusiones

1. Son abundantes los criterios jurisprudenciales que permiten entender cuándo un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad carece de fundamento razonable.
2. De lo anterior se desprende que se está frente a una causal de inadmisibilidad que ha permitido al Tribunal Constitucional despejar su labor jurisdiccional de cuestiones que, al fin y al cabo, no tiene asunto que resuelva. Las más de las veces estas dicen relación con la resolución de cuestionamientos y problemas que no atañen al cometido que la Constitución le asigna al Tribunal y, en las otras ocasiones, importan que la eventual sentencia estimatoria de inaplicabilidad no tenga efectos relacionados con la protección de los derechos fundamentales.
3. Gran parte de los criterios jurisprudenciales se pueden comprender dentro de un mismo concepto, a saber, que no se encuentra razonablemente fundado un requerimiento cuando lo pretendido es que el Tribunal Constitucional resuelva conflictos jurídicos de mera legalidad que pertenecen a la esfera de competencia de los jueces del fondo.
4. Atendido lo anterior, la preparación de un requerimiento de inaplicabilidad supone y exige que éste sea formulado adecuadamente, de tal manera que resulte claro para la Magistratura Constitucional que el conflicto jurídico que se le presenta es de carácter constitucional. Específicamente, que el conflicto cuya resolución se le requiere se funda en que la aplicación del precepto legal reprochado es inconstitucional implica una contradicción normativa con la Constitución insalvable por otros medios, en cuanto solo puede ser resuelta por el Tribunal Constitucional.
5. Se puede advertir que cuando un requerimiento no se admite a tramitación por los defectos de la fundamentación que contie-

³⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (2012): ROL N° 2.219-12.

ne, éstos son manifiestos y exigen una explicación por parte del profesional que patrocina el requerimiento. Al mismo tiempo, no es aconsejable que los investigadores en derecho detengan su atención en ellos, pues se caracterizan, la mayor parte de las veces, por una evidente falta de prolijidad intelectual.

VI. Bibliografía

- Tribunal Constitucional de Chile (2009), sentencia Rol N° 1.390-09, de 8 de abril de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2010), sentencia Rol N° 1.740-10, de 22 de junio de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2009), sentencia Rol N° 1.445-09, de 29 de enero de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2009), sentencia Rol N° 1.514-09, de 12 de octubre de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2010), sentencia Rol N° 1.724-10, de 15 de junio de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2012), sentencia Rol N° 2.178-12, de 3 de abril de 2012, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2012), sentencia Rol N° 2.327-12, de 16 de octubre de 2012, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2010), sentencia Rol N° 1.761-10, de 5 de agosto de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2010), sentencia Rol N° 1.717-10, de 15 de junio de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2011), sentencia Rol N° 1.947-11, de 31 de marzo de 2011, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2008), sentencia Rol N° 1.183-08, de 8 de enero de 2009, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2008), sentencia Rol N° 1.046-08, de 22 de julio de 2008, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2010), sentencia Rol N° 1.832-10, de 17 de noviembre de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2010), sentencia Rol N° 1.853-10, de 24 de marzo de 2011, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2010), sentencia Rol N° 1.716-10, de 9 de junio de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2010), sentencia Rol N° 1.772-10, de 24 de agosto de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>

- Tribunal Constitucional de Chile (2011), sentencia Rol N° 1.925-11, de 8 de marzo de 2011, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2010), sentencia Rol N° 1.788-10, de doce de agosto de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2010), sentencia Rol N° 1.753-10, de 1° de julio de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2010), sentencia Rol N° 1.761-10, de 5 de agosto de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2009), sentencia Rol N° 1.360-09, de 22 de abril de 2009, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2008), sentencia Rol N° 1.021-08, de 11 de enero de 2008, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2010), sentencia Rol N° 1.866-10, de 14 de diciembre de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2011), sentencia Rol N° 1.928-11, de 30 de marzo de 2011, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2011), sentencia Rol N° 1.938-11, de 30 de marzo de 2011, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2009), sentencia Rol N° 1.445-09, de 29 de enero de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2010), sentencia Rol N° 1.834-10, de 26 de octubre de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2010), sentencia Rol N° 1.672-10, de 21 de abril de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2010), sentencia Rol N° 1.702-10, de 26 de mayo de 2010, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2011), sentencia Rol N° 1.913-11, de 8 de marzo de 2011, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol N° 2.294-12, de 2 de octubre de 2012, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2012), sentencia Rol N° 2.201-12, de 3 de abril de 2012, <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional de Chile (2012), sentencia Rol N° 2.219-12, de 30 de mayo de 2012, <http://www.tribunalconstitucional.cl>

LA COLUSIÓN. UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

*Héctor Mario Pérez Bonifaz**

La Excma. Corte Suprema de Justicia dictó sentencia en la causa seguida en contra de las cadenas farmacéuticas más importantes del país por el ilícito de Colusión de Precios. El fallo Rol N° 2578-2012, de 327 páginas, fue redactado por el Ministro Sergio Muñoz y suscrito por los ministros Carlos Künsemüller, Guillermo Silva, Rosa Egnem y Juan Escobar (suplente). El fallo unánime de la Tercera Sala del alto tribunal ratificó la sentencia del TDLC declarando culpables de colusión a las cadenas farmacéuticas Salcobrand y Cruz Verde, confirmando el monto de las multas decretadas ascendentes a la suma de US\$ 20 millones a cada parte. Asimismo, el fallo exime a la empresa Fasa, por cuanto admitió su participación en el acuerdo y posterior coordinación para subir precios de los medicamentos, como también por las actuaciones reparatorias y/o compensatorias desarrolladas al efecto. La Corte señala que

“El acuerdo de colusión en el caso se encuentra acreditado de manera concluyente. En efecto, el conjunto de los antecedentes, elementos de juicio o circunstancias que obran en autos llevan a sentar inequívocamente que se formó y ejecutó un acuerdo de voluntades destinado a fijar precios”,

asimismo, concluye que

“se acreditó la existencia de un acuerdo entre las tres cadenas de farmacias, cuyo objeto consistió en fijar el alza de precios de venta al público de al menos 206 medicamentos, entre diciembre de 2007 y abril de 2008”, dice el fallo.

Y concluyó que

“las empresas implicadas cometieron una infracción de gravedad extrema. La fijación de los precios afectó las reglas de la competencia, permitiendo a las implicadas prever que infaliblemente obtendrían un beneficio económico”¹.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile. Profesor de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: hectorperez2@santotomas.cl

¹ CORTE SUPREMA (2012): Rol 2578-2012.

Como se verá al comentar el fallo de la Excma. Corte Suprema de Justicia, se fija como disvalor preponderante y esencial un beneficio económico obtenido en virtud de un acuerdo ilícito destinado efectiva y directamente a transgredir el marco regulatorio de la libre competencia.

I. Los hechos: (un poco de historia)²

Al primer semestre del año 1992, las empresas FASA y Cruz Verde participaban mayoritariamente del mercado farmacéutico nacional, sin competir directamente entre ellas, toda vez que estaba fragmentado territorialmente, Fasa operaba esencialmente en Santiago y Cruz verde lo hacía en la Quinta Región. El mismo año, Fasa inicia actividades, abriendo sucursales en la mencionada Quinta Región, lo que promueve la respuesta de la cadena Cruz Verde, abriendo esta locales en Santiago, centrando su política comercial en el ofrecimiento de valores rebajados de sus productos, llegando incluso a venderlos bajo costo real, lo cual dio inicio a una “Guerra de Precios” a la cual se sumaron posteriormente las empresas Salco y Farmacias Brand, aún no fusionadas. La Comisión Resolutiva Antimonopolios, antecedente del TDLC, tras una investigación, resolvió multar por el ilícito de COLUSIÓN a las empresas involucradas, esto es, FASA, Laboratorio Recalcine, Salco y Farmacias Brand con la suma de 2000 UTM, aplicando a la empresa Cruz Verde la mitad de la multa, en virtud de la “atenuante” constituida por su confesión de participación en los hechos y su colaboración en los hechos investigados. Entre los años 2006 y 2007, las tres cadenas indicadas promovieron una nueva “Guerra de Precios” asociada a un despliegue publicitario sin precedentes en el mercado, llevando incluso a exhibir listados de comparación de precios entre las cadenas, ante lo cual se ordenó a la empresa Cruz Verde el retiro de la publicidad. Según la propia declaración de FASA, la colusión (acuerdo de precios) comenzó con este hecho.

Durante el mes de marzo de 2008, el Ministerio de Salud denunció en forma pública la detección de un acuerdo entre las cadenas de farmacias, sin identificarlas, cuyo objetivo era subir en forma simultánea y conjunta los precios de productos farmacéuticos y que tales alzas provenían de una decisión concertada y unilateral de tales empresas. El mismo año 2008, la CENABAST publicó un listado de medicamentos en el cual aparecían diferencias de hasta 100% en el precio aplicado a las ventas efectuadas a

² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012): Rol 119-2012.

los hospitales públicos. La Cámara de Diputados de la República solicitó a la Fiscalía Nacional Económica iniciar una investigación cuyo objeto fuere determinar los precios de los productos expendidos en las farmacias. La mencionada Fiscalía Nacional Económica declaró su convencimiento y certeza acerca de la colusión entre cadenas para aumentar los precios de los medicamentos, por cuanto contaba con información fehaciente que establecía el acuerdo del alza de más de 200 medicamentos. Asimismo, una comparación entre los precios de lista de las sucursales y locales con los valores manejados por la CENABAST implicaba sobreprecios de hasta un 3000%.

