

UBO

ISSN 0718-2457

Revista
Jurídica de la
Universidad
Bernardo
O'Higgins

Ars
Ars
Boniet
Boniet
Aequi
Aequi

Año 13 • Número 1

UNIVERSIDAD
BERNARDO
O'HIGGINS

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

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

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

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

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

Año 13 N° 1, junio 2017

ISSN 0718-2457 Versión impresa

ISSN 0719-2568 Versión en línea

DIRECTORA

Dra. Regina Ingrid Díaz Tolosa, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Julio Alvear Téllez, Universidad del Desarrollo, Chile.

Dr. Carlos Amunátegui Perelló, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

Dr. Juan Baró Pazos, Universidad de Cantabria, España.

Dr. Carlos Darío Barrera, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.

Dr. Allan Brewer-Carías, Universidad Central de Venezuela, Venezuela.

Dr. Francisco Cuenca Boy, Universidad de Cantabria, España.

Dr. Carlos José De Cores Helguera, Universidad Católica del Uruguay, Uruguay.

Dr. José Díaz Nieva, Universidad Santo Tomás, Chile.

Dra. María Candelaria Domínguez Guillén, Universidad Central de Venezuela, Venezuela.

Dr. Manuel Estrada Sánchez, Universidad de Cantabria, España.

Dr. Jakob Fortunat Stagl, Universidad de Chile, Chile.

Dra. Miriam Henríquez Viñas, Universidad Alberto Hurtado, Chile.

Dr. Eduardo Hernando Nieto, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú.

Dr. Carlos Isler Soto, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Dr. David Lantarón Barquín, Universidad de Cantabria, España.

Dra. María Leoba Castañeda Rivas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Dr. Raúl Madrid Ramírez, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

Dra. Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda, Universidad Complutense, España.

Dr. Marcelo Nasser Olea, Universidad de Los Andes, Chile.

Dr. Juan Manuel Portilla Gómez, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
Dra. Cristine Koehler Zanella, Universidade Federal de Uberlândia, Brasil.

COMITÉ DE REDACCIÓN

Secretaría de Redacción

Denisse Aliaga Rencoret, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Asistente de Redacción

Iván Verdejo Clavero, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Ayudantes de Redacción

Christine Francesca Bach Soto, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Alejandro Espinoza Espinoza, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Daniel Marcelo Morales Alegría, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

PAGINA REVISTA

<http://www.arsboni.ubo.cl/>

INDEXACIONES

Al-día, El Mercurio Legal, Westlaw, Vlex, ProQuest, EBSCO (Fuente Académica Plus y Fuente Académica Premier), Dialnet y Latindex-Catálogo.

Avenida Viel 1497, Santiago-Chile.

Teléfonos: (56-2) 4774147- 4774150 - Fax: (56-2) 4774141.

E-mail: arsboni@ubo.cl

IMPRESIÓN - PRODUCCIÓN GENERAL: Gráfica LOM.

ÍNDICE

Editorial

REGINA INGRID DÍAZ TOLOSA 7

ESTUDIOS

Hacia la seguridad alimentaria en contextos de cambio climático en clave de gobernanza global

ANDREA LUCAS GARÍN Y MARÍA CONSTANZA CUBILLOS TORRES 11

Autonomía privada y régimen económico del matrimonio entre contrayentes de diferentes países. ¿Una alternativa de regulación?

CAMELIA FAJARDO MONTOYA 43

Gobernanza y derecho de aguas en Chile

NICOLÁS CANNONI MANDUJANO Y JUAN JOSÉ CROCCO CARRERA .. 65

La expulsión como pena contra un inmigrante: ¿es un castigo o un premio para el condenado extranjero sin residencia legal?

CARLOS GUTIÉRREZ MOYA 95

Aproximación a un estudio sobre los fines del proceso y la “verdad”

FRANCISCO ALBERTO RUAY SÁEZ 131

Presunción de inocencia y concepciones de la obligación moral

HUGO OMAR SELEME 159

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Derecho a la protección de la vida privada en Chile: El caso de la ley que proponía el registro de usuarios de cibercafés

JAANA BRAZ RODRIGUES 191

RECENSIONES

Rüthers, Bernd: Dies Heimliche Revolution Vom Rechtsstaat Zum Richterstaat, 2ª edición, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, 205 pp.

CARLOS ISLER SOTO..... 225

Instrucciones a los autores.....231

Instructions to authors241

EDITORIAL

Estimado lector, en sus manos tiene un nuevo fascículo de la revista jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*. En esta oportunidad presentamos seis estudios, un comentario de jurisprudencia y una reseña. Las investigaciones y comentarios se circunscriben a temáticas pertenecientes al Derecho Internacional Público y Privado, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Procesal y Teoría Política, los cuales concretan la política editorial de esta publicación, al contribuir con propuestas novedosas y serias a la construcción de la Dogmática Jurídica en Latinoamérica en sus respectivas disciplinas, con contribuciones provenientes desde Argentina, Brasil, Chile y Cuba.

Agradecemos a los estudiantes de la Universidad Bernardo O'Higgins, Christine Bach Soto, Daniel Morales Alegría y Alejandro Espinoza Espinoza, quienes conforman este 2017 el equipo de redacción de la revista, por la acuciosa labor que desarrollan con compromiso, esmero y dedicación. Asimismo, a nuestros egresados, Iván Verdejo Clavero y Denisse Aliaga Rencoret, quienes desempeñan funciones de coordinación y comunicación entre los diversos actores del proceso editorial, incluidos quienes han colaborado en esta edición como autores y pares evaluadores. Todos se han convertido en agentes que coadyuvan a la transmisión de los resultados de investigaciones jurídicas en temas actuales y relevantes como los son la seguridad alimentaria, los regímenes económicos de matrimonios entre cónyuges de diferentes países, los elementos de gobernanza en el Derecho de Aguas chileno, la expulsión de extranjeros sin residencia legal condenados, las relaciones entre los fines del proceso y el concepto de verdad, el principio de inocencia y el concepto de obligación moral, el derecho a la protección de la vida privada, y el poder político de los jueces del Tribunal Constitucional alemán.

Entonces, esperamos que el constante trabajo de nuestro equipo lo satisfaga con el interesante contenido de este número y que su lectura sea un regocijo.

Regina Ingrid Díaz
Directora Responsable
Ars Boni et Aequi

ESTUDIOS

HACIA LA SEGURIDAD ALIMENTARIA EN CONTEXTOS DE CAMBIO CLIMÁTICO EN CLAVE DE GOBERNANZA GLOBAL*

Towards Food Security in contexts of Climate Change in a Global Governance key

ANDREA LUCAS GARÍN**

MARÍA CONSTANZA CUBILLOS TORRES***

Universidad Finis Terrae
Santiago, Chile

* Los resultados preliminares fueron expuestos en las XLVI Jornadas Chilenas de Derecho Público “Hacia una nueva Forma de Gobierno y Administración. Perspectivas nacionales e internacionales”, llevadas a cabo los días 17 y 18 de noviembre de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en la Comisión Derecho Internacional. Este trabajo se enmarca en el desarrollo del Proyecto FONDECYT de Iniciación 2015 Nro. 11150382 titulado “Instrumentos comerciales para enfrentar el cambio climático en Chile: vínculos con el sistema internacional de comercio”.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y LLM in International Law. Profesora Investigadora Universidad Finis Terrae, Av. Pedro de Valdivia 1509, Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Santiago de Chile, Chile. Correo electrónico: <andrealucasg@hotmail.com>.

*** Médico Veterinario y Asistente de Investigación de la Universidad Finis Terrae. Av. Pedro de Valdivia 1509, Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Santiago de Chile, Chile. Correo electrónico: <mcubillost@uft.edu>.

Artículo recibido el 12 de diciembre de 2016 y aceptado para publicación el 30 de marzo de 2017.

RESUMEN: En el contexto del Sistema de Protección Climática y de su más reciente tratado multilateral, el Acuerdo de París, el trabajo inicia con un bosquejo de la Gobernanza Global como un escenario donde se centra la investigación, para ocuparnos a continuación de la Seguridad Alimentaria a fin de conceptualizarla, luego abordaremos el Sistema Climático y los impactos específicos que tendrá sobre la Seguridad Alimentaria en esta región latinoamericana; se revisarán las inclusiones sobre Seguridad Alimentaria que el Acuerdo de París previó; se examinarán los pasos que está dando Chile en la materia, para finalizar con algunas medidas específicas que los Estados debieran ir emprendiendo, de modo de ir asegurando la Seguridad Alimentaria, como parte de sus compromisos asumidos en el Acuerdo de París. Se aportarán conclusiones en clave de Gobernanza Global.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Alimentaria, Cambio Climático, Acuerdo de París, Gobernanza Global

ABSTRACT: *In the context of the Climate Protection System and its most recent multilateral treaty, the Paris Agreement, this paper begins with an outline of Global Governance as a scenario where research is focused, in order to conceptualize what is Food Security. Then we will address the Climate System and the specific impacts it will have on Food Security in the Latin American region; the Food Security inclusions envisaged by the Paris Agreement will be reviewed; the steps being taken by Chile in this area will be examined in order to finalize proposing some specific measures that States should undertake in order to ensure Food Security as part of their commitments under the Paris Agreement. Key findings from Global Governance will be provided.*

KEYWORDS: *Food Security, Climate Change, Paris Agreement, Global Governance*

INTRODUCCIÓN: ESBOZANDO LOS CARACTERES DE LA GOBERNANZA GLOBAL

Siguiendo la tendencia desarrollada en la “era de los objetivos”¹, en 1992 la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se planteó a la Seguridad Alimentaria como una de las finalidades propias

¹ En palabras de la Secretaria Ejecutiva de la CEPAL. OCAMPO (2015) p. 11.

del Sistema de Protección de Cambio Climático², hoy con más de 22 años de vigencia.

El Cambio Climático continúa siendo una materia que ha atrapado la atención internacional, conformando un sistema que se ve enriquecido por las informaciones científicas que el Grupo Intergubernamental de Cambio Climático (PICC en adelante) renueva, y por las continuas negociaciones climáticas multilaterales. El Sistema de Protección Internacional se encuentra revitalizado a la luz del Acuerdo de París, vigente desde el 4 de noviembre de 2016, el primer gran acuerdo ambiental del Siglo XXI.

Dentro de las temáticas relacionadas, la Seguridad Alimentaria se presenta como un concepto nacido a instancias de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (en adelante FAO), que ha procurado que los Estados la atiendan, atenta a que la lucha contra el hambre y la pobreza resultan un objetivo relevante.

Pensamos que tanto el Cambio Climático como la Seguridad Alimentaria se interceptan y son ejemplos de Gobernanza Global, es decir, de cómo los procesos y las instituciones internacionales conllevan impactos sobre los sistemas jurídicos; y son bienes públicos que influyen en las actividades que deben llevar adelante los Estados, pero que también tienen efectos sobre organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales (ONGs), individuos, etc.

En el contexto del fenómeno climático y de su más reciente tratado multilateral, el Acuerdo de París, iniciaremos con un bosquejo de la Gobernanza Global como un escenario donde quisiéramos centrar nuestro trabajo, para ocuparnos a continuación de la Seguridad Alimentaria a fin de conceptualizarla y distinguirla de otros términos relacionados con el Derecho a la Alimentación, luego abordaremos el Sistema Climático y los impactos específicos que tendrá sobre la Seguridad Alimentaria en esta región latinoamericana; se revisarán las inclusiones sobre Seguridad Alimentaria que el

² Desde su Artículo 2 Objetivo: El objetivo último de la presente Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes, es lograr, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención, la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, *asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada* y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible (CMNUCC, el énfasis es nuestro).

Acuerdo de París previó; se examinarán los pasos que ha dado Chile en la materia, para finalizar con algunas medidas específicas que los Estados debieran considerar, de modo de ir asegurando la Seguridad Alimentaria, como parte de sus compromisos asumidos en el Acuerdo de París. Las conclusiones recogerán algunas ideas en clave de Gobernanza Global.

Para el Derecho Ambiental, la cooperación internacional es una herramienta prioritaria que siempre ha utilizado desde sus inicios, allá por la década del setenta. En términos más actuales, la cooperación internacional se ve renovada por las perspectivas que la relacionan con la Gobernanza Global. En este apartado esbozaremos³ algunas características de la Gobernanza Global y las proyectaremos sobre las temáticas Seguridad Alimentaria y Cambio Climático.

En cuanto a los fundamentos de la Gobernanza Global, “[...] dicho concepto alude a una serie de transformaciones vinculadas a la globalización, que han afectado el entorno y las capacidades de los Estados nacionales”.⁴ Esto se conecta con la globalidad del Cambio Climático, en cuanto a un fenómeno del que no escapa ningún Estado ni población (como ratificaremos al ocuparnos de sus impactos), como un problema global que activa la demanda de mayor internacionalidad y de más específicas regulaciones, según Anne Peters.⁵

Como primer adelanto de sus elementos, coincidimos con Serna de la Garza, que explica que la Gobernanza Global envuelve complejas interacciones entre Estados, organizaciones intergubernamentales y actores no-estatales de diversa índole (como empresas transnacionales y ONGs internacionales).⁶

Veamos a continuación los cuatro rasgos que caracterizan a la Gobernanza Global, conforme nos ilustran Von Bogdandy, Dann y Goldmann⁷. El primer rasgo presenta a la Gobernanza como un tema no solo de actores públicos (reconoce la importancia de las organizaciones internacionales y también destaca la relevancia de los instrumentos de carácter privado o híbrido, así como los emitidos por particulares); el segundo muestra que la informalidad es más aceptada (atento a que muchas instituciones, procedimientos e instrumentos

³ Esbozaremos estos temas dado que tienen muchas derivaciones en el Derecho Internacional, como las de Autoridad Pública, Fragmentación, etc.

⁴ SERNA DE LA GARZA (2009) p. 24.

⁵ PETERS (2016) p. 3.

⁶ SERNA DE LA GARZA (2009) p. 26.

⁷ Cfr. VON BOGDANDY *et al.* (2008) p. 1378.

escapan a la comprensión de los conceptos legales establecidos); el tercero indica que pensar en términos de Gobernanza Global significa cambiar el enfoque de los actores a las estructuras y procedimientos; y el último se desprende del mismo uso del término "Global" en vez de "internacional": la Gobernanza Global hace hincapié en el enfoque multinivel (con lo que se supera la división entre fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales).

A la luz de esos rasgos, podemos afirmar que la Seguridad Alimentaria es un concepto nacido al amparo de la FAO; por su parte, el Cambio Climático como fenómeno jurídico se ha desarrollado en el marco del Sistema de Protección de Cambio Climático bajo los auspicios del PNUMA⁸ centralmente y de la institucionalidad propia del Sistema, donde destacan las Conferencias de las Partes (COP), tanto de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático como del Protocolo de Kioto. Asimismo, vemos un avance de "otros actores, como las empresas que están en un proceso de auto-responsabilización en el campo ecológico".⁹

Sobre el segundo atributo, es posible que algunas características de informalidad se vislumbren, justamente, en el modo en que los Estados Partes del Sistema de Cambio Climático se van obligando. Aun cuando no todos los instrumentos tienen la misma obligatoriedad, estos encuentros anuales han ido de a poco reforzando al Sistema y asegurando su vitalidad y actualidad.

En relación con la tercera característica, las estructuras y procedimientos son elementos claves para comprender el Sistema de Protección Climático, que ha nacido de un convenio marco, con dos protocolos que han continuado desarrollándose en base a estas reuniones anuales que mencionamos, que también se han retroalimentado por las presencia de la sociedad civil, donde las ONG's han cumplido un rol informativo, consultivo, pero también multiplicador en la difusión del fenómeno y su concientización, junto con el de reforzar la presencia de estas temáticas en las agendas públicas e incluso privadas.¹⁰

⁸ PNUMA son las siglas del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

⁹ Según FRANÇOIS OST: "La estrategia de la autor-responsabilización de las empresas en el campo ecológico consiste en 'interiorizar las externalidades producidas', como dicen los economistas, a la vez que se preserva su autonomía (REHBINDER, 1991, p. 598). Preocupadas por mejorar su imagen ante el gran público, teniendo en cuenta los efectos negativos de su acción sobre el medio natural a la vez que siguen controlando desde el interior el proceso normativo de reglamentación de esta acción, las empresas adoptan hoy día el discurso de la autorresponsabilidad", OST (2006) p. 102.

¹⁰ Piénsese en la Responsabilidad Social Empresarial por ejemplo, y en el desarrollo de Códigos de Conductas en las empresas, como señalamos en la nota anterior.

A la vista del cuarto rasgo, concordamos que la Gobernanza Global encierra un enfoque multinivel para el tratamiento de los tópicos, en el cual todos los niveles de gobierno (internacional, supranacional, regional, nacional y local) deben aunar sus esfuerzos para asumir los desafíos que la Seguridad Alimentaria y el Cambio Climático involucran.

En clave de regulaciones, hay un impulso a favor del desarrollo de estándares internacionales, que luego requieren ser traspasados al ámbito nacional por los Estados.¹¹ Esto puede ser considerado una muestra del modo en que la Gobernanza Global es una realidad que avanza en el Derecho Internacional.

Pensamos que este requerimiento de internacionalidad que destacamos, no significa que el Estado es más débil, sino que el Estado no puede en solitario cumplir con las exigencias de las propias demandas de legitimidad a las que debe responder frente a sus sociedades nacionales. Ahí es donde el Derecho Internacional acude en su ayuda para apuntalarlo y acompañarlo.

Se ha señalado la necesidad de más Derecho Internacional para hacer frente a una serie de cuestiones que no son claramente internacionales, pero que adecuadamente pueden ser descriptas como globales. Los asuntos globales son problemas que surgen a nivel de todo el mundo, y para los cuales el Estado, como una unidad normativa en última instancia, se considera insuficiente. Ellos normalmente se ocupan de la regulación de los “bienes públicos” o “comunes globales”. Algunas cuestiones “globales” son clásicos temas de Derecho Internacional que han de formularse en condiciones de globalización, por ejemplo, el Derecho del Mar se transforma gradualmente de una cuestión de competencia y libertades, a un régimen de intercambio de recursos, gestión de los recursos y la protección del medio ambiente. El Cambio Climático cae en esta categoría de “global”.¹²

Desde la perspectiva del Derecho Internacional del Siglo XXI, frente a su gran desarrollo normativo y su ensanchamiento por las materias de las que se

¹¹ Así lo ilustra SERNA DE LA GARZA (2009) pp. 29 y 30: “En primer lugar, los instrumentos de la OMC inciden sobre un gran número de materias reguladas por los órganos legislativos nacionales, que de alguna manera están vinculadas al comercio. Estas materias van desde los impuestos, incentivos fiscales, aranceles y subsidios, hasta normas oficiales, medio ambiente, medidas sanitarias, seguridad y propiedad intelectual, entre muchas otras. Esto significa que hay numerosos puntos de contacto entre las reglas de la OMC y el derecho nacional, en los cuales coinciden ambos, y en los que el derecho interno ha de ajustarse a los estándares del referido organismo intergubernamental”.

¹² Cfr. COTTIER *et al.* (2014) p. 318.

ocupa, se observa un re-enfocamiento que ha pasado de ocuparse de lo que ocurría fronteras afuera de los Estados, a ocuparse cada vez más de lo que ocurre en sus fronteras adentro.¹³ De un Derecho Internacional regulador de las relaciones entre los Estados, a un Derecho cuyo foco son las actividades dentro de los Estados. Un ejemplo lo veremos en este artículo, dado que la Seguridad Alimentaria y el Cambio Climático son temas nacidos al amparo del Derecho Internacional y que muestran una tendencia cada vez más intensa de regular lo que ocurre dentro de las fronteras estatales.

Por último, debe advertirse que el concepto de Gobernanza Global también ha sido puesto en dudas, principalmente por la legitimidad de las instituciones que generan esta normatividad y por la inseguridad que afecta la predictibilidad y unidad del Derecho Internacional. Al igual que Von Bogdandy, Dann y Goldman¹⁴, vemos que la Gobernanza Global abre un camino para satisfacer la legitimidad contemporánea, donde ya no está solo el Estado, sino que también está acompañado por la comunidad internacional, representada por los tradicionales más los nuevos sujetos de la escena internacional.

I. EN CONTEXTOS DE SEGURIDAD ALIMENTARIA

1. *Distinciones en clave alimentaria*

Antes de esbozar un concepto de *Seguridad Alimentaria*, quisiéramos hacer mención de que el Derecho Internacional se ha ocupado del Derecho a la Alimentación, consagrándolo como un derecho humano ya desde la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵, y con mayor precisión en

¹³ Con ideas similares MANGAS (2014) p. 32: "De esta forma, igualdad de derechos y la mejora de las condiciones de vida se ponen al servicio del valor por excelencia, entonces y hoy, la paz. Ahora bien, la ausencia de guerra no es suficiente, no es una situación sin más, sino que precisa de condiciones previas que la sustenten, la fortalezcan y la hagan duradera".

¹⁴ Cfr. VON BOGDANDY *et al.* (2008) p. 1376.

¹⁵ Artículo 25: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. Hacemos presente que no seguiremos un abordaje desde los Derechos Humanos de la Seguridad Alimentaria.

el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁶, el cual explica con mayor detalles los compromisos que los Estados toman en relación con este derecho.¹⁷

La relación del Derecho a la Alimentación con la Seguridad Alimentaria consiste en que ésta es “[...] una condición necesaria para el disfrute del Derecho a la Alimentación, definiéndose como un Estado donde está garantizado el acceso a todas las personas, en todo momento a los alimentos necesarios, seguros y nutritivos para llevar una vida sana”.¹⁸

Elemento fundamental del Derecho a la Alimentación es el acceso a los alimentos. Éste último debe ser considerado como acceso físico y también económico, es decir disponiendo de los medios o recursos para obtener una alimentación apropiada. Ahora bien, y siguiendo la Observación General

¹⁶ Artículo 11: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos programas concretos, que se necesiten para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logre la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

¹⁷ El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se viola cuando un Estado no garantiza la satisfacción de un nivel mínimo para que las personas no padezcan hambre. Así, el Comité del Pacto, debió definir, cuáles eran las obligaciones del Estado con respecto a este derecho: Ellas son respetar, proteger y satisfacer sus necesidades básicas alimentarias. *Cfr.* GORDILLO y MÉNDEZ (2013) p.5. Y según lo indicado por el relator del Comité, si un individuo no fuese capaz de proveer la alimentación básica, los Estados deben otorgarla directamente. *Cfr.* “Relator Especial sobre el derecho a la alimentación”, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) (1996-2017). Disponible en: < <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Food/Pages/FoodIndex.aspx>>, fecha de consulta: 4 de abril 2017.

¹⁸ RODRÍGUEZ-CHAVES y PÉREZ (2015) p. 50. Esta perspectiva de Derechos Humanos no será parte de nuestro análisis.

n°12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas¹⁹, este derecho debe contemplar tanto la disponibilidad de alimentos como su calidad.

En consonancia con lo anterior, el Comité ha señalado que los Estados deben alcanzar una alimentación adecuada para todas las personas de manera progresiva, y por último, que no solo es el Estado el responsable de asegurar este derecho, sino la sociedad en su conjunto.

Un concepto parte del Derecho a la Alimentación, en el cual no nos centraremos, empero es necesario distinguir, es el de Soberanía Alimentaria, que básicamente es el derecho de los pueblos a que de manera autónoma elijan su política alimentaria y forma de utilizar sus recursos.

La Soberanía Alimentaria tiene su origen en movimientos campesinos que, en contra de la lógica de mercado, proponen terminar con el hambre desde una concepción agroecológica en torno a algunos pilares como son: alimentación para el pueblo, sistemas compatibles con la naturaleza, fomento de la agricultura familiar campesina, control a favor del mercado local, entre otros.

El concepto tomó fuerza luego de ser planteado en la Cumbre de Alimentación en Roma (1996). Sus alcances son amplios, y lo interesante que tiene es el énfasis que pone en los recursos y en su uso sustentable, sin embargo sigue el debate, y aunque algunos Estados lo han incluido en sus legislaciones (al igual que el de Seguridad Alimentaria), no ha sido aceptado por todos los países miembros de Naciones Unidas.²⁰

¹⁹ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas es un órgano independiente y está conformado por 18 miembros, tiene a cargo el monitoreo e interpretación del Pacto, específicamente se expidió sobre el Derecho a una Alimentación Adecuada en la Observación General n° 12.

²⁰ La Ley Marco sobre Derecho a la Alimentación, Seguridad y Soberanía Alimentaria, aprobada en la XVIII Asamblea Ordinaria del Parlamento Latinoamericano de 2012 en Panamá, señala en su Artículo 1°: “El objeto de la presente Ley es establecer un marco jurídico de referencia, que permita a cada Estado establecer políticas y estrategias para garantizar de manera permanente y con carácter de prioridad nacional “El Derecho a la Alimentación”, la seguridad alimentaria y nutricional de la población, para el disfrute de una vida sana y activa. Los Países que hayan adoptado el concepto de Soberanía adecuarán el objeto de la presente Ley”. Esta ley-modelo ha sido adoptada en el marco de FAO y como podemos derivar de la cita anterior, no adscribe a la Soberanía Alimentaria como un concepto a seguir.

Los Estados que conciben a la Soberanía Alimentaria dentro de sus legislaciones son: Argentina en su Acuerdo de Cooperación en materia de Soberanía y Seguridad Alimentaria con la República de Venezuela, este último también posee su propia Ley Orgánica; Bolivia en la Ley de Revolución Productiva Comunitaria Agropecuaria; Ecuador tiene la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria; y por último, Nicaragua en su Ley nº 693. Se advierte que todos ellos son países en desarrollo y que la asimilación del concepto no ha conllevado un aseguramiento real que asegure tanto la Soberanía como la Seguridad Alimentaria.

De allí que la Seguridad Alimentaria, como veremos, es un concepto más neutro y es el que se ha utilizado como base en la construcción de políticas alimentarias, programas que trabajan para la erradicación del hambre y que siguen los lineamientos FAO.

2. Aproximaciones a la 'Seguridad Alimentaria'

En 1974 fue convocada la Conferencia Mundial de la Alimentación en razón de la preocupante situación de desnutrición generalizada y la necesidad de cubrir las futuras demandas alimentarias. En ese marco se adoptó la Declaración Universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición, en la cual se reconoció el Derecho inalienable de las personas a no padecer hambre, con el fin de que éstas puedan desarrollarse plenamente, siendo tarea de todos los Estados garantizarlo.

Allí surgió la idea de la Seguridad Alimentaria, definida como “[...] un sistema mundial de seguridad alimentaria que asegure la disponibilidad suficiente de alimentos a precios razonables en todo momento, independientemente de las fluctuaciones y caprichos periódicos del clima y sin ninguna presión política ni económica” (punto g).²¹ Esta noción fue la primera que apareció, sin embargo ya en el año 2002 existían más de doscientas definiciones en la literatura.²²

A lo largo de los años, el concepto ha ido adquiriendo nuevos matices que enriquecieron sus alcances²³. Los principales dan cuenta que en 1983 la

²¹ La Declaración fue aprobada el 16 de noviembre de 1974 por la Conferencia Mundial de la Alimentación, convocada por la Asamblea General en su resolución 3180 (XXVIII) de 17 de diciembre de 1973; y que hizo suya la Asamblea General en su resolución 3348 (XXIX) de 17 de diciembre de 1974.

²² TOMA –TBIANOV y SARAMET (2012) p. 153.

²³ CLAY (2002) p. 27.

FAO agrega la idea de garantizar el acceso físico y económico de alimentos; en 1986 el Banco Mundial opta por otro, que incluye un aspecto nuevo que consiste en proveer alimentos suficientes para llevar una vida activa y saludable. Años después, en 1996, con motivo de la Cumbre Mundial de Alimentación, el concepto se complejiza, sumando que la Seguridad Alimentaria debe darse a nivel individual, familiar, nacional, regional y mundial. Como se advierte la noción se ha ido perfeccionando, incluyendo aspectos económicos y culturales, hasta llegar a la actual, que incluye la inocuidad y nutrición.

La definición más comúnmente aceptada hoy y que vemos se mantiene en textos de la FAO, explica que la Seguridad Alimentaria es: “La situación que se da cuando todas las personas tienen, en todo momento, acceso físico, social y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana”.²⁴

Esta concepción comprende cuatro dimensiones, a saber: “la disponibilidad de los alimentos, su acceso físico y económico, la utilización que se hace de ellos para cubrir necesidades biológicas y la estabilidad a lo largo del tiempo”.²⁵ A pesar de la existencia de una conceptualización, en cuanto a su aplicación los autores destacan que se entiende y se utiliza de diferentes formas, según el contexto y la región geográfica estudiada.²⁶

La situación contraria es la inseguridad alimentaria y las causas de ella son múltiples: no disponibilidad de alimentos, poder adquisitivo insuficiente, entre otras; puede darse de manera crónica, estacional o transitoria.²⁷ En la actualidad, hay muchos Estados que siguen padeciendo inseguridad alimentaria crónica, con altos niveles de desnutrición y hambre producto de crisis económicas y desastres naturales; ésta se caracteriza por ser a largo plazo, persistente, en que las personas no tienen capacidad de satisfacer necesidades básicas alimenticias.

En el caso de nuestra América Latina, no hay homogeneidad respecto a la Seguridad Alimentaria de los distintos Estados. No obstante, los 33 países de

²⁴ Seguimos a RODRÍGUEZ-CHAVES y PÉREZ (2015) p. 51. Agregamos que para algunos autores, el concepto FAO de Seguridad Alimentaria indica que se trata de la capacidad de suministro de alimentos a una población en cantidad suficiente y en condiciones adecuadas, también entendida como seguridad de suministro.

²⁵ Cfr. FAO *et al.* (2015) p. 58.

²⁶ BABU *et al.* (2014) p. 7.