En el mes de diciembre de 2008, la Fiscalía Nacional Económica presentó requerimiento ante el TDLC en contra de FASA, Cruz Verde y Salcobrand, quienes a la fecha controlaban más del 90% del mercado nacional de venta y distribución de medicamentos, por “alza concertada de precios” respecto de 222 productos. Ante el requerimiento, FASA, compareció ante la Fiscalía Nacional Económica y entregó información sobre los hechos imputados, llegando a un acuerdo conciliatorio, ratificado por el TDLC. Esencialmente la conciliación obligó a FASA a crear un código interno que castigase las prácticas contrarias a la libre competencia, impidiendo a sus ejecutivos tener propiedad en alguna de las otras cadenas implicadas, asimismo se comprometió a pagar al Fisco la suma equivalente a 1.350 UTA para beneficio social. Las cadenas Salcobrand y Cruz Verde desconocieron los hechos declarados por FASA y se negaron a incorporarse al acuerdo conciliatorio. La FNE dejó sin efecto sus reclamaciones contra FASA, continuando de esta forma el proceso en contra de las demás cadenas.

En el primer semestre de 2009, FASA emprendió un programa compensatorio a favor de sus clientes consistente en descuentos y reembolsos económicos respecto de los sobreprecios pagados por estos entre los meses de diciembre de 2007 y marzo de 2008. Cruz Verde replicó el plan de FASA ofreciendo valores rebajados respecto de los productos cuestionados. En enero de 2012, el TDLC dictó sentencia respecto de los requerimientos presentados, condenando a las cadenas Cruz verde y Salcobrand al pago de una multa ascendente a 20.000 UTA, reconociendo in extenso el acuerdo o colusión atentatoria contra la libre competencia realizado por las cadenas Cruz verde y Salcobrand. Con fecha 7 de septiembre de 2012, la Excma. Corte Suprema dicta sentencia respecto a los recursos de reclamación interpuestos por las Farmacias Cruz Verde S. A. y Farmacias Salcobrand S.A., en contra la sentencia N° 119/2012, de 31 de enero de 2012, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

II. Esquema de la sentencia

1. IDENTIFICACION DEL PROCESO Y REQUERIMIENTO DE LA FNE

A. Identificación del proceso

En estos autos contenciosos rol N° 2578-2012, Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A. han interpuesto recursos de reclamación contra la sentencia N° 119/2012 de 31 de enero de 2012 dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

B. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica.

El procedimiento de autos se inició por requerimiento formulado por la FNE en contra de FASA o Ahumada, de Cruz Verde y de Salcobrand. La pretensión tuvo por objeto que el tribunal declare que las requeridas desarrollaron actuaciones que constituyen infracción a lo previsto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en particular su letra a) del inciso segundo. La conducta imputada consiste en la ejecución de hechos y celebración de actos y convenciones que tuvieron por objeto y efecto fijar concertadamente el alza del precio de venta a público de productos farmacéuticos, impidiendo, restringiendo o entorpeciendo la libre competencia.

2. FUNDAMENTOS DEL REQUERIMIENTO DE LA FNE

1. Las tres cadenas de farmacias requeridas representaban en conjunto más del 90% de las ventas minoristas de productos farmacéuticos.
2. El mercado presenta condiciones de entrada desfavorables. Se requiere de una cadena de farmacias para desafiar a las requeridas.
3. Durante el año 2007 las requeridas desarrollaron una competencia de precios a la baja o “guerra de precios” a través de fuertes campañas publicitarias, incluyendo en éstas comparaciones de precios, determinaciones de precios que las llevaron a iniciar acciones ante los tribunales. Dicha situación derivó en reducción de márgenes de comercialización, incluso llegando a ser negativos. La guerra de precios afectó en particular a los productos Farma (productos farmacéuticos para consumo humano) que cumplían la condición de ser éticos y notorios y capaces de inclinar las preferencias de los consumidores hacia una u otra cadena de farmacias en virtud de su mayor o menor precio.

4. En tal contexto, ingresó a la propiedad de Salcobrand Juan Yarur S.A.C., con lo que la empresa se fortaleció e inició un proceso de posicionamiento de marca.
5. Hacia fines de noviembre del año 2007 las tres requeridas decidieron poner fin a la guerra de los precios. Para resarcir las pérdidas producidas, las cadenas de farmacias se coordinaron para alzar los precios de los productos que presentaron las mayores rebajas.
6. Para tal efecto, las requeridas confeccionaron listas de medicamentos de diversos laboratorios farmacéuticos que presentaron problemas de rentabilidad y así evaluaron cuáles serían parte del acuerdo.
7. Las requeridas se coordinaron para alzar los precios de determinados medicamentos a nivel de los precios de venta a público sugeridos por los laboratorios.
8. Las cadenas de farmacias pusieron de cargo de los laboratorios la coordinación y monitoreo de las alzas de los medicamentos.
9. El acuerdo comenzó a ejecutarse en diciembre de 2007. El alza escalonada y sistemática de precios duró hasta abril de 2008, época en la cual fueron citados a declarar ante la Fiscalía Nacional Económica los gerentes generales y comerciales de las implicadas.
10. En cada ocasión se incrementó significativamente el precio del mismo grupo de medicamentos en porcentajes homogéneos y hasta en idéntico precio, en el mismo día o con un rezago mínimo de días.
11. Los precios de compra de los medicamentos, objeto del requerimiento, no sufrieron variación superior al 1% durante el periodo de colusión.
12. El alza de precios de los medicamentos en cuestión alcanzó en promedio de incremento un 48%, llegando en no pocos casos a más del 100%.
13. Las cadenas de farmacias a causa del acuerdo colusorio aumentaron en más de \$ 27.000.000.000 sus ingresos brutos.
14. Por el acuerdo de colusión las requeridas unieron su poder de mercado y abusaron de él.
15. El acuerdo de precios alcanzó a 222 medicamentos, que corresponden a 36 categorías de productos farmacéuticos según la definición elaborada por IMS Health.
16. Los referidos medicamentos presentan casi nula sustitución.
17. La transparencia del mercado facilita la colusión, pues permite el monitoreo y castigo del incumplimiento del acuerdo.
18. El beneficio económico obtenido por el aumento de precios representa el 2,8% de las ventas de Farmacias Ahumada S.A. en

el año 2007, el 4% de las ventas de Cruz Verde y el 3,1% de las ventas registradas por Salcobrand.

3. *LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA*

A. Sentencia del TDLC

Considera que las denunciadas Farmacias Ahumada S. A., Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S. A. se coludieron para alzar los precios de al menos 206 medicamentos en el periodo comprendido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, conducta que constituye infracción al artículo 3° inciso segundo letra a) del Decreto Ley N° 211.

B. Fundamentos de la sentencia del TDLC

Los principales fundamentos en virtud de los cuales el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sentenció de la manera que se ha consignado son los siguientes:

1. Se estableció la colusión entre las tres más grandes cadenas de farmacias del país para subir concertadamente los precios de a lo menos 206 medicamentos entre diciembre de 2007 y marzo de 2008.
2. La colusión tuvo la aptitud causal para restringir gravemente la libre competencia en el mercado relevante. Dicha restricción efectivamente se produjo.
3. El mecanismo de colusión, en la mayoría de las alzas coordinadas, consistió en que Salcobrand era quien en primer lugar aumentaba el precio, en segundo lugar Farmacias Ahumada, aproximadamente la mitad de las ocasiones y Cruz Verde en la otra mitad, concluyendo con el aumento de los precios en las tres cadenas de farmacias. El procedimiento se denomina "1 - 2 - 3", sin perjuicio de observar patrones diferentes al denominado mecanismo en algunas alzas puntuales.
4. Cruz Verde cotizó consistentemente los medicamentos en Salcobrand a partir del día anterior a aquél en que aumentaba el precio de cada uno de ellos.
5. Farmacias Ahumada consistentemente inició su patrón de mayor intensidad de cotizaciones el mismo día del alza iniciada por Salcobrand.
6. Tales patrones de comportamiento de cotizaciones son anómalos y distintos de las políticas normales de monitoreo seguidas en

- fechas diferentes de aquellas en las que se verificaron las alzas de precio.
7. Cruz Verde y Farmacias Ahumada contaban con información previa sobre el día en que Salcobrand alzaría el precio de cada medicamento, para así ser capaces de monitorear el alza y luego replicarla en forma rápida y efectiva.
 8. Esa correlación temporal no es consistente con un escenario de competencia oligopolística, sino que con un escenario colusivo.

4. RECLAMACIONES INTERPUESTAS POR LAS RECLAMANTES (EXTRACTOS)

A. Reclamación presentada por Farmacias Cruz Verde

1. Prejuzgamiento del tribunal

A partir de la aprobación de la conciliación entre la Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S.A., el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia adquirió la convicción de que se cometió el hecho denunciado en el requerimiento. A partir de ello transgredió diversas garantías, tales como el derecho a un justo y racional procedimiento, el derecho al debido proceso, la igualdad de armas, la presunción de inocencia y el derecho a ser juzgado en mérito de la prueba que emana del expediente. Además, la aprobación importó una manifestación del dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia. Asimismo, se utilizaron parcial y arbitrariamente elementos del proceso, se rechazaron probanzas aportadas o solicitadas por Cruz Verde, se decretaron diligencias de oficio, se excluyó prueba exculpatoria y se empleó prueba espuria. Las anomalías son consecuencia del rol investigador e inquisitivo que asumió indebidamente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

2. Falta de congruencia procesal y vulneración al derecho a defensa

Indica que la Fiscalía Nacional Económica modificó la tesis colusoria expuesta en el requerimiento, mientras que el tribunal terminó condenando por la comisión de hechos distintos a los del requerimiento respecto a los cuales no pudo defenderse. Puntualiza que el denominado mecanismo de alza de precios "1-2-3" no se encontraba contenido en el requerimiento.