²⁷ FAO *et al.* (2015) p. 58.

la región agrupados en la CELAC (Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños) aprobaron en enero de 2015 el Plan para la Seguridad Alimentaria, la nutrición y erradicación del hambre para 2025, el cual fue propuesto por FAO, CEPAL (Comisión Económica para América Latina) y ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración).²⁸ Este plan comprende las dimensiones del concepto de Seguridad Alimentaria y se estructura en base a 4 pilares:

A) Estrategias coordinadas de Seguridad Alimentaria, a través de políticas nacionales y regionales: entre ellas, fortalecer marcos jurídicos, facilitar el comercio y crear programas de abastecimiento de alimentos.

B) Acceso oportuno y sostenible a alimentos inocuos a todas las personas: dentro de esto, se comprenden programas de transferencias condicionadas²⁹, crear trabajos estables, fortalecer agricultura familiar.

C) Bienestar nutricional y aseguramiento de nutrientes: con programas que pongan énfasis en niños, mujeres en edad fértil y adultos mayores.

D) Producción estable de alimentos ante desastres naturales.

La región de América Latina y el Caribe ya ha cumplido uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio³⁰, el cual fue reducir el porcentaje de subalimentación a 5,5%, otros países incluso poseen tasas menores al 5%. Lo anterior, se debe al trabajo que han venido realizando los Estados³¹ adoptando medidas que se enmarcan dentro los pilares ya mencionados, entre ellos, programas agrícolas y de riego, leyes de promoción de alimentación saludable, etiquetado de los alimentos, etc.

²⁸ CEPAL *et al.* (2016) p. 9.

²⁹ Estos programas buscan disminuir brechas de pobreza a través de transferencias en dinero a familias vulnerables, condicionadas por acceso a otras formas de desarrollo de capacidades o habilidades.

³⁰ La Campaña del Milenio de las Naciones Unidas se inició en 2002 para lograr el apoyo y la inspiración de modo de avanzar en los Objetivos de Desarrollo del Milenio, ocho objetivos entre los que destacamos el Objetivo 1: Erradicar la pobreza extrema y el hambre; y el Objetivo 7: Garantizar la sostenibilidad del Medio Ambiente. Más información en “Podemos erradicar la pobreza. Objetivos de desarrollo del milenio y más allá de 2015”, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, sine data. Disponible en: <<http://www.un.org/es/millenniumgoals/bkgd.shtml>>, fecha de consulta: 2 julio 2016.

³¹ Para ver avances por países de la región ingresar a “Plataforma de Seguridad Alimentaria y Nutricional”, FAO, ALADI y CEPAL, 2017. Disponible en: <<http://plataformacelac.org/>>, fecha de consulta: 2 marzo 2017.

II. EN CONTEXTOS DE CAMBIO CLIMÁTICO

Desde el origen de la tierra, el clima ha experimentado variaciones fundamentalmente por causas naturales (erupciones, cambios en órbitas planetarias y en placas tectónicas)³². Junto a ello, el aumento de la población y los procesos de industrialización han incrementado la emisión de Gases de Efecto Invernadero (GEI), generando así el fenómeno de Cambio Climático. Los GEI permiten el desarrollo de la vida en el planeta al retener parte de la energía solar en la tierra (efecto invernadero natural). Entre estos gases se encuentra el dióxido de carbono (CO₂), el metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), hexafluoruro de azufre (SF₆), hidrofluorocarbono (HFC) y perfluorocarbono (PFC), y otros. Algunos de ellos se liberan a la atmósfera como parte de procesos naturales, mientras que otros son compuestos puramente industriales.^{33 34}

A continuación, aportaremos algunas informaciones del fenómeno climático, para revisar brevemente el modo en que la comunidad internacional ha asumido el problema.

1. Breves referencias al Cambio Climático

Los últimos años han sido testigos de que la concentración de GEI ha llegado a niveles nunca antes vistos. Este incremento es superior a la capacidad de remoción natural que tienen, elevando así la temperatura de la superficie terrestre en 0,85°C promedio durante el periodo de 1880 a 2012.³⁵

Este fenómeno, conocido como calentamiento global, es la manifestación más visible del Cambio Climático, cuyos efectos se expresan en los diferentes subsistemas del Sistema Climático, es decir, en la atmósfera, hidrosfera (océanos), litósfera (continentes), biosfera (flora y fauna), criósfera (hielos y nieve), los que funcionan como un todo que se autorregula con tiempos de respuesta que varían de uno a otro, por lo que un desequilibrio en uno de ellos implicará consecuencias en todo el sistema.³⁶

Según el último informe del PICC, las emisiones de GEI aumentaron más rápidamente entre 2000 y 2010 que en cada uno de los tres decenios anteriores. Las emisiones de CO₂ por quema de combustibles fósiles y

³² Cfr. GARREAUD (2011) p. 1.

³³ ONU (1998) p. 22.

³⁴ PICC (2006) p. 7.

³⁵ PICC (2013) p. 5.

³⁶ Según explica MARTIN (2009) p. 52 y 61.

procesos industriales, contribuyeron en alrededor del 78% al alza de emisiones de GEI totales de 1970 a 2010.³⁷

De acuerdo al último informe del PICC³⁸, se observan precipitaciones cambiantes, glaciares en retroceso, derretimiento de nieve y hielo, cambios en el nivel del mar, acidificación del mar, todo lo que está alterando los sistemas hidrobiológicos y generando múltiples consecuencias en los distintos ecosistemas. Asimismo, se generan fenómenos climáticos extremos, tales como olas de calor, sequías, inundaciones, ciclones e incendios forestales, entre otros.

Por ello puede afirmarse que los cambios de clima causan impactos en los sistemas humanos³⁹ y naturales, pero es en estos últimos donde los efectos son aún más evidentes.

Los efectos del Cambio Climático operan de distintas formas en los sistemas humanos. Destacamos los daños a la infraestructura por fenómenos climáticos extremos; pérdidas y mermas en los sistemas productivos como agricultura (por sequías), acuicultura y pesca (por cambios en el nivel del mar y acidificación); el déficit de agua, que afectará el consumo de este recurso, como también a la generación de electricidad; la salud humana será vulnerable a través de distintos mecanismos⁴⁰, entre ellos: se prevén episodios críticos de contaminación, olas de calor y es probable que se prolonguen las estaciones de transmisión de importantes enfermedades transmitidas por vectores, se altere su distribución geográfica, llegando enfermedades a sitios donde no se presentaban antes e incluso reemergiendo enfermedades zoonóticas⁴¹, sin embargo estos últimos impactos sobre la salud humana aún no están bien cuantificados según lo dicho por el PICC.

³⁷ PICC (2015) p. 5.

³⁸ Nos referimos al Informe "Cambio Climático 2013: Bases físicas". PICC (2013) p. 5, uno de los cuales fue conformando la información total del Quinto Informe de 2014.

³⁹ Al referirse a los impactos del Cambio Climático no solo hace referencia al medio ambiente, sino también incluye aspectos económicos (por quiebre de los modos tradicionales de producción y costos del Cambio Climático) y de bienestar social (desempleo, pobreza, enfermedades, vulnerabilidad climática).

Así, el Cambio Climático "pone en peligro las vidas y medios de subsistencia de todos los pueblos, y en particular de las personas más vulnerables y desfavorecidas de los países en vías de desarrollo". MARENGO (2010) p. 146.

⁴⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2016) p. 7.

⁴¹ OYHANTÇABAL *et al.* (2010) p. 175-176.

2. Rasgos del Sistema de Protección Internacional

Al amparo de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC)⁴², los Estados aunaron sus fuerzas por estabilizar los Gases de Efecto Invernadero a un nivel que evitara obstrucciones peligrosas con el Sistema Climático, de manera compatible con el desarrollo económico sostenible y de modo que se asegure que la producción de alimentos no se vea amenazada.

El Panel Intergubernamental de Cambio Climático (PICC), como órgano que provee la información científica del fenómeno, ha generado hasta la fecha cinco reportes, el primero en el año 1990, el segundo en 1995, el tercer Informe fue emitido en el año 2001, el cuarto Reporte es del año 2007. El último informe de 2014, el quinto informe técnico, inicia con la siguiente frase: “La influencia humana en el sistema climático es clara, y las emisiones antropógenas recientes de gases de efecto invernadero son las más altas de la historia. Los cambios climáticos recientes han tenido impactos generalizados en los sistemas humanos y naturales”.⁴³

La labor del Panel ha nutrido con sus informaciones al Sistema de Protección de Cambio Climático, dando luz al fenómeno de calentamiento, cuyo origen, es indudable, se desprende de la actividad humana sobre el Sistema Climático⁴⁴, y es por ello que en la Convención Marco sobre Cambio Climático (CMCC) de 1992, se define el Cambio Climático como “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante periodos de tiempo comparables”.⁴⁵

⁴² La Convención fue firmada en 1992, en ocasión de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo que se llevó a cabo en Río de Janeiro. Entró en vigencia dos años después, el 21 de marzo de 1994.

⁴³ Picc (2015) p. 2.

⁴⁴ Algunos autores dan una explicación más detallada y dicen “El CC es un fenómeno de largo plazo atribuido principalmente a los sistemas económicos, tanto en la generación de emisiones de GEI como en el deterioro de los ecosistemas, con los cuales el sistema climático interactúa. [...] Los procesos de desarrollo económico, después de la revolución industrial, han representado un deterioro generalizado tanto del sistema climático como de las funciones eco sistémicas relacionadas”. MORA-MOTTA y LEÓN RODRÍGUEZ (2017) p. 172.

⁴⁵ ONU (1992) p. 3.

La entrada en vigencia del Protocolo ha sido un tanto accidentada, dado que fue adoptado en Japón en 1997 y recién entró en vigor en febrero del 2005, luego de un largo proceso de ratificación⁴⁶, de similares características que el previsto en el Acuerdo de París (pero cuyo éxito ya se está palpando).

Como segundo instrumento del Sistema del Protocolo de Kioto, destacamos dos puntos relevantes: el primero es que los países desarrollados asumen compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones del período 2008 al 2012 (los que están extendidos hasta el 2020), por ende no hay obligaciones legales para los países en desarrollo, contando con un tratamiento diferenciado a su favor; el segundo punto tiene que ver con que añade herramientas para abaratar los costos de mitigación, creando tres mecanismos de mercado para intercambiar créditos de carbono, los llamados mecanismos flexibles, a saber: Aplicación Conjunta (AC), Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL, el mecanismo importante para países en desarrollo) y el Comercio de Emisiones de Carbono (donde la experiencia de la Unión Europea es la más relevante).

Inmediatamente vigente el Protocolo de Kioto, los Estados Partes estuvieron concentrados en las negociaciones climáticas para reemplazar el Protocolo, dado que el sistema enfrentaba el gran desafío de alcanzar un acuerdo internacional que avanzara en los compromisos; mientras, se fueron adoptando distintas decisiones que fueron implementando el Protocolo de Kioto. Las negociaciones lograron el cometido en la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 2015 (COP 21) en París.

3. Las primicias del Acuerdo de París

En este ítem nos ocuparemos de los puntos más relevantes del Acuerdo de París, el acuerdo multilateral ambiental más exitoso en cuanto a su entrada en vigor, la que ha sucedido en tiempo récord, en poco más de cinco meses, alcanzándose el mínimo de adhesiones para asegurar su vigencia desde el 4 de noviembre de 2016, y ya está funcionando con su primer período de sesiones de la Conferencia de las Partes en Marrakech del 7 al 18 de noviembre de 2016.⁴⁷

⁴⁶ El Protocolo de Kioto requería de 55 Estados Partes (incluidos Estados del Anexo 1) cuyas emisiones de GEI equivalieran al 55% del total de emisiones de CO² de las de los países desarrollados al año 1990.

⁴⁷ El 5 de octubre de 2016 el Secretario General de las Naciones Unidas anunció que ese día se cumplían las condiciones para la entrada en vigor del Acuerdo de París y que en-

Desde este Acuerdo, se impulsan los esfuerzos para limitar el aumento de la temperatura por debajo de 1,5 grados centígrados, y se acordó la mantención del aumento de la temperatura global por debajo de los 2°C. Este ya es un objetivo global de cumplimiento exigible por el Derecho Internacional.

Desde el inicio del Acuerdo se ratifica la noción de Desarrollo Sostenible y su íntima relación con el Cambio Climático, donde lo económico, lo social y lo ambiental deben combinarse en cualquier estrategia para enfrentar el fenómeno del calentamiento, ya que sería un error hacerlo solo desde una visión ambiental o desde una perspectiva económica.

En el Acuerdo, se destaca la importancia que se otorga tanto a la mitigación como a la adaptación y las acciones domésticas se revalorizan; está claro que la mitigación no es suficiente para enfrentar el fenómeno y que mayores costos de adaptación pueden ser necesarios si no hay mitigación (ver artículo 7, punto 4).

Un destacable avance del Acuerdo es que obliga de igual modo a todas las Partes a presentar sus Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (CDN), lo que deberán realizar cada cinco años; estas Contribuciones representarán un avance con respecto a las obligaciones asumidas por esa Parte hasta la fecha (un progreso), cada vez que las presentan, es decir deben incluir medidas más intensas y ambiciosas adoptadas en el marco de las obligaciones anteriores de ese Estado o Parte. Estos compromisos permitirán que las Partes le den seguimiento a sus emisiones y registren sus progresos, los que deberán ir enfocados en la disminución de las emisiones de GEI.

Esta equiparación en los compromisos de las Partes, se apoya en que los países desarrollados aumenten la prestación de un apoyo previsible a las Partes, que son países en desarrollo, en forma de financiación, tecnología y fomento de la capacidad. La contracara de igualar en las obligaciones a los países en desarrollo, reafirma que requieren asistencia para enfrentar acciones de mitigación y adaptación a largo plazo, incluso distingue a los países menos adelantados y a los pequeños Estados insulares en desarrollo.

traría en vigor el 4 de noviembre de 2016 (Cfr. "Preguntas y respuestas sobre temas jurídicos y de procedimiento relativos a la convocatoria del primer período de sesiones de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Acuerdo de París", Secretaría de la CMNUCC, 13 de octubre de 2016. Disponible en: < http://unfccc.int/files/meetings/marrakech_nov_2016/application/pdf/questions_and_answers_on_cma_1_esp.pdf>, fecha de consulta: 2 julio 2016). Hoy cuenta con más de 110 Estados Partes (de los 197 que son parte en la Convención Climática).

Como parte del Acuerdo, los Estados tienen la obligación de realizar un balance global periódico del inventario de emisiones, que evalúa los progresos a largo plazo en el marco de los objetivos del Acuerdo; estando previsto que el primer balance global se realizará en 2023 y luego cada cinco años.

Un punto interesante que se incluyó, tiene que ver con el Mecanismo Internacional de Varsovia para Pérdidas y Daños; es positivo que el Acuerdo asuma que el Cambio Climático genera pérdidas y daños asociados a sus efectos adversos, incluidos los fenómenos meteorológicos extremos y los fenómenos de evolución lenta. Y que el propio Sistema Climático obligue a todos los Estados a contar con sistemas de alerta temprana, a prepararse para situaciones de emergencia, e incluso abre la posibilidad de que estos sistemas preventivos funcionen de manera coordinada por varios Estados miembros del Acuerdo (por ejemplo, por regiones). Hay un reconocimiento del riesgo que el Cambio Climático significa para los Estados y también que la resiliencia es parte de lo que deben ocuparse.

Algo que se está instalando en la comunidad internacional, tiene que ver con la necesidad de que en el tratamiento de estos problemas se asegure la participación del sector público y privado para la implementación de las medidas nacionales.

En otro orden, el Acuerdo destaca al financiamiento como uno de sus elementos prioritarios; se ordena además que el mecanismo de financiamiento de la Convención Climática se haga extensivo a este Acuerdo (artículo 9).⁴⁸ Sin financiamiento, se ve lejana tanto la mitigación como la adaptación al Cambio Climático.

Como uno de los grandes temas que requieren de una implementación relevante, la transferencia de tecnología se alza como un gran desafío para el Acuerdo, tanto para mejorar la resistencia al Cambio Climático como para reducir las emisiones de GEI.⁴⁹

Sin menguar en la importancia de la implementación como una característica clásica del Derecho Ambiental, el Acuerdo se concibe en un marco de

⁴⁸ La Convención Climática aborda esto en el artículo 21, párrafo 3 (Disposición Provisional), prevé que el Fondo para el Medio Ambiente Global (PNUMA) y el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (BIRD) serán las instituciones que provisionalmente deben asegurar el mecanismo previsto en el artículo 11.

⁴⁹ La transferencia de tecnología toca muchos temas relacionados con el comercio internacional, como propiedad intelectual, subsidios, bienes ambientales, etc.

construcción de confianzas mutuas de modo transparente, cuyo objetivo último es promover la aplicación efectiva; se instituye un mecanismo para facilitar la aplicación y promover el cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo, que tendrá un cariz técnico, pero que considerará las condiciones nacionales, de una manera que sea transparente, no confrontacional ni punitivo (artículo 15).

Subrayamos que el Acuerdo reconoce una multiplicidad de niveles para enfrentar la problemática del calentamiento, desde el nivel local, sub-nacional, nacional, regional e internacional.⁵⁰

Los primeros pasos de implementación del Acuerdo a nivel internacional se han iniciado, la Proclamación de Acción de Marrakech explica que está en marcha “[...] el comienzo de una nueva era de implementación y acción para abordar el Cambio Climático y conseguir un desarrollo sostenible”. La Proclamación reconoce a la acción climática en multiplicidades de foros para responder al problema, y se habla de solidaridad, de actores no estatales, de grandes desafíos de desarrollo, etc.⁵¹

En suma, el Acuerdo presenta una visión más holística de las estrategias para enfrentar a largo plazo el Cambio Climático a nivel global; advertimos que suma los mecanismos y acuerdos negociados en las conferencias anuales, y marca un nuevo punto de partida en la cooperación climática que requerirá decisiones para la implementación. Revisaremos las principales conexiones de Cambio Climático y la Seguridad Alimentaria.

⁵⁰ Artículo 7 Punto 2. Las Partes reconocen que la adaptación es un desafío mundial que incumbe a todos, con dimensiones locales, sub-nacionales, nacionales, regionales e internacionales, y que es un componente fundamental de la respuesta mundial a largo plazo frente al cambio climático y contribuye a esa respuesta, cuyo fin es proteger a las personas, los medios de vida y los ecosistemas, teniendo en cuenta las necesidades urgentes e inmediatas de las Partes que son países en desarrollo particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático.

⁵¹ La “Marrakech Action Proclamation for our Climate and Sustainable Development” decidió en la sesión plenaria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP22 del 7 al 18 de noviembre de 2016). Consultar en “La Proclamación de Acción de Marrakech establece un proceso irreversible de acciones climáticas”, ONU Cambio Climático Noticias, sine data. Disponible en: < <http://newsroom.unfccc.int/es/noticias/la-proclamacion-de-accion-de-marrakech-establece-un-proceso-irreversible-de-acciones-climaticas/>>, fecha de consulta: 2 de diciembre de 2016.

III. INTERRELACIONANDO CAMBIO CLIMÁTICO Y SEGURIDAD ALIMENTARIA

Los impactos que hemos relatado que tendrá el Cambio Climático, afectarán a todas las regiones del planeta en mayor o menor medida, según la vulnerabilidad que posean. La temática está siendo abordada por distintos organismos internacionales, entre ellos destacamos a la FAO, la Organización Mundial de la Salud y la CEPAL, quienes a partir de los informes del PICC proporcionan nuevas soluciones y propuestas relativas a cada sector o región por la cual trabajan.

Como ya mencionamos, los sistemas naturales son altamente vulnerables al Cambio Climático y los efectos podrían comprometer seriamente la agricultura, silvicultura y la pesca; las consecuencias no solo serán para cada sector, sino que se perturbará en general la producción de alimentos, junto a ello el avanzar hacia la erradicación del hambre, la desnutrición y alcanzar la Seguridad Alimentaria serán metas más difíciles de alcanzar. Por esta razón, la FAO hace un llamado a los Estados para que enfrenten el Cambio Climático desde la perspectiva de la Seguridad Alimentaria.

Es evidente que el Cambio Climático afectará en mayor medida a países en desarrollo, más aún si estos poseen economías dependientes de sistemas agropecuarios; asimismo, la afectación llegará a países que son grandes exportadores de alimentos, por lo que se pronostican efectos que van mucho más allá de una región en particular. Ni que hablar de los Estados Insulares que usualmente dependen de su agricultura, que no solo se ve afectada por el fenómeno climático, sino que se ve reducida en su espacio de desarrollo (se quedan sin terreno).

La agricultura (gran proveedor de alimentos) como actividad, de por sí está subordinada a la variabilidad climática natural. Sumado a ello, el fenómeno climático hará que ésta quede aún más expuesta.⁵²

Por esto, la agricultura enfrenta grandes desafíos para adaptarse al Cambio Climático, los que pasan por gestionar de manera integrada el uso de suelos, mejorar la calidad de éstos, crear cultivos que sean más resistentes a

⁵² En el caso de América Latina, como contribuciones ya atribuibles al Cambio Climático relacionadas a la producción de alimentos se encuentran la mayor vulnerabilidad de los medios de subsistencia de los agricultores indígenas Aymara, aumento de los rendimientos agrícolas y expansión de las zonas agrícolas en la zona suroriental de América del Sur, además de cambios de flujo en el Amazonas, río de la Plata, y degradación de tierras. Picc (2014) p. 32.

condiciones climáticas adversas, entre otros. Asimismo, la población mundial crece y se requerirá aumentar la productividad de alimentos, sin embargo la tarea para los Estados es doble considerando que la actividad agropecuaria es gran fuente emisora de GEI. A nivel mundial el 13% de los GEI provienen de la agricultura, y en el caso de América Latina éste promedia el 21%; estos gases son principalmente el metano y el óxido nitroso, los que además tienen efectos en el calentamiento global muy superiores al del dióxido de carbono, por ello deberá gestionarse una agricultura sustentable, con otras tecnologías y acorde a la labor de mitigar la emisión de GEI.⁵³

Por lo tanto, su erradicación no solo pasa por aumentar la producción de alimentos y gestionar suelos para cultivos, pues para erradicar el hambre, además de prevenir y mitigar los efectos del calentamiento global, se deben tomar en cuenta los otros pilares en torno a la Seguridad Alimentaria.

1. Planteos en Seguridad Alimentaria en el Acuerdo de París

Dando continuidad a los grandes objetivos del Sistema Climático, el Acuerdo de París desde el Preámbulo incluye una referencia al “desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza”, y luego expresamente reza: “Teniendo presentes la *prioridad fundamental de salvaguardar la seguridad alimentaria* y acabar con el hambre, y la particular vulnerabilidad de los sistemas de producción de alimentos a los efectos adversos del Cambio Climático [...]” (el destacado es nuestro), se advierte que la Seguridad Alimentaria debe asegurarse de modo especial frente al Cambio Climático.

Por su parte, el Artículo 2 se refiere a los niveles de temperatura por debajo de los 2 grados Celsius con respecto a los niveles preindustriales, y a proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5 °C con respecto a los niveles preindustriales. Luego de ese compromiso claro, los Estados se comprometen a: “Aumentar la capacidad de adaptación a los efectos adversos del Cambio Climático y promover la resiliencia al clima y un desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero, *de un modo que no comprometa la producción de alimentos*” (el destacado es nuestro).⁵⁴

Vemos que el Acuerdo revitaliza a la Seguridad Alimentaria como un objetivo global, con lo cual frente al Cambio Climático los Estados no están

⁵³ RODRÍGUEZ *et al.* (2015) p. 13.

⁵⁴ Y de inmediato conecta con el financiamiento: “(c) Elevar las corrientes financieras a un nivel compatible con una trayectoria que conduzca a un desarrollo resiliente al clima y con bajas emisiones de gases de efecto invernadero”.

solos frente a ella, están como comunidad internacional comprometidos a cuidar esta finalidad. Otro alcance es que este compromiso multilateral exige de los Estados su inclusión como un objetivo nacional. Es más, puede ser regional y local también. Hay un reconocimiento en el Acuerdo de París a una gobernanza multinivel del Cambio Climático, como mencionamos más arriba.

Uno de los puntos que se indican como beneficiosos para los países en desarrollo, es la inclusión del Mecanismo Internacional de Varsovia para Pérdidas y Daños, que asegura que los daños y pérdidas sufridos por el fenómeno sean motivo de ayudas especiales dentro del Acuerdo. Asimismo, se posicionan los sistemas de alerta temprana que deberán desarrollarse en el marco del Acuerdo, vistos como una herramienta para prevenir y disminuir los impactos en los sistemas agropecuarios.

IV. BREVE RESEÑA DE SEGURIDAD ALIMENTARIA Y CAMBIO CLIMÁTICO EN CHILE

De lo que venimos reflexionando está claro que el Cambio Climático puede afectar negativamente la Seguridad Alimentaria de un Estado y por ello es necesario considerar sus vulnerabilidades para planear estrategias adecuadas en vistas de los compromisos adoptados.

Sobre las emisiones, en Chile van en aumento y las que provienen de la agricultura representan el 15% de las emisiones totales.⁵⁵ El desglose de este 15%, de acuerdo a los datos proporcionados por el Sistema Nacional de Inventarios de GEI (SNI Chile), son los siguientes⁵⁶: 52,4% proviene de suelos agrícolas, un 34,4% de fermentación entérica, 12,1% de manejo del estiércol y un 1% de cultivo de arroz y quema en el campo de los residuos agrícolas. Estos datos varían respecto a los considerados para América Latina y el Caribe, por lo que sería interesante evaluar medidas costo efectivas aplicadas a la realidad de Chile, que intenten disminuir los gases de la agricultura (entendida ampliamente) para Chile, sin que estas comprometan la Seguridad Alimentaria.

⁵⁵ CEPAL y OCDE (2016) p. 44.

⁵⁶ "Inventario nacional de gases de efecto invernadero de Chile, serie temporal 1990-2010", Ministerio del Medio Ambiente de Chile y Sistema Nacional de Inventarios de Gases Efecto Invernadero, diciembre 2014. Disponible en: <http://www.snichile.cl/sites/default/files/documentos/2014_iin_cl.pdf>, fecha de consulta: 8 de diciembre 2016, p. 92.

Chile, previo al Acuerdo de París, plantea una reducción del 30% de las emisiones de GEI al año 2030 (respecto a 2007), e incluso de un 45% de contar con el necesario financiamiento. Es por ello, entre otras cosas, que se trabaja fuertemente en el Plan de Acción Nacional de Cambio Climático (2017-2022). Si bien en dicho documento no se contempla un ítem acerca de la Seguridad Alimentaria, relacionados hay una serie de aspectos a ser considerados y que se irán indicando.

El anteproyecto del Plan de Acción Nacional ha definido nueve sectores prioritarios en los que deben implementarse planes sectoriales⁵⁷. De éstos, los que podrían vincularse directamente a Seguridad Alimentaria son: el silvoagropecuario, pesca y acuicultura, recursos hídricos y salud. Actualmente, solo dos de ellos ya se encuentran aprobados y en proceso de implementación, que corresponden al área silvoagropecuaria y pesca-acuicultura.

En dicho anteproyecto, los estudios en general indican que uno de los sectores más afectados por el Cambio Climático será el silvoagropecuario, en el que se prevé un desplazamiento de cultivos, producto del aumento de temperaturas y erosión del suelo, menor disponibilidad de agua para riego, afectando principalmente a agricultores y ganaderos de la zona norte y central del país. Sin embargo, no todo es negativo, ya que hacia el sur del país sí se esperan mejoras en la productividad.

En el plan sectorial para pesca y acuicultura (ya en fase de implementación), se describen algunos efectos positivos y otros negativos, según la captura de peces de que se trate, ya que algunos podrán encontrarse en mayor o menor disponibilidad según requieran mayores o menores temperaturas. Es posible que el aumento de temperaturas y salinidad del agua pueda afectar a los centros de cultivos (principalmente salmones, crustáceos y moluscos), por aumento de la prevalencia de enfermedades y plagas; contribuyendo a la proliferación de microalgas tóxicas. En definitiva, de los impactos previstos, éstos no solo podrán afectar la producción de alimentos, sino también la calidad de éstos, afectando la nutrición y salud de la población más vulnerable.

Este plan específico para pesca y acuicultura contempla contribuir a la adaptación de las áreas más vulnerables, con la idea de mejorar los

⁵⁷ El Plan se encuentra como anteproyecto trabajándose en su etapa final. *Cfr.* "Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2017-2022: anteproyecto en consulta pública", Ministerio del Medio Ambiente, 18 abril 2016. Disponible en: <<http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/04/Anteproyecto-PANCC-2017-2022-FINAL-2016-04-18.pdf>>, fecha de consulta: 7 de diciembre 2016, p. 29.

beneficios socio-económicos que entrega el sector y de resguardar la Seguridad Alimentaria y biodiversidad acuática. Es más, se señala expresamente, en el que podrán verse afectadas las cuatro dimensiones de la Seguridad Alimentaria.⁵⁸ Son las únicas medidas que se han tomado y que hacen referencia expresa a la Seguridad Alimentaria como una finalidad de estas políticas sectoriales.

En el caso del sector silvoagropecuario (plan en vigencia), se observa que es el Ministerio de Agricultura, siguiendo la línea de fomentar una agricultura sustentable, quien es el responsable de implementar el plan sectorial a través de regulaciones y programas que comprenden transferencia de tecnología, innovación y otorgamiento de apoyo financiero a pequeños productores.⁵⁹

Cabe destacar que la CONAF (Corporación Nacional Forestal) es la institución que trabaja contra la desertificación y erosión de los suelos. Algunas medidas concretas que se vienen desarrollando a partir del plan del año 2013 son: programas de mejoramiento genético para cultivos agrícolas, programas para establecer huella del agua, desarrollar un sistema nacional de gestión de riesgos frente a eventos climáticos y emergencias agrícolas, instrumentos de seguro agrícola frente a cambios climáticos, incentivos a la sustentabilidad, entre otras.⁶⁰

⁵⁸ Para ello, se trabaja en la implementación de manejo de pesqueras, determinar áreas aptas para acuicultura en base a los posibles escenarios climáticos, fortaleciendo otros programas ya existentes, buscando mecanismos de financiamiento, creación de incentivos y desincentivos para las buenas prácticas, entre otros. *Cfr.* “Plan de Adaptación al Cambio Climático para pesca y acuicultura”, Subsecretaría de pesca y acuicultura, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo y Ministerio del Medio Ambiente de Chile, 2015. Disponible en: <<http://portal.mma.gob.cl/wpcontent/uploads/2016/12/Plan-Pesca-y-Acuicultura-CMS.pdf>>, fecha de consulta: 19 de diciembre 2016, p. 18.

⁵⁹ *Cfr.* “Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2017-2022: anteproyecto en consulta pública”, Ministerio del Medio Ambiente, 18 abril 2016. Disponible en: <<http://portal.mma.gob.cl/wpcontent/uploads/2016/04/Anteproyecto-PANCC-2017-2022-FINAL-2016-04-18.pdf>>, fecha de consulta: 7 de diciembre 2016, pp. 15 y 33.

⁶⁰ Estas son algunas de las medidas que se enmarcan en las líneas de acción; son cinco, a saber: mejorar la competitividad de la agricultura, fomento a la investigación e innovación, promover la sustentabilidad económica, social y ambiental, acceso al mercado y por último modernizar el Ministerio de Agricultura y sus servicios. *Cfr.* “Plan de Adaptación al Cambio Climático del sector silvoagropecuario”, Ministerio de Agricultura y Ministerio del Medio Ambiente de Chile, octubre de 2013. Disponible en: <http://www.mma.gob.cl/1304/articulos-55879_InstrumentoFinalCC_Silvoagropecuario.pdf>, fecha de consulta: 8 de diciembre 2016.

En salud, aún se trabaja en elaborar un plan, no obstante en el documento Plan de Adaptación Nacional del período 2008-2012⁶¹ publicado el año 2015 se dan ciertas luces de algunos de los ejes que se deben seguir, ello porque el Cambio Climático alterará pilares de la salud humana, dadas las variaciones en la calidad de los alimentos y la disponibilidad de agua, por lo que una línea de acción debe orientarse a implementar medidas frente a los eventos extremos que puedan contaminar nuestros alimentos con el objeto de que la población pueda contar con un abastecimiento estable.

En general, puede decirse que no queda claro aún el papel de la Oficina de Cambio Climático en estas medidas, ni tampoco la participación de los ministerios relacionados, tampoco cuáles serán las medidas de monitoreo y seguimiento.

Exploradas estas primeras medidas que se están tomando en la materia, podemos advertir que en Chile se está avanzando en fijar las estrategias para enfrentar el Cambio Climático, hay conciencia que la agricultura requiere la atención renovada de las políticas públicas y esperamos que haya una mayor mirada hacia la Seguridad Alimentaria que asegure los cuatro pilares y que se coordine con las otras medidas que Chile debe tomar para asegurar la mitigación en las emisiones de GEI y la necesaria adaptación de los sistemas naturales y humanos.

V. PROPUESTAS DE MEDIDAS EN EL MARCO DEL CAMBIO CLIMÁTICO

Para cerrar este trabajo, nos gustaría sugerir algunas medidas que permitirían a los Estados ir cumplimentando sus compromisos frente al Acuerdo de París y la Seguridad Alimentaria, siguiendo las cuatro dimensiones, a saber:

1. Sobre la disponibilidad de los alimentos

A) Desarrollar la agricultura sostenible y aumentar productividad, e incentivar a productores (debería pensarse en subsidios, por ejemplo);

B) Desarrollar métodos de cooperación entre Estados (aprovechar ventajas y desventajas de los efectos del fenómeno climático entre las regiones, y también a nivel nacional)⁶²;

⁶¹ “Plan de Adaptación al Cambio Climático”, Ministerio del Medio Ambiente de Chile, 2015. Disponible en: <<http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/02/Plan-Nacional-Adaptacion-Cambio-Climatico-version-final.pdf>>, fecha de consulta: 8 de diciembre 2016, p. 61.

⁶² Se habla de que el Cambio Climático incrementará el potencial del movimiento de plagas y enfermedades, al tiempo que de productos, de un Estado a otro. De allí el llamado que

C) Incluir tecnologías y energías limpias;

D) Inversiones de los Estados en I+D (investigación y desarrollo).

2. Sobre cómo garantizar el acceso a los alimentos

A) Los Estados deben preparar sus políticas comerciales en relación con los alimentos (exportaciones/importaciones);

B) Reconocer la necesidad del manejo multinivel del acceso a los alimentos (entre Estados, a nivel nacional, regional y local).

3. En cuanto al consumo de alimentos y su nutrición

A) Avanzar en los proyectos sectoriales, con especial énfasis en salud;

B) Programas de inocuidad alimentaria transversales por sectores (mejorar trazabilidad de los alimentos en el contexto del comercio internacional, mayor incorporación de estándares internacionales, etiquetado, etc.);

C) Planes de cooperación internacional y regional frente a enfermedades emergentes ligadas a la producción y comercio de alimentos.

4. Estabilidad de la Seguridad Alimentaria

A) Trabajar en planes, institucionalidad y coordinación de los distintos organismos nacionales que intervienen en desastres;

B) Gestionar los distintos tipos de riesgos a los que están expuestos, junto con medidas de abastecimiento de alimentos, control sanitario de los alimentos y agua, revisión de planes y medidas inmediatas de mitigación frente a desastres que afecten la agricultura, la industria pecuaria y pequeños productores;

C) Comprender el riesgo en general, y promover las prácticas preventivas que mitiguen los peligros naturales y los desastres;

hace FAO a fortalecer la cooperación internacional y regional para facilitar el intercambio de conocimientos, el manejo común de recursos y el intercambio de recursos genéticos de plantas y animales. *Cfr.* FAO (2016) p. 102. Este Reporte de FAO es posterior al Acuerdo de París.

D) Estudiar nuevos métodos para la producción agropecuaria o reorientar y diversificar la producción de cada Estado, según las ventajas que cada uno posea.

CONCLUSIONES: UNA ÚLTIMA MIRADA DESDE LA GOBERNANZA GLOBAL

En este trabajo, nos propusimos adentrarnos en la Seguridad Alimentaria como uno de los grandes desafíos de la humanidad que en contextos de Cambio Climático y ante la exitosa partida del Acuerdo de París, el primer gran acuerdo ambiental y multilateral del Siglo XXI, se ven revitalizadas.

En el recorrido que realizamos mostramos los impactos que el Cambio Climático tendrá sobre los sistemas naturales y humanos y su directa relación con la Seguridad Alimentaria. La complejidad del Cambio Climático exige enfatizar las miradas desde la sustentabilidad, entendida como la armonización de los factores políticos, ambientales y económicos.

Una importante observación es que se propicia y apoya una mayor interacción entre la Seguridad Alimentaria y el Cambio Climático, para las acciones que a nivel institucional se están siguiendo, apoyo que se evidencia desde los propios textos de Cambio Climático, y que se enfatiza ante la posibilidad de nuevas medidas de implementación del Acuerdo de París, para lograr avances en Seguridad Alimentaria también.

Creemos que el Acuerdo viene a apuntalar las políticas nacionales para complementar con el fin último de la Seguridad Alimentaria. Asimismo, se plantea como un objetivo global complementario, con lo cual frente al Cambio Climático los Estados no están solos.

El desafío que la Seguridad Alimentaria conlleva para las políticas ambientales, alimentarias, de salud, económicas, energéticas, etc., es enorme, y la coordinación que el Estado deberá emprender y profundizar es muy grande. Ocuparnos brevemente del caso chileno nos permitió ver como aún falta un gran trabajo para abordar el Cambio Climático, de modo de asegurar la Seguridad Alimentaria. Vislumbramos que cada vez es más clara la necesidad de fortalecer la institucionalidad pública que enfrenta al Cambio Climático.

En contextos de Gobernanza Global, se abre un camino para satisfacer la legitimidad contemporánea, donde ya no está solo el Estado, sino que está acompañado por la comunidad internacional, representada por los tradicionales más los nuevos sujetos de la escena internacional; todo lo que va marcando la renovación de la cooperación internacional, la gran herramienta para enfrentar el Cambio Climático del Siglo XXI.

Pensamos que la lucha contra el Cambio Climático se ha desvanecido de la regulación doméstica, para pasar al campo de la cooperación internacional, y desde allí brindar los lineamientos que luego el derecho nacional deberá asegurar, con considerable libertad para decidir qué hacer para cumplir con sus compromisos. LÁNCOS⁶³ indica que este nuevo sistema de ejercicio de autoridad pública⁶⁴, no solo establece relaciones entre instituciones internacionales, organizaciones de integración económica (como la Unión Europea) y gobiernos nacionales, sino que construye una cooperación horizontal entre gobiernos nacionales que se evidencia mucho más al momento de aplicar, por ejemplo, los mecanismos del Protocolo de Kioto que comentamos más arriba (piénsese en el MDL), que además envuelven al sector privado y a la sociedad civil, a observadores, a científicos, etc., que participan del régimen climático de diversa manera.

Coincidimos en que la legitimidad es algo crucial para todo los participantes del Sistema de Protección Climática⁶⁵, y que ésta debe cuidarse en especial al momento de las implementaciones del Acuerdo de París, de modo de que la transparencia, la participación y la revisión estén presentes en los nuevos mecanismos que deberán crearse para hacer realidad los grandes objetivos del Acuerdo y, en definitiva, de la propia Convención. Nuevamente destaca la Seguridad Alimentaria como un gran objetivo a alcanzar.

Sabemos que los desafíos son grandes, pero también que las recompensas de una población protegida valen los esfuerzos.

⁶³ LÁNCOS (2010) pp. 279 y 280.

⁶⁴ Destacamos el trabajo de BOGDANDY, DANN Y GOLDMANN, que entrecruzan el concepto de Gobernanza Global con el de ejercicio de autoridad pública internacional de modo de dar luz sobre el primero; los autores definen autoridad como la capacidad legal de determinar a otros y reducir su libertad, y este ejercicio es la realización de esa capacidad en particular, que puede ser mediante la producción de estándares o regulaciones o mediante la difusión de informaciones (como rankings). La determinación puede ser obligatoria o no, es obligatoria siempre que modifica una situación legal. Este concepto amplio de autoridad permite incluir distintas situaciones, como las que generan los Estándares de Doble Tributación de la OECD, o el Código de Conducta de Pesca Responsable de la FAO o los reportes PISA. BOGDANDY, DANN Y GOLDMANN (2008) p. 1385 y ss.

⁶⁵ Seguimos a LÁNCOS en sus conclusiones sobre el Protocolo de Kioto como ejercicio de autoridad pública, pero que hacemos extensibles al Acuerdo de París. LÁNCOS (2010) p. 299.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BABU, Suresh, GAJANAN, Shailendra y SANYAL, Prabuddha (2014): *Food security, poverty and nutrition policy analysis* (2ª edición, Estados Unidos, Elsevier).
- CLAY, Edward (2002): "Food security: concepts and measurement", en ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA (FAO), *Trade reforms and Food Security: Conceptualising the Linkages* (Roma, FAO) pp. 25-34.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) Y ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2016): *Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016* (Santiago, CEPAL/OCDE).
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA (FAO) Y ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN (ALADI) (2016): "Seguridad alimentaria, nutrición y erradicación del hambre. CELAC 2025: Elementos para el debate y la cooperación regionales". Disponible en: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40348/1/S1600707_es.pdf>, fecha de consulta: 12 de marzo 2017.
- COTTIER, Thomas, AERNI, Philipp, KARAPINAR, Baris, MATTEOTTI, Sofya, DE SÈPIBUS, Joëlle, y SHINGAL, Anirudh (2014): "The Principle of Common Concern and Climate Change", *Archiv des Völkerrechts*, Bd. 52: pp. 293–324.
- FAO (2016): *The state of food and agriculture. Climate Change, agriculture and foodsecurity* (Rome, FAO).
- FAO, FIDA (FONDO INTERNACIONAL DE DESARROLLO AGRÍCOLA) y PMA (PROGRAMA MUNDIAL DE ALIMENTOS) (2015): "El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2015. Cumplimiento de los objetivos internacionales para 2015 en relación con el hambre: balance de los desiguales progresos". Disponible en: <<http://www.fao.org/3/a-i4646s.pdf>>, fecha de consulta: 5 de diciembre 2016.
- GARREAUD, René (2011): "Cambio Climático: Bases Físicas e Impactos en Chile", *Revista Tierra Adentro*, n° 93: pp. 13-19.
- GORDILLO, Gustavo y MÉNDEZ, Obed (2013): "Seguridad y Soberanía Alimentaria (Documento base para discusión)". Disponible en: <<http://www.fao.org/3/a-ax736s.pdf>>, fecha de consulta: 8 de marzo 2017.

- LÁNCOS, Petra (2010): "Flexibility and legitimacy – The emissions trading system under the Kyoto Protocol" in VON BOGDANDY, Armin; WOLFRUM, Rüdiger; VON BERNSTORFF, Jochen; DANN, Philipp y GOLDMANN, Matthias (eds.) *The exercise of Public Authority by International Institutions* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 210, Heidelberg, Springer) pp. 271-299.
- MANGAS, Araceli (2014): *Humanización, Democracia y Estado de Derecho en el ordenamiento internacional* (Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas).
- MARENGO, Melissa (2010): "Cambio Climático y la Gran Transformación del Siglo XXI: Hacia un Futuro Sostenible", *Derecho y Sociedad*, n°35: pp. 146-155.
- MARTIN, Javier (2009): "Conceptos previos y conceptos nuevos en el estudio del Cambio Climático reciente", *Investigaciones geográficas*, n°49: pp. 51-63.
- MORA-MOTTA, Alejandro y LEÓN RODRÍGUEZ, Nohra (2017): "Cambiando de perspectiva en la economía de la mitigación del Cambio Climático", *Cuadernos de Economía*, vol. 36, n°70, pp. 169-195.
- OCAMPO, José (Editor) (2015): *Gobernanza global y desarrollo: Nuevos desafíos y prioridades de la cooperación internacional* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores y Cepal).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA (FAO, 2012). Disponible en: <<http://www.fao.org/3/a-au351s.pdf>>, fecha de consulta: 4 de abril 2017.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2016): "Género, Cambio Climático y Salud". Disponible en: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/204178/1/9789243508184_spa.pdf>, fecha de consulta: 6 de diciembre 2016.
- OST, François (2006): "La auto-organización ecológica de las empresas: ¿Un juego sin conflictos y sin reglas?", en Gordillo, José (coordinador) *La protección de los bienes comunes de la humanidad* (Madrid, Editorial Trotta) pp. 79-106.
- OYHANTÇABAL, VITALE Y LAGARMILLA, Patricia (2010): "El Cambio Climático y su relación con las enfermedades animales y la producción animal", en

Conferencia OIE. Disponible en: <<http://www.oie.int/doc/ged/D11835.PDF>>, fecha de consulta: 8 de diciembre 2016.

PICC (PANEL INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO) (2006): “Directrices del IPCC para los inventarios nacionales de gases efecto invernadero”. Disponible en: <http://www.ipcc-nggip.iges.or.jp/public/2006gl/spanish/pdf/0_Overview/V0_0_Cover.pdf>, fecha de consulta: 5 de diciembre 2016.

_____ (2013): “Cambio Climático 2013: Bases físicas”. Disponible en: <http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5_SummaryVolume_FINAL_SPANISH.pdf>, fecha de consulta: 5 de diciembre 2016.

_____ (2014): “Cambio Climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Resumen para responsables de políticas”. Disponible en: <https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg2/ar5_wgII_spm_es.pdf>, fecha de consulta: 5 de diciembre 2016.

_____ (2015): “Cambio Climático 2014: Informe de síntesis”. Disponible en: <https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_FINAL_full_es.pdf>, fecha de consulta: 8 de diciembre de 2016.

PETERS, Anne (2016): “The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization”, en Max Planck Institute For Comparative Public Law & International Law (MPIL), Research Paper No. 2016-19. Disponible en SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2823512orhttp://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2823512>>, fecha de consulta: 1 de diciembre 2016.

RODRÍGUEZ, Adrián, LÓPEZ, Tania, MEZA, Laura y LOBOGUERRERO, Ana (2015): *Innovaciones institucionales y en políticas sobre agricultura y Cambio Climático: Evidencia en América Latina y el Caribe* (SANTIAGO DE CHILE, COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA CEPAL).

RODRÍGUEZ-CHAVES, Blanca y PÉREZ, Máximo (2015): “La seguridad alimentaria en el ordenamiento jurídico europeo e interno español. Evolución, regulación y perspectivas ante la PAC 2014-2020”, en Menéndez, Angel (dir.), *Estudios jurídicos sobre seguridad alimentaria* (Madrid, Marcial Pons) pp. 47-85.

SERNA DE LA GARZA, José (2009): “Reflexiones sobre el concepto de “gobernanza global” y su impacto en el ámbito jurídico”, Biblioteca jurídica

virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 23-41. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2897/3.pdf>>, fecha de consulta: 2 de diciembre 2016.

TOMA-BIANOV, A Y SARAMEL, O. (2012): "The concepts of food security and the right to safe food from the international and european perspective", *Bulletin of the Transilvania University of Brasov*, serie VII, vol. 5: (54) n°1: pp. 153-159.

VON BOGDANDY, Armin, DANN, Philipp y GOLDMANN, Matthias (2008): "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities", *German Law Journal*, vol. 9 n° 11: pp. 1375-1400.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, Organización de las Naciones Unidas, 1992. Disponible en: <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>>, fecha de consulta: 8 de diciembre 2016.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, 1948. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf>, fecha de consulta: 4 de abril 2017.

Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición, Organización de las Naciones Unidas, 1974. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/EradicationOfHungerAndMalnutrition.aspx>>, fecha de consulta: 17 de noviembre 2016.

Ley Marco: Derecho a la Alimentación, Seguridad y Soberanía Alimentaria.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Organización de las Naciones Unidas, 1966. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>, fecha de consulta: 4 de abril 2017.

Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Organización de las Naciones Unidas, 1998. Disponible en: <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>>, fecha de consulta: 8 de diciembre 2016.

AUTONOMÍA PRIVADA Y RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO ENTRE CONTRAYENTES DE DIFERENTES PAÍSES. ¿UNA ALTERNATIVA DE REGULACIÓN?

*Private autonomy and economic
regime of marriage between persons
from different countries. A regulation
proposal?*

CAMELIA FAJARDO MONTOYA*
Universidad de Oriente
Santiago de Cuba, Cuba

RESUMEN: El presente trabajo parte de un análisis de las cuestiones más generales de la autonomía privada como figura del Derecho Privado, para desentrañar sus posibilidades de actuación en Derecho de Familia y en Derecho Internacional Privado, valorando su aplicación al régimen económico como efecto del matrimonio entre contrayentes de países diferentes. Del Derecho de Familia, se particulariza en el régimen económico convencional y el contrato de bienes en ocasión del matrimonio y su trascendencia para los matrimonios mixtos como manifestación de la autonomía material, y desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, su concreción en la elección por las partes de la ley aplicable al supuesto internacional que les afecta.

PALABRAS CLAVE: autonomía privada, matrimonio mixto, ley aplicable, capitulaciones matrimoniales

* Máster en Derecho Civil y Familia. Profesora Auxiliar de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Cuba. Correo electrónico: <cfajardo@uo.edu.cu>.

Artículo recibido el 19 de abril de 2016 y aceptado para publicación el 30 de enero de 2017.

ABSTRACT: *The present work begins with an analysis of the most general questions about private autonomy as a figure of Private Right, to analyse then its performance possibilities in Family Law and in Private International Law, valuing its application to the economic regime as effect of the marriage among contracting parties of different countries. From the perspective of Family Law, it is particularized at times in the conventional economic regime and the contract of goods of marriage and their transcendency for the mixed marriages as manifestation of the material autonomy, and from the perspective of the Private International Law, their concretion in the election for the parts of the applicable law to the international supposition that affects them.*

KEYWORDS: *private autonomy, mixed marriage, applicable law, matrimonial capitulations*

INTRODUCCIÓN

La autonomía privada constituye una pieza clave en el Derecho Privado, por las posibilidades que ofrece a los sujetos de constituir relaciones jurídicas y al propio tiempo de reglamentar las mismas. Sus manifestaciones se encuentran en distintas ramas e instituciones del Derecho, centrándonos –principalmente– en un análisis en el despliegue de ésta en el Derecho de Familia y en el Derecho Internacional Privado.

Abordaremos así, las implicaciones de esta figura desde el Derecho de Familia, concretamente, en el régimen económico como efecto patrimonial del matrimonio, y sus connotaciones en los matrimonios entre contrayentes de diferentes países, denominados también matrimonio mixto o binacional; e igualmente valoraremos su papel en la determinación de la ley aplicable a dicho régimen como supuesto privado internacional, revelando las ventajas que dicha manifestación ofrece en la solución de los conflictos que, en este ámbito, pudieran generarse ante la diversidad de regímenes económicos matrimoniales vigentes en el mundo y las divergencias existentes en su regulación en los Derechos internos de los países, lo que obedece a las diferencias de costumbres, cultura e idiosincrasia de cada uno de ellos, con trascendencia a la regulación de las instituciones familiares y a la solución adecuada de los supuestos con contrayente de distintos *Estados del orbe*.

I. AUTONOMÍA PRIVADA: NOCIONES GENERALES CON TRASCENDENCIA AL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO MIXTO

La expresión autonomía de la voluntad debe su origen a la palabra “autonomía”, del griego *autos* (a sí, para sí), y *nomos* (norma, regla).¹ Siguiendo el sentido lato de los vocablos que la integran, implica considerar que se trata de la regla o norma dada para sí mismo, o como sostiene Pérez Gallardo² “*el poder de dictarse uno mismo su propia ley.*” Tradicionalmente, se usaba dicha terminología, por entender que la “potestad”, que es el contenido de la autonomía, se confiere a la voluntad humana para que sea ella la que gobierne las relaciones entre las personas.³ Sin embargo, en las últimas décadas se emplea la expresión autonomía privada, lo que sin duda es más adecuado, si tomamos en consideración que la voluntad no tiene capacidad para ser autónoma, ya que la autonomía concebida como capacidad de decidir por sí mismo, resulta propio a la persona y, por tanto, es inherente a ella.

A juicio de Díez Picazo y Guillón Ballesteros⁴, autonomía privada no es sino libertad individual, lo que significa permitir hacer, dar al individuo una esfera de actuación. Pero reconocer autonomía lleva implícito algo más, el hecho de que el individuo no solo es libre, sino también soberano para dictar su ley en su esfera jurídica. De ello deriva, entonces, que la autonomía de la voluntad posibilita al individuo la constitución de relaciones jurídicas y más allá, al permitir a éste la determinación del contenido de aquellas.

El papel de la categoría en estudio para el Derecho Privado deriva precisamente de la posibilidad que ofrece a los individuos de reglamentar, por sí mismo, las relaciones jurídicas en las que son o han de ser parte, poder que se manifiesta en la constitución de relaciones jurídicas, celebración de contratos, actos de disposición y en la posibilidad de reglamentar dichas relaciones jurídicas.⁵

La autonomía privada, aunque lleva implícita la posibilidad de reglamentar las relaciones jurídicas, no debe considerarse fuente generadora de normas jurídicas en el más amplio sentido de la palabra, puesto que no conduce a la creación de reglas con eficacia social. En otros términos, si bien la ley tiene una eficacia primaria de organización social que le otorga el

¹ ARNAU (2003) p. 98.

² PÉREZ (2001) p. 20.

³ LEYVA (2010-2011) p. 269.

⁴ DÍEZ-PICAZO y GUILLÓN (2003) p. 379.

⁵ CASANOVAS Y LA ROSA (1976) p. 1004.

rango de norma jurídica, la *lex privata*, como emanación de la autonomía privada, constituye solamente regla para la ordenación de las relaciones entre particulares.

No debe entenderse el poder conferido a la persona en ejercicio de la autonomía privada de forma absoluta⁶, en tanto el mismo está sujeto a límites, lo que halla su fundamento en la existencia de intereses de la colectividad a resguardar, que se encuentran por encima de los intereses de los particulares. Por ello, el ordenamiento jurídico define con claridad los márgenes de actuación de la autonomía, a fin de que la misma no se vuelva desmedida hasta el hecho de vulnerar esos intereses superiores. Algunos estudiosos del tema⁷ ubican como límites de la autonomía privada a la ley, la moral y las buenas costumbres. No obstante, el orden público⁸ o las normas de policía, constituyen instituciones propias del Derecho Internacional Privado, con una incidencia marcada cuando de límites de la autonomía privada se trata.

La ley, como límite a la autonomía de la voluntad, puede incidir en dos aspectos. Inicialmente, hay que determinar en cuál aspecto incide, siendo precisamente en aquellos poderes que confiere su ejercicio, es decir, tanto en la constitución de relaciones jurídicas, como en la reglamentación de su contenido. Respecto a la moral debe precisarse que de modo indistinto se emplea también el término de buenas costumbres; si bien autores como Pérez Gallardo⁹ conciben a ésta última como una manifestación externa de una moralidad aceptada. De cualquier modo, la moral tiene como peculiaridad el hecho que, al no encontrar una positivación concreta en la ley, admite una aplicación bastante flexible por parte del operador del Derecho encargado de la interpretación y solución de los casos de la vida práctica. Si bien debe quedar claro que se trata de un límite que varía de sociedad en sociedad y que está en dependencia de lo que ha logrado imponerse como referente derivado del criterio general de las personas honestas y rectas en su actuación cotidiana.

⁶ ARNAU (2003) pp. 99-100.

⁷ DÍEZ-PICAZO y GUILLÓN (2003) p. 381; ABELIUK (2008) p. 72; VODANOVIC (2001) p. 50 y BASCUR (2010) p. 75.

⁸ Respecto a la manera en que se regulan tales límites en el ámbito legislativo, artículos 1271 y 1930.6 del Código Civil de Guatemala de 1963; artículo 2437 del Código Civil de Nicaragua de 1931; artículo 1106 del Código Civil de Panamá de 1916; artículos 7, 454- II y 1142 del Código Civil de Bolivia de 1975; artículo 1354 del Código Civil de Perú de 1984 y artículo 900 del Código Civil de República Dominicana de 1987.

⁹ PÉREZ (2001) p. 51.

Con relación al orden público como límite a la autonomía de la voluntad, en perfecto escenario por resultar de aplicación en supuestos internacionales privatistas, como el que es objeto de nuestro análisis, nótese que es concebido como una excepción al normal funcionamiento de la norma conflictual. En tanto, el Derecho al que conduce dicha norma contiene disposiciones que devienen incompatibles con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro, con lo que, dicha figura, al erigirse como mecanismo de control de tales principios, afecta el normal funcionamiento de la norma indirecta. Su alcance en sede de régimen económico en matrimonios mixtos tiene una connotación especial en la autonomía conflictual, en vista de que en el supuesto en que las partes elijan para regir su régimen económico una ley que resulte contraria al orden público, dicha ley deberá ser desestimada por atentar contra los principios fundamentales ya aludidos.¹⁰

Por su parte, las normas de policía, también denominadas normas materiales imperativas o normas de aplicación inmediata, constituyen normas de Derecho interno, rigurosamente obligatorias, que resultan de aplicación también a situaciones privadas internacionales, sin que pueda aplicarse ninguna norma de conflicto ni tampoco Derecho extranjero.¹¹ Se trata en suma de disposiciones imperativas que, aun cuando no hubieren sido tomadas en cuenta por las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, se alzan frente a los supuestos en que ella se ejerce, haciéndolas inaplicables en lo que a ellas se opongan, obligando a los sujetos a su estricta observancia. Tales normas se constituirán como un límite a la autonomía, al no poder las partes involucradas en el supuesto sustraerse a su cumplimiento.¹²

Con relación a la incidencia del orden público o las normas de policía, abordaremos algunos aspectos más adelante, al referirnos al despliegue de la autonomía privada en el régimen económico del matrimonio mixto.

¹⁰ Respecto a la proyección del orden público en sede de régimen económico matrimonial desde una visión convencional, artículo 14 del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978.

¹¹ Algunas manifestaciones de su regulación pueden apreciarse v.gr. artículos 18 y 19 del Código de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987 y artículo 17 de la Ley n° 218 de 1995.

¹² DÁVALOS (2009) pp. 125 y 126.

II. AUTONOMÍA PRIVADA Y DERECHO DE FAMILIA: CONCRECIÓN EN SEDE DE RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO

Para desentrañar la conexión existente entre el Derecho de Familia y la autonomía privada, con vista a centrar luego la atención en el régimen económico, como efecto patrimonial del matrimonio, y los márgenes de actuación de la autonomía de la voluntad en tal instituto, nos referiremos brevemente a los caracteres del Derecho de Familia.

Se alude por algunos autores¹³ entre sus notas características, la intimidad, lo que deriva de los aspectos que se vislumbran en muchas de las relaciones jurídicas reguladas por esta rama (relaciones familiares), vinculadas esencialmente a la convivencia, la procreación y la esfera de los afectos, hasta el punto de que, en ocasiones, llega a ser cuestionada la intervención del Derecho en la reglamentación de algunas de sus relaciones. No obstante, la preeminencia en esta materia de los intereses públicos y sociales, y la necesidad de proteger a determinados miembros de la familia, entre ellos a los menores de edad, determinan la intervención del Estado en la regulación de las relaciones familiares, y al mismo tiempo la atenuación de la autonomía de la voluntad, que se ve generalmente limitada a querer o no querer, al estar preestablecidas por las normas jurídicas aplicables al caso, las consecuencias de la primera opción. Ello implica, entonces, una menor incidencia de la voluntad de las partes con respecto a los efectos de los actos jurídicos que inciden sobre las relaciones de familia, así como una potenciación de la forma en su otorgamiento, y un predominio del formalismo, por sobre el consensualismo.¹⁴ Lo anterior, tiene otras manifestaciones, referidas a la irrenunciabilidad de los derechos subjetivos extra-patrimoniales de la familia y la irrelevancia de la voluntad en el nacimiento y efectos de algunas relaciones jurídicas de esta rama del Derecho.