3. Equivocada definición del mercado relevante

Afirma que el tribunal contrarió sus sentencias anteriores en causas vinculadas con la misma industria, que vinculaban el mercado relevante al

principio activo o finalidad terapéutica. Asimismo, reclama que los productos farmacéuticos en cuestión tienen sustitutos. Menciona que el fallo se equivocó porque el alza de ingresos no determina per se inelasticidad de la demanda, de hecho para Cruz Verde el alza de precios determinó una baja en las ventas a consecuencia de la sustitución y elasticidad cruzada de la demanda. Por otra parte, no tiene base probatoria el predicamento de que, aun si existiera algún grado de sustitución, un altísimo porcentaje de los clientes que migren de medicamento seguirán adquiriendo el sustituto en las empresas acusadas.

4. No hay prueba de que Cruz Verde haya intervenido en la colusión

- A) CONFESIÓN DE FARMACIAS AHUMADA S. A. Expresa que no procedía considerar las declaraciones contenidas en la conciliación como prueba testimonial contra las demás requeridas. Además, concurrían circunstancias que determinaban que las declaraciones de Farmacias Ahumada carecían de la imparcialidad exigible al testigo.
 - B) DECLARACIONES DE EJECUTIVAS DE FARMACIAS AHUMADA. El tribunal no pudo considerar las declaraciones prestadas por tres ejecutivas de Farmacias Ahumada, sin fecha, tipeadas y preparadas por abogadas de la misma cadena de farmacias.
 - C) DECLARACIÓN RESERVADA DE UN EJECUTIVO DE FARMACIAS AHUMADA. Afirma que el fallo no pudo considerar como testimonial ese tipo de declaración, puesto que no se rindió en el proceso.
 - D) EL INFORME PERICIAL. La reclamante reprocha que pese a que el fallo expresó que prescindirá de éste como elemento probatorio de la colusión, en diversos considerandos los utiliza para acreditar o desvirtuar determinadas circunstancias relativas a la conducta denunciada.
 - E) TABLAS Y CUADROS SOBRE MOVIMIENTOS DE PRECIOS ELABORADOS POR EL TRIBUNAL. Alega que se produjo esta prueba en la sentencia, circunstancia que le generó indefensión. Cuestiona que se consideró como base del análisis el precio moda de venta diario, incurriendo en un sesgo de selección y sin tener en cuenta la dispersión de precios de los medicamentos en este mercado.
5. FALTA DE FUNDAMENTACIÓN ECONÓMICA. Cruz Verde alega que no se consideró como fundamento de su comportamiento el paralelismo en los precios y seguidor de éstos. El tribunal sólo analizó episodios en que las cadenas de farmacias realizaron movimientos al alza, dejando fuera aquellas ocasiones en las

cuales no reaccionaron al incremento del precio. Además no consideró que los precios se diferenciaron en periodos sucesivos e inmediatos.

6. INEXISTENCIA DE RENTAS MONOPÓLICAS. Alega que la sentencia reconoció que el acuerdo denunciado no habría tenido por objeto obtener importantes rentas monopólicas, asumiendo que hubo beneficios por las alzas de precios sin cuantificarlos y realizando un cálculo de ingresos de las requeridas sin atender a su situación individual.
7. APRECIACIÓN SOBRE LA DIFICULTAD DE OBTENER PRUEBA ESCRITA.
8. EXPLICACIONES ALTERNATIVAS. Fundamenta su posición en que la prueba demuestra el comportamiento de Cruz Verde por posicionarse como la cadena de farmacias más barata conforme a su política de seguidor de precios. Además acompañó informes económicos, los cuales daban cuenta de la pertinencia de las hipótesis alternativas a la colusión.
10. EL FALLO NO ABORDÓ LA PRUEBA EXCULPATORIA. Nombra correos electrónicos y declaraciones de ejecutivos de las cadenas de farmacias y de los laboratorios que no fueron considerados por el Tribunal.
11. NO CONCURREN LOS ELEMENTOS DEL TIPO. Alega que no se probó el acuerdo colusorio, la generación de poder de mercado en virtud del acuerdo y que se abusó de aquel. Tampoco se demostraron conductas voluntarias y dolosas.
12. DETERMINACIÓN DEL MONTO DE LA MULTA. Expresó respecto a esta materia que los criterios establecidos por la ley no fueron aplicados correctamente, además de no encontrarse probados los supuestos en que se apoyaron.
13. CONDENA EN COSTAS. Cruz Verde aduce que debió ser eximida del pago de las costas.
14. VULNERACIÓN DE NORMAS BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO.
Funda esta alegación en los siguientes motivos:
 - a) El tribunal hizo uso extensivo de la facultad del artículo 22 inciso 2° del D.L. N° 211 al decretar de oficio un peritaje, solicitar información constante al Ministerio Público y citar a 9 testigos;
 - b) El tribunal negó improcedentemente acceder a la absolución de posiciones del Fiscal Nacional Económico; y
 - c) Se impidió a su parte ejercer derechos procesales respecto de la prueba de peritos. Solicita que se deje sin efecto la sentencia recurrida, declarando que se rechaza el requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica contra Cruz Verde y que por

consiguiente se deja sin efecto la multa. En subsidio, pide que se rebaje sustancialmente dicha sanción y se deje sin efecto la condena en costas.

B. Reclamación presentada por Farmacias Salcobrand S.A.

1. Infracción al principio de congruencia y vulneración del derecho a defensa

Salcobrand fundamenta la alegación en que la Fiscalía Nacional Económica alteró los hechos que constituyen el elemento típico de la infracción nueve veces. A su vez, el fallo elaboró una nueva hipótesis referida a la coincidencia de las cotizaciones con las alzas de precios.

2. Los hechos denunciados no se acreditaron

- A) RESPECTO DEL ACUERDO DE CONCILIACIÓN. Alega que dicho acuerdo no da cuenta de los hechos denunciados, sino a lo más de una tentativa de colusión de Farmacias Ahumada, en que ésta reconoce hechos personales.
 - a) LA PRUEBA TESTIMONIAL. No concluyen.
 - b) LOS CORREOS ELECTRÓNICOS. No constituyen antecedentes que den cuenta del ilícito denunciado.
 - c) TABLAS Y CUADROS DE MOVIMIENTOS DE PRECIOS. Salcobrand desarrolla un conjunto de reproches respecto a la elaboración de las tablas de movimientos de precios y de coincidencias con las cotizaciones.
 - d) EL INFORME PERICIAL. En lo concerniente a este medio de prueba, la reclamante formula una serie de alegaciones relativas al procedimiento de designación y a la inhabilidad de los peritos designados.
 - e) INFORMES DE EXPERTOS. Salcobrand se apoya en los informes de expertos acompañados para fundar las hipótesis alternativas a la colusión y que no fueron considerados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

3. Explicación alternativa a la tesis de colusión

Menciona que las alzas de precios obedecieron al resultado de estrategias competitivas independientes en un ambiente de interdependencia oligopolística tendientes a rentabilizar su negocio, subiendo unilateralmente el precio a medicamentos que se comercializaban con muy bajo margen o margen negativo.

4. Las sugerencias de precios de los laboratorios aludidos en los correos no fueron seguidas por Salcobrand en la mayoría de los casos

5. Ausencia de rentas monopólicas

Afirma que no concurre en la especie la existencia de una renta monopólica. Añade que tampoco se cuantificaron los beneficios económicos que se habrían obtenido con la supuesta infracción en forma individual.

6. Determinación del mercado relevante

Indica que el mercado relevante no fue determinado correctamente, llamando la atención que respecto de los 222 medicamentos no es posible agruparlos en ninguna categoría definida. Afirma que es falso que los medicamentos éticos sean de difícil y costosa sustitución. Asimismo, el fallo desconoció los criterios aplicados por el mismo Tribunal en otros casos.

7. Vicios que afectan el proceso

Fundamenta esta aseveración en el atentado contra diversos principios: de inocencia, debido a los prejuicios difundidos por la Fiscalía Nacional Económica, las autoridades del Poder Ejecutivo y recogidos por la prensa; de objetividad, cuando la Fiscalía Nacional Económica contraviene su deber de investigar con ecuanimidad tanto los hechos que inculpan como aquellos que exculpan; y de congruencia. Puntualiza que el fallo no hizo un análisis racional e independiente de los antecedentes que se hicieron valer, refiriéndose en términos generales a las alegaciones y defensas de las requeridas.

8. No concurren los elementos del tipo infraccional

Alega a este respecto que no se probó el acuerdo de colusión, el nexo causal que exige la ley, la renta monopólica, ni el elemento subjetivo y tampoco se especificó el objeto del acuerdo y su sustrato fáctico. Agrega que no hay una conducta antijurídica, según lo explicado a propósito de las explicaciones alternativas.

9. Determinación del monto de la multa

Expresa que se desatendieron los parámetros fijados en la ley o no se aplicaron correctamente. Alega además que los supuestos de hecho en que se apoyaron los fundamentos del fallo para explicar el importe de la multa no se encuentran acreditados. Expone también que la multa debió ser igual a la aplicada a Farmacias Ahumada S.A., sin perjuicio que ésta

tiene un grado de responsabilidad mayor si se considera su carácter de instigadora.

10. Condena en costas

Salcobrand solicita se declare que cada parte pague sus costas. Solicita que se modifique la sentencia, absolviendo a Salcobrand de todo cargo, multa y otra condena, o reduciendo las mismas, con costas.

5. *CONSIDERANDOS RELEVANTES DEL FALLO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA (EXTRACTADOS Y COMENTADOS)*

1. Núcleo de la conducta imputada por la Fiscalía Nacional Económica

“El requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica atribuyó a las tres cadenas de farmacias denunciadas la ejecución y celebración de hechos, actos y convenciones que tuvieron por objeto y efecto fijar el alza, concertadamente, del precio de venta a público de 222 productos farmacéuticos, impidiendo, restringiendo o entorpeciendo la libre competencia. En lo específico, se dio por establecido por el Tribunal que entre diciembre de 2007 y abril de 2008 las tres cadenas de farmacias con mayor participación de mercado llegaron a un acuerdo que tuvo por objeto coordinar y fijar el alza de precio de venta al público de 206 medicamentos, utilizando para ello a los laboratorios proveedores de los productos y que tuvo la aptitud de lesionar la libre competencia, teniendo en consideración que en su gran mayoría se trataba de remedios éticos y notorios, circunstancias todas las cuales les permitieron extraer el excedente al consumidor. Por medio de este acuerdo las requeridas unieron su poder de mercado y abusaron de él” (Considerando octavo).