Para ilustrar lo expuesto, tengamos en cuenta, que en el matrimonio, si bien se precisa una manifestación de voluntad para su formalización, una vez acaecida ésta, se despliegan una serie de efectos jurídicos, a saber, los personales, que se configuran normalmente como derechos y deberes y los segundos, los efectos patrimoniales, que implican el establecimiento del régimen económico, efectos que se generan, queriendo o no las partes, como consecuencia del consentimiento dado por los contrayentes en el acto de formalización. En los primeros, la autonomía de la voluntad se encuentra desterrada del ámbito legislativo, mientras que, en los segundos, opera o puede operar,

¹³ BERCOVITZ *et al.* (2007) pp.20 y 21 y QUINTANA (2015) pp. 24-26.

¹⁴ SCHMIDT (1999) p. 105.

la autonomía privada, en dependencia de lo que al respecto establezca la ley. Centrando nuestra atención en los efectos patrimoniales, tomando en consideración que es precisamente en estas consecuencias jurídicas del matrimonio donde es admitido un margen de actuación a la autonomía privada.

Al hacer referencia a los efectos patrimoniales del vínculo conyugal, debemos abordar la categoría régimen económico, por la que ha de entenderse ese conjunto de reglas cuya finalidad es conferir un régimen especial a los intereses patrimoniales de los cónyuges, tanto en las relaciones de éstos entre sí, como en sus relaciones con terceras personas,¹⁵ admitiéndose desde una perspectiva teórica una diversidad de regímenes por razón de la forma en que los bienes se organizan, fluctuando entre el régimen de comunidad, separación y el de participación¹⁶, los que pueden regir la vida económica de la pareja por disposición legal o por haberlo decidido las partes en ejercicio de su autonomía privada. En el primero de los casos, o sea, cuando el régimen ordena la vida económica de la pareja por disposición legal, no hay margen de actuación a la autonomía privada, en tanto se trata de un régimen impuesto o establecido de manera directa por la ley, o en su caso, con carácter supletorio, cuando los cónyuges no han hecho elección de régimen alguno.¹⁷ En el segundo de los supuestos planteados, nos encontramos ante un régimen convencional, el que se configura cuando prima la voluntad de los consortes en la constitución del régimen, al ofrecerles el ordenamiento jurídico la posibilidad de elegir entre varios regímenes aquel que resulte más adecuado a su parecer para la regulación de sus relaciones patrimoniales, configurándose la llamada "autonomía material".¹⁸

De lo anterior, se colige que, si bien en el caso del régimen legal no hay margen alguno al ejercicio de la autonomía privada, pues es la ley la que preestablece dichas reglas; en el régimen convencional, las partes se encuentran en libertad para sujetarse al régimen de su preferencia, dentro de los descritos por la norma o, incluso, pueden lograr pactar hasta las cláusulas del régimen.¹⁹

¹⁵ MOLINA (2014) p. 527.

¹⁶ PÉREZ (2009) pp. 50-54.

¹⁷ BELLUSCIO (2004) p. 4. Entre los países que asumen la regulación del régimen económico legal, sin margen alguno a la autonomía de la voluntad, se encuentra Cuba y Bolivia. Artículo 29 del Código de Familia de Cuba de 1975 y artículo 176 del Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia de 2014.

¹⁸ SANTIBÁÑEZ y PEÑA (2007) p. 62.

¹⁹ Ello en virtud de que el régimen convencional puede ser pleno, al permitirle la ley a los contrayentes hasta configurar reglas específicas para el régimen sin sujetarlos en su

En la actualidad, muchos ordenamientos jurídicos asumen la regulación de las relaciones patrimoniales del matrimonio con un margen de actuación a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, e incluso países como Argentina, que anteriormente contemplaban un régimen económico legal, con la promulgación en el año 2014 de su Código Civil y Comercial, admite la existencia de un régimen de tipo convencional²⁰, por las ventajas que el mismo reporta en pos de la realización del principio de igualdad de los cónyuges, y ante la imposibilidad de que un régimen de tipo legal pueda responder adecuadamente a la diversidad de formas en que se organizan las familias en el vigente contexto.

La posibilidad de elegir el régimen económico del matrimonio se materializa mediante las llamadas capitulaciones matrimoniales²¹, figura que comúnmente también recibe la denominación de pactos nupciales o contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio, y referido al negocio jurídico accesorio del matrimonio, por el cual se regula su régimen económico de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los consortes (futuros o actuales).²² El objeto de las referidas convenciones variará según la regulación de cada Derecho positivo y, en la medida en que se les admita, responde a la autonomía de voluntad de los contrayentes que, de este modo, se apartan del régimen legal (que por eso se le denomina “supletorio”), o introduce parciales modificaciones a los efectos normales del mismo.

Frente a lo expuesto, cabe preguntarse: ¿Cómo es más propicia la regulación del régimen económico matrimonial, considerando esta clasificación?

elección a alguno de los prediseñados por el legislador, o puede igualmente ser menos pleno, al ceñir la libertad de elección a alguno de los regímenes ya articulados en la ley. KRASNOV (2009) p. 210 y QUINZÁ (2015 pp. 35 y 36.

²⁰ En torno a sus peculiaridades *cf.* MOLINA (2014) pp. 528 y ss.

²¹ BERCOVITZ *et al.* (2007) p. 128; BOSSERT (2004) p. 228.

²² En la actualidad la libertad de estipulación en capitulaciones matrimoniales es asumida en varios países del orbe. A fin de ilustrar tomamos como referente países del contexto latinoamericano y del europeo respectivamente. Artículo 116 del Código Civil de Guatemala de 1963; artículo 153 del Código Civil de Nicaragua de 1931; artículo 81 y 86 del Código de Familia de Panamá de 1994; artículo 1387 del Código Civil de República Dominicana de 1987; artículo 295 del Código Civil de Perú de 1984; artículo 203 del Código Civil de Paraguay de 1987; artículos 446 al 449 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014; artículo 1315 del Código Civil de España de 1889; artículo 1387 del Código Civil de la República de Francia de 1804; artículo 1408 del Código Civil de Alemania de 2013; artículo 1698 del Código Civil de Portugal de 1966; y artículo 159 y 162 del Código Civil de la República de Italia de 1942.

Sin lugar a dudas, dicha relación viene ligada al principio de la autonomía de la voluntad. La forma en que se asuma el régimen económico depende de la propia regulación que sobre este particular prevea cada ordenamiento jurídico, y en el caso de los matrimonios mixtos, su materialización depende de que el Derecho interno aplicable a la vida económica de la pareja ofrezca margen a la autonomía material. De ello derivará que los contrayentes tengan posibilidad de diseñar las reglas aplicables a sus relaciones pecuniarias o que las mismas les sean impuestas de forma obligatoria por la propia ley, sin margen alguno a su configuración por parte de aquellos.

La autonomía de la voluntad, en el marco del régimen económico del matrimonio, resulta muy conveniente a nuestro juicio, tanto en los matrimonios entre nacionales como en los matrimonios mixtos, pues la posibilidad de elegir por sí el régimen económico permite valorar las condiciones laborales, financieras y materiales en sentido general que rodean a los futuros cónyuges para definir cuáles son las reglas que de mejor manera responden a dichas condiciones. Recuérdese en este orden, que si bien el legislador puede perfilar un régimen que de manera general defienda la solidaridad familiar (un régimen comunitario), para una pareja, en razón de las condiciones que la rodean, puede resultar ventajoso, mientras para otra, en condiciones distintas, puede devenir abiertamente perjudicial.

En el caso particular de los matrimonios mixtos, un régimen legal, para esta pareja, al imponer rigidez, refuerza la posibilidad de conflicto, mientras que el convencional, y por tanto, genera cierto margen de actuación de la autonomía privada en este ámbito, pudiendo dar lugar a que, dentro de este ordenamiento interno, los cónyuges puedan escoger una tipología de régimen económico que armonice dos ordenamientos jurídicos en conflicto. Por tanto, la sola existencia de un régimen convencional es una puerta abierta a la posible solución del conflicto de leyes.

Con independencia del valor que se atribuya a la autonomía de la voluntad en este particular, no debe darse margen a que los contrayentes, al configurar las reglas aplicables a sus relaciones patrimoniales, puedan lesionar los intereses de la familia. De hecho, debieran imponerse limitaciones que, sin constituir extremas cortapisas a la libertad de pacto, preserven cuestiones esenciales, tales como: la contribución para la satisfacción de las necesidades del hogar y, en sentido general de la familia que se constituya, a partir de la formalización de ese vínculo conyugal.

Lo anterior, establece hondos nexos con el régimen matrimonial primario, referido concretamente a ese estatuto patrimonial o marco jurídico general dentro del cual debe organizarse la vida matrimonial, que es el reflejo de

la concepción que, acerca del matrimonio, tiene el legislador. Se trata pues, de normas de aplicación general, disposiciones comunes a todos los regímenes económicos, sea cual fuere las reglas que rijan la vida patrimonial de los cónyuges.²³ Si bien para algunos autores españoles tales como Bouza Vidal y Abarca Junco, algunas de las normas que integran el llamado “régimen matrimonial primario” deben considerarse como normas materiales imperativas o de aplicación inmediata, otros como González entienden que las mismas debían entenderse como de orden público, excluyéndose entonces la aplicación de cualquier disposición extranjera manifiestamente contraria a la libertad y plena igualdad jurídica de los cónyuges durante el matrimonio.

Un aspecto controvertido respecto al régimen económico matrimonial y que guarda relación con la autonomía privada, lo constituye la posibilidad de alterar o modificar el régimen económico previamente pactado por los contrayentes o impuesto por la ley a falta de elección, refiriéndose así a la mutabilidad²⁴ o inmutabilidad²⁵ del régimen.

El primer caso, implica la posibilidad de modificar las reglas acordadas por las partes con posterioridad a su elección, mediante las propias capitulaciones matrimoniales, al no quedar limitada su celebración en un momento anterior a la formalización del vínculo conyugal, pudiendo ser utilizada ulteriormente para modificar el régimen previamente pactado, o para sustituir el régimen originario, sea este convencional o legal. En el régimen inmutable, por su parte, el legislador impide que una vez elegido el régimen aplicable a las relaciones económicas de los contrayentes pueda volverse a decidir sobre este particular.

²³ AGUILAR (2006) pp. 139 y 140.

²⁴ Posición asumida en la actualidad por varios países de Latinoamérica y Europa. Artículo 125 del Código Civil de Guatemala de 1963; artículo 154 del Código Civil de Nicaragua de 1931; artículo 83 del Código de Familia de Panamá de 1994; artículo 296 del Código Civil de Perú de 1984; artículo 207 del Código Civil de Paraguay de 1987; artículo 449 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014; artículo 1317 del Código Civil de España de 1889; artículo 1397 del Código Civil de la República de Francia de 1804; artículo 1408 del Código Civil de Alemania de 2013.

²⁵ Considerada esta postura como uno de los pilares del régimen económico, y que se mantuvo intacta hasta la década de los 60 del siglo XX que comienza a refrendarse el principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial, resultando pionera en esta postura la Ley holandesa de 14 de junio de 1956, que prevé en su artículo 200 la celebración de capitulaciones durante el matrimonio, siempre que hayan transcurrido al menos 3 años de su celebración y se haya obtenido autorización judicial. Al respecto PÉREZ (2001) p. 39.

La primera opción resulta, a nuestro juicio, más conveniente, porque las condiciones que rodean a los contrayentes pueden ser unas al momento de la formalización del matrimonio y variar con posterioridad a la elección del régimen económico efectuada por éstos, de tal manera que, con el transcurso del tiempo y el cambio de las circunstancias, puede llegar a convertirse en desventajosa la elección realizada con anterioridad. No obstante, para su admisión en el ordenamiento jurídico han de preverse mecanismos de publicidad del régimen y su respectiva modificación, para el conocimiento de terceros, por razón de los perjuicios que tales modificaciones les pudieran ocasionar.²⁶

En el caso particular de los matrimonios mixtos, la asimilación de la mutabilidad en el ordenamiento jurídico, además de posibilitar el ajuste de las reglas aplicables a la vida económica a las nuevas condiciones sociales, podría constituir un mecanismo para que las partes prevengan un posible conflicto de leyes, por cambio de domicilio de alguno de ellos u otra circunstancia sobrevenida, máxime si en la actualidad el flujo migratorio es bastante dinámico y es frecuente el desplazamiento de personas a sitios distintos al de origen con pretensiones de permanencia.

La asimilación de la autonomía material, en sede de régimen económico matrimonial, es muestra de la posibilidad de actuación de la autonomía privada en el Derecho de Familia, cuestión que se manifiesta en un número considerable de los cuerpos legales examinados como una alternativa de regulación, amparado en las ventajas que su potenciación ofrece, sobre todo porque además de permitir la ordenación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges por las reglas que respondan de mejor forma a las condiciones fácticas de toda índole que rodean a la pareja, favorece en las relaciones conyugales la materialización del principio de igualdad jurídica y la potenciación de la libertad individual. Dicha autonomía irradiará las relaciones patrimoniales de los matrimonios mixtos, en la medida en que tenga cabida en el Derecho interno, rector de las mismas, un régimen económico de tipo convencional.

²⁶ En este sentido ha de tenerse presente que la mutabilidad del régimen sin la articulación de los mecanismos de publicidad necesarios es una puerta abierta a que el cambio de régimen pueda afectar a terceros, siendo éste uno de los argumentos planteados por los partidarios de la inmutabilidad para el mantenimiento de esta postura en la actualidad. Respecto a los mecanismos adecuados para la protección de los terceros que contratan con los cónyuges y su vínculo con la mutabilidad, *DIAGO* (2008) pp. 2763 y ss.

III. AUTONOMÍA PRIVADA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: POSIBILIDAD DE ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO EN SUPUESTOS INTERNACIONALES

La autonomía de la voluntad, en el Derecho Internacional Privado, consiste en la posibilidad que se ofrece a las partes de determinar el Derecho aplicable a la situación privada internacional que les afecta,²⁷ criterio compartido por Casanovas y La Rosa, que de forma sintética define la figura en análisis como el “*poder de elección de la ley aplicable*”²⁸. La misma, ha tenido sus manifestaciones en los contratos internacionales,²⁹ fundamentalmente a partir del siglo XVI en que se deja en libertad a las partes para elegir la ley rectora del contrato que las une, ante las limitaciones que presentaban otras conexiones usadas en esa época.³⁰ Ya en el siglo XIX esta solución se consideraba mayoritaria, alcanzando su máximo esplendor en el siglo XX.

Si bien, en el Derecho Privado, el ámbito contractual es el que siempre ha sido ampliamente beneficiado respecto a la actuación de la autonomía de la voluntad, lo que ha trascendido al empleo de la misma, en sede de Derecho Internacional Privado, pero ¿podría extenderse su uso a supuestos internacionales en Derecho de Familia, y particularmente, en el ámbito matrimonial? Aún y cuando en las cuestiones de estatuto personal y, concretamente, en asuntos de familia y matrimonio, la autonomía privada no es tan amplia, por encontrarse limitada, como ya habíamos apuntado antes, por el carácter imperativo de la mayoría de los preceptos que lo regulan y el carácter público que se atribuye a las instituciones familiares, consideramos que su actuación no solo es posible, sino –además– necesaria, esto en los marcos del Derecho Internacional Privado.

²⁷ CARRASCOSA (2000) p. 4.

²⁸ CASANOVAS y LA ROSA (1976) p. 1004.

²⁹ La introducción o al menos las primeras manifestaciones del uso de la autonomía de la voluntad en Derecho Internacional Privado se atribuye a Dumoulin, en su célebre consulta a los esposos Ganey, sobre la base de que el régimen económico matrimonial descansaba en un pacto tácito, y que debía aplicarse la ley elegida por las partes a los bienes matrimoniales, cualquiera que fuere el lugar de su situación. A esos efectos, SÁENZ (2016) p. 20.

³⁰ Ello en virtud de que si la ley rectora del contrato lo constituía la del país de su conclusión, muchas veces existiría total desconexión del supuesto con dicha ley en los casos en que el país de conclusión hubiese sido escogido de forma aleatoria o al azar, y respecto a la ley del lugar de ejecución se presentaba la problemática de que podía tratarse de un contrato a ejecutarse en varios lugares distintos, o incluso no disponer de lugar de ejecución.

De hecho, a lo largo de la historia del Derecho Internacional Privado han existido períodos en los que la elección de ley, también denominada como “*autonomía conflictual*”, se ha empleado en materias relativas a la persona y la familia, aunque con menor énfasis que en los contratos. En la relación matrimonial se comienza a emplear la autonomía de la voluntad como punto de conexión a partir de la segunda mitad del siglo XX,³¹ y en razón de ello, los cónyuges podrían elegir la ley aplicable a sus relaciones matrimoniales, lo que se ha materializado en los sistemas conflictuales de determinados países,³² precisamente respecto a los efectos patrimoniales de la relación conyugal, amparado, sobre todo, en la cercanía que conciben entre estos y los contratos.

En el Derecho Internacional Privado se han concebido dos modelos jurídicos³³ para la regulación del régimen económico matrimonial. El primero de ellos, denominado “sistema de unidad del régimen”, y el segundo, “sistema de pluralidad o dispersión”.

El sistema de unidad concibe la regulación de la figura de conjunto, sometiéndolo a una ley única, determinada en función de diversos criterios, ley nacional común, ley del domicilio conyugal, ley elegida por las partes.³⁴

El sistema de pluralidad o dispersión, para la regulación del régimen económico del matrimonio distingue entre bienes muebles e inmuebles, sujetando los bienes inmuebles a la ley del país de situación, en tanto los bienes muebles los rigen por la ley del domicilio.³⁵ Lo anterior, es reflejo de la asimilación en la ordenación del régimen económico matrimonial desde el Derecho Internacional Privado de la autonomía de la voluntad de las partes, en la elección de la ley aplicable al supuesto internacional que les afecta.

³¹ El empleo de la autonomía de la voluntad puede apreciarse en esta etapa en el ámbito convencional en la Conferencia de La Haya de 1978 a los regímenes económicos matrimoniales. A esos efectos DIAGO (1999) p. 113.

³² Al respecto, artículos 14 y 15 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán de 1986; artículos 52 y 53 de la Código de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987; artículo 30 de la Ley n° 218 de 1995 y artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil de España de 1889, como cuerpos legales europeos que asumen la autonomía conflictual en los efectos patrimoniales del matrimonio. Esta postura es igualmente asumida en República Dominicana en el artículo 44 de su Ley de Derecho Internacional Privado de 2014.

³³ CALVO y CARRASCOSA (2003) p. 126

³⁴ Modelo seguido por países como España, Portugal, Francia, Suiza, Perú y Panamá.

³⁵ Sistema seguido por Argentina y países del Common Law.

Los instrumentos internacionales que, de una forma u otra, regulan lo relativo al régimen económico del matrimonio, en su mayoría contienen manifestaciones expresas de autonomía material, al regular lo concerniente a las capitulaciones matrimoniales o contrato de bienes en ocasión del matrimonio³⁶. Pero, no ocurre lo mismo respecto a la autonomía conflictual, que comienza a tener reconocimiento en el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre Ley aplicable a los Regímenes matrimoniales³⁷, en el artículo 3, precepto legal que declara aplicable al régimen patrimonial matrimonial la ley interna elegida por los esposos antes del matrimonio, ley que puede fluctuar entre la ley de un Estado del que uno de los esposos tiene la nacionalidad al momento de la elección; la ley del Estado donde cualquiera de ellos tiene su residencia habitual al momento de la elección; o la ley del primer Estado donde cualquiera de los esposos establecerá una nueva residencia habitual después del matrimonio. Es válido aclarar en este caso que, tratándose del ejercicio de la autonomía conflictual, cabe la posibilidad de que las partes no realicen elección del Derecho aplicable a la relación patrimonial, en cuyo caso se prevé en el artículo 4 del propio texto aplicable la ley de la primera residencia habitual. Solo en aquellos casos en los que no se hubiere hecho, por éstos, elección del Derecho aplicable y, careciendo, los mismos, de residencia habitual común y nacionalidad común, resultaría de aplicación *“la ley interna del Estado con el cual, dadas las circunstancias, presente los vínculos más estrechos”*, lo que refleja en dicho instrumento internacional el empleo de un criterio flexible, debido a que es el juez quien valorará en cada caso concreto cuál será la ley que se vincule a la relación, sin que se aprecie la restricción que viene aparejada a los criterios de conexión rígidos. Aquí, para determinar con certeza el Derecho aplicable, habrá que acudir a otros elementos como el número de contactos o la calidad de los mismos, lo que requiere de la apreciación subjetiva por parte del juzgador, quien deberá realizar la operación encaminada a esos efectos.³⁸

³⁶ Artículo 40 del Tratado de Montevideo de 1889; artículo 16 del Tratado de Montevideo de 1940 y artículo 187 del Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante) de 1928.

³⁷ Dicho instrumento sitúa en un lugar privilegiado a la autonomía de la voluntad y faculta a las partes (esposos) para designar la ley aplicable a su régimen económico matrimonial mediante una autonomía limitada, al precisar la norma las leyes entre las cuales debe fluctuar la elección. Precisa además que la designación de la ley debe ser expresa o indubitada en virtud de lo establecido en el artículo 11.

³⁸ Ello muy vinculado con la introducción de las cláusulas de excepción y el principio de proximidad. Al respecto FERNÁNDEZ (2000) p. 19.

Respecto al empleo de la autonomía de la voluntad, en sede de régimen económico, en matrimonios internacionales, es válido aclarar que ello aparece precisado en la norma de conflicto,³⁹ y por tanto, es concebida como un punto de conexión que remite al Derecho aplicable. Es por ello que, la posibilidad de elección de la ley aplicable a los supuestos internacionales, depende de lo que, al respecto, establezca la norma de conflicto. Se trata de una conexión esencialmente voluntaria, que requiere sea complementada con conexiones subsidiarias, o sea, resulta de aplicación cuando no es posible aplicar lo previsto en una conexión principal.

Para lograr claridad en ello, téngase presente que, en sede de régimen económico matrimonial, puede prever la norma de conflicto como conexión principal la nacionalidad coincidente, y para supuestos en que los cónyuges no sean de la misma nacionalidad, arbitrar la autonomía como conexión subsidiaria, en cuyo caso, de presentarse un supuesto de contrayentes de nacionalidad común, se aplica la conexión principal sin tener que recurrir a la conexión autonomía, en caso contrario, es decir, en ausencia de nacionalidad coincidente es que resulta la conexión autonomía válida para resolver el supuesto.

Entre los países que apuestan por la autonomía conflictual en sede de régimen económico matrimonial, se encuentra España, que concede a los cónyuges de distinta nacionalidad, en virtud de lo establecido en el artículo 9.2.I, la posibilidad de elegir dentro de ciertos límites⁴⁰ la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales como reflejo del libre desarrollo de la personalidad que reconoce la Constitución del país. No obstante, se cuestiona el hecho de que, en virtud de la propia regulación del precepto citado, solo pueden hacer uso de ella los cónyuges de nacionalidad diferente, y por tanto no es posible su ejercicio a los cónyuges de igual nacionalidad, quienes se rigen por la

³⁹ Si bien hay países que mantienen en sus sistemas de Derecho Internacional Privado las tradicionales normas conflictuales, entre los que se encuentra Cuba; las normas de conflicto del siglo XXI se caracterizan por criterios de especialización en lo que concierne al supuesto de hecho, flexibilización con el uso de puntos de conexión sucesivos o alternativos, y materialización a través de la búsqueda de la solución más justa.

⁴⁰ Se exige por ley que la referida elección se haga constar en documento auténtico otorgado antes del matrimonio. Al respecto vale traer a colación lo señalado por PÉREZ (2009), tomo V, vol. I, respecto a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 29 de junio de 2004, dictada por la Sección 6ª, en la que se considera que “rige el régimen económico de sociedad de gananciales cuando no existe nacionalidad común de los cónyuges, no consta la elección de ambos por documentos auténticos otorgados antes del matrimonio y la ley de celebración y la de la residencia es la española”.

ley nacional común, lo que en palabras de Calvo Caravaca y Carrascosa González⁴¹ constituye una discriminación por razón de la nacionalidad.

Si bien el empleo de la autonomía conflictual no es una postura generalizada, no podemos desconocer las ventajas que ofrecen supuestos internacionales matrimoniales y, particularmente, en relación a los efectos patrimoniales de éste. En primer lugar, ha de tenerse presente que se trata de una conexión que permite potenciar conexiones tradicionales como el domicilio y la nacionalidad, en función de los aspectos positivos que caracteriza a cada uno de ellos, elementos que son tenidos en cuenta por las partes al hacer elección de la ley aplicable.

La previsión de la autonomía conflictual, en sede de régimen económico de matrimonios entre contrayentes de diferentes países, resulta atinada, por un lado, por facilitar que los miembros de la relación se encuentren en posición de igualdad respecto a la ley, en cuyo caso, la aplicación de la ley rectora de su relación patrimonial es el resultado del acuerdo logrado entre ellos, evitando de esta forma la aplicación forzosa de una ley determinada, impuesta por el legislador, con los efectos traumáticos que de ella se derivan, que pudiera resultar en una ley ventajosa para una de las partes y totalmente perjudicial para la otra, muy conocida para uno de los contrayentes y totalmente desconocida para el otro.

En otro orden, debe añadirse que la autonomía igualmente favorecería la elección de una ley que sea factible en función de los intereses privados de las partes, que podrían valorar para su elección hasta las potencialidades que cada una de ellas le ofrece en materia de régimen económico, posibilidad de autonomía material⁴² que ofrece cada una de las leyes posibles a elegir, para poder determinar, mediante capitulaciones matrimoniales, y, en función de las condiciones que rodea a la pareja, el régimen que represente de mejor manera sus intereses; mutabilidad del régimen, a fin de permitir

⁴¹ CALVO y CARRASCOSA (2003) p. 140.

⁴² Aunque la autonomía material en materia de régimen económico matrimonial es una postura bastante generalizada que se asume desde el ámbito legislativo, existen todavía países que regulan regímenes legales e imperativos, lo que ubica a los cónyuges en circunstancias desventajosas, lo que se agrava cuando dicho régimen legal resulta aplicable a los matrimonios mixtos. En este caso se encuentra Cuba, que no da margen a la autonomía material y el régimen legal e imperativo de la comunidad de bienes resulta aplicable a los matrimonios mixtos. En no pocas ocasiones la ley cubana es burlada, y en país distinto se opta por un régimen económico diferente, que satisfaga los intereses de las partes y responda a las condiciones que rodean a la pareja.

la adecuación del régimen económico a las condiciones cambiantes de la vida en pareja. Claro que, aquella ley que le ofrezca las mayores ventajas al matrimonio, será la que tendrá mayor probabilidad de regular los efectos patrimoniales del matrimonio.

Un último elemento, en materia de autonomía conflictual, tiene que ver con la posibilidad de mutabilidad de la ley aplicable⁴³, postura que se viene imponiendo en la actualidad en Derecho Internacional Privado, y que constituye una manifestación más de la autonomía de la voluntad.⁴⁴ Ello permite a las partes, en este caso a los cónyuges, hacer una nueva elección de la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales, aspecto que muchas veces lleva implícito una mutabilidad del régimen mismo, en tanto los cónyuges pueden decidir pactar nuevamente respecto al mismo, siempre que el marco normativo de la nueva ley admita la mutabilidad del régimen económico.

Se trata de una cuestión, a nuestro juicio, de gran valía para lograr en los supuestos matrimoniales internacionales la aplicación de la ley que refleje los mayores vínculos con el ámbito en el que la pareja se desenvuelve, ante el cambio de circunstancias que puede acontecer durante la vida matrimonial, y que, en otro caso, pudiera generar la aplicación de una ley que tenga total desconexión con el sitio de desarrollo efectivo de la relación conyugal.

CONCLUSIONES

La autonomía de la voluntad es una figura que ha cobrado mayor auge en los últimos tiempos, en terrenos como el Derecho familiar y el Derecho Internacional Privado. En materia familiar, pese a las características de ésta y de las relaciones que regula, ordenadas en su mayoría por normas imperativas, adquiere gran relieve en sede de régimen económico matrimonial, cuya utilidad es indiscutible, en tanto, nadie como los miembros de la pareja para definir cuál es el régimen que responde en mejor medida a sus condiciones, en todos los órdenes de la vida.

En Derecho Internacional Privado, su utilización en supuestos matrimoniales internacionales y –particularmente– en los efectos patrimoniales de éste, es asumida en los sistemas conflictuales de algunos países por la

⁴³ DIAGO (1999) pp. 330 y 331.

⁴⁴ Asumida en menor medida que la mutabilidad material, pero con reflejo en algunos países del orbe. Al respecto, artículo 9.3 del Código Civil de España de 1889; artículo 45 de la Ley n° 218, de 1995 y artículo 53 del Código de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987.

similitud que advierten entre el régimen económico y los contratos. Su valía en este ámbito favorece la aplicación de una ley, fruto del consenso de los cónyuges, en igualdad de condiciones y con la posibilidad de valorar las ventajas que cada una de las leyes posibles a elegir le ofrece en función de su realidad, constituyendo así una alternativa a la solución de los conflictos de leyes.

Dos elementos, a nuestro juicio, han de tenerse en cuenta para su empleo. En lo que a la autonomía material se refiere, la clara precisión de los márgenes de actuación de las partes al hacer uso de la libertad de pacto, a fin de que con ella no lesionen los intereses de la familia ni los deberes elementales derivados de la relación conyugal. Respecto a la autonomía conflictual, por su parte, la necesidad de que la norma contentiva de las posibles leyes entre las que puedan optar los cónyuges para regir sus relaciones patrimoniales muestren un vínculo efectivo con el supuesto internacional de que se trate, y la articulación de mecanismos, en caso de admisibilidad de la mutabilidad de la ley, que contrarresten los posibles perjuicios que ello pudiera generar a terceros.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILAR, Mariano (2006): "Los efectos del matrimonio", en AA.VV, *Lecciones de Derecho Civil Internacional* (Madrid, Segunda Edición, Editorial Tecnos) pp. 135-163.

ABELIUK, René (2008): *I Las obligaciones* (4º edición, Dislexia Virtual).

ARNAU, Federico (2003): *Derecho Civil I* (España, Publicaciones de la Universitat Jaume I).

BASCUR, Gonzalo (2010): *Enfoque multidisciplinario del negocio jurídico. Apuntes de Derecho Civil* (Talca, Universidad de Talca).

BELLUSCIO, Augusto (2004): *I Manual de Derecho de Familia* (7º edición, Buenos Aires, Editorial Astrea).

BERCOVITZ, Rodrigo, RODRÍGUEZ-CANO y Álvarez, Pilar (2007): *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia* (Madrid, Editorial Bercal S.A).

BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo (2004): *Manual de Derecho de Familia* (6º edición, Buenos Aires, Editorial Astrea).

- CALVO, Alfonso y CARRASCOSA, Javier (2003): "Efectos del matrimonio", en Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier, *Derecho de Familia Internacional* (Madrid, Editorial Colex) pp. 123-143.
- CARRASCOSA, Javier (2000): *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional Privado* (Granada, Editorial Comares).
- CASANOVAS y LA ROSA, Oriol (1976): "La autonomía de la voluntad en Derecho Internacional Privado", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXIX, fascículo IV, pp. 1003-1020.
- DÁVALOS, Rodolfo (2009): *Derecho Internacional Privado, Parte General* (La Habana, Editorial Félix Varela).
- DIAGO, Maria (1999): *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho Internacional Privado* (Zaragoza, Colección El Justicia de Aragón).
- _____ (2008): "La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español", *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62 n° 2067-2068, pp. 2763-2787.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GUILLÓN, ANTONIO (2003): *Sistema de Derecho Civil* (11° edición, Madrid, Editorial Tecnos).
- FERNÁNDEZ, JOSÉ (2000): "Orientaciones del Derecho Internacional Privado en el umbral del siglo XXI", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, vol. n° 9: pp. 7-32.
- KRASNOV, ADRIANA (2009): "El régimen patrimonial del matrimonio en el Derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el Derecho argentino", *Revista de Derecho Privado*, vol. n° 17: pp. 203-224.
- LEYVA, JOSÉ (2010-2011): "Autonomía privada y contrato", *Revista Oficial del Poder Judicial*, n°s 6 y 7: pp. 267-290.
- MOLINA, MARIEL (2014): "RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO", EN KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA *et. al.*, *Tratado de Derecho de Familia*, según el nuevo Código Civil y Comercial de 2014 (Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni) pp. 527-556.
- PÉREZ, ANTONIO (2009): *Tratado de Derecho de Familia, Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación* (Editorial Lex Nova).

PÉREZ, LEONARDO (2001): "De la autonomía de la voluntad y de sus límites", *Revista del Foro de Cuyo*, vol. 45, pp. 17-72.

QUINTANA, María (2015): *Derecho de Familia* (2º edición, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

QUINZÁ, Jacinto (2015): "La regulación sustantiva y conflictual del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: perspectivas de armonización y unificación". Disponible en: <http://www.roderic.ucv.es/bitstream/handle/10550/42358/Tesis_Pablo_Quinza.pdf>, fecha de consulta: 11 marzo 2017.

SÁENZ, Jorge (2016): *Elementos de Derecho Internacional Privado* (2º Edición, Costa Rica, Editorial del Instituto del Servicio Exterior Manuel María de Peralta).

SANTIBÁÑEZ, María y PEÑA, Taydit (2007): "Derecho Civil Internacional", en Dávalos Fernández, Rodolfo *et.al.*, *Derecho Internacional Privado, Parte Especial* (La Habana, Editorial Félix Varela) pp. 24-113.

SCHMIDT, Claudia (1999): "Régimen patrimonial y autonomía de la voluntad", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26 n° 1: pp. 105-119.

VODANOVIC, Antonio (2001): *Manual de Derecho Civil, Partes Preliminar y general* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil de Alemania, de 1 octubre de 2013.

Código Civil de Bolivia, de 6 de agosto de 1975, establecido por Decreto Ley n° 12.760.

Código Civil de España, de 1889.

Código Civil de Guatemala, de 14 de septiembre de 1963, establecido por Decreto Ley n° 106.

Código Civil de la República de Francia, de 21 de marzo de 1804, actualizado hasta el 4 de abril de 2006.

Código Civil de la República de Italia, de 16 de marzo de 1942.

- Código Civil de la República de Portugal, de 1966.
- Código Civil de la República Dominicana, de 1987, 8º edición.
- Código Civil de Nicaragua, de 1931, 3º edición oficial.
- Código Civil de Panamá, de 22 de agosto de 1916, establecido por Ley n° 2.
- Código Civil de Paraguay, de 1 de enero de 1987, establecido por Ley n° 1.183.
- Código Civil de Perú, de 24 de junio de 1984, establecido por Decreto Legislativo n° 295.
- Código Civil y Comercial de la nación Argentina, establecido por Ley n° 26.994, promulgado según Decreto 1795/2014.
- Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), de 20 de febrero de 1928.
- Código de Derecho Internacional Privado de Suiza, de 18 de diciembre de 1987.
- Código de Familia de Cuba, de 14 de febrero de 1975, establecido por Ley n° 1.289.
- Código de Familia de Panamá, de 17 de mayo de 1994, establecido por Ley n° 3.
- Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia, de 19 de noviembre de 2014, establecido por Ley n° 603.
- Convenio de La Haya, de 14 de marzo de 1978, establece normas sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales.
- Ley de Introducción al Código Civil alemán, de 1986.
- Ley n° 218, de 31 de mayo de 1995, establece normas sobre Derecho Internacional Privado de Italia.
- Ley n° 544/14, de 15 de octubre de 2014, sobre Derecho Internacional Privado de República Dominicana.

FAJARDO MONTOYA, CAMELIA: AUTONOMÍA PRIVADA Y RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO ENTRE CONTRAYENTES DE DIFERENTES PAÍSES. ¿UNA ALTERNATIVA DE REGULACIÓN?

Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1889.

Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1940.

GOBERNANZA Y DERECHO DE AGUAS EN CHILE

Governance and Water Law in Chile

NICOLÁS CANNONI MANDUJANO*
JUAN JOSÉ CROCCO CARRERA**
Universidad Autónoma de Chile
Santiago, Chile

RESUMEN: En este trabajo estudiamos los elementos de gobernanza presentes desde su origen en el Derecho de Aguas chileno, revisando en especial la regulación de las organizaciones de usuarios de aguas, en tiempos donde la conflictividad ha ido en aumento con ocasión del cambio climático, la condición de sequía y la sobreexplotación del recurso hídrico, siendo imperativo apuntar hacia una regulación que contemple sistemas de gestión, que concilie los distintos intereses que confluyen en torno a la utilización de las aguas en una misma cuenca u hoya hidrográfica. De acuerdo a lo expuesto en este trabajo, para que exista una buena gobernanza es necesario que se incorporen nuevos actores en la toma de decisiones en torno al manejo de las aguas.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Aguas, gobernanza, organizaciones de usuarios

* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Ciencias, Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de Derecho Regulatorio, Universidad Autónoma de Chile. Abogado en Aylwin, Mendoza, Luksic & Valencia. Correo electrónico: <ncannoni@amlv.cl>.

** Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado en Crocco Bulnes. Correo electrónico: <jcrocco@croccobulnes.cl>.

Artículo recibido el 25 de diciembre de 2016 y aceptado para publicación el 30 de abril de 2017.

ABSTRACT: *This paper examines the elements of governance content in the Chilean Water Law since its origin, reviewing in particular the regulation of the water user associations, in times where the conflicts have been increasing because of the climate change, drought conditions and overexploitation of water resources, so it is imperative to look for a regulation that includes management systems that reconciles the various interests that converge around the use of water in a same basin or watershed. According to this paper, for getting good governance, it is required that new actors should be included in the decision-making around water management.*

KEYWORDS: *Water Law, governance, user associations*

INTRODUCCIÓN: SITUACIÓN ACTUAL EN RELACIÓN A LA GESTIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS

Actualmente los recursos hídricos enfrentan una crisis a nivel mundial, derivada principalmente de la condición de sequía provocada por el cambio climático y de la sobreexplotación del recurso hídrico, lo que se ha visto agravado por una crisis de gobernanza.¹ Chile no es la excepción y ha enfrentado estos últimos años una grave situación de sequía, además de una creciente demanda por el uso de aguas, que ha provocado la sobreexplotación de las cuencas hidrográficas y acuíferos.² Uno de los aspectos relevantes en todo sistema de aprovechamiento y gestión de las aguas es la normativa, que en Chile encuentra a su principal fuente en el Código de Aguas de 1981, cuerpo legal cuya reforma se está discutiendo actualmente en el Congreso Nacional.³

Es importante tener presente que el desarrollo económico en Chile encuentra un pilar fundamental en la utilización de recursos naturales, en especial el agua, toda vez que prácticamente todas las actividades económicas utilizan el recurso hídrico como un insumo esencial en sus procesos

¹ “2° Informe sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo”, *Organización de las Naciones Unidas*: Comunicado de prensa n° 14-2006. Disponible en: <<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=471&ArticleID=5215&l=en>>, fecha de consulta: 21 de junio de 2015 y ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (2011).

² Cfr. DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS Y MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2014).

³ “Proyecto de Ley que Reforma el Código de Aguas”. Boletín n° 7543-12, 8 septiembre 2014. Disponible en: <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7936>, fecha de consulta: 5 de mayo de 2017.

productivos.⁴ En nuestro país, históricamente, la demanda por el recurso hídrico ha provenido principalmente de la agricultura, reflejo de ello es que el Código de Aguas de 1981 tiene una notoria vocación agrícola. Hoy en día, la agricultura sigue siendo una actividad del todo relevante para nuestra economía, no solo por la generación de empleos y por las relaciones que se tienen con los productores locales, sino también debido a la importancia que tiene Chile dentro del mercado agrícola mundial. No obstante lo anterior, en la actualidad el consumo de agua proveniente de la agricultura debe competir con otras actividades de la economía nacional, de igual relevancia, entre las que cabe mencionar la industria minera, el sector sanitario y la generación de energía eléctrica. Así, en ocasiones los intereses respecto del uso del recurso pueden ser contradictorios entre uno y otro sector, como por ejemplo, la necesidad de almacenar agua para su uso en la generación hidroeléctrica, es contrapuesto a la demanda por el uso agrícola de esas mismas aguas en el verano.

De esta forma, el agua, en su calidad de recurso común, presenta una serie de dificultades, desde el momento en que varios individuos conviven en una misma fuente, y por lo tanto, se hace imperativo apuntar hacia un sistema de gobernanza de las aguas, capaz de conciliar los diversos intereses que confluyen en una misma cuenca y necesidades que no pueden ser satisfechas íntegramente, de manera tal de dotarse de reglas que permitan una sana coexistencia entre los interesados, para así administrar este recurso variable y –algunas veces– impredecible.

En razón de esta situación de hecho, provocada por el uso común de *unas mismas aguas*, la solución chilena desde sus orígenes consistió en la creación de organizaciones de usuarios de aguas. Éstas, en un principio y por mucho tiempo no tuvieron un marco jurídico que las regulara, por lo que los interesados, a fin de solucionar los conflictos derivados de este uso comunitario, debieron remitirse a las normas del Derecho Civil. Así las cosas, no fue sino hasta varios años después que la necesidad de regularizar esta situación forjó una normativa propia. Esto ha sido una característica muy relevante de la legislación en materia de organizaciones de usuarios, ya que su evolución se ha visto marcada por reacciones *a posteriori*, según se analizará más adelante. A partir de lo expuesto y, considerando que Chile está en un punto de inflexión en materia de legislación de aguas, con reformas en trámite de por medio, pareciera ser un buen momento para revisar los elementos de gobernanza presentes en la regulación de este recurso natural, a fin de incorporar

⁴ DONOSO *et al.* (2010) p. 5.

nuevos elementos y mejorar los ya existentes, siendo ello el objetivo general de este trabajo.

En el presente documento, primeramente, se presenta el contexto en atención a los diversos usos que se da a las aguas en Chile. En seguida, se describe el marco teórico en el cual se enmarca este artículo, en el cual se trata el concepto de gobernanza en general, y de gobernanza del agua en particular. A continuación, se presenta la normativa de aguas que rige actualmente en nuestro país, tratándose los aspectos generales de esta regulación y la evolución que ha tenido en materia de organizaciones de usuarios, y luego se enuncian las modificaciones que pretenden introducirse al Código de Aguas vigente. Posteriormente, se presenta un análisis de los resultados a los que se llegó en el presente trabajo, identificando los elementos de gobernanza observados en el Derecho de Aguas chileno, para finalmente terminar con las conclusiones de rigor y el respectivo listado de las fuentes bibliográficas consultadas.

I. CONTEXTO DE LA UTILIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

Los derechos de aprovechamiento que se otorgan sobre las aguas terrestres pueden ser de uso consuntivo o de uso no consuntivo, siendo los primeros aquellos en que se puede consumir totalmente las aguas y en cualquier actividad, mientras que los segundos son aquellos en que el titular, luego de utilizar las aguas, debe restituirlas en igual cantidad, calidad y substancia.⁵ Los derechos de aprovechamiento que se utilizan en el desarrollo de la agricultura son esencialmente aquellos de uso consuntivo, mientras que el ejemplo clásico de utilización de derechos de aprovechamiento de uso no consuntivo es la generación hidroeléctrica.

En Chile, el sector agrícola es el principal usuario de derechos de aprovechamiento de uso consuntivo, con un 77,8%, seguido muy de lejos por el

⁵ El artículo 13° del Código de Aguas de 1981, establece que: “Derecho de aprovechamiento consuntivo es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad”. Mientras que, por otro lado, el artículo 14° del mismo cuerpo legal prescribe que: “Derecho de aprovechamiento no consuntivo es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho. La extracción o restitución de las aguas se hará siempre en forma que no perjudique los derechos de terceros constituidos sobre las mismas aguas, en cuanto a su cantidad, calidad, substancia, oportunidad de uso y demás particularidades”.

sector industrial (9,1%), la industria minera (7,2%) y la producción de agua potable (5,9%). Observando conjuntamente los usos consuntivos y no consuntivos, clasificados según recaigan sobre aguas superficiales o subterráneas, se constata la predominancia del uso agrícola en los usos consuntivos, mientras que en los no consuntivos lideran el uso las actividades industriales, piscicultura y generación de hidroelectricidad.⁶ Sin perjuicio de lo antes indicado, cabe tener presente que muchas de las aguas utilizadas en las faenas mineras corresponde a aquellas denominadas “aguas del minero”, que son aquellas aguas a las que la minería tiene acceso por el solo ministerio de la ley sin la necesidad de contar con un título otorgado por la autoridad.⁷ La disponibilidad de aguas en Chile enfrenta una situación compleja. En los últimos años se ha declarado zona de escasez hídrica en diversas cuencas del norte, debido a la incesante sequía. Asimismo, en el centro-sur cada año se decreta emergencia agrícola e hídrica debido a la sequía estival.

Los efectos del cambio climático han impactado en los recursos hídricos, acrecentando una condición de sequía, lo que repercute negativamente, por ejemplo, en la agricultura. En efecto, Nelson y otros autores plantean que: *“La agricultura es extremadamente vulnerable al cambio climático. El aumento de las temperaturas termina por reducir la producción de los cultivos deseados, a la vez que provoca la proliferación de malas hierbas y pestes. Los cambios en los regímenes de lluvias aumentan las probabilidades de fracaso de las cosechas a corto plazo y de reducción de la producción a largo plazo. Aunque algunos cultivos en ciertas regiones del mundo puedan beneficiarse, en general se espera que los impactos del cambio climático sean negativos para la agricultura, amenazando la seguridad alimentaria mundial”*.⁸ Agregan los mismos,⁹ que el cambio climático produce una alteración significativa

⁶ VALDÉS-PINEDA et al. (2014) p. 2549.

⁷ Al respecto, las denominadas “aguas del minero” están reguladas en el inciso final del artículo 56 del Código de Aguas de 1981 que establece lo siguiente: *“Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación”*. Este artículo está complementado a su vez por el artículo 110 del Código de Minería de 1983, que prescribe que: *“El titular de concesión minera tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta.”*

⁸ NELSON et al. (2009) p. VII.

⁹ Ídem., p. 4.

en las posibilidades de riego, toda vez que las precipitaciones disminuyen y el agua renovable es aquella que proviene de las lluvias, y que –además– hay que considerar que el aumento de temperaturas, inducido por el cambio climático, causa un incremento de los requerimientos hídricos de los cultivos, y la relación entre el consumo de agua y la necesidad de los cultivos se denomina confiabilidad del abastecimiento de aguas de riego.

Saldívar¹⁰, por otra parte, indica que el factor cambio climático provoca una mayor complejidad y vulnerabilidad al problema de los recursos hídricos, su localización, escasez y manejo. En tanto, Valdés-Pineda *et al.*¹¹ señalan que el cambio climático genera una alta incertidumbre hídrica en los escenarios futuros, por lo que en este contexto el futuro se ve poco auspicioso desde una perspectiva de disponibilidad de aguas. A mayor abundamiento, esto acarrea aumentos adicionales en los precios de los principales cultivos, tales como el arroz, trigo, maíz y soja.¹²

Como ya se ha señalado, la crisis del agua no solo se produce por una baja en la disponibilidad del recurso en sus fuentes naturales, sino que también por el aumento exponencial en la demanda por el mismo. De esta forma, la necesidad de declarar zona de escasez hídrica y/o emergencia agrícola, si bien responde a una baja en la disponibilidad, es una medida excepcional tendiente a establecer o redefinir las reglas de distribución entre los usuarios de las aguas, con el objeto de hacer frente a la crisis y conciliar los diversos intereses que existen respecto del uso del recurso hídrico. En suma, aun cuando podamos tomar medidas de mitigación respecto del cambio climático, los efectos de las mismas pueden tardar muchos años en evidenciarse, por lo que mientras no seamos capaces de controlar la variable disponibilidad del recurso, debemos enfocar todos nuestros esfuerzos en la variable demanda, potenciando y fortaleciendo las instituciones destinadas a la gobernanza del agua.

II. GOBERNANZA DE LAS AGUAS

1. La gobernanza: análisis conceptual y evolución del término

Como se adelantó, el presente trabajo se enmarca dentro de la gobernanza del agua. Antes de adentrarnos en ese concepto, cabe señalar que el concepto de gobernanza, en general, tradicionalmente se asemejaba a gobierno,

¹⁰ Saldívar (2013) p. 75.

¹¹ Valdés-Pineda *et al.* (2014) p. 2563.

¹² Nelson *et al.* (2009) p. 6.

teniéndoseles como sinónimos.¹³ Sin embargo, el término “gobernanza” ha evolucionado a diferentes acepciones como, por ejemplo: “para indicar un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo del control jerárquico y caracterizado por un mayor grado de cooperación y por la interacción entre el Estado y los actores no estatales al interior de redes decisionales mixtas entre lo público y lo privado”, o entendiéndola como “una modalidad distinta de coordinación de las acciones individuales, entendidas como formas primarias de construcción del orden social”.¹⁴

Entonces, la gobernanza ha avanzado conceptualmente hacia la incorporación de otros actores de la sociedad en la toma de decisiones, surgiendo así como una alternativa a la mera conducción política jerárquica tradicional. En esto ha tenido injerencia la necesidad de legitimar las decisiones que se adoptan. En este sentido, Stoker¹⁵ plantea que, para que las decisiones sean legítimas, se requieren básicamente tres condiciones: (i) la conformidad de la decisión con las normas establecidas; (ii) su justificación en las creencias compartidas por la sociedad; y, (iii) el consentimiento expreso de los subordinados, o de los más significativos entre ellos.

De tal manera, para Rosas-Ferrusca¹⁶ la gobernanza “significa que ha nacido una sociedad gubernamentalmente independiente, autónoma y competente, poseedora de capacidades que el gobierno no posee y que requiere para conducir a la sociedad; por lo que la dirección debe ser una actividad compartida y asociada entre gobierno y sociedad, en una relación de interdependencia más que de dependencia y de coordinación más que de subordinación”, y agregan que “en síntesis, la gobernanza es el proceso en el que los ciudadanos resuelven colectivamente sus problemas y responden a las necesidades de la sociedad, empleando al gobierno como instrumento para llevar a cabo su tarea”. Por su parte, Nanda¹⁷ señala que para el éxito de la gobernanza, el Estado y las instituciones deben ser reformados y fortalecidos; las instituciones deben ser democráticas; y ha de promoverse una efectiva participación y establecerse responsabilidades, además de intensificarse el rol de la ley como herramienta para asegurar una buena gobernanza y que ésta sea sostenible.

¹³ STOKER (1998) p. 17 y MAYNTZ (1998) p. 1. Así, MAYNTZ (1998) p. 1, señala que el término gobernanza (*governance*) se asimilaba a *Politische Steuerung* (dirección política).

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ STOKER (1998) p. 21.

¹⁶ ROSAS-FERRUSCA *et al.* (2012) pp. 118 y 119.

¹⁷ NANDA (2006) pp. 280 y 281.

A pesar de estas concepciones, para Ruiz y Gentes el término “gobernanza” es un concepto amplio, lo que se aprecia según estos autores al citar a Tegegnetwork Gettu, entonces Directora Ejecutiva de la Oficina del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que señaló que: *“La gobernanza es un concepto que comprende mecanismos complejos, procesos, relaciones e instituciones a través del cual los ciudadanos y grupos articulados por sus intereses, ejercen sus derechos y obligaciones, y median sus diferencias. El buen gobierno dirige la gestión de la asignación de recursos para responder a los problemas colectivos, se caracteriza por los principios de participación, transparencia, responsabilidad, reglamentos de ley, efectividad, equidad y visión estratégica. Es un concepto universal importante y aún complejo”*.¹⁸ Es decir, de los conceptos expuestos, consta que el término gobernanza ha evolucionado desde entenderlo como sinónimo de gobierno, hasta hoy, que introduce a la interacción social como elemento esencial para la validación y legitimidad en la toma de decisiones. Sin embargo, para los mismos, la gobernanza *“no implica anular o subestimar las atribuciones del gobierno, sino propone más bien un cambio en el ejercicio de la administración pública tendiente a la coordinación y organización de un espacio deliberativo, basado en la confianza, la participación y el control social”*.¹⁹

De esta manera, ha de existir un equilibrio entre la interacción de agentes públicos y privados. Así las cosas, en términos simples, para los efectos de esta investigación, la gobernanza es un modelo de gestión pública que contempla procesos formales e informales en la toma de decisiones, que involucra a los actores públicos, sociales y privados, con intereses similares u opuestos.²⁰

2. Gobernanza del agua y sus elementos

Vista la conceptualización de la gobernanza en general, es preciso ahora referirse en particular a la gobernanza del agua. La gobernanza del agua se está convirtiendo en un área de estudio de creciente importancia para los hidrólogos, por cuanto se reconoce el impacto que el manejo de los cauces tiene en las decisiones humanas en diferentes niveles. La gobernanza del agua influye en el “sistema social-hidrológico” y así afecta, como también es afectada, por las decisiones que se toman en relación a variadas áreas, como

¹⁸ RUIZ Y GENTES (2008) p. 55.

¹⁹ *Ídem.*, p. 43.

²⁰ *Ídem.*, pp. 42 y 43.

la selección de cultivos, políticas de uso de suelo, energía y gestión del medio ambiente.²¹

Para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD)²² la gobernanza del agua corresponde al conjunto de reglas, prácticas y procesos en los cuales se toman e implementan las decisiones para el manejo del recurso hídrico y los servicios, y donde los tomadores de decisiones son responsables y deben rendir cuentas. Así, en la actualidad hay una necesidad urgente de hacer un balance de las experiencias recientes, identificar las buenas prácticas y desarrollar herramientas para ayudar, en los distintos niveles, ya sea gubernamentales o de otras partes interesadas, en la participación de políticas relacionadas con el agua que sean eficaces, justas y sostenibles. La gobernanza del agua comprende entonces los mecanismos, procesos e instituciones a través de los cuales el Estado y la sociedad civil articulan sus intereses y solucionan sus diferencias, de manera tal de satisfacer las necesidades de consumo de los diferentes sectores y así proteger el recurso hídrico, emergiendo como la capacidad social de movilizar energías para el desarrollo sustentable.

Algunas condiciones identificadas por Ruiz y Gentes para la gobernanza del agua son *“la sociedad civil articulan sus intereses y solucionan sus diferencias, de manera tal de satisfacer la participación, para la conservación del recurso; multiplicar el valor de la transparencia y comunicación en la red de actores; y establecer un régimen regulatorio que incluya equitativamente las diversas necesidades e intereses sociales”*.²³ Uno de los principios (Principio 1) para la gobernanza del agua establecido por la OECD²⁴ es ubicar y distinguir, claramente, las responsabilidades, multiplicar el valor de la transparencia y comunicación en la red de actores; y establecer un régimen de regulación entre las distintas autoridades responsables. Para estos efectos, resulta fundamental un marco legal e institucional que se haga cargo de ello.

Así, se plantea que la regulación debe establecer autorizaciones, monitoreos, fiscalizaciones y manejo de conflictos, entre otras cosas, además de identificar las lagunas y conflictos de intereses a nivel gubernamental. En seguida, otro principio (Principio 7) que señala la OECD²⁵ apunta a asegurar que los marcos regulatorios relacionados con el manejo del agua sean

²¹ DANIELL y BARRETEAU (2014) p. 2367.

²² ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (2015) p. 6.

²³ RUIZ y GENTES (2008) p. 43.

²⁴ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (2015) p. 10.

²⁵ *Ídem.*, p. 12.

efectivamente implementados y tiendan a conseguir y resguardar intereses públicos. En ese sentido, se plantea la necesidad de reglas, instituciones y procesos que sean bien coordinados, transparentes, no discriminatorios, participativos y fáciles de entender y de hacer cumplir, fomentando herramientas regulatorias eficientes y asegurando el acceso a la justicia. Así, la gobernanza del agua tiene una dimensión administrativa o legal. En este aspecto hay distintos niveles de organizaciones a nivel local, provincial, regional, nacional y supranacional y, generalmente, ejercen jurisdicción y competencias de acuerdo a la regulación en un área geográfica específica.²⁶

Por lo tanto, se puede observar que un elemento importante de toda gobernanza es la regulación. Así, el papel de la legislación de aguas en la gobernanza del recurso hídrico es preponderante, la cual ha de incorporar la interacción con los diferentes actores de la sociedad que serán los receptores de tal marco regulatorio. Como se señaló anteriormente, tradicionalmente la gobernanza era entendida como sinónimo de gobierno y, según Mayntz, el primer paradigma de la teoría de la *governance* “*tenía, pues, relación con los temas del desarrollo e implementación de las políticas públicas, y adoptaron lo que podemos definir como una perspectiva desde arriba (top-down), es decir, desde el punto de vista del legislador*”.²⁷ Pero, agrega²⁸ que lo que no se consideraba en ese entonces era la resistencia obstinada por parte de los destinatarios de dichas políticas, así como su capacidad para obstaculizar el logro de los objetivos pretendidos por la misma, por lo tanto, esa perspectiva *top-down* ha de evolucionar hacia una interacción entre los distintos actores, precisamente para evitar esa obstaculización.

En estos momentos, como se ha expuesto, Chile está en proceso de cambios legislativos en relación a las aguas, existiendo actualmente un cuerpo legal dictado en 1981 bajo un paradigma neoliberal que se intenta reformar, hacia una normativa que, esencialmente, privilegie y asegure el consumo humano del agua como derecho fundamental, y es indudable la importancia que adquiere que se incorporen elementos de gobernanza en esta modificación en trámite. En consistencia con lo señalado precedentemente, para Ruiz y Gentes la gobernanza “*resulta de la creación y gestión de redes o estructuras de relación que involucran a diferentes tipos de actores, cuya interacción es crucial para enfrentar los desafíos más urgentes*”²⁹. Asimismo, indican que la gobernanza hídrica comprende un conjunto de medidas

²⁶ DANIELL Y BARRETEAU (2014) p. 2368.

²⁷ MAYNTZ (1998) p. 2.

²⁸ *Ídem.*, p. 3.

²⁹ RUIZ Y GENTES (2008) pp. 43, 53 y 54.

que van más allá de la aprobación de leyes³⁰ o la creación de instancias nacionales, sino que también está condicionada por el ejercicio equitativo de los derechos y deberes sobre los recursos por parte de todos los actores sociales y la consideración de los diferentes intereses y poderes sectoriales de los usuarios del agua. En este orden de ideas, aparecen como elementos esenciales de la gobernanza, en este caso aplicada a las aguas: (i) la capacidad de movilizar energías articulando intereses; y, (ii) la importancia de que las políticas públicas sean socialmente aceptadas.

Valdés-Pineda *et al.*³¹, plantean que para una buena gobernanza futura, Chile requiere, entre otras cosas, modificar la institucionalidad; crear políticas que fomenten la gestión integrada de recursos hídricos, que contemple el manejo de los recursos superficiales y subterráneos en forma integral; mejorar el uso eficiente del agua incentivando la inversión privada hacia nuevas tecnologías e invertir en infraestructura relativa a acueductos, canales, recarga de acuíferos, desalinización y medidores; definir nuevos instrumentos legales para contribuir a la descontaminación de las fuentes de aguas para evitar su degradación; mejorar la calidad y cantidad de los instrumentos y elementos técnicos para una mejor comprensión y nivel de conocimiento de los recursos hídricos superficiales y subterráneos, para así permitir un apropiado manejo y propiciar políticas y decisiones adecuadas; aumentar las fuentes de financiamiento para investigaciones relacionadas con el agua, la infraestructura y proyectos de administración; promover una cultura orientada a la conservación de los recursos hídricos, realizando campañas comunitarias, programas escolares y eventos en general, entre otros, y, por último, de total relevancia para estos efectos, fortalecer las organizaciones de usuarios, creando políticas que favorezcan su creación y registro.

Así las cosas, la gobernanza del agua en Chile está en un punto de inflexión, el cual puede conducir a un cambio de régimen institucional del agua (por ejemplo, reformar el Código de Aguas) o mantener el *status quo*. Que vaya en una o en otra dirección, según señala Retamal, *"dependerá si los sistemas políticos, sociales, económicos y administrativos comparten el poder a la hora de tomar decisiones en la gestión del agua y si se coordinan e integran para que la gobernanza del agua proceda hacia una trayectoria de sustentabilidad"*.³²

³⁰ RUIZ Y GENTES (2008) p. 52, señalan que el empoderamiento local no se aplica por ley, sino que por un gran pacto o acuerdo social.