Comentario

El sentenciador establece, desde ya, en este considerando preliminar, los pilares básicos en que funda su fallo, a saber:

- a) Ejecución y celebración de hechos, actos y convenciones. (Acuerdo);
- b) Objeto tendiente a producir un efecto “típico”, esto es, fijar alza concertada de precios de venta al público de productos que enumera;
- c) El acuerdo señalado impide, restringe o entorpece la libre competencia;
- d) En el caso de autos, el acuerdo recae esencialmente en remedios éticos y notorios; y
- e) Unificación de su poder relevante en el mercado y abuso de él.

2. Patrón de conducta derivado de diferentes circunstancias relacionadas con las cotizaciones

“El Tribunal expone que las cotizaciones reflejan que Cruz Verde se informó insistentemente de los precios de los medicamentos en Salcobrand a partir del día anterior al inicio del alza de precios y que Farmacias Ahumada igualmente comienza, con mayor insistencia, este conocimiento el mismo día del alza de los medicamentos por Salcobrand, todo lo cual, junto a otros antecedentes, lleva al Tribunal a reforzar su convicción que las cotizaciones del precio de los medicamentos en Farmacias Salcobrand por Farmacias Ahumada y Cruz Verde, no se trataba de una simple coincidencia, por cuanto estaba unida al alza de precios consiguiente de los medicamentos cotizados de manera casi simultánea a esta acción y al mismo precio que había subido Farmacias Salcobrand. Cotizaciones de Farmacias Ahumada y Cruz Verde en Salcobrand; intensidad de cotizaciones; aumento de los precios casi simultáneo luego de la cotización y nivel del aumento de los precios en los medicamentos precisamente consultados, constituyen patrones de conducta que reflejan comportamientos anómalos, diferentes del natural conocimiento de las alzas de precios de moda de venta, sin que representen una competencia en un mercado que concentra la oferta en un número reducido de empresas (oligopolio), sino únicamente refleja un escenario colusivo, “en el que tanto Cruz Verde como FASA contaban con información previa sobre el día en que Salcobrand iba a alzar el precio de cada medicamento, para así ser capaces de monitorear dicha alza, para luego replicarla en forma rápida y efectiva”.

Comentario

La Corte adhiere a la identificación del “*patrón colusivo*” señalado en su fallo por el tribunal requerido, estableciendo que las cotizaciones efectuadas entre las cadenas, con días de diferencia, no tenían un fundamento de comportamiento de mercado, sino que por el contrario eran el antecedente de una réplica de alzas concertadas entre ellas.

3. Determinación del mercado

“No existe discusión en cuanto a que las requeridas desarrollan, entre otras actividades, intermediación de productos farmacéuticos, específicamente la venta de remedios a consumidores finales. De la misma forma, Farmacias Ahumada S. A., Farmacias Salcobrand S.A. y Farmacias Cruz Verde S.A., constituyen las tres cadenas de farmacias más importantes en el país tanto por cobertura territorial como por la proporción de venta en el mercado farmacéutico, superior al 90% en todo el país. Por otra parte, la mayoría de los medicamentos objeto de la acusación tienen la categoría de medicamentos éticos, esto es, aquellos cuya venta está precedida necesariamente de prescripción médica...”.

“Se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tal que resulta probable ejercer a su respecto poder de mercado...” (Considerando décimo tercero).

Comentario

Entiende el fallo que los recurrentes se encuentran en una posición de privilegio, por cuanto tienen una cobertura del mercado nacional superior al 90%. Asimismo, define que “mercado relevante” es aquel en que por situaciones que deja entrever ejerce o es probable que ejerza sobre productos que produce, compra o vende, poder de mercado (fijar cuotas de producción, precios, entre otros)

4. ¿Medicamentos involucrados serían fácilmente sustituibles?

“Se alegó que los medicamentos en cuestión tienen sustitutos y que cada uno de ellos tiene dentro de su categoría terapéutica productos competidores directos por principio activo o finalidad terapéutica que no subieron de precio...”

“1.- Es efectivo que algunos de los medicamentos involucrados tienen equivalentes farmacéuticos.

2.- Al tratarse de medicamentos éticos resulta que se requiere por la reglamentación vigente que el médico entregue una receta al paciente, siendo aquél quien decide cuál remedio se indica para el consumo de las enfermedades que diagnostica.

3.- Ante la existencia de un eventual medicamento sustituto y atendida la regulación del expendio de medicamentos éticos, lo que sucede es que el paciente debe acudir a un médico para obtener la receta respectiva, lo cual conlleva el pago de una nueva consulta médica para el caso de necesitar un medicamento sustituto y evidentemente acarreará un mayor costo, a lo que se une el transcurso del tiempo, por lo que la reacción no es inmediata.

4.- Los particulares disponen y administran información muy limitada acerca de precios, calidad, dosis y frecuencia de administración y efecto terapéutico de los productos sustitutos de los medicamentos.

5.- En relación a los pacientes que requieren medicamentos éticos crónicos, existe un mayor grado de dependencia, esto significa que no pueden retrasar el consumo del medicamento prescrito, por cuanto ponen en riesgo su salud.

6.- Es posible inferir que el paciente sólo a base de la experiencia puede adquirir el conocimiento de la información necesaria de eventuales sustitutos, pero lo cierto es que ello demorará un periodo razonable de tiempo.

7.- Un cambio en el comportamiento de precios en los agentes económicos que tienen una participación mayoritaria en el mercado –luego

de una política de precios bajos-, asociado a una conducta de colusión, podría importar un tiempo inferior al requerido por un consumidor para adquirir información sobre bienes sustitutos...”(Considerando décimo séptimo).

Comentario

La recurrente, alega que los medicamentos monitoreados en razón de sus alzas concertadas cuentan con equivalentes farmacéuticos que no subieron de precio. El sentenciador señala fundamentos de sentido común que desvirtúan la argumentación, ya que:

- a) Reconociendo la existencia de equivalentes farmacéuticos competidores, al tratarse de medicamentos “éticos” requieren de una receta médica que determine su identidad (respecto de enfermedad debidamente diagnosticada);
- b) Ante la posibilidad de un medicamento “sustituto” el paciente, según la reglamentación vigente, debe recurrir a un médico para obtener la receta respectiva, lo cual lo hará incurrir en un nuevo gasto y tiempo de reacción;
- c) El paciente tiene información precaria respecto a precios, dosis y efectos terapéuticos de los medicamentos, así como también, los pacientes de enfermedades crónicas son dependientes de los medicamentos que integran su tratamiento y del tiempo de suministro, entendiéndose por tanto, la parte más débil del proceso de compra.

5. Resoluciones dictadas sobre la conciliación con FASA

“El Tribunal de Defensa de la Libre competencia, para aprobar la conciliación, tuvo presente:

1.- El artículo 22 del D. L. 211 acepta expresamente la conciliación como equivalente jurisdiccional de una sentencia definitiva, siempre que no atente contra la libre competencia, para lo cual se contempla la aprobación jurisdiccional; 2.- La conciliación puede afectar a todas o a algunas de las partes...; 3.- En el caso concreto: (i) el aporte de antecedentes probatorios, (ii) la aceptación del pago de una suma de dinero equivalente a una multa, esto es, con un sentido punitivo, consecuencia del reconocimiento de hechos jurídicamente reprochables en esta sede y que son materia del requerimiento de autos y (iii) la existencia de compromisos de comportamiento pro competitivos adquiridos por Farmacias Ahumada, no contravienen la libre competencia;... La Corte Suprema, por su parte, consideró:

1.- El inciso primero del artículo 22 del D. L. N° 211 establece expresamente la institución de la conciliación como alternativa de resolución de

los conflictos que deben ser conocidos en materia de libre competencia, otorgando competencia para llamar a conciliación al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, según lo prescribe el artículo 20 del mismo texto legal; 2.- La conciliación debe ser autorizada por el Tribunal, con lo cual se concede una potestad de control delimitada...; 3.- El acuerdo conciliatorio de autos reúne todos los requisitos legales, por lo que es válido...; 6.- La contraprestación pecuniaria a que se obligó Farmacias Ahumada no puede tener el carácter de multa, puesto que al ser sanción sólo puede ser impuesta por el órgano jurisdiccional luego de un proceso previo legalmente tramitado...; 9.- No se afecta (la conciliación) la garantía del debido proceso, puesto que no existe prejuzgamiento...; 10.- Las determinaciones adoptadas con motivo del acuerdo de conciliación sólo se refieren a quien acordó avenir, sin afectar a las demás partes del pleito, respecto de quienes continuará el procedimiento contencioso...” (Considerando vigésimo primero).

Comentario

Este considerando es de suyo importante, toda vez que afecta a una de las partes denunciadas, reconociendo la Conciliación como equivalente jurisdiccional en el procedimiento de reclamaciones por actos en contra de la libre competencia. En efecto, la Corte señala las razones y fundamentos de su viabilidad jurídica, cuales son,

- a) El artículo 22 del D.L. N° 211 establece expresamente la institución de la conciliación como alternativa de resolución de los conflictos que deben ser conocidos en materia de libre competencia, otorgando competencia para llamar a conciliación al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia;
- b) La Conciliación debe ser autorizada por el tribunal;
- c) No afecta la garantía del Debido Proceso; y
- d) El acuerdo conciliatorio sólo tiene efecto respecto de quienes acordaron avenir, continuando el procedimiento con las demás partes que se excluyeron de él.