³¹ VALDÉS-PINEDA *et al.* (2014) p. 2563.

³² RETAMAL *et al.* (2013) p. 14.

A partir de lo señalado y conceptos indicados, para los efectos de este trabajo, la gobernanza del agua contiene los elementos que se identifican a continuación: i) interacción Estado y actores no estatales (proceso participativo) en la toma de decisiones, es decir, se constata una actividad compartida y asociada entre gobierno y sociedad (redes decisionales mixtas entre lo público y lo privado), donde existe una relación de interdependencia más que de dependencia; ii) necesidad de lograr un mecanismo de manejo y gestión del agua que satisfaga las necesidades de consumo de los diferentes sectores y así mismo proteger el recurso natural con apoyo de todos los actores involucrados en su manejo; iii) capacidad de diseño de políticas públicas que sean socialmente aceptadas, evitando así la resistencia obstinada por parte de los destinatarios de dichas políticas, así como su capacidad para obstaculizar el logro de los objetivos pretendidos por las mismas; y, iv) dimensión legal (nivel local, provincial, regional, nacional, supranacional) que asegura que los marcos regulatorios relacionados con el manejo del agua sean efectivamente implementados por los actores involucrados y tiendan a conseguir y resguardar intereses públicos.

El próximo apartado se referirá a la legislación de aguas en Chile, en especial al Código de Aguas de 1981, actualmente vigente, en sus aspectos generales y en lo relativo a las organizaciones de usuarios, y, además, se resumen los principales lineamientos de la reforma que se ha presentado para reformarlo.³³

III. DERECHO DE AGUAS EN CHILE Y SU VINCULACIÓN CON LOS USUARIOS

1. Aspectos generales del marco regulatorio chileno en materia de aguas

Como se señaló precedentemente, el marco regulatorio es un aspecto relevante en la gobernanza del agua. En nuestro ordenamiento las aguas se consideran un bien nacional de uso público³⁴, y su uso está sujeto a que quien utiliza el recurso hídrico sea titular de un derecho de aprovechamiento de

³³ “Proyecto de Ley que Reforma el Código de Aguas”. Boletín n° 7543-12, 8 septiembre 2014. Disponible en: <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7936>, fecha de consulta: 5 de mayo de 2017.

³⁴ El artículo 5° del Código de Aguas de 1981, establece que: “Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código”.

aguas.³⁵ El derecho de aprovechamiento de aguas y su ejercicio está regulado esencialmente en el Código de Aguas dictado en 1981, y la propiedad de los particulares sobre los derechos de aprovechamiento está garantizada por la Constitución Política de la República (artículo 19, n° 24, inciso final³⁶). Es así como esta dualidad –bien público y bien privado–, que si bien jurídicamente recaen sobre cosas distintas (uno sobre el agua y el otro sobre el derecho de aprovechamiento), en la realidad física –el agua– se confunden.

El modelo consagrado por el Código de Aguas de 1981, consiste básicamente en un sistema de otorgamiento de derechos de aprovechamiento a título gratuito y perpetuo, en la medida que exista disponibilidad del recurso y que no se perjudiquen derechos de aprovechamiento de terceros existentes con anterioridad. Este modelo instaurado por el Código de Aguas de 1981 responde a que, como señala Mayntz, *“en los primeros años de la década de los ochenta, los principios del mercado fueron examinados mayormente como la alternativa más eficaz respecto a la regulación de las políticas ambientales de los Estados Unidos. En aquel período, tales principios se convirtieron en la columna de la ideología política del neoliberalismo y del thatcherismo, promoviendo la desregulación y la privatización como medios para estimular el crecimiento y para incrementar la eficiencia económica”*.³⁷ Así, este modelo fortaleció la calidad de bien productivo de las aguas, entendido como un bien económico necesario para el desarrollo del país y que, en consecuencia, tiene el mismo tratamiento que el resto de los bienes.

A más de diez años de su entrada en vigencia, el Código de Aguas de 1981 fue objeto de una reforma en el año 2005, introducida por medio de la Ley n° 20.017, donde una de las principales innovaciones fue el establecimiento de una patente por no uso, que han de pagar aquellos titulares de derechos de aprovechamiento que no los estuvieran utilizando. La implementación de esta patente tuvo por objeto frenar la especulación de quienes solicitaban derechos de aprovechamiento meramente para incorporarlos en su patrimonio, sin haber un uso efectivo asociado ni interés en hacerlo. También

³⁵ Artículo 6° del Código de Aguas de 1981. En tanto, los incisos 1° y 2° de este artículo, establecen que: *“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”*.

³⁶ El inciso final del artículo 19 n° 24 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, establece que: *“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”*.

³⁷ MAYNTZ (1998) p. 3.

se estableció un caudal ecológico mínimo (artículo 129 bis³⁸) que tiene como fin la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente.³⁹ Sin embargo, esta reforma introducida en el año 2005 distó mucho de ser un cambio importante, no obstante haber prometido cambiar totalmente el ordenamiento en materia de aguas.⁴⁰

A continuación, nos referiremos en particular a la evolución normativa y situación particular de las organizaciones de usuarios en la regulación actual, dado que constituyen las entidades llamadas a gestionar la administración de las aguas a nivel local, incorporando titulares de derechos de aprovechamiento con diversos intereses y finalidades, las que debieran tener una regulación sólida que les permita realizar sus funciones y atribuciones en un marco de gobernanza.

2. Evolución normativa de las organizaciones de usuarios

Tal como se adelantó, las organizaciones de usuarios son entidades preocupadas de la administración de los recursos hídricos a nivel local. Pero, su regulación y orientación ha sido determinada por el riego, omitiéndose otros intereses que también confluyen en la gestión de los recursos hídricos. Por ello, es del caso analizar en esta parte la evolución normativa de las organizaciones de usuarios desde su origen hasta la situación actual.

Desde principios de la Colonia hasta la entrada en vigencia de la Ley n° 2.139, de 1908, no existían organizaciones jurídicas preocupadas de la administración de las aguas, sino que los usuarios se agrupaban en entidades de hecho a las que eran aplicables –sin ser suficientes– las normas del cuasicontrato de comunidad del Código Civil, vigente a esa época⁴¹, y solo

³⁸ El inciso primero del artículo 129 bis 1 del Código de Aguas de 1981, establece que: *“Al constituir los derechos de aprovechamiento de aguas, la Dirección General de Aguas velará por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, debiendo para ello establecer un caudal ecológico mínimo, el cual solo afectará a los nuevos derechos que se constituyan, para lo cual deberá considerar también las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial”*.

³⁹ VALDÉS-PINEDA *et al.* (2014) p. 2550.

⁴⁰ SEGURA (2009) pp. 1 y 2.

⁴¹ El artículo 836 del entonces vigente Código Civil establecía que *“el uso de las aguas que corren por entre dos heredades corresponde en común a los dos riberanos, con las mismas limitaciones, i será reglado en caso de disputa por la autoridad competente, tomándose en consideración los derechos adquiridos por prescripción u otro título, como en el caso del artículo precedente, núm. 1º”*.

algunos canales contaban con estatutos especiales. En efecto, Venegas señalaba que *“pocos son los canales que, como el de Maipo, se rijen [sic] bajo ciertos estatutos especiales; en la mayor parte de los canales no importa regla alguna para su uso, como quiera que el párrafo del Código Civil que trata del cuasi contrato de comunidad se limita a consignar preceptos jenerales [sic] que no pueden aplicarse a las diversas situaciones que presenta el derecho de usar unas mismas aguas numerosos predios de reducida extensión”*.⁴² Posteriormente, en tanto, comenzaron a aparecer Ordenanzas que regulaban la administración de algunos cauces, a saber: Valle de Copiapó, Sociedad de Maipo, río Aconcagua y río Teno, todas de 1872, Huasco, de 1880, y Tinguiririca, de 1887.

Mención aparte merece la Ordenanza de enero de 1872 sobre distribución de las aguas en los ríos que dividen provincias y departamentos que, en suma, consagró, en su artículo 14, un principio de participación donde los mismos usuarios debían ponerse de acuerdo en la cantidad de agua que debía asignarse a cada uno como dotación, sin perjuicio de lo señalado por Obando⁴³, en el sentido que cualquiera que tuviera interés por un adecuado reparto podía solicitar al juez competente que citara a un comparendo de usuarios del río o canal, para que en él se designara una autoridad encargada de hacer la distribución bajo la mirada de una junta de vigilancia. Esta Ordenanza fue derogada casi en su totalidad por el Título 11° del Libro III del Código de Procedimiento Civil dictado en 1902, que trataba acerca de los juicios sobre distribución de aguas, en los cuales se hace referencia a los comuneros y a las juntas de vigilancia.⁴⁴

Luego, en 1908 se dicta la Ley n° 2.139 sobre asociaciones de canalistas, que tuvo como principal objetivo reglamentar la organización y funcionamiento de las comunidades existentes y las que se formarían con posterioridad. Así, el artículo 1° de dicha ley establecía que *“[s]erán personas jurídicas i se regirán por las disposiciones de esta lei, las asociaciones formadas por los dueños de canales, que se constituyan en conformidad al artículo 20, con el objeto de tomar el agua de la corriente matriz, repartirla entre los accionistas i conservar i mejorar los acueductos”*. En otras palabras, junto con otorgarle personalidad jurídica a este tipo de organizaciones, se orientaba en la

⁴² VENEGAS (1887) p. 102.

⁴³ OBANDO (2009) p. 114.

⁴⁴ En este Código de Procedimiento Civil, modificado a su vez en 1918, se estableció (artículo 828 n° 6) la posibilidad de nombramiento de una junta de vigilancia o de un delegado para hacer efectivos los acuerdos o resoluciones adoptadas por los usuarios.

distribución de las aguas a que tenían derecho sus miembros y la mantención y conservación de la obra común.

Posteriormente, comienzan los primeros intentos de codificación del Derecho de Aguas chileno. En 1927, el diputado Rafael Moreno Echeverría presenta un proyecto que, aunque fallido, consideraba a las organizaciones de regantes y juntas de vigilancia. Luego, en el mensaje presidencial de fecha 10 de junio de 1936, mediante el cual se presentó el proyecto que creaba un Código de Aguas, se señaló que: *“Los fines de interés común de los regantes, que inspiraron al legislador para dictar la Ley sobre Asociaciones de Canalistas, se mantienen en el proyecto ampliados a situaciones semejantes y completados con preceptos que se hacían indispensables para tener una legislación armónica sobre el goce de las aguas comunes. Tres son los organismos que regulan este orden de cosas: las comunidades de aguas, las asociaciones de canalistas y las juntas de vigilancia”*.⁴⁵ El mismo mensaje agregaba que: *“Las Juntas de Vigilancia que hoy son producto de estipulaciones contractuales de poca eficacia y con atribuciones para un río determinado, pasan a ser instituciones de Derecho con jurisdicción efectiva sobre toda una cuenca para dirigir los intereses comunes de todas las asociaciones de canalistas, comunidades de aguas y beneficiarios de la hoya, para evitar los enojosos pleitos entre riberanos y para ser representantes, por decirlo así, de una región agrícola servida por un mismo sistema fluvial. El funcionamiento de las Juntas de Vigilancia se rige por las reglas dadas para las asociaciones de canalistas, con las modificaciones que su naturaleza y fines requieren”*.⁴⁶ El referido proyecto presentado en 1936 fue materia de un oficio que el Presidente de la República envió a la Cámara de Diputados con el objeto que fuera retirado, debido a la intervención de diversas instituciones con intereses en el marco normativo de las aguas. Sin embargo, y debido a la moción presentada por varios diputados en la misma sesión, el proyecto fue reingresado, continuando así su tramitación, promulgándose finalmente la Ley n° 8.944, publicada en el Diario Oficial de fecha 11 de febrero de 1948, sin embargo, lo que se suponía que sería el primer Código de Aguas chileno, culminó con sucesivas prórrogas de vacancia legal, por lo que no entró en vigor.

Así las cosas, el 4 de enero de 1949 se presentó un nuevo proyecto de ley sobre el Código de Aguas, que se tradujo en la dictación de la Ley n° 9.909, publicada en el Diario Oficial de fecha 28 de mayo de 1951 (denominado comúnmente como el Código de Aguas de 1951). De esta manera, desde los primeros intentos de codificación, las organizaciones de usuarios

⁴⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS (1936) p. 666.

⁴⁶ *Ídem.*, pp. 666 y 667.

se consideraron como una solución al uso común de las aguas por parte de los regantes.

Luego en el tiempo, nos encontramos con el denominado Código de Aguas de 1969, que no es sino el Código de Aguas de 1951 con las modificaciones introducidas por la Ley n° 16.640 de 1967, de Reforma Agraria. En cuanto a la administración de las aguas, un problema que debieron enfrentar los regantes fue que al no haberse definido previamente los sistemas de riego en los predios expropiados, éstos mantenían las redes internas de canales, concedidos para satisfacer necesidades globales de cultivos programados por un solo propietario. Al subdividirse las propiedades, sucedió con frecuencia que dicha red no se ajustaba a los nuevos requerimientos, necesiéndose modificaciones sustanciales en los canales y obras de arte, diseñadas para otras circunstancias.

A partir de 1973, y de forma coherente con los cambios políticos que acaecieron en nuestro país, se iniciaron una serie de cambios legislativos, entre los que se incluyeron las aguas. En este sentido, cabe señalar lo establecido en el artículo 1 n° 16 del Acta Constitucional N° 3 dictada en virtud del Decreto Ley n° 1552 de 1976, que modificó la Constitución Política de 1925, el cual en su inciso final disponía que: “Un estatuto especial regulará todo lo concerniente al [...] dominio de aguas”. En virtud de dicha disposición, con fecha 23 de abril de 1979, mediante el Decreto Ley n° 2.603, se modificó y complementó lo dispuesto en el Acta Constitucional N° 3, agregando antes del inciso final del artículo 1 N° 16 un nuevo inciso que dispuso: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la Ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. En este artículo se evidencia la forma en que ha sido construida la legislación de aguas chilena, al hacer mención a los derechos reconocidos, refiriéndose aquellos en los que no obstante no existir título o acto de autoridad alguno a su respecto, son igualmente protegidos y reconocidos, denominados derechos consuetudinarios.⁴⁷

Por otra parte, en esta modificación se facultó al Presidente de la República para que: “dicte las normas necesarias para el establecimiento del Régimen General de las Aguas, que modifique o reemplace, total o parcialmente, el Código de Aguas y las demás normas relativas a la misma materia”. Luego de sucesivas prórrogas, finalmente, el 29 de octubre de 1981 es publicado el Decreto con Fuerza de Ley n° 1.122, que contiene el Código de Aguas actualmente vigente, en el que se mantuvo sin alteraciones sustanciales

⁴⁷ ROJAS (2010) p. 191.

la normativa sobre organizaciones de usuarios y en particular sobre juntas de vigilancia establecida en el Código de Aguas de 1969, que, a su vez, en nada había alterado la del Código de 1951.

La principal diferencia que cabe destacarse es que los Códigos de Agua anteriores trataban las asociaciones de canalistas, aplicándose, en general, las normas de éstas a las comunidades de aguas y a las juntas de vigilancia. Por la inversa, el Código de Aguas vigente reglamenta detalladamente las comunidades de aguas, haciendo aplicable, en gran medida, las normas de éstas a las asociaciones de canalistas y, en conjunto, ambas se aplican a las juntas de vigilancia.

Reseñada la evolución de la normativa de aguas y en relación a las organizaciones de usuarios, nuestra regulación actual reconoce cuatro tipos, a saber: comunidades de aguas (superficiales y subterráneas); comunidades de drenaje; asociaciones de canalistas; y, juntas de vigilancia, todas las cuales comparten una serie de características comunes. Sin embargo, las disposiciones de estas organizaciones se han estructurado en función de las comunidades de aguas, quedando el resto relegadas a un *segundo plano normativo*. Cabe señalar que, en el contexto en que se originaron las organizaciones de usuarios, existía una mayor disponibilidad del recurso y, como consecuencia de ello, menor conflictividad. Asimismo, los usos que se le daba al agua eran principalmente el riego y, en menor medida, el consumo humano.

En la actualidad, el supuesto de hecho de las organizaciones de usuarios ha cambiado sustancialmente. Por una parte, como se señaló precedentemente, enfrentamos una disminución progresiva de la disponibilidad del recurso hídrico, lo que conlleva una mayor conflictividad entre los usuarios; y por la otra, con el desarrollo de la tecnología y la industria se incorporaron a la demanda de agua gran cantidad de nuevos y masivos usos, en algunos casos incompatibles entre sí, pero todos ellos esenciales para el desarrollo social y económico del país, como la generación hidroeléctrica y la gran minería, entre otros. No obstante los cambios en la situación de hecho descrita, el marco jurídico de las organizaciones de usuarios de aguas no ha sufrido cambios sustanciales, ya que en la actualidad sigue destinado principalmente a regular el riego, y si bien existen menciones a otros usos de aguas, distan mucho de ser herramientas útiles en la solución de los conflictos actuales y aquellos que se avecinan.

Por otra parte, actualmente tenemos la posibilidad de comprender de mejor manera las diversas interacciones existentes en una hoya hidrográfica: no solo ha aumentado la demanda y disminuido la disponibilidad del recurso hídrico, sino que también se ha tomado conciencia de su valor ambiental,

por lo que cada vez cobra más importancia contar con un actor relevante en materia de gestión de los recursos hídricos a nivel de cuenca. Si bien nuestra legislación contempla una *categoría superior* de organizaciones de usuarios, las juntas de vigilancia, la posición que éstas ocupan en nuestra legislación genera una serie de dificultades que les impiden asumir un rol preponderante en la gestión de recursos hídricos, ya que se encuentran principalmente reguladas por las normas de las comunidades de aguas y asociaciones de canalistas, que solo tienen por objeto distribuir y administrar aguas en un cauce artificial y principalmente orientadas al riego. Ante un nuevo escenario, con menor disponibilidad de recursos hídricos, toma mayor relevancia el contar con instrumentos jurídicos que permitan conjugar las relaciones que se producen entre los diversos interesados en utilizar las aguas que les son comunes a nivel de cuencas hidrográficas. Dada su jurisdicción y potestades, las juntas de vigilancia constituyen el organismo más idóneo para asumir este rol, ya que son únicas como categoría de organizaciones de usuarios que administran las aguas desde sus fuentes naturales, y que son conformadas no solo por los usuarios individuales que extraen aguas desde el cauce, sino que por todos los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas de una misma cuenca u hoyo hidrográfica, sin posibilidad de exclusión.

3. Reforma en trámite del Código de Aguas

Actualmente la discusión que tiene por objeto modificar el Código de Aguas vigente ha radicado única y exclusivamente en lo referente a la propiedad de las aguas, su calidad de bien nacional de uso público y su preferencia para el consumo humano, quedando fuera cualquier argumento relativo a la gobernanza de las aguas.

En efecto, se ha presentado por parte del Gobierno actual una iniciativa por reformar el Código de Aguas, modificación que actualmente se encuentra en trámite⁴⁸, cuyas propuestas más importantes pueden sintetizarse del siguiente modo: (i) otorgamiento de derechos de aprovechamiento por un período de tiempo determinado (máximo 30 años, prorrogable), no a perpetuidad, con la posibilidad además que éstos caduquen en caso que las aguas no sean efectivamente utilizadas. En este aspecto, se siguen modelos comparados como España y Argentina, cuyas legislaciones varían entre 3 y 5 años para dar un uso efectivo a las aguas antes de declarar su caducidad; (ii) dar facultades a la Administración del Estado para limitar el ejercicio de

⁴⁸ “Proyecto de Ley que Reforma el Código de Aguas”. Boletín n° 7543-12, 8 septiembre 2014. Disponible en: <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7936>, fecha de consulta: 5 de mayo de 2017.

los derechos de aprovechamiento en épocas de escasez. Esta medida tiene por objeto hacerse cargo de la situación actual en que existe: (a) un sobre otorgamiento de derechos de aprovechamiento en cuencas agotadas; (b) así también una sobre explotación de los acuíferos que se explica por el mismo sobre otorgamiento, por las extracciones ilegales y por la falta de atribuciones para reducir de oficio ciertas extracciones; y, (c) finalmente un acaparamiento ocioso y especulación de derechos de aprovechamiento otorgados en forma gratuita.⁴⁹ Así, se pretende mejorar la gestión del recurso hídrico en las cuencas que presentan estos problemas; (iii) establecer el consumo humano y saneamiento como uso prioritario, por sobre otros usos como, por ejemplo, el uso agrícola. Con esto se intenta solucionar el escaso acceso del mundo rural al agua, toda vez que no tienen el poder adquisitivo para adquirir derechos de aprovechamiento en el denominado “mercado de las aguas”, posibilidad que sí tienen las empresas agro-exportadoras, mineras, forestales, eléctricas e industriales. De esta forma se pretende reconocer y concretar el derecho humano de acceder al agua potable y su saneamiento, para ser consistente con la Declaración Universal de los Derechos de la Humanidad⁵⁰; (iv) para asegurar dicho uso –consumo humano y saneamiento– se establecerán reservas de aguas superficiales y subterráneas; (v) fortalecimiento de la Dirección General de Aguas. Esto ya que según la propia Dirección General de Aguas, Dirección del Ministerio de Obras Públicas, es un servicio que tiene escasas atribuciones e ineficiente intervención en fiscalización y aplicación de sanciones ante infracciones del Código de Aguas. Además, no existe en Chile una institucionalidad superior de los recursos hídricos; (vi) se prohíbe el otorgamiento de derechos de aprovechamiento en Parques Nacionales y Reservas de Región Virgen. Con esto se intenta resguardar el patrimonio ambiental, toda vez que el otorgamiento de derechos de aprovechamiento en Parques Nacionales y otras unidades protegidas ha permitido el desarrollo de proyectos hidroeléctricos al interior de estas áreas bajo protección oficial⁵¹; (vii)

⁴⁹ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS Y MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2014) p. 2.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Al respecto, y si bien las áreas protegidas escapan al alcance del presente trabajo, se puede señalar que lo que se intenta con esa modificación es evitar que ante el vacío regulatorio existente se dicten fallos como, por ejemplo, aquel dictado por la Corte Suprema, *Cisternas contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos* (2009, rol n° 6397-2008), sobre recurso de protección presentado en contra de la autoridad ambiental respectiva, por haber aprobado un proyecto hidroeléctrico al interior de un Parque Nacional, sentencia en la que concluyó que: “se puede concluir que es posible realizar proyectos u obras en parques nacionales y otras áreas protegidas. Lo exigido, conforme al marco jurídico que rige a esas unidades o áreas, es que la calificación favorable de tales proyectos sea precedida de una rigurosa evaluación de parte de la autoridad ambiental,

se dan facilidades para que se otorguen derechos de aprovechamiento a los comités de agua potable rural, y asimismo se les exime del pago de la patente por no uso; (viii) se establece la obligación de inscribir los derechos de aprovechamiento y de regularizar los usos consuetudinarios en un plazo de 6 meses y de 1 año, respectivamente, contado desde la entrada en vigencia de la reforma.

No obstante lo anterior, cabe tener en consideración que solo se trata de un Proyecto de Ley, que aún no ha sido aprobado. Como se observa, se trata de medidas que tienen como objetivo central asegurar el consumo humano y declarar que las aguas son un bien nacional de uso público en cualquiera de sus estados, incluso una vez asignados los derechos a los particulares.

Actualmente, gran parte de la discusión respecto del Proyecto de Ley radica en la aplicación retroactiva de dichas disposiciones o si solo aplicarán para derechos constituidos a partir de su entrada en vigencia. La insistencia en uno u otro punto ha ido polarizando cada vez más las posiciones en contra o a favor del Proyecto de Ley. Sin embargo, el Proyecto de Ley en trámite nada dice respecto de la gobernanza del recurso hídrico, y en nuestra opinión, sea que la conclusión del Proyecto sea eliminar la propiedad particular sobre las aguas o mantenerlas, si no existe un buen sistema de gobernanza sobre las mismas, los efectos de la sequía y la sobreexplotación continuarán acrecentándose.

Por lo anterior, de acuerdo a lo expuesto, las discusiones y debates que se están dando actualmente en Chile en relación a la Reforma del Código de Aguas, lamentablemente, se han enfocado única y exclusivamente en la propiedad de las aguas, omitiendo la gobernanza de las aguas y el rol y responsabilidades que tendrá la Dirección General de Aguas en el futuro.

a fin que solo pueda ejecutarse bajo ciertas condiciones y exigencias en defensa del uso racional de los recursos naturales existentes. En otras palabras, por lo que se debe velar es que las actividades que se realicen dentro de los parques nacionales sean compatibles con los objetivos de dichos espacios de preservación de las bellezas naturales y de la flora y fauna asociadas". Asimismo, la prohibición de otorgar derechos en Parques Nacionales y Reservas de Región Virgen estaría acorde con lo dispuesto en el inciso final del artículo 3° de la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas de América, comúnmente denominada "Convención de Washington". Dicha norma señala que: *"Los gobiernos contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales".*

IV. ELEMENTOS DE GOBERNANZA EN EL DERECHO DE AGUAS CHILENO

La gobernanza del agua, según se ha entendido en este trabajo, debe considerar una interacción entre el Estado y actores no estatales en la toma de decisiones, para lograr un mecanismo de manejo y gestión del agua que satisfaga las necesidades de consumo de los diferentes actores interesados, con el objeto de diseñar políticas públicas y un marco regulatorio que no provoque la resistencia ni la obstaculización de los destinatarios de las normas. Es decir, un elemento esencial de la gobernanza es la participación de los diversos actores interesados en la toma de decisiones en el manejo de las aguas.

Cabe destacar que el ordenamiento jurídico de aguas chileno tuvo su origen en la necesidad de establecer reglas para el uso común de las aguas, por lo que sin haberse manifestado expresamente, desde sus inicios, la gobernanza de las aguas ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico configurado y manifestado en las organizaciones de usuarios de aguas.

Ahora bien, las disposiciones normativas referentes a dichas organizaciones, han tenido pocas variaciones desde su entrada en vigencia, a principios del Siglo XX, por lo que resulta imperativo introducir actualizaciones a dicha estructura. Sin embargo, en las discusiones actuales no se han incorporado elementos de gobernanza. En esta línea, un aspecto que se observó en la investigación es que las organizaciones de usuarios tienen un rol fundamental en la gestión del recurso hídrico, en la medida que respondan a una integración participativa.

Para Hodgson⁵², muchos países han traspasado las tareas de gestión de las aguas desde agencias estatales hacia organizaciones de usuarios participativas, anónimas y autofinanciadas, lo que responde a que las agencias estatales no pueden afrontar ni operar de manera eficaz los sistemas de riego, de manera tal que las responsabilidades han sido transferidas a estas organizaciones de usuarios de aguas en un proceso comúnmente conocido como la "Transferencia de la Gestión del Riego" (*Irrigation Management Transfer*).

En Chile las organizaciones son consideradas personas jurídicas, integradas por agentes privados, que deben ser titulares de derechos de aprovechamientos que, en materia de riego, son en su mayoría agricultores. El impacto que tienen las organizaciones de usuarios de aguas en la producción agrícola en Chile es indudable, y ha sido tratado por McCarthy y Essam⁵³, quienes concluyen que el análisis empírico revela que hay una relación entre

⁵² HODGSON (2003) p. 1.

⁵³ MCCARTHY Y ESSAM (2009).

la participación en las decisiones adoptadas por la organización, los montos de los aportes de sus miembros y los ingresos posteriores del sector agrícola.

Sin embargo, como se explicó, las organizaciones de usuarios en Chile están integradas por titulares de derechos de aprovechamiento, por lo que solo está presente una valoración del agua en el manejo de estas organizaciones de usuarios: el valor patrimonial económico del agua, extrañándose otras percepciones y valoraciones provenientes de otros actores, como quienes dan valor al disfrute del paisaje o quienes valoran el agua como un elemento esencial para la conservación del ecosistema. Es decir, en Chile las organizaciones de usuarios distan de ser participativas, sino que ellas son dirigidas por los intereses de unos pocos que deben ser titulares de derechos de aprovechamiento y que no necesariamente son actores locales ni habitantes del sector, puesto que, como se ha explicado, la legislación chilena no liga los derechos de aprovechamiento a la tierra.

En otras palabras, en Chile quien posee un derecho de aprovechamiento de aguas, no siempre tiene una merced de tierra disponible en la que utilice dichas aguas, es más, dicho titular puede –incluso– decidir no utilizar las aguas. En Alemania, por ejemplo, las organizaciones de usuarios, denominadas *Wasser und Bodenverbände*, son una organización tradicional de Derecho Público⁵⁴ que comprende el manejo conjunto del agua y de la tierra. Las funciones de estas organizaciones son de interés público y están relacionadas, entre otras, con la administración de los cursos de aguas; construcción, mantención y operación de infraestructura, tal como obras de conducción de aguas y sistemas de regadío, drenaje y de defensa ante crecidas; y, ejecución de instalaciones que permiten el desarrollo de la actividad agrícola. Cada organización tiene su propio estatuto que debe ajustarse a las disposiciones legales.⁵⁵ Es un modelo de gobernanza que

⁵⁴ HODGSON (2003) p. 8, plantea que en Alemania se agrega la expresión *Verbander* para indicar en forma expresa que estas organizaciones se rigen por el Derecho Público y así se les distingue de las asociaciones privadas regidas por el Código Civil de ese país.