6. Criterios económicos

“La doctrina económica ha elaborado ciertos signos o factores en la industria cuya presencia ayuda a reconocer la existencia de un cartel o colusión:

1.- Cuando es costoso o dificultoso para nuevos proveedores o vendedores entrar en la industria; 2.- Hay sólo unos pocos proveedores o un pequeño grupo que controla la mayor parte del mercado y en general hay muchos compradores; 3.- Los proveedores tienen costos similares o los costos fijos explican una alta proporción de los costos totales; 4.- Los compradores carecen de expertise; 5.- Mientras más estandarizado sea un

producto más fácil será para los proveedores competidores alcanzar un acuerdo; 6.- El producto tiene pocos o ningún sustituto cercano; 7.- La demanda por el producto o servicio es estable; 8.- La participación en el mercado de los oferentes es importante; 9.- Los precios ofrecidos son similares o idénticos; 10.- Hay un incremento inesperado o injustificado de precios o diferentes proveedores elevan sus precios en un monto similar y por un mismo tiempo; 11.- Los proveedores manifiestan que la industria ha decidido incrementar sus márgenes; 12.- Se desatiende la regla que el precio pagado por un medicamento será la retribución al bien en sí mismo, el cual incorpora a los costos emanados del proceso de producción los beneficios de los agentes encargados del mismo, así como a los servicios vinculados a la distribución y dispensa...” (Considerando sexagésimo octavo).

Comentario

El sentenciador señala y enumera las condiciones que han de tenerse en cuenta para identificar la existencia de un cartel o colusión. Merece la pena destacar dos elementos imprescindibles, uno, la aplicación de la ciencia económica para la formulación del contenido de la sentencia, y otro, la relación entre la naturaleza de los productos y sus condiciones de compra, venta y distribución, como la posibilidad cierta de manipular los precios por razones internas (propias del producto y del mercado) como externas a ellos, como son la incorporación a los costos de agentes encargados de los productos.

7. El precio

“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para los análisis de movimientos de precios consideró el ‘precio moda de venta’, que es el precio que más se repite en las ventas de cada cadena en un día. Esta Corte considera correcto el planteamiento del Tribunal, en consideración a los siguientes antecedentes:

1.- Es un hecho de la causa que las cadenas de farmacias venden durante un día un mismo medicamento a distintos precios. 2.- Se reconoce en doctrina que el proceso de colusión es dinámico, toda vez que existe un constante direccionamiento de los agentes económicos con la finalidad de lograr un precio óptimo de colusión, que depende, entre otros, del modo en que se cumple el acuerdo, de los niveles de demanda y costos, entre otros. 3.- Así, cualquiera que sea la metodología que se aplique, lo relevante es que en esas múltiples alternativas el tribunal se encontraba habilitado para seleccionar una categoría de precio que pudiera funcionar como colusivo para las cadenas de farmacias” (Considerando sexagésimo noveno).

Comentario

Señala este considerando que el proceso de colusión es dinámico, que el precio de venta puede ser fijado en más de una oportunidad en el mismo día, y que por tanto puede existir un acuerdo continuo en las cadenas.

8. Norma aplicable a los hechos objeto del requerimiento

“Es aplicable a los hechos materia de autos, la legislación vigente durante los meses de diciembre de 2007, enero, febrero y marzo de 2008, que corresponde al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, conforme al texto que regía en la época indicada, por cuanto es la fecha en que se sostiene por el requerimiento se realizaron las conductas reprochadas, conforme a las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.911, de 14 de noviembre de 2003, pero sin tener presente las alteraciones dispuestas por la Ley N° 20.263, de 13 de julio de 2009, esto es: Artículo 3°.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran. b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes. c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante” (Considerando septuagésimo cuarto).

Comentario

En el considerando pertinente, la sentencia fija contenidos de regulación económica, en especial lo relacionado con el llamado “Orden Público Económico”. Al referirse a la Constitución Política, advierte que el Constituyente profundiza las normas regulatorias en torno a dos fases, la primera relativa a las competencias del Estado, y la segunda en torno a las garantías individuales. La Constitución establece en su artículo primero inciso primero:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, de esta forma libertad, igualdad y dignidad, además de la vida misma, son las principales garantías y derechos, consustanciales a todo individuo para desarrollarse en sociedad, conforme a la mayor realización espiritual y material posible, propendiendo siempre al bien común, para lo cual la autoridad respetará el principio de subsidiaridad, sin dejar de atender a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad”.

Diferentes normas constitucionales, dice la sentencia, desarrollan lo que se ha denominado la “Constitución Económica”, que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida personal y de realización material, para concretar y llevar adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1º, 3º, 8º, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dan origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores.

Por su parte, reza el mismo considerando: *“derecho civil y especialmente en los contratos, se rige por el principio base de la autonomía de la voluntad, según el cual las personas pueden concluir todos los actos y convenciones que no estén expresamente prohibidos por las leyes, dando origen a otros principios:*

- A) Libertad contractual, que se descompone en:
 - 1) Libertad de conclusión, que permite a las partes decidir libremente: i) si contrata o no lo hace; ii) qué tipo de contrato celebra, y iii) la contraparte con quien se vincula.
 - 2) Libertad de configuración interna, por la cual se puede fijar el contenido de la convención y las cláusulas que reflejen en mejor forma la voluntad de las partes;
- B) Consensualismo, según el cual la oralidad es suficiente para obligar a las personas, por lo que es posible que existan contratos verbales, que se expresan en el aforismo *“solus consensus obligat”*;
- C) Fuerza obligatoria, se traduce en la metáfora empleada por Bello, en cuanto a que los pactos deben honrarse y cumplirse, puesto que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, que se le reconoce bajo el aforismo *“pacta sunt servanda”*;
- D) Efecto relativo de lo acordado, vinculando sus derechos y obligaciones a quienes son parte en el contrato, sin que se pueda afectar a terceros, a quienes no les empece, surge así el latinismo *“res inter alios acta”*, que se refuerza en la norma antes recordada, en que el contrato es una ley sólo para los contratantes. En el campo del derecho económico se estructuran las bases del orden

público económico, libre competencia y competencia desleal, relacionados todos con el paradigma de la libre competencia.

El artículo 19 N° 21 de la Constitución Política establece y reconoce el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al cual se unen la reserva legal en materia de regulación económica, igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, y como dice el fallo,

“proscribiendo cualquier discriminación, que comprende la de igualdad de trato económico que debe entregarle el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies que contempla la Constitución y ciertamente la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

9. Conducta que impide, restringe o entorpece la libre competencia. Concepto de colusión

“La política económica de libre mercado tiene como presupuesto fundamental la competencia entre los agentes económicos, en busca de hacer más beneficioso el mercado a favor de los consumidores, teniendo presente que deben operar con toda autonomía las leyes de la oferta y la demanda, puesto que incidirán directamente respecto de la calidad de los productos y se potenciará la eficiencia, eficacia, efectividad e innovación de los procesos productivos, como la intermediación de los bienes y servicios, reportando mayor satisfacción de los consumidores considerando el costo-beneficio, todo sobre la base de una sana y libre competencia en un mercado robusto. Por ello es que, igualmente, se ha sostenido que la conducta más nociva y perjudicial que se conoce para el perfecto y normal funcionamiento de la economía son los abusos de posiciones dominantes, entre ellos los llamados acuerdos horizontales de proveedores del mercado, carteles o colusión, sin perjuicio de los de carácter vertical, por quienes integran distintos eslabones en la cadena del mercado. La colusión es una situación creada por quienes desarrollan una actividad económica en un mercado determinado, por medio de acuerdos que afectan negativamente la libre competencia, que les lleva a no competir o, a lo menos, disminuir la competencia existente, con la finalidad de incrementar sus beneficios o/y afectar los de un tercero, la que sanciona el ordenamiento jurídico nacional desde el concierto de voluntades en tal sentido” (Considerando septuagésimo séptimo).

Comentario

La sentencia, como se ha hecho ver en el comentario anterior, reconoce a nivel constitucional una serie de disposiciones que integradas conforman un marco jurídico respecto al llamado “Orden Público Económico”, el cual se ve protegido en dos niveles, uno relativo a las competencias del Estado y el segundo, respecto al ciudadano en torno a las garantías que la Constitución reconoce. Pues bien, la sentencia profundiza aun más y establece el reconocimiento de la *política económica de libre mercado* como paradigma de interpretación, ya sea como actividad estatal, sea como reconocimiento o amparo de los derechos y garantías del ciudadano o contribuyente.

10. Elementos del ilícito de colusión

“De la lectura del artículo 3° letra a) del D. L. 211 se desprende que los elementos del tipo de colusión son los siguientes:

1.- El acuerdo. El concierto puede ser expreso o tácito, escrito u oral, de ejecución instantánea o diferida, formal o informal. Además este puede ser implícito e incluso tácito, solamente exige que se manifieste voluntad de los partícipes en orden a concretarlo.

2.- El sujeto activo. Esto es, la persona que realiza el hecho descrito en el tipo legal, denominado por la ley “agente económico”. Es posible que sea una persona natural, jurídica o colectiva.

3.- El objeto o finalidad del acuerdo. Habrá de consistir en la obtención de beneficios para quienes se conciertan, que adicionalmente es factible que se concrete en acuerdos anticompetitivos, que pueden estar relacionados con la fijación de precios de venta o de compra, en la limitación de la producción o en la asignación de zonas o cuotas de mercado.

4.- Los efectos o resultados: Las consecuencias deben ser previstas y buscadas por quienes aúnan voluntades, las que se referirán a prácticas reñidas con el libre mercado o más directamente en conductas de efectos anticompetitivos en el mercado.

5.- La intención o elemento subjetivo. Las conductas de quienes se conciertan deben estar relacionadas con el conocimiento y la finalidad de la obtención de un beneficio o/y un perjuicio de terceros, sin que puedan ignorar que la conducta acordada dañará el libre mercado, afectará la libre competencia y que es un atentado al orden público económico” (Considerando septuagésimo octavo).