⁵⁵ La regulación de estas organizaciones está contenida en la *Gesetz über Wasser und Bodenverbände* (Ley de Asociaciones de Agua y Suelo de 1991). Esta ley prescribe las principales características de estas asociaciones, como su formación, tareas, composición (miembros), estructura interna, contenido de sus estatutos, financiamiento, entre otros. Además, en las diferentes regiones se han promulgado actos que permiten implementar lo establecido en la ley, los cuales son llamados *Landerausführungsgesetze zum Geset über Wasser und Bodenverbände*.

pretende aunar los intereses de los usuarios, disminuir los conflictos y que existan ganancias mutuas.⁵⁶

Dicho lo anterior, resulta llamativa la diferencia en el tratamiento que se da en Chile y en Alemania respecto a las organizaciones de usuarios, en donde en unas –Chile– solo se gestionan las aguas, mientras que en las otras –Alemania– se hace un manejo del recurso hídrico que incorpora la tierra en la que se utilizan. Esto sin lugar a dudas puede ser materia de un trabajo de investigación comparativo que escapa al presente trabajo, pero que puede ser materia de una próxima investigación.

A partir de lo anterior, hace total sentido lo planteado por Nelson al indicar que: *“La productividad agropecuaria, el acceso al mercado y los efectos del clima son en gran medida específicos a determinados lugares. Las agencias internacionales de desarrollo y los gobiernos nacionales deberían esforzarse para asegurar que el apoyo técnico, financiero y de fortalecimiento de capacidades llegue hasta las comunidades locales. También se debería alentar la participación comunal en los procesos nacionales de planificación de la adaptación. Las estrategias comunitarias de adaptación pueden ayudar a las comunidades rurales a reforzar su capacidad de sobrellevar desastres, mejorar sus habilidades de administración de tierras y diversificar sus medios de vida”*.⁵⁷ De esta forma, es indudable que estas organizaciones de usuarios representan un actor importante en la gobernanza del agua y cumplen un rol en la toma de decisiones a nivel local que es relevante a la hora de tener un proceso participativo que incorpore diferentes percepciones en el manejo de las aguas.

Como señala Vergara⁵⁸, en Chile *“ni el Estado (esto es, los órganos del Estado) ni el mercado (esto es, la autónoma decisión de los particulares), por sí solos, han logrado con éxito que los individuos mantengan, a largo plazo, un uso productivo y positivo de los sistemas de recursos naturales. El caso de*

⁵⁶ Para MONSEES (2004) p. 13, el éxito de este modelo deriva de la combinación, en síntesis, de los siguientes elementos: (i) reglas claras y flexibles contenidas en los estatutos de la asociación; (ii) garantizar la autonomía de la participación de los actores locales siempre en conformidad a la ley; (iii) evitar decisiones individuales (*free-riders*) mediante el establecimiento de una afiliación obligatoria; (iv) un equilibrio entre los derechos de los miembros y las facultades de la directiva de la asociación; (v) la evaluación meticulosa de los beneficios y costos de los miembros; (vi) financiamiento holgado; (vii) tener respeto por las normas rurales tradicionales (*deeproots in traditional rural norms*).

⁵⁷ NELSON *et al.* (2009) p. IX.

⁵⁸ VERGARA (2012) p. 1.

las aguas es paradigmático en esta dualidad de manejo, a la vez, público y privado". Por esta razón, cabe recordar lo señalado por Retamal⁵⁹ en cuanto a que, para superar estas debilidades, enfrentar el cambio climático y recorrer un camino de sustentabilidad, se requiere realizar modificaciones estructurales al actual sistema de gestión de las aguas en Chile, renovando realmente el marco normativo, promoviendo la participación de los diferentes actores y tomando en cuenta sus percepciones, valoraciones y conciencia en la toma de decisiones. Solo así se habrá incorporado la gobernanza en la regulación de las aguas en Chile. Así, la forma de integración y mecanismos de participación al interior de las organizaciones de usuarios de aguas es un tema interesante para ser tratado en el marco de una próxima investigación en materia de gobernanza de aguas, a fin de que sea incorporado ya sea en una política pública futura o en una eventual modificación del Código de Aguas.

CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto a lo largo del presente trabajo, la crisis del agua corresponde a una problemática de gobernanza del agua, en tiempos donde es preocupante la condición de sequía provocada por el cambio climático y la sobreexplotación del recurso hídrico.

Desde sus inicios, la legislación de aguas en Chile ha considerado a las comunidades de aguas, las asociaciones de canalistas y las juntas de vigilancia como una solución al uso común de las aguas por parte de los usuarios, pero no obstante la diversidad de usos que existen actualmente, el marco jurídico de las organizaciones de usuarios no ha sufrido cambios sustanciales y la regulación de estas entidades sigue orientada principalmente al riego, por lo que requiere de modificaciones normativas que las conviertan en vehículos útiles para la solución de los conflictos actuales y los que se vislumbran en el futuro, dotando a la gestión de las aguas de un sistema capaz de conciliar los diversos intereses que confluyen en una misma cuenca u hoya hidrográfica.

De acuerdo a lo expuesto en este trabajo, para que exista una buena gobernanza es imperativo que se incorporen nuevos actores en la toma de decisiones en torno al manejo y la gestión de las aguas, de manera tal que en las organizaciones de usuarios no solo tenga cabida el valor patrimonial económico del agua, sino que también se considere a otro tipo de entidades, tales como empresas de ecoturismo u organizaciones sociales que habitan en un lugar determinado, que dan otras valoraciones y que tienen otras percepciones igualmente válidas. Esto, por ejemplo, podría darse al interior de

⁵⁹ RETAMAL *et al.* (2013) p. 15.

organizaciones de usuarios más participativas, que no solo incluyan a titulares de derechos de aprovechamiento.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CÁMARA DE DIPUTADOS (1936): *Sesión 11ª Ordinaria, 10 de junio de 1936*

(Boletín de sesiones, Tomo I).

DANIELL, Katherine A. y BARRETEAU, Olivier (2014): "Water governance across competing scales: Coupling land and water management", *Journal of Hydrology*, vol. 519, pp. 2367-2380.

DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS Y MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2014): *Minuta de Reforma al Código de Aguas*, 20 de agosto de 2014 (Santiago, Ministerio de Obras Públicas).

DONOSO, Guillermo, Cancino, Joaé, Melo, Óscar, Rodríguez, Cristián y Contreras, Hugo (2010): *Informe Final Análisis del Mercado del Agua de Riego en Chile: Una Revisión Crítica a través del caso de la Región de Valparaíso* (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Departamento de Economía Agraria).

HODGSON, Stephen (2003): *Legislation on water users's organizations. A comparative analysis* (Roma, Food and Agriculture Organization of the United Nations).

MAYNTZ, Renate (1998): "Nuevos desafíos de la teoría de Governance (Trad. María Ángela Petrizzo)", *Jean Monet Chair Paper RSC*, n° 98/50. Disponible en: <<http://www.iue.it/RSC/Mayntz.htm>>. Fecha de consulta: 5 de mayo 2017.

MCCARTHY, Nancy y ESSAM, Timothy (2009): *Impact of Water User Associations on Agricultural Productivity in Chile* (Washington, D.C. International Food Policy Research Institute, IFPRI).

MONSEES, Jan (2004): "The German Water and Soil Associations – self-governance for small and medium scale water and land resources management", *Working Paper on Management in Environmental Planning* n° 10/2004.

NANDA, Ved (2006): "The Good Governance Concept Revisited", *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 603, pp. 269-283.

- NELSON, Gerald, ROSEGRANT, Mark, KOO, Jawoo, ROBERTSON, Richard, SULSER, Timothy, ZHU, TINGJU, Claudia, Msangi, Siwa, Palazzo, Amanda, BATKA, Miroslav, MAGALHAES, Marilia, VALMONTE-SANTOS, Rowena, Ewing, Mandy y LEE, David (2009): *Cambio Climático. El impacto en la agricultura y los costos de adaptación* (Washington, D.C., Instituto Internacional de Investigación sobre Políticas Alimentarias IFPRI).
- OBANDO, Iván (2009): "Estructura y jurisdicción de las organizaciones de usuarios de aguas en Chile durante el siglo XIX", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXII, pp. 107-132.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (2011): "Watergovernance in OECD countries: A multi-level approach. The water crisis is largely a governance crisis (Executive Summary)". Disponible en: <<http://www.oecd.org/gov/regional-policy/48918283.pdf>>, fecha de consulta: 21 de junio 2015.
- _____ (2015): *OECD Principles on Water Governance. Welcomed by Ministers at the OECD. Ministerial Council Meeting on 4 June 2015* (Château de la Muette, Directorate for Public Governance and Territorial Development).
- RETAMAL, Rafaela, ANDREOLI, Andrea, ARUMI, José, ROJAS, Jorge y PARRA, Óscar (2013): "Gobernanza del agua y cambio climático: fortalezas y debilidades del actual sistema de gestión del agua en Chile. Análisis interno", *Revista Interciencia*, vol. 38 n°1, pp. 8-16.
- ROJAS, Christian (2010): *La distribución de las aguas en el Derecho chileno. La actividad desarrollada por las juntas de vigilancia. Tesis para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho* (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile).
- ROSAS-FERRUSCA, Francisco, CALDERÓN-MAYA, Juan y CAMPOS-ALANÍS, Héctor (2012): "Elementos conceptuales para el análisis de la gobernanza territorial", *Quivera*, vol. 14 n°2, pp. 113-136.
- RUIZ, Sergio y Gentes, Ingo (2008): "Retos y perspectivas de la gobernanza del agua y gestión integral de recursos hídricos en Bolivia", *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, vol. 85, pp. 41-59.
- SALDÍVAR, Américo (2013): "Gobernanza multidimensional del agua: la Directiva Marco del Agua europea. Dificultades de su aplicación", *Economía Informa*, vol. 381, pp. 74-90.

SEGURA, Francisco (2009): *Derecho de Aguas* (Santiago, Legal Publishing).

STOKER, Gerry (1998): "Governance as theory: five propositions", *ISSJ* 155/1998, pp. 17-28.

VALDÉS-PINEDA, Rodrigo, PIZARRO, Roberto, GARCÍA-CHEVESICH, Pablo, VALDÉS, Juan, OLIVARES, Claudio, VERA, Mauricio, BALOCCHI, FRANCISCO, PÉREZ, Felipe, VALLEJOS, Carlos, FUENTES, Roberto, ABARZA, Alejandra y HELWIG, Bridget (2014): "Water governance in Chile: Availability, management and climate change", *Journal of Hydrology*, vol. 519, pp. 2538-2567.

VENEGAS, Fortunato (1887): *Legislación Chilena sobre aguas de regadío* (Santiago, Impr. i Lit. de la Sección Técnica del E.M.J.).

VERGARA, Alejandro (2012): "Focalizando la agenda de un recurso común: el desafío de potenciar la autogestión de las aguas en Chile", *Centro de Políticas Públicas UC*, año 7 n° 56, pp. 1-11.

VERGARA, Alejandro, DONOSO, Guillermo, RIVERA, Daniela, BLANCO, Elisa y MOYANO, Valeria (2013): "Aguas y Energía: propuestas para su autogobierno y resolución especializada de conflictos", *Concurso Políticas Públicas /2013, Propuestas para Chile*, Capítulo VIII, pp. 241-270.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución Política de la República de Chile de 11 de agosto de 1980.

Código Civil de 1 de enero de 1857.

Código de Aguas del 29 de octubre de 1981, establecido por Decreto con Fuerza de Ley n° 1.122.

Código de Minería de 14 de octubre de 1983, establecido por la Ley n° 18.248

Código de Procedimiento Civil de 30 de agosto de 1902, establecido por la Ley n° 1.552.

Decreto n° 531 del 4 de octubre de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores, establece la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América.

Decreto Ley n° 1552 de 13 de septiembre de 1976, modifica la Constitución Política de 1925, por medio de Acta Constitucional N° 3.

Decreto Ley n° 2.603 de 23 de abril de 1979, modifica y complementa Acta Constitucional N° 3.

Ley de Asociaciones de Agua y Suelo de Alemania (*Gesetz über Wasser und Bodenverbände*) del 1 de mayo de 1991.

Ley n° 2.139 de 20 de noviembre de 1908, sobre asociaciones formadas por los dueños de los canales.

Ley n° 8.944 de 11 de febrero de 1948, fija texto del Código de Aguas.

Ley n° 9.909 de 28 de mayo de 1951, fija texto definitivo del Código de Aguas.

Ley n° 16.640 de 28 de julio de 1967, sobre Reforma Agraria.

Ley n° 20.017 de 16 de junio de 2005, modifica el Código de Aguas.

Ordenanza de 3 enero de 1872, sobre distribución de las aguas en los ríos que dividen provincias y departamentos.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, *Cisternas contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos (Recurso de Protección)* (2009): 8 enero 2009, rol n° 6397-2008.

LA EXPULSIÓN COMO PENA CONTRA UN INMIGRANTE: ¿ES UN CASTIGO O UN PREMIO PARA EL CONDENADO EXTRANJERO SIN RESIDENCIA LEGAL?

*Deportation as criminal penalty
against an immigrant: Is it a
punishment or a reward to the
convicted non-resident foreigner?*

CARLOS GUTIÉRREZ MOYA*

Instituto de Estudios Judiciales "Hernán Correa de la Cerda"
Santiago, Chile

RESUMEN: La pena sustitutiva de expulsión del territorio nacional a un condenado extranjero que no tiene residencia legal en Chile, está prevista en el artículo 34 de la Ley n° 18.216 modificada por la Ley n° 20.603 de 2012. Es muy difícil de justificar según la doctrina de los fines de la pena. Además, su aplicación ha sido cuestionada desde dos puntos de vista. En primer lugar, sería un privilegio que vulneraría la igualdad ante la ley, como un derecho constitucional de todos y cada uno de los habitantes de la República de Chile. En segundo lugar, porque lesionaría el derecho a la tutela judicial mediante la denegación de justicia a las víctimas de un delito.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Profesor extraordinario del Instituto de Estudios Judiciales "Hernán Correa de la Cerda". Máster en Responsabilidad Civil, Universidad de Jaén en colaboración con la Universidad de Málaga. Alumno del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago de Chile. Correo electrónico: <profesorcarlosgutierrez@gmail.com>.

Artículo recibido el 30 de septiembre de 2016 y aceptado para publicación el 30 de diciembre de 2016

PALABRAS CLAVE: inmigrante no residente condenado, pena sustitutiva de expulsión, fines de la pena, privilegio, tutela judicial

ABSTRACT: *The substitution of punishment by deporting the convicted illegal non-resident foreigner out of Chile, is established in article 34 of the Act n° 18.216 reformed by Act n° 20.603 of 2012. It has been very difficult to justify according to the doctrine of the ends of the criminal penalty. Besides, its imposition has been objected from two points of view. First, it could be a privilege inconsistent with equal protection clause, as a constitutional civil right of the people who live in the Republic of Chile. Second, because it could be against due process of law by the denial of justice for the victims of a felony.*

KEY WORDS: *convicted non-resident immigrant, substitution of deporting criminal penalty, ends of criminal penalty, privilege, equal protection*

INTRODUCCIÓN

Desde tiempos de la Prehistoria, los desplazamientos de grupos humanos han sido fenómenos sociales muy importantes para la humanidad.¹ Las migraciones han servido para el poblamiento de zonas deshabitadas de nuestro planeta, como lo fue la travesía desde Asia Oriental cruzando el estrecho de Bering hacia América del Norte y la formación de asentamientos que ha permitido el auge de numerosas aldeas, ciudades, naciones y civilizaciones. Los bárbaros invasores, tales como los hunos, godos (visigodos y ostrogodos), francos, suevos, burgundios, vándalos, hérulos, alanos, alamanes y otros, provenientes de Asia y Europa Oriental, provocaron la caída del Imperio Romano en Occidente y forjaron los reinos medievales que se transformaron más adelante en los Estados soberanos de la Europa moderna. Los conquistadores españoles echaron raíces en América del Sur y América Central. Los portugueses colonizaron la Amazona oriental que más tarde se llamará Brasil. Los peregrinos ingleses y holandeses que huyeron de las persecuciones religiosas en Europa del siglo XVII, colonizaron los territorios de la costa Atlántica, y se organizaron políticamente en 13 Colonias, expandiéndose hacia la conquista del Oeste, base de los Estados Unidos de América. Otras causas han sido dramáticas o trágicas: miseria, hambre, desempleo, discriminaciones,

¹ BLANC-CHALÉARD (2000) p. 2; ARANGO (1995) p 1.

persecuciones, guerras, dictaduras, calamidades.² Solo a partir del siglo XX algunos países empezaron a controlar los flujos migratorios³, con ocasión de los conflictos bélicos y guerras civiles que han generado olas de movimientos migratorios masivos, que los gobiernos no están dispuestos a aceptar con la misma facilidad que antes.

Las fronteras conservan una importancia de talismán en el pensamiento de la seguridad.⁴ El tratado de Amsterdam, que entró en vigor el 1° de mayo de 1999, incorporó el Convenio de Schengen de 1985 a la Unión Europea. Ha establecido normas y medidas mínimas de control de las fronteras exteriores de la Unión Europea, para el asilo y protección de refugiados, procedimientos y condiciones para el otorgamiento de visas por tres meses o de larga duración por reagrupamiento familiar, para la lucha contra la inmigración clandestina y la permanencia irregular, y un procedimiento de repatriación de los contraventores.⁵ Cuatro ángulos presentan a los inmigrantes como una amenaza. Trabajo: son acusados de acaparar el trabajo de los nacionales o de hacer bajar los salarios; de orden público: que pone acento en la dimensión seguridad ciudadana; el ángulo fiscal: la obligación de contribuir a financiar prestaciones en materia de salud pública y educación; y la cohesión nacional: que asocia las diferencias culturales (tradición, religión e idioma) como una amenaza para la unidad nacional y la armonía social.⁶ Cerca de 40.000 refugiados en Italia y Grecia que arribaron ilegalmente principalmente desde Siria y Eritea, serán reubicados en otros países de la Unión Europea en un plazo de dos años. Se trata del 40% de los solicitantes de asilo que necesitan protección internacional. Cada Estado miembro deberá asumir una cuota de asilados que será proporcional a su población, desempleo, riqueza y cantidad de refugiados que ya tienen.⁷ La propuesta y las bases de cálculo de las cuotas de refugiados han sido cuestionadas por algunos países de la Unión Europea. En el Reino Unido, la Reina Elizabeth II ha presentado un proyecto al Parlamento británico destinado a disminuir la inmigración ilegal, otorgando poderes a la policía para confiscar los salarios de trabajadores extranjeros indocumentados. Además, será creada una agencia que haga frente a los casos de tráfico de inmigrantes para fines laborales y de explotación de

² RAMONET (2002) p. 6.

³ IGLESIAS (2014) p. 59

⁴ BERDAL y SERRANO (2005) p. 307.

⁵ ROBERT (2002) p. 80.

⁶ RODNEY (2015) p. 10.

⁷ "Internacional: Silvio Berlusconi corre contra reloj para liberar Lampedusa de inmigrantes", *El Mercurio*: Santiago, 1 de abril de 2011, p. A6.

trabajadores extranjeros.⁸ Estas cifras se dispararon hasta llegar a 103.000 inmigrantes ilegales al 10 de junio de 2015, según la información aportada por un portavoz del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en su sede de Ginebra. En marzo de 2016, los refugiados en Italia y Grecia aumentaron a más de 160.000, quienes a propuesta de la Canciller alemana Ángela Merkel, el Consejo de Europa ordenó que fueran acogidos obligatoriamente por los Estados de la Unión Europea, sobre la base de un sistema de repartición proporcional. Esta fue una causa de la aprobación por mayoría del pueblo, del referéndum de salida de Gran Bretaña de la Unión Europea, conocido como Brexit.

La Unión Europea ha sido erigida bajo la premisa de la libre circulación de mercaderías, de bienes, de servicios y de personas al interior de las fronteras de los Estados miembros. Sin embargo, en lo concerniente a los extranjeros, impone barreras físicas y legales cada vez más altas a sus fronteras para asegurar sus territorios nacionales, contra los países limítrofes. En este momento se habla de “*la forteresse Europe*”⁹, el proyecto de fortaleza europea que se construye a partir de episodios sobre el arribo de inmigrantes africanos ingresados de manera clandestina. A modo ilustrativo, la playa de Calais en Normandía, Norte de Francia. También en Melilla y Ceuta, enclaves españoles en el Norte de África, que contienen a los marroquíes. En la costa mediterránea de España, frente a la llegada de navegantes africanos en botes llamados “*pateras*”, y en la isla Lampedusa al Sur de Italia, contra los libios.¹⁰ Asimismo, la frontera oriental de Grecia ha sido reforzada para detener a los asiáticos del Medio Oriente que huyen de la guerra civil de Siria y el desplazamiento causado por las conquistas del Estado Islámico (abreviado *ISIS* en inglés y *Daech* en francés). Dentro de la Unión Europea, Grecia y Hungría han levantado enormes rejas con alambradas de púas en la frontera con países que han recibido olas de inmigrantes y refugiados.

Los patrones migratorios son explicados por las necesidades de países occidentales de trabajadores inmigrantes y las aspiraciones de éstos a una vida mejor, sobre todo en los países en vías de desarrollo.¹¹ La cuestión de los migrantes está siendo utilizada como herramienta política, con fines de cálculos electorales, denunciando al pacto electoral rival como xenófobo y discriminador. A la inversa, la respuesta de éstos es criticar a los adversarios

⁸ “Unión Europea: 40.000 refugiados”. *El Mercurio*: Santiago, 28 de mayo de 2015, p. A4.

⁹ ROBERT (2002) p. 75.

¹⁰ “Internacional: Silvio Berlusconi corre contra reloj para liberar Lampedusa de inmigrantes”, *El Mercurio*: Santiago, 1 de abril de 2011, p. A6.

¹¹ MACKENZIE (2005) p. 155.

como facilitadores del crimen organizado transnacional y ser promotores de la delincuencia de bagatela. Algunas personas y partidos políticos, junto con organizaciones pro derechos humanos, son favorables a la inmigración como forma de enriquecer nuestro país con «savia nueva», aportar al desarrollo del país, fortalecer la diversidad religiosa y el pluralismo cultural. El fenómeno migratorio en Chile ha sido aceptado por una razón de necesidad, ya que ha tenido gran importancia para aumentar la densidad poblacional, ante el bajo número de habitantes que pueblan el extenso territorio chileno. Tradicionalmente Chile es considerado como un país acogedor de los inmigrantes. De hecho, nuestra nación se ha formado principalmente de los conquistadores españoles, y más tarde por colonos alemanes, ingleses, italianos, croatas, suizos, sirios y palestinos, que huyeron con sus familias de la devastación causada por las guerras mundiales. Se han integrado al tejido social de manera armónica, aportando sus talentos y sus tecnologías avanzadas.

Desde el año 2010, Chile se ha convertido en uno de los países latinoamericanos con crecientes flujos migratorios, principalmente de peruanos, bolivianos, colombianos y argentinos, a los cuales se suman haitianos y dominicanos. Estas migraciones alcanzan 477.000 extranjeros, según el registro del año 2016 del Departamento de Extranjería y Migración, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Corresponde apenas al 2,7% de los habitantes de la República de Chile. En Chile, hoy en día, no hay migraciones masivas y nadie puede oponerse sensatamente a la inmigración en sí misma. Pero como es lógico, hay molestia en la ciudadanía y en las autoridades contra la llegada de extranjeros que tienen el propósito franco y directo de delinquir, en clonación de tarjetas de crédito y débito, préstamo de dinero bajo amenaza, tráfico de migrantes y trata de personas con fines de explotación sexual y laboral, tráfico ilícito de drogas, criminalidad organizada transnacional, etc. Según Rodrigo Sandoval, Director Nacional de Extranjería, *“las personas asocian la expulsión con la comisión de un delito. Pero la mayoría de extranjeros son expulsados por haber ingresado clandestinamente. Solo el 3,6 por ciento de los reos que cumplen condena son extranjeros. El 75 por ciento de los inmigrantes asentados en el país proviene de América. 4,7 millones de extranjeros han ingresado a Chile entre enero y septiembre de 2016. Más de 250.000 han permanecido en Chile”*.¹²

En un Estado constitucional que defiende los valores superiores de libertad e igualdad, la regla general debiera ser permitir el ingreso de los

¹² “Jefe de Policía de Investigaciones advierte sobre la vulnerabilidad en aeropuerto Pudahuel del sistema migratorio chileno”. *El Mercurio*: Santiago, 30 de noviembre de 2016, p. C9.

inmigrantes, y únicamente de manera excepcional, condicionar o prohibir para casos graves la inmigración. La libertad de toda persona para ingresar al territorio de la República de Chile, puede oponerse a otros derechos o intereses. La inmigración ilegal ha despertado preocupación en la ciudadanía y en las autoridades, sobre las cuestiones humanitarias y de seguridad de la población. Los núcleos problemáticos más relevantes son los extranjeros que perturban el orden público, cometiendo delitos, y la sensación de sobreoferta de mano de obra no calificada, que sería una causa directa del aumento del desempleo en el país. Las respuestas a la cuestión de la inmigración, van desde el control fronterizo hasta la deportación. La deportación o expulsión administrativa es diferente a la pena sustitutiva de expulsión del territorio nacional. El ingreso de extranjeros transeúntes o visitantes es condicionado a una estadía de breve tiempo en nuestro país, y la *deportación* se llama expulsión del territorio de la República por acto de autoridad administrativa. La deportación es regulada en el Decreto Ley n° 1.094 de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, más conocido como “Ley de Extranjería”.¹³

La hipótesis de trabajo consiste en analizar la operatividad y adecuación de la pena sustitutiva de expulsión, a uno o más fines de la sanción penal. Para lograr este propósito, definiremos la expulsión penal y expondremos su regulación legal. Luego, juzgaremos el impacto que tiene sobre el derecho a la igualdad ante la ley, y en el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima. De *lege lata*, estudiamos y analizamos la constitucionalidad de la pena sustitutiva de expulsión del territorio de la República, en cuanto a sus fines y su regulación. Asimismo, de *lege ferenda*, formulamos propuestas y opciones posibles de sanciones más adecuadas a los fines de la pena.

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA EXPULSIÓN PENAL

1. Necesidad de la pena sustitutiva

No es sostenible ni conveniente para la sociedad ni para los condenados, que todos éstos merezcan ir a la cárcel por cualquier delito que hubieren cometido. Con distintos argumentos, los estudiosos del Derecho Penal coinciden en que es necesario que la ley establezca penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Esto es, que frente a determinadas penas privativas de libertad para hechos de poca gravedad no reiterados, la alternativa no sea una medida, sino una pena alternativa o sustitutiva, que por

¹³ UNIDAD DE DEFENSA PENAL JUVENIL Y DEFENSAS ESPECIALIZADAS (2015) p. 3.

una parte elimina la privación de libertad y por la otra evita todos los posibles efectos colaterales de las medidas.¹⁴

En Chile, en virtud del artículo 19 n° 7 de la Constitución Política de la República de 1980, todas las personas, sean chilenos o extranjeros, gozan de libertad ambulatoria o de circulación: *“libertad para residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”*. Con todo, esta libertad de desplazamiento admite restricciones indirectamente constitucionales, sobre la base del principio de legalidad y de reserva de ley en materia penal, y en consecuencia, la expulsión penal es formalmente legítima. Es ajustada a nuestra Constitución.

El artículo 1° inciso primero de la Ley n° 18.216 modificada por la Ley n° 20.603 de 2012, publicada en el Diario Oficial de fecha 27 de junio de 2012, establece un catálogo de penas sustitutivas que el juez o tribunal competente puede imponer al condenado, siempre y cuando se reúnan en el caso concreto todos los requisitos legales previstos para cada pena sustitutiva que será aplicada: *“Artículo 1°. La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrán sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas: a) Remisión condicional, b) Reclusión parcial, c) Libertad vigilada, d) Libertad vigilada intensiva, e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34, f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad”*.

2. Redacción legal y definición de la expulsión

La expulsión del territorio nacional está contenida en la Ley n° 18.216 modificada por la Ley n° 20.603 de 2012, precisamente en el párrafo 3° *De la regla especial aplicable a los extranjeros*:

“Artículo 34. Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional.

A la audiencia que tenga por objetivo resolver acerca de la posible sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional deberá ser citado el Ministerio del Interior y Seguridad

¹⁴ BUSTOS (1997) p. 96.

Pública, a fin de ser oído. Si se ordenare la expulsión, deberá oficiarse al Departamento de Extranjería del Ministerio mencionado para efectos de que lleve a cabo la implementación de esta pena y se ordenará la internación del condenado hasta la ejecución de la misma.

El condenado extranjero al que se le aplica la pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena.

En caso que el condenado regresare al territorio nacional dentro del plazo señalado en el inciso anterior se revocará la pena de expulsión, debiendo cumplirse el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta”.

La pena sustitutiva de expulsión es la salida forzosa del territorio nacional, impuesta por un juez o tribunal a un condenado extranjero sin residencia legal en Chile, con prohibición de regresar en un plazo de diez años contado desde la fecha de la sustitución de la pena.¹⁵ La expulsión penal se encuentra íntegramente vigente desde la fecha de su promulgación, en aquellos aspectos que sean más favorables para los condenados. Esto es válido incluso en los pasajes que requieren de adecuación reglamentaria. La razón es que la Ley n° 20.603 de 2012 resulta aplicable *in actum* a contar desde que fue promulgada como ley de la República, de conformidad al artículo 19 n° 3 inciso penúltimo de la Constitución Política de la República y al artículo 18 del Código Penal.¹⁶ Es evidente que la pena sustitutiva de expulsión del territorio de la República es más favorable al condenado que la pena de presidio o reclusión de cumplimiento real. La defensa puede solicitar a favor del extranjero condenado a una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo, que se imponga la pena sustitutiva de expulsión del territorio de la República, para que no continúe cumpliendo la pena en la cárcel. El tribunal competente para conocer esta solicitud, es el juez de garantía encargado de la ejecución de la condena que ha sido impuesta.

3. Imprudencia de la expulsión

A) DELITOS EXCLUIDOS

El Artículo 1° inciso segundo de la Ley n° 18.216 modificada por la Ley n° 20.603 de 2012, que establece penas que indica como sustitutivas a

¹⁵ Hay otra definición similar en DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2014) p. 150.