Comentario

De manera ejemplar, este considerando nos otorga a la cátedra y al foro los elementos esenciales que deben necesariamente estar presentes para configurar de manera íntegra y completa el ilícito de colusión, a saber:

- a) El acuerdo, elemento volitivo e intencional, que puede materializarse de manera expresa o tácita, entendiendo por acuerdo expreso aquel pactado en términos explícitos y directos, por vía escrita u oral, y tácito, aquel que puede ser inferido a través de indicios o circunstancias que inequívocamente conducen a concluir su presencia³;
- b) Sujeto activo es aquella persona natural, jurídica o colectiva, que realiza, efectúa, acciona, el hecho descrito en el tipo legal, denominado por la ley “agente económico”.
- c) El objeto o finalidad del acuerdo. Este elemento se relaciona con la idea preconcebida de obtener beneficios para los concertados, los cuales pueden ser inferidos respecto a fijación de precios de venta o de compra, en la limitación de la producción o en la asignación de zonas o cuotas de mercado,
- d) Los efectos o resultados. Las consecuencias deben ser previstas y buscadas por los concertados, las que serán referidas a prácticas atentatorias con el libre mercado o conductas de efectos anticompetitivos en el mercado.
- e) Elemento subjetivo o intencional. Las conductas de quienes acuerdan deben realizarse con conocimiento final de obtener un beneficio o un perjuicio para terceros. No cabe la posibilidad de ignorancia respecto a que el acto en sí pueda perjudicar al mercado y la libre competencia, constituyendo un atentado al orden público económico.

11. Rechazo de alegaciones

“A riesgo de reiterar argumentaciones, el tribunal se referirá a algunas alegaciones formuladas por las partes:

3.- Las tablas elaboradas demuestran la presencia de numerosos casos de subida de precios a niveles idénticos o similares y en días prácticamente sucesivos, pese a la rivalidad de los competidores. Existió un mecanismo de colusión que variaba mínimamente en cuanto a quién lideraba las alzas de precios. 4.- El contacto entre los coludidos creó una cooperación o coordinación y la específica manera en que operó el mecanismo de colusión aumentó o disminuyó la incertidumbre que se tenía acerca de la conducta futura de las partes del acuerdo. 5.- El sujeto activo del ilícito es la persona que realiza el hecho descrito en el tipo legal, denominado por la ley “agente económico”. Se observó que quienes procedieron por las empresas sancionadas no correspondían propiamente

³ Cristóbal EYZAGUIRRE B y Jorge GRUNBERG “Colusión Monopólica, Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos”, pág. 60.

a sus representantes mirado ese concepto desde el derecho civil, sino que lo eran desde la perspectiva funcional económica, esto es, se trataba de trabajadores de la organización, que la misma dotó de poderes en materia de regulación y negociación de precios, de intercambio de información y de monitoreo de precios. 6.- Quedó demostrado en forma concluyente el carácter deliberado del ilícito, pues todos los participantes tenían la intención de celebrar acuerdos para fijar los precios, aumentar su poder de mercado e intercambiar información y el hecho de organizar las alzas de precios mediante la coordinación verificada a través de los laboratorios, permite dar por establecido el propósito específico de abusar de la posición que tenía la cadena de farmacias en el mercado farmacéutico. 7.- En consecuencia, de los motivos precedentes puede concluirse que concurren todas las condiciones previstas en el artículo 3° letra a) del D. L. N° 211. En efecto, se acreditó la existencia de un acuerdo entre las tres cadenas de farmacias cuyo objeto consistió en fijar el alza de precios de venta al público de al menos 206 medicamentos entre los meses de diciembre de 2007 y abril de 2008, lo cual ocasionó un efecto anticompetitivo real en el mercado. Los coludidos tuvieron la intención de unir sus participaciones de mercado y de este modo usar el poder conjunto para fijar el precio de los medicamentos en cuestión” (Considerando octogésimo octavo).

12. Resolución

La Corte Suprema resuelve,

“RECHAZAR los recursos de reclamación deducidos por Farmacias Cruz Verde S. A. y Farmacias Salcobrand S. A. contra la sentencia N° 119/2012, de treinta y uno de enero del año en curso, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con costas de la reclamación. Se previene que el Ministro señor Muñoz, estuvo por disponer que, sin perjuicio de lo resuelto, ejecutoriada que se encuentre la presente sentencia, los antecedentes sean remitidos a la Fiscalía Nacional Económica con el objeto que se concluyan las pesquisas investigando íntegramente los hechos y, en su oportunidad, se decida lo pertinente en relación con la participación de los laboratorios y distribuidores, disponiendo, si procediere, las medidas correctivas o prohibitivas pertinentes”.

III. Conclusiones

La sentencia dictada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, a mi parecer, además de resolver el asunto sometido a su conocimiento, esto es, recursos de reclamación interpuestos en contra de la sentencia del Tribunal de

Defensa de la Libre Competencia, confirma ciertas bases en las cuales se cimienta el marco jurídico aplicable, tanto al juego leal y armónico que debe existir entre los actores en el mercado, como del mercado mismo. Lo último establecerá amplias consecuencias en el terreno de la jurisprudencia de los tribunales, ya que seguramente en lo próximo y en el futuro no cabe duda que servirá de referente y fundamento para resolver contiendas jurídicas en el terreno económico. Merece especial consideración, el concepto utilizado en el fallo de “Orden Público Económico”, el cual se estructura en torno a la teoría económica, y que se integra a la ciencia jurídica en el plano de la protección de derechos. En efecto, en el plano normativo, los derechos de los ciudadanos (consumidores) deben ser objeto de protección en dos ámbitos o niveles, uno respecto a las competencias del Estado, el cual norma, previene y regula, y el segundo respecto a las garantías ciudadanas que la Constitución reconoce, y cuya inobservancia producirá las sanciones que la ley establezca y el sentenciador regule y cuantifique.

Un segundo elemento en el cual la sentencia se detiene y profundiza se refiere al reconocimiento del modelo económico de libre mercado como sistema al cual debe referirse tanto la actividad y función estatal, como también la privada. Por lo anterior, en la hora presente, en que están en la contingencia elementos disonantes tales como concentración económica y oligopolios, la actividad judicial, en su labor interpretativa e integradora, fija límites, marca referencias generales, afianza normas aplicables, determina y reconoce la posibilidad jurídica de recurrir, y en definitiva, crea derecho.

Bibliografía citada

Cristóbal EYZAGUIRRE B y Jorge GRUNBERG “Colusión Monopólica, Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos”, en *Revista Anales Derecho UC*, vol. 2, Ed. Legis S.A. Santiago, 2002.

JURISPRUDENCIA CITADA

CORTE SUPREMA (2012): Rol 2578-2012, 7 de septiembre de 2012, Tercera Sala Corte Suprema, disponible en: www.tdlc.cl.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012): Rol 119-2012, 31 de enero de 2012, disponible en www.tdlc.cl.

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 2 | 2013

CONSUELO MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA. *TEORÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO*. COLEX, MADRID, 2011, 495 PÁGINAS (ISBN 978-84-8342319-6)

Julio Alvear Téllez*

La profesora Consuelo Martínez-Sicluna es conocida en el medio español por sus aportes al derecho y a la filosofía política, particularmente en el ámbito de la teoría del poder. Al respecto, son de referencia su *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder* (Actas, Madrid, 1991) y *El Poder y la justicia* (Actas, Madrid, 1997), donde problematiza la concepción moderna y posmoderna del poder político.

La publicación de su nuevo trabajo, *Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho*, está llamada a constituir un hito en los estudios contemporáneos sobre el tema, como en su época fue la *Teoria della norma giuridica* (1958) y la *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960), de Norberto Bobbio, o *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes* (1987), de Ignacio de Otto, por nombrar los que parecen ser más conocidos en la formación jurídica chilena.

La obra de Martínez-Sicluna es, sin embargo, de muy diverso signo. En primer lugar, y desde un punto de vista metodológico, se ha de notar su carácter práctico. Concebido como un manual adaptado al Plan Bolonia para la formación en derecho en las universidades españolas, aborda las principales temáticas de lo que llamamos un tanto equívocamente “teoría del derecho” con la mirada puesta en los problemas que realmente cruzan la fundamentación jurídica actual, tal como es sentida y vivida por estudiantes, abogados y jueces.

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Miembro investigador del Centro de Justicia Constitucional de la misma Facultad. Correo electrónico: jalvear@udd.cl

Debe decirse, en segundo lugar, que esta orientación práctica no menoscaba la hondura especulativa de la obra. No solo se instruye sobre las más diversas corrientes de pensamiento jurídico a la hora de plantear los problemas, determinar su significado y proponer las alternativas de solución. También se justifican en los distintos niveles científicos pertinentes –dogmático jurídico, teórico general, filosófico, prudencial, etc.– las conclusiones a las que se llega, con claridad y precisión.

El libro se divide en veinticuatro capítulos, que se enuncian como “temas” monográficos. Se parte por los temas usuales y se termina por los conflictivos, de acuerdo al siguiente orden: concepto de filosofía del derecho, la evolución de la filosofía del derecho, de la ley a la norma, la estructura lógica de la norma jurídica, clasificación de las normas jurídicas, de la norma al ordenamiento, el ordenamiento jurídico como ordenamiento estatal, la formación del ordenamiento jurídico a través de las fuentes (tres capítulos), la técnica jurídica para la aplicación e interpretación del derecho (dos capítulos), la ciencia del derecho, la ciencia jurídica en su vertiente sociológica, la ciencia jurídica como ciencia normativa, la ciencia del derecho como realismo normativista (dos capítulos), los problemas de la ciencia jurídica contemporánea, orden ético y derecho, de la política a la “statística”, legitimidad y limitación, el fundamento de los derechos humanos, concepto y justificación de los derechos humanos, una nueva configuración del Estado: la democracia deliberativa.

Lo común es que la manualística trate todos estos temas recurriendo a la doctrina en uso, sin mayor espacio a las interrogantes que pueden plantearse en un sentido crítico. Es mérito de la autora dirigir nuestra mirada a esas interrogantes, planteadas desde la tradición jurídica y filosófica clásica, pero respetando siempre la distinción tan necesaria entre lo que hay que describir y lo que hay que valorar. De tal manera que quienes quieran encontrar la doctrina jurídica usual expuesta con lealtad y nitidez, la encontrarán sin problemas. Pero quienes tengan sed de develar lo que hay de cuestionable en los dogmas jurídicos de la modernidad (utilizando este término en su sentido filosófico fuerte y no en el puramente cronológico) podrán encontrar principios, claves interpretativas y elementos de juicio orientadores para una ulterior búsqueda.

A este respecto, particularmente interesante resulta la crítica a la noción racionalista (que en realidad es un voluntarismo disfrazado) del derecho, de la ley y de la justicia que el pensamiento moderno divulgó paulatinamente, particularmente en el derecho europeo continental, a partir de la Revolución Francesa. También pesan los cuestionamientos que se formulan a la ideología de los derechos humanos, a la que contrapone la doctrina grecocristiana de los derechos de la persona.

Especial mención merecen los capítulos 20 (“De la política a la “statistica”, pp. 333-349), 21 (“Legitimidad y limitación del poder”, pp. 351-367) y 22 (“Una nueva configuración del Estado: la democracia deliberativa”, pp. 403-418). En el primero se connota cómo el Estado es una figura contingente, hijo de la modernidad, que no se identifica con la comunidad política de los clásicos. Como hipóstasis del poder soberano y absoluto, creador del derecho, cuyas líneas ya trazó Hobbes y teorizó Hegel, el Estado moderno ha venido a devaluar la política por exceso y por defecto, imponiendo en los hechos la falaz alternativa de totalitarismo o disolución. La democracia liberal no solucionó el problema (no se ha de olvidar que, por lo demás, fue el liberalismo el que creó el Estado). Y tras la llamada “posmodernidad”, la solución de la “democracia deliberativa” no ha resultado efectiva: concluye por subsumir la legitimidad dentro de la legalidad y somete el proceso deliberativo del juego político al proceso de dominio ideológico.

Es conocido el esfuerzo desarrollado en Chile en las últimas décadas por los profesores Agustín Squella, Pablo Rodríguez, Jaime Williams Benavente y José Joaquín Ugarte, entre otras ilustres figuras, para impulsar la teoría del derecho. Con todo lo odioso y convencional que tienen los rótulos, podemos decir que en los dos primeros latan las influencias positivistas, mientras que en los dos segundos la iusnaturalista. La obra de la profesora Martínez-Sicluna abre en este dominio una nueva perspectiva, cual es la atención a la decadencia del paradigma del derecho moderno de acuerdo a la experiencia europea.

VARIOS AUTORES. *CONGRESO NACIONAL - LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN*, SANTIAGO, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, 2013 (ISBN 978-956-10-2234-8)

*Sergio Verdugo R.**

Por iniciativa de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, la Editorial Jurídica de Chile publicó un libro de autoría colectiva en homenaje al profesor Alejandro Silva B., uno de los más importantes e influyentes constitucionalistas chilenos del siglo xx. No es de extrañar la exitosa convocatoria que logró la obra, que consta de 25 artículos escritos por 26 profesores de 13 universidades diferentes¹. El esfuerzo de estos académicos (entre los cuales me cuento) probablemente se explica por el gran prestigio de que goza el homenajeado².

La obra reúne distintos trabajos relacionados con temáticas vinculadas al Congreso Nacional. Pese a que no todos los artículos tratan efectiva-

* Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, P. Universidad Católica. Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sverdugor@udd.cl.

¹ Aunque una parte importante de los profesores pertenecen a la P. Universidad Católica de Chile, donde el profesor Alejandro Silva B. hizo clases por muchos años, también participaron en la obra docentes de las siguientes universidades: Universidad de Concepción, Universidad de Chile, Universidad de Los Andes, Universidad del Desarrollo, Universidad Alberto Hurtado, Universidad Miguel de Cervantes, Universidad Finis Terrae, Universidad Andrés Bello, Universidad de Talca, Universidad Diego Portales, Universidad de Valparaíso y Universidad de la Santísima Concepción

² Uno de los artículos que mejor homenajean al profesor Silva B. es el que trata sobre los tratados internacionales (Miriam Henríquez), ya que su objeto es, justamente, explicar la influencia de las opiniones de este profesor en dicha materia.

mente sobre esta materia³, la selección de este tema es doblemente apropiada. Por un lado, el homenajeado es uno de los pioneros en el estudio teórico de la normativa relativa al Congreso Nacional y, por otro lado, varios de los trabajos que forman parte del libro serán posiblemente de considerable provecho para los interesados en el Derecho Parlamentario, una rama que ha tenido poco desarrollo doctrinario entre nosotros. De allí que, sin perjuicio de que esta obra no aspire a agotar todas las materias relevantes asociadas al Congreso, ella probablemente se convertirá en lectura obligada para los investigadores que orienten sus estudios en algunos de los problemas jurídicos más importantes de nuestro régimen parlamentario y legislativo. Un ejemplo de materias que han sido poco abordadas por la literatura, y respecto de las cuales el libro seguramente será una interesante fuente de consulta, es el análisis del régimen de la Ley de Presupuestos (Sebastián Soto).

Por otra parte, el lector advertirá rápidamente que el libro carece de un orden que permita agrupar temáticamente la gran cantidad de trabajos que se presentan, por lo que no debe leerse de manera lineal. Así, por ejemplo, si un investigador está interesado en la polémica sobre las leyes orgánicas constitucionales, encontrará dos trabajos con orientaciones similares en lugares alejados⁴. Si a ello se suma que los tipos de materias son de índole muy diversa, entonces el lector no debe esperar encontrar un libro coherente. Lo anterior es, por supuesto, sin perjuicio de la calidad de los trabajos que se encuentran al interior de la obra. Hay que tener presente, eso sí, que la profundidad de los mismos varía, así como la generación a la que pertenecen los autores y las posiciones que sostienen.

Es interesante apreciar que en ciertas materias se encuentren posiciones contrapuestas dentro de la obra, como ocurre con el debate relativo a la compatibilidad entre el artículo 61 de la Constitución y el artículo 418 del Código Procesal Penal. Mientras la primera norma parece limitar la procedencia de la apelación en casos de desafuero parlamentario, la segunda regla parece abrir su procedencia. Frente a ello un artículo defiende

³ Uno de los artículos versa sobre el derecho a la imagen (Paulino Varas), otro sobre las proposiciones del “Grupo de los 24” (Mario Verdugo) y otro analiza brevemente la tensión entre democracia y constitucionalismo (José I. Núñez). Si bien ellos guardan algún tipo de relación con el Congreso Nacional (por ejemplo, el último trabajo citado constata la pérdida de poder del Congreso frente al Estado Constitucional de Derecho), sus referencias a él son consecuencias generalmente indirectas.

⁴ Ambos artículos son críticos de las leyes orgánicas constitucionales. Uno de ellos las critica por haber sido un intento de perpetuar la “democracia protegida” (Lautaro Ríos) y el otro por considerarlas un “enclave autoritario” (Francisco Zúñiga). En lo personal, lamento que en el libro no se haya presentado ningún contrapunto a estas ideas o, a lo menos, que no se hayan mostrado los beneficios que dichas leyes orgánicas están llamadas a servir.

la idea de que el debido proceso obliga a interpretar de manera amplia el precepto constitucional (Marisol Peña), mientras otro trabajo describe, contextualiza y parece defender el fallo del Tribunal Constitucional que limita el recurso de apelación declarando inaplicable el precepto legal respectivo (Fernando Saenger).

Muchos artículos se refieren al control que la Cámara de Diputados ejerce sobre el Ejecutivo. Uno de ellos describe la fiscalización de los “actos de Gobierno” (José Bidart); otro valora la facultad para citar a ministros de Estado, favoreciendo el poder de la minoría y de la oposición, y entregando más equilibrio a la relación Ejecutivo-Legislativo (Ana María García); dos tratan sobre la acusación constitucional y denuncian una supuesta insuficiencia en los estándares del debido proceso (Rodrigo Díaz de Valdés y Humberto Nogueira)⁵; y un quinto versa sobre las comisiones investigadoras, apreciando la reforma constitucional de 2005 y la modificación a la ley orgánica del Congreso en 2010, las que le dieron sustento constitucional y legislativo a estas comisiones, aunque abrieron otros flancos problemáticos, como la falta de adecuación del reglamento de la Cámara de Diputados a dichas modificaciones (Gutenberg Martínez).

Junto a este grupo de trabajos, encontramos otros que tratan sobre cuestiones de justicia constitucional que, sin embargo, tienen relación con el Congreso. Uno de ellos discurre sobre el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por parlamentarios, donde se sostiene (entre otras cosas) que la mayoría de las sentencias que acogen dichos requerimientos entregan sus fundamentos en cuestiones procedimentales o formales (Enrique Navarro); y otro de ellos versa sobre el nivel de obligatoriedad de las sentencias constitucionales respecto del legislador, argumentando que el Congreso no debe aprobar proyectos de ley que adolecen de un vicio de constitucionalidad que ya ha sido declarado como tal por el Tribunal Constitucional respecto de otro precepto legal similar (Alejandra Ovalle).

Llama la atención que exista un solo artículo que provea una mirada más general sobre el Congreso (el de José L. Cea); que no se muestre una visión alternativa respecto de la crítica a la representatividad del mismo (Francisco Cumplido) y que sólo un autor se haya interesado por aspectos históricos (Sergio Carrasco).

⁵ Estos artículos defienden la tesis de que la acusación constitucional es una suerte de procedimiento de naturaleza jurisdiccional que debe respetar ciertas garantías procesales-constitucionales (Díaz de Valdés) o internacionales (Nogueira). Es importante hacer presente que estas ideas son muy discutidas en la literatura, y que las posiciones alternativas a las de los autores no son desarrolladas en ninguna otra parte del libro.

Sin perjuicio de lo anterior, la obra acierta en presentar algunas materias novedosas y, en algunos casos, polémicas, como ocurre con el análisis crítico de la falta de representatividad en el sistema actual de reemplazo de parlamentarios, donde se propone la elección conjunta de congresistas titulares y suplentes (Luz Bulnes); una propuesta que se dirige a entregar a la Corte Suprema iniciativa legislativa en materias relacionadas con el Poder Judicial, como una manera de superar algunos problemas que se observan hoy (Emilio Pfeffer); una crítica a la insuficiencia en los mecanismos de control de la potestad reglamentaria de las Cámaras (María Pía Silva); y un conjunto de recomendaciones para incrementar los niveles de participación ciudadana en el procedimiento legislativo, donde se incluye la adopción de mecanismos de democracia directa (Cecilia Rosales). Pese a que no comparto cabalmente las ideas recién sintetizadas, el libro se enriquece con el tratamiento de ideas polémicas y discutibles que, sin duda, serán de útil referencia en el debate constitucional chileno.

Finalmente, encontramos dos trabajos que tratan sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de atribuciones legislativas del Presidente de la República. Uno de ellos analiza brevemente algunas sentencias sobre iniciativa exclusiva presidencial (Miguel A. Fernández) y otro valora el aporte de dicho tribunal en el fortalecimiento de la garantía de protección de las ideas matrices de los proyectos de ley (José F. García y Sergio Verdugo).

Si bien la obra que reseño no trata todas las materias relevantes del Derecho Parlamentario, ella será de utilidad para quienes se interesen en esta escasamente explorada área de nuestro ordenamiento constitucional. Pese a los defectos naturales que una obra colectiva de esta naturaleza adolece, ella es un homenaje apropiado al profesor Alejandro Silva B. y un aporte significativo al estudio del Congreso Nacional.

Siglas y abreviaturas

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 2 | 2013

SIGLAS Y ABREVIATURAS

| | |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------|
| A.A.S. | <i>Actas Apostólica Sedis</i> |
| AED | Análisis Económico del Derecho |
| <i>al.</i> | <i>alis</i> (otros) |
| aprox. | aproximadamente |
| art. | artículo |
| arts. | artículos |
| BCE | Banco Central Europeo |
| BCN | Biblioteca del Congreso Nacional |
| B.O. | <i>Boletín Oficial</i> |
| c. | con |
| CA | Corte de Apelaciones |
| cap. | capítulo |
| CADH | Convención Americana sobre Derechos Humanos |
| CENABAST | Central Nacional de Abastecimiento |
| Cf. <i>a veces</i> | Cfr. confróntese |
| CIJ | Corte Internacional de Justicia |
| cit. | citado |
| comp. | compilador |
| CONADI | Corporación Nacional de Desarrollo Indígena |
| CONACE | Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes |
| Conapyme | Confederación Nacional de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa de Chile |
| CONICYT | Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica de Chile |
| coord. | coordinador |

| | |
|--------------|-------------------------------------------------------|
| CorteIDH | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| CPC | Confederación de la Producción y el Comercio |
| CPR | Constitución Política de la República |
| Cruz Verde | Farmacias Cruz Verde S. A. |
| CUT | Central Unitaria de Trabajadores |
| CVDT | Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados |
| D.C. | District of Columbia |
| DCP | Dirección de Compras Públicas |
| DD.HH. | Derechos Humanos |
| DF | Distrito Federal |
| DFL | decreto con fuerza de ley |
| DL | decreto ley |
| D.O. | <i>Diario Oficial</i> |
| D.S. | decreto supremo |
| ed. | edición, <i>a veces</i> editor |
| eds. | editores |
| EE.UU. | Estados Unidos de Norteamérica |
| etc. | etcétera |
| Excma. | Excelentísima |
| FASA | Farmacias Ahumada S.A. |
| FIV | fecundación <i>in vitro</i> |
| FMI | Fondo Monetario Internacional |
| FNE | Fiscalía Nacional Económica |
| FONDECYT | Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico |
| ISBN | International Standard Book Number |
| <i>Ibid.</i> | <i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar) |
| ICMER | Instituto Chileno de Medicina Reproductiva |
| I.M. | Ilustre Municipalidad |
| JUNAEB | Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas |
| MYPE | Mediana y Pequeña Empresa |
| Mypimes | Pequeñas y Medianas Empresas |
| n. | nota |
| N° | número |
| OEA | Organización de Estados Americanos |

| | |
|-----------------|------------------------------------------------------------------|
| OMS | Organización Mundial de la Salud |
| <i>op. cit.</i> | <i>opus citatis</i> (obra citada) |
| p. | página |
| párr. | párrafo |
| párrs. | párrafos |
| PhD | Doctor of Philosophy |
| pp. | páginas |
| PPD | Partido por la Democracia |
| PUC | Pontificia Universidad Católica de Chile |
| RR.EE. | Relaciones Exteriores |
| S.A. | Sociedad Anónima |
| S.A.C. | Sociedad Anónima Comercial |
| Salcobrand | Farmacias Salcobrand S. A. |
| S.E. | Su Excelencia |
| SEREMI | Secretaría Regional Ministerial |
| SNA | Sociedad Nacional de Agricultura |
| Sr. | señor |
| ss. | siguientes |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| t. | tomo |
| TCE | Tratado de la Comunidad Europea |
| TCF | Tribunal Constitucional Federal Alemán |
| TCP | Tribunal de Contratación Pública |
| TDLC | Tribunal de la Libre Competencia |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea |
| TUE | Tratado de la Unión Europea |
| UE | Unión Europea |
| UNESCO | United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization |
| UPI | United Press International |
| UTA | Unidad Tributaria Anual |
| <i>v.gr.</i> | <i>verbi gratia</i> (por ejemplo) |
| <i>vid.</i> | véase |
| vol. | volumen |

vols. volúmenes
vs. versus
VV.AA. autores varios

Instrucciones a los autores

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 2 | 2013

INSTRUCCIÓN PARA LOS AUTORES

Derecho Público Iberoamericano es una revista semestral del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se publica los meses de abril y octubre de cada año.

Se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios primarios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea buscamos vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes.

La revista cuenta con cuatro secciones permanentes: “estudios”, “ensayos”, “comentarios de jurisprudencia” y “recensiones”.

1. Materias de interés

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho Administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: Derecho Tributario, Derecho Económico, Derecho Ambiental, Derecho Eléctrico, Derecho de Aguas, etcétera.

2. *Perspectivas de interés*

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del Derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del Derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes

3. *Tipos de colaboración*

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

4. *Normas para la redacción de los trabajos*

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se consideran originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los trabajos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de palabras claves en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán el título profesional, los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece. En casos de tener varios grados académicos, se indicará el más alto.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta.

5. *Referencias bibliográficas*

1. Las referencias bibliográficas a pie de página serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican sólo tres elementos: autor –nombre y apellidos (EN VERSALES)–, título de la obra (*cursiva* si es libro, y “entre comillas” si es artículo), y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

2. Las referencias jurisprudenciales se indicarán del modo que sigue: Tribunal/ (año de dictación); Rol/, considerando o párrafo citado.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal y antes del año de dictación.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo al uso oficial o común de cada tribunal reconocido en la comunidad científica, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional español.

3. La referencia completa de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título Bibliografía.

Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), *Título de la publicación (en cursiva)* / (Edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

Si es una traducción puede indicarse así:

Ejemplo: Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

Si se trata de un artículo dentro de un libro: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ indicación de nombre y APELLIDOS del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.)/ *Título del libro (en cursiva)* / Número de edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Ejemplo: Elena VICENTE DOMINGO, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

Si se trata de un artículo de revista: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ *Nombre de la revista (en cursivas)*, año, vol. y N° (cuando corresponda) / Ciudad /Año.

Ejemplo: Andrés BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, N° 1, Valdivia, 2007.

En cuanto a las referencias ya citadas: por regla general se identifican por apellido del autor (en versales), las dos primeras palabras de la obra, puntos suspensivos (en cursivas si es *libro* o entre corchetes si es “artículo”), *op. cit.* y página, o simplemente apellido (en versales) y *op. cit.*, cuando corresponda.

Ejemplos: GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, *op. cit.*

BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.

LE TOURNEAU, *op. cit.*

En el caso que la obra o documento citado se reitere inmediata y sucesivamente, basta con colocar *ibid.* u *op. cit.* y página, según corresponda.

Si se trata de un documento en formato electrónico: AUTOR(ES) (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES,) / *Título (en cursiva si es libro y entre “comillas” si es artículo)*, año de publicación / Disponible en: Dirección electrónica completa. Consultada el...

Si se trata de jurisprudencia: Tribunal / (Año de dictación): Rol / Fecha de la sentencia. Sede de edición o publicación y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

6. Envío de los trabajos

Los trabajos deben ser enviados a *Derecho Público Iberoamericano*, correo electrónico rdpi@udd.cl, a nombre del director de la revista, Dr. Julio Alvear Téllez, o de la coordinadora de redacción, Srta. Camila Javiera López Bradanovic

7. Proceso de selección de los trabajos

7. Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de dos árbitros especialistas en el tema. La evaluación será anónima. El autor recibirá oportunamente el resultado de los informes de acuerdo con los criterios de relevancia u oportunidad de la materia tratada, redacción, originalidad, solidez argumentativa y conclusiva, y uso de fuentes bibliográficas, entre otros.

Este número, de mil ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de abril de 2013
en Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