¹⁶ Corte de Apelaciones de San Miguel, A favor de I.G.G. y O.S.C. (2013, rol n° 295-2013) considerando 7°.

las penas privativas o restrictivas, ha enumerado un catálogo de delitos que están excluidos en forma expresa de merecer la pena de expulsión, debido a que son considerados especialmente graves por el poder legislativo: *“No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 150 A, 150 B, 361, 362, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal; en los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D de la ley n° 17.798; de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b) c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3° de la citada ley n° 17.798, salvo en los casos en que la determinación de pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código”*.

B) FALTAS

Según el Código Penal chileno, las faltas no permiten al juez o tribunal imponer penas privativas de libertad de ninguna clase ni temporalidad. Las faltas son castigadas con penas de multa, de naturaleza pecuniaria, o privación de derechos por breve tiempo. Este es un requisito esencial para que pueda operar la sustitución de la pena. Si el imputado es condenado a una pena de multa o a cualquier otra pena no privativa de libertad, jamás podrá aplicarse la expulsión penal a este imputado.

C) ADOLESCENTES INFRACTORES DE LEY

Tampoco es procedente condenar con la expulsión a los adolescentes extranjeros infractores de ley, a quienes únicamente puede imponerse sanciones establecidas en el artículo 6° de la Ley n° 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente. Estas sanciones son internación en régimen cerrado con programa de reinserción social; internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social; libertad asistida especial; libertad asistida; prestación de servicios en beneficio de la comunidad; multa; y amonestación. El artículo 7° de la Ley n° 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente, faculta al juez a imponer al adolescente la obligación de someterlo a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol.

D) EXTRANJEROS QUE GOZAN DE INMUNIDAD JURISDICCIONAL PENAL

De acuerdo con los principios generales de Derecho Internacional Público, los jefes de Estado extranjeros gozan de una amplia inmunidad jurisdiccional civil, penal y tributaria, tanto por hechos ejecutados como persona natural, como por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones. La inmunidad de jurisdicción penal concedida a los jefes de Estado se considera

absoluta; no se conoce caso alguno en que un Estado haya tratado de ejercer la jurisdicción criminal contra un jefe de Estado o de gobierno visitante¹⁷. El artículo 29 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, regula el trato que deben recibir los agentes diplomáticos y consulares extranjeros, preceptúa: “*Ningún jefe de Estado, Ministro de Relaciones Exteriores, agente diplomático o consular extranjero podrá ser detenido, procesado criminalmente o condenado por delito*”. Esta institución conocida como “inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos y consulares extranjeros”, es consecuencia del principio de soberanía del Estado, ya que son representantes oficiales del Estado.¹⁸ Estos privilegios e inmunidades garantizan a los agentes diplomáticos y consulares que “*no pueden ser objeto de ninguna forma de detención o arresto*”, salvo situaciones de “detención flagrante” en caso de legítima defensa o estado de necesidad.¹⁹ Tampoco pueden ser juzgados ni condenados de delitos por un juez o tribunal en el país extranjero donde están ejerciendo actualmente sus funciones diplomáticas o consulares. Son privilegios similares a los que ostentan los jefes de Estado extranjeros.

4. Regla especial para el delito de usura

El inciso segundo del artículo 472 del Código Penal, establece una regla especialísima para el extranjero condenado por usura. La conducta típica de este delito es suministrar valores a un interés que exceda el máximo que la ley permite estipular. Según su inciso tercero, éste debe ser expulsado del país, después de cumplida la pena principal.²⁰ Tratándose de un nacionalizado reincidente, debe ser cancelada su carta de nacionalidad chilena y ser expulsado del territorio nacional, también después de cumplida la pena. En la actualidad, algunos extranjeros inmigrantes y residentes han sido sorprendidos por la Policía de Investigaciones de Chile implementando el préstamo de dinero informal, llamado “gota a gota” o “crediexpress”. Los más conocidos a través de las noticias son integrantes de bandas criminales de origen colombiano. Éstos facilitan dinero en efectivo a pequeños comerciantes, sin exigir requisitos de aptitud o solvencia económica, y con posterioridad cobran al deudor la devolución del dinero prestado a tasas de interés de 15% a 20% mensual. Ante el no pago oportuno o atraso en el plazo adicional, recurren a las vías de hecho, tales como advertencias fuertes, seguidas de delitos tales como amenazas contra su vida e integridad física, incluyendo lesiones.

¹⁷ SORENSEN (2008) p. 380.

¹⁸ DELBEZ (1964) p. 299.

¹⁹ RODRÍGUEZ (2000) p. 50.

²⁰ POLITOFF *et al.* (2007) p. 464.

5. *Límite temporal de la pena privativa de libertad que puede ser sustituida por la expulsión*

La posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión penal se refiere a un límite máximo de cinco años de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, de duración de aquella. En el extremo inferior, no existe un límite mínimo de la pena. Podría aplicarse por el juez la expulsión penal a un condenado extranjero por simple delito inferior a un año, sin ilegitimidad formal alguna. Por ejemplo, un día de prisión en su grado mínimo.

En España, la Ley 1/2015 de 30 de marzo, introdujo cambios en el artículo 89 del Código Penal, que consisten en que solo podrán sustituirse “*las penas de prisión de más de un año impuestas*”, lo que ha supuesto una reducción del ámbito objetivo del precepto.²¹ Además, se generaliza la expulsión a todos los “*ciudadanos extranjeros*”. En consecuencia, también a los extranjeros residentes legalmente en España y a los ciudadanos de la Unión Europea, aun con las limitaciones que el propio precepto establece.²² Asimismo, determina que “*cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y sí la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español*”. Se introduce la proporcionalidad como correctivo a la sustitución de la pena de prisión por la expulsión y se amplía la prohibición de sustitución al delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis del Código Penal.²³

II. REQUISITOS PROCESALES DE VALIDEZ PARA IMPONER LA EXPULSIÓN PENAL

1. *Oportunidad para solicitar la expulsión del condenado*

La pena sustitutiva de expulsión del territorio nacional solo puede ser solicitada y aplicada en audiencia judicial, no por despacho, previo debate entre los intervinientes interesados: el fiscal adjunto del Ministerio Público, el defensor y el acusado.

La ley exige la comparecencia de los intervinientes y de la autoridad competente ante el juez de garantía, en un procedimiento abreviado,

²¹ ROMPAO (2016) p. 2.

²² CANO (2015) p. 365.

²³ *Ídem.*, p. 366.

establecido en los artículos 406 a 415 del Código Procesal Penal²⁴, o en un procedimiento simplificado, regulado en los artículos 388 a 399 del Código Procesal Penal. Asimismo, ante un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal llamado a decidir la controversia jurídica, en la audiencia de determinación de pena prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal.

Se exige además, por la ley, la presencia del abogado experto del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en la audiencia de debate sobre la petición de expulsión penal.

A pesar de estar ejecutoriada la sentencia definitiva condenatoria que impone una pena privativa de libertad al acusado, el juez de garantía competente tiene la potestad para conocer la pretensión de la defensa tendente a que se sustituya la pena privativa de libertad por la expulsión del condenado extranjero del territorio nacional. El artículo 14 f) del Código Orgánico de Tribunales, señala la atribución del juez de garantía para: "*Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal*". Se ha decidido por nuestro máximo tribunal que, aun dictado el fallo condenatorio por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, la negativa del juez de garantía de no haber citado a la audiencia que señala el artículo 34 de la Ley n° 18.216 modificada por la Ley n° 20.603 de 2012, no se ajusta a lo prescrito por la ley, amenazando la libertad personal del amparado como consecuencia de la infracción de las normas mencionadas.²⁵

2. *El acusado debe ser extranjero y además no tener residencia legal en Chile*

La expulsión penal afecta la libertad de entrada a Chile y de salida hacia el exterior de los extranjeros sin residencia legal en Chile. Son extranjeros todos quienes no son chilenos por *ius soli*, por *ius sanguinis*, por haber obtenido carta de nacionalización o en virtud de ley especial que otorga nacionalidad chilena por gracia, según el artículo 10 de la Constitución Política de la República. No es suficiente que el condenado sea extranjero, porque es necesario, además, que no tenga la calidad de residente según la ley en absoluto, o bien, que fuere residente pero en contravención a la ley chilena. El extranjero debe haber inmigrado clandestinamente evadiendo el control migratorio policial (entrada ilegal) o debe haber caducado la autorización

²⁴ CERDA (2004) pp. 54 y ss.

²⁵ Corte Suprema, *A favor de Y.M.Z.* (2015, rol n° 8726-2015).

administrativa para permanecer en el país en virtud de una visa temporal (permanencia en forma irregular). Los “extranjeros turistas” son meros transeúntes, están de paso en el territorio chileno, carecen de residencia en Chile según el párrafo 6° del Decreto Ley n° 1.094 del 19 de julio de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile. Por lo tanto, el turista también está comprendido en la expresión “*un extranjero que no residiere legalmente en el país*”.²⁶ Los extranjeros que gozan de una residencia temporaria, que es esencialmente provisoria y con miras a un interés concreto, tienen derecho a presentar una solicitud de permanencia definitiva en Chile, ante el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Para estos efectos, deben llenar un formulario, acompañando a su petición todos los documentos requeridos por la autoridad, antes del vencimiento de su residencia provisoria. Una vez que está lista la última etapa de tramitación, la resolución respectiva es notificada al interesado mediante una carta certificada dirigida a su domicilio en Chile. Si la solicitud es aceptada, el extranjero obtiene la permanencia definitiva. En el evento de ser desestimada su petición, debe abandonar el país por no estar autorizado a permanecer en él. En todo caso, la administración está obligada a aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada de una realidad fáctica que garantice legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia y fines que la justifican.²⁷

Corresponde al abogado del Ministerio del Interior y Seguridad Pública exponer durante la audiencia de imposición de pena sustitutiva que el acusado extranjero es un “indocumentado”, un “sin papeles”, porque ingresó de manera irregular al país, o que ha vencido su visa temporaria de turista o para fines de trabajo, de estudiante, u otra autorizada por la autoridad administrativa. O puede comunicar que si bien el condenado extranjero tenía visa de residencia temporaria, ha caducado su facultad para solicitar oportunamente la permanencia definitiva.

3. Canje penal del acusado

Además, debe estar adjunto en el Sistema de Apoyo a la Gestión Judicial («SIAGJ») del Juzgado de Garantía, o en su caso, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, el documento digitalizado de canje penal del acusado extranjero, que acredite su identificación completa, con nombres y apellidos correctos y su número de cédula de identidad chileno. También debe haber sido abierta la carpeta de extracto de filiación y antecedentes del acusado, que

²⁶ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2014) p. 151.

²⁷ DELLACASA y HURTADO (2015) p.113.

lleva el Sub-departamento de Filiación Penal del Servicio de Registro Civil e Identificación, previa toma de huellas dactilares del afectado, llamado “canje penal de huellas”.

4. La expulsión penal es facultativa

La imposición de la pena de expulsión es facultativa, porque no obliga al juez a decretarla, ya que la ley señala “podrá”. La ventaja de que la expulsión penal no sea imperativa, permite al juez de garantía o al Tribunal Oral en lo penal decidir la conveniencia de aplicarla con buen criterio, a la luz de los hechos y circunstancias del caso concreto que deben resolver. Si ella se observa inadecuada en el caso concreto, por existir una situación de arraigo social en el país o proyecto migratorio vigente, el tribunal deberá preferir otra pena sustitutiva, según corresponda, a la pena originalmente impuesta.²⁸

La ley no señaló la inexistencia de otros procesos penales pendientes en Chile como requisito para aplicar la pena sustitutiva de expulsión del territorio de la República. Podría acaecer que el condenado a esta pena sustitutiva debiera forzosamente salir del territorio de la República, sin haber sido juzgado por un segundo delito -u otros delitos- ante otro Juzgado de Garantía o Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Como la ley omite solucionar situaciones en que un mismo acusado extranjero tiene dos o más procesos pendientes ante tribunales diferentes, aplicar la pena sustitutiva de expulsión en el primer proceso penal frustraría el juzgamiento por el delito en la segunda causa criminal.

En casos más extremos, decretar la expulsión penal del condenado extranjero a su país de origen, que tuviere la calidad de refugiado, es una contravención al principio de no devolución reconocido en el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, del Alto Comisionado para las Naciones Unidas (*Non-refoulement principle*). Esta obligación internacional de no devolución del refugiado, definida en su artículo 1º, debe ser aplicada cuando como resultado de los eventos que ocurren en el país de origen (guerra externa, guerra civil) no desea regresar a él debido a que su vida o su libertad pudiere ser amenazada, o se encontrare en peligro bien fundado de ser perseguido en razón de su raza, religión, ser miembro de una clase social u opinión política. La garantía del principio de no devolución también es asegurada en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969: “*En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la*

²⁸ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2014) p. 152.

vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

De acuerdo con las normas de Derecho Internacional Público, los tratados internacionales son vinculantes respecto del Estado parte desde que lo ha ratificado, de acuerdo con el procedimiento constitucional regulado en su derecho interno. En consecuencia, el Estado chileno tiene la obligación de no poner en peligro al extranjero condenado con ocasión de su penalización, es decir, debe castigar las conductas ilícitas con penas que no sean tan graves como para afectar su vida o su libertad personal.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece una regla importante en el sentido que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. El Estado parte no puede alegar que como el ordenamiento jurídico nacional contiene un precepto constitucional, legal o reglamentario, que es diferente o contrario al artículo del tratado internacional, no sería válido incumplir su obligación señalada en el tratado internacional porque contraviene su derecho interno. La regla del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es clara. El Estado parte no puede invocar su derecho interno para incumplir sus obligaciones que emanan del tratado internacional. De lo contrario, cualquier país podría excusarse de incumplir un tratado internacional a pretexto de que su derecho nacional tiene disposiciones contrarias, diferentes o que se oponen a los preceptos del tratado internacional. Hay ciertas reglas de excusas o justificaciones respecto del incumplimiento de un tratado internacional, que son muy precisas, aplicables para casos graves, por ejemplo error, dolo, coacción del ministro plenipotenciario, etc., causas de caso fortuito o fuerza mayor. Si el Estado parte invoca su derecho interno para incumplir sus obligaciones que emanan del tratado internacional, podrá incurrir en responsabilidad internacional, porque no es válido dejar de aplicar ni suspender alguna de sus disposiciones.

5. Oportunidad para imponer la expulsión del condenado

La pena sustitutiva de expulsión del condenado del territorio de la República de Chile debe ser impuesta por el juez de garantía o el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que debe resolver el asunto: “por el tribunal que las imponga” señala el Artículo 1° inciso primero de la Ley n° 18.216 modificada por la Ley n° 20.603 de 2012. La forma de redacción debe ser imperativa en la parte resolutive de la sentencia definitiva que debe dictar, después de condenar al acusado a la pena privativa de libertad originaria. Por ejemplo, la sentencia definitiva declara que se condena al acusado M. A. B. S. a la pena privativa de libertad de 520 días de presidio menor en su grado mínimo.

Más adelante, el fallo condenatorio ordena imponer la pena sustitutiva de expulsión penal, cuya lectura corresponde al juez de garantía o al presidente del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que ha dictado la sentencia definitiva condenatoria:

“...III.- Que a petición de la Defensa, reuniendo el sentenciado M. A. B. S. al momento de la comisión del hecho punible, todos y cada uno de los requisitos previstos en el artículo 34 de la Ley N° 18.216 reformado por la Ley n° 20.603 que modifica la Ley n° 18.216, y habida cuenta que ha sido citado en forma legal y oído don A. V., abogado del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública; ha lugar a la petición del abogado defensor privado don L. R. Y. y de la fiscal del Ministerio Público doña M. B. M., se sustituye la pena privativa de libertad de quinientos veinte días de presidio menor en su grado mínimo impuesta al ciudadano peruano M. A. B. S., quien no tiene residencia legal en la República de Chile, y se impone al condenado M. A. B. S. la pena sustitutiva de expulsión del condenado M. A. B. S. del territorio de la República de Chile”.²⁹

6. Apercebimiento para el caso de quebrantamiento

Expulsión penal no es únicamente devolución forzada al país de origen. Es expulsión penal más prohibición de regresar a Chile. El juez o el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal debe advertir de manera verbal y directa al condenado las consecuencias desfavorables del quebrantamiento de la expulsión penal. El condenado extranjero a quien le es aplicada esta pena sustitutiva de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de 10 años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena. En caso que el condenado regresare al territorio nacional dentro del plazo de 10 años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena, se revocará la pena de expulsión, debiendo cumplir el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta.

Con la dictación del veredicto y de la sentencia definitiva condenatoria, el sentenciado deberá permanecer bajo internación en el Centro de Detención Preventiva de Gendarmería de Chile que determine el juez o el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, hasta que se concrete su expulsión del territorio nacional. La ley no estableció un plazo perentorio para materializar la expulsión penal. Con todo, nuestra Excelentísima Corte Suprema ha decidido, conociendo de un recurso de amparo por vía de apelación, que

²⁹ 5° Juzgado de Garantía de Santiago, *Ministerio Público contra M.A.B.S.* (2016, RIT n° 907-2015) parte resolutive.

“para que la norma sea eficaz, la sustitución debe materializarse en un término razonable, de modo que no se torne en una situación más gravosa que la pena privativa de libertad que viene a remplazar, lo que es coherente con el principio de celeridad contenido en la Ley n° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (...).”³⁰

7. Reconocimiento de abonos

La sentencia definitiva condenatoria debe contener expresamente la mención de todos los abonos que favorecen al sentenciado, según lo ordenado por el artículo 348 del Código Procesal Penal. Vale decir, debe fijar con precisión todo el tiempo que el condenado estuvo detenido, sujeto a prisión preventiva o bajo privación total de libertad en su domicilio, con ocasión de la causa criminal en que fue declarado culpable. Este tiempo de privación de libertad que sufrió el sentenciado debe ser descontado de la pena privativa de libertad por el juez o tribunal que lo ha juzgado. Mientras tanto, el sentenciado debe permanecer bajo internación en un Centro de Detención Preventiva de Gendarmería de Chile, hasta que se concrete su expulsión del territorio nacional. En todo caso, la internación no podrá jamás ser superior al tiempo que corresponda al cumplimiento íntegro de la pena privativa de libertad impuesta.

8. Recurso procesal contra a la expulsión

Según lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley n° 18.216 modificada por la Ley n° 20.603 de 2012, la resolución que concede, deniega, revoca, sustituye, reemplaza, reduce, intensifica o termina anticipadamente alguna de las penas sustitutivas, incluyendo la pena sustitutiva de expulsión penal, puede ser impugnada vía recurso de apelación, según las reglas generales, por el interviniente que ha resultado agraviado.

El artículo 362 del Código Procesal Penal preceptúa que la apelación debe concederse en el solo efecto devolutivo, vale decir, la interposición del recurso de apelación no suspende el cumplimiento de la resolución impugnada, debiendo continuar la etapa de ejecución de la sentencia definitiva, de manera regular. La excepción es decretar una orden de no innovar, por la Corte de Apelaciones, a petición del apelante.

³⁰ Corte Suprema, sentencia rol n° 70-2014, citado en DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2014) p. 154.

El inciso segundo del artículo 37 de la Ley n° 18.216 modificada por la Ley n° 20.603 de 2012, regula el plazo de interposición del recurso de apelación, y la hipótesis de recurrir únicamente contra la decisión que se pronuncia sobre la imposición o rechazo de la pena sustitutiva, o bien impugnar toda la sentencia definitiva: *“Cuando la decisión que conceda o deniegue una pena sustitutiva esté contenida formalmente en la sentencia definitiva, el recurso de apelación contra dicha decisión deberá interponerse dentro de cinco días siguientes a su notificación o, si se impugnare además la sentencia definitiva por la vía del recurso de nulidad, se interpondrá conjuntamente con éste, con carácter de subsidiario y para el caso en que el fallo del o de los recursos de nulidad no altere la decisión del tribunal a quo relativa a la concesión o denegación de la pena sustitutiva”*.

III. EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN PENAL

En la etapa aplicativa, judicial o de imposición de la pena, el fin preventivo general se concretaría en el hecho de que la imposición de la pena por el juez es la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta expresada en la ley, porque prueba que la amenaza penal iba en serio.³¹ El momento represivo de la sanción tenderá al fin secundario –si bien imprescindible– de ratificar la pretensión de respeto de la norma, reafirmando simbólicamente la corrección de la norma misma, y al fin de confirmar la seriedad de la amenaza.³² La implementación de la expulsión penal es ordenada en la parte resolutive de la sentencia definitiva, otorgando al Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública un plazo razonable y prudente, para los efectos de practicar de manera adecuada la implementación y la ejecución de la pena sustitutiva de expulsión ordenada, ordenando la remisión del oficio correspondiente.

La aplicación de la pena sustitutiva no es instantánea, pues es necesario un tiempo breve, para obtener los fondos para comprar billetes de pasajes aéreos y otorgar viáticos a los funcionarios de Policía de Investigaciones de Chile que escoltarán al condenado expulsado. En la práctica, el abogado experto solicita un plazo de 60 días, estándar, durante el cual se realizarán todas las gestiones conducentes a materializar la expulsión penal.

Antes de que venza este plazo, los agentes de custodia de la Policía de Investigaciones de Chile se encargan de ir a buscar y presentarse a retirar al

³¹ SANZ (2008) p. 14.

³² ALCÁCER (2001) p. 258.

extranjero que ha sido condenado por sentencia firme a expulsión penal, en el centro de detención preventiva en que se encuentra bajo internación.

El Inspector de Policía Internacional, el Alcaide y el Jefe de la sección de Estadística firman un "Acta de entrega para expulsión", en el que consta que se "hace entrega" a la Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional del condenado extranjero, perfectamente individualizado con sus datos personales. Se acostumbra añadir que "el interno" se encuentra en buenas condiciones de salud y apto para el traslado. Finaliza con la mención de inexistencia de reclamos del recluso contra la Administración Penitenciaria.

En seguida, el condenado extranjero es trasladado por los funcionarios de Policía de Investigaciones de Chile en un vehículo policial, rumbo al aeropuerto Comodoro Arturo Merino Benítez de Santiago de Chile, con destino al aeropuerto de la ciudad del país de origen del extranjero condenado, o de la capital del Estado del que es nacional. Los agentes de custodia de la Policía de Investigaciones de Chile deben abordar un avión comercial y viajar junto al extranjero condenado durante el traslado, hasta arribar al aeropuerto del lugar de destino del vuelo. El propósito de acompañar al extranjero condenado durante su travesía es obtener la certeza de la salida forzosa del extranjero condenado de nuestro país, y además no poner en riesgo la seguridad aérea de los pasajeros y la tripulación del avión comercial en que viaja.

IV. LOS FINES DE LA PENA DE EXPULSIÓN

Analicemos si es plausible justificar la pena sustitutiva de expulsión del condenado extranjero no residente en Chile en conformidad a la ley, a la luz de las diversas teorías de la pena que han sido formuladas a lo largo de la historia.

1. Teorías absolutas de la pena

Las teorías absolutas son aquellas que desvinculan la pena de su autor. Según la justificación *retributiva*, en primer lugar, la sanción penal es "el mal merecido por la infracción culpable".³³ Immanuel Kant sostenía lo siguiente: "El asesino, entonces debe morir; aquí no hay ningún sustituto para satisfacer la justicia"³⁴ y que debería ejecutarse hasta el último asesino que se hallase en prisión, únicamente "para que todos comprendieran el valor

³³ WELZEL (1993) p. 286

³⁴ KANT, *Metafísica de las Costumbres*, p. 333 citado por MIR (2011).

de sus actos".³⁵ De acuerdo con esta teoría "la función de la pena consiste en la realización de la justicia".³⁶ El "castigo justo" es "un acto de justicia compensatoria o venganza".³⁷ Según una variante de la teoría absoluta, los seguidores de la teoría de la expiación creen que la pena es necesaria para la fuerza de formación moral del delincuente, que se adquiere mediante la aplicación judicial efectiva de las penas de prisión, presidio o reclusión. Esta afirmación es especialmente correcta cuando no se imponen penas sustitutivas a los condenados.

Las teorías absolutas, y en particular la concepción retributiva, tienen en común que "la pena *ha de imponerse por el delito cometido aunque resulte innecesaria* para el bien de la sociedad".³⁸

En segundo lugar, la pena es la retribución justa del mal causado por el condenado. La gravedad de la pena debe ser medida en base a la culpabilidad del autor, cómplice o encubridor. La justicia de la pena radica en que debe ser equivalente, o al menos proporcionada, a la gravedad del delito cometido.

De este modo, el culpable de cometer un delito que afecta a uno de los bienes jurídicos más preciados por el ordenamiento jurídico, debe merecer una pena fuerte. "El sentimiento de confianza en el derecho por parte de los hombres, se corrompe, así se dice, por una inadecuada absolución o un castigo suave"³⁹: "A mayor ofensa, más grave el castigo".

A la inversa. Si la pena debe "corresponder" a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve⁴⁰: "A menor ofensa, más leve el castigo".

El condenado extranjero sin residencia legal en Chile puede cometer un delito grave, cuya pena no exceda de cinco años de presidio menor en su grado máximo y, sin embargo, no sufrirá pena privativa de libertad efectiva. Tampoco se impondría en su contra la remisión condicional, ni la reclusión parcial nocturna, como tampoco la libertad vigilada simple o intensiva. Únicamente merecería la pena sustitutiva de expulsión penal, que de no resultar impuesta

³⁵ *Ídem.*, p. 455 citado por MIR (2011) p. 78.

³⁶ JAKOBS (1997) p 21.

³⁷ KAUFMANN (1999) p. 305.

³⁸ MIR (2011) p. 78. Las cursivas aparecen en el texto original.

³⁹ KAUFMANN (1999) p. 305.

⁴⁰ ROXIN (2001) p. 84.

en su contra, se aplicaría la deportación administrativa señalada en el Decreto Ley n° 1.094 de 1975, Ley de Extranjería. Evidentemente no se restablece el equilibrio natural, porque el castigo impuesto es menor a la ofensa causada.

Además, el crimen organizado puede ser favorecido con la expulsión penal.⁴¹ Esto se debe a que la pena de cinco años de presidio o reclusión es considerada “en concreto”, pues es la pena impuesta por el juez de garantía o por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. No se refiere a la pena “en abstracto” que señala la ley penal. Hay crímenes graves que no se excluyeron expresamente en el artículo 1° de la Ley n° 18.216 modificada por la Ley n° 20.603. Luego, en virtud de la concurrencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, pueden quedar en definitiva en cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo, o incluso menos. Pensemos en el tráfico de migrantes, la trata de personas para fines de explotación sexual, laboral o extracción de órganos humanos, el lavado de activos, la asociación ilícita, conductas terroristas, etc.

2. Teorías relativas de la pena

Para las teorías relativas, la pena es tan solo una medida práctica para impedir la comisión de delitos, sin importar la retribución, o la justicia material, ni la expiación del delincuente.

A) TEORÍAS PREVENTIVAS GENERALES

a) La prevención general positiva persigue reafirmar el respeto a los bienes jurídicos protegidos penalmente, salvaguardando la vigencia del ordenamiento jurídico. La comisión de delitos debe ser castigada, para demostrar a la comunidad que quien atenta contra el sistema jurídico no quedará impune, pues “*misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma*”⁴²: “A mayor pena, más valioso el bien jurídico protegido por la ley penal”.

Si se interpretara que la blandura de la expulsión penal significa que nuestro poder legislativo (Congreso Nacional) ha subestimado los valores de la comunidad, entonces el establecimiento en la ley y la aplicación judicial de esta pena sustitutiva. Porque la sensación de impunidad de los autores de

⁴¹ Véase con más detalle ALBRECHT (2001) y FAVAREL-GARRIGUES (2002).

⁴² JAKOBS (1997) p. 14.

delitos generará con toda seguridad en la gente común una gran desazón y desconfianza en el sistema judicial.

b) Las teorías preventivas generales negativas “ven el principal efecto, y con él el principal fin de la pena, en la inhibición psicológica del delito sobre la generalidad (intimidación) [...] mediante ejecución ejemplarizadora de la pena [...] (o) a través de graves conminaciones de penas”.⁴³ Esta prevención tiende a evitar ataques a bienes jurídicos en la medida de su gravedad y de su peligrosidad, los dos baremos básicos de la selección de la incriminación penal y de la graduación de la pena.⁴⁴ A este fin de la pena se le llama prevención general negativa, porque amenaza –a todos y cada uno de los destinatarios de la norma jurídica- con miras a producir un efecto disuasivo, formulando una advertencia que motiva a abstenerse de cometer delitos. Da por sentado que mientras más alta sea la pena establecida por la ley, mayor será el incentivo para no cometer el hecho punible castigado con dicha pena.

Por ejemplo, la pena mínima de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, de cárcel, para los condenados en calidad de autores del delito de posesión, tenencia o porte ilegal de arma de fuego, o por delito de porte de arma de fuego prohibida, y otros afines, a contar de la entrada en vigencia de la Ley n° 20.813 de 2015, el nuevo artículo 17 B de la Ley n° 17.798 de Control de Armas prohíbe bajar del grado menor de la pena compuesta: “[...] el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”.⁴⁵ Asimismo, el artículo 1° inciso segundo de la Ley n° 18.216 no permite al juez o tribunal imponer ningún tipo de pena sustitutiva: “No procederá la facultad establecida en el inciso precedente [...] tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en [...] los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D de la ley n° 17.798; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b) c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3° de la citada ley n° 17.798, salvo en los casos en que la determinación de pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código”, que se cometan. Esta modificación ha tenido el propósito de endurecer excesivamente las penas de la Ley n° 17.798 de Control de Armas, prescindiendo de criterios de retribución y proporcionalidad, con

⁴³ Así lo sostiene la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH, cfr. WELZEL (1993) p. 285.

⁴⁴ MIR (2011) p. 98.

⁴⁵ BUDINICH (2016) p. 277.

miras a desarmar a los delincuentes habituales, en primer lugar, y para evitar la venganza privada o justicia de mano propia de los ciudadanos comunes, en segundo lugar. En un sentido más amplio, la prevención general es la verificación del derecho como orden ético (dimensión positiva), y solo en forma secundaria es intimidación (dimensión negativa): "A mayor pena, más baja la tasa de delitos".

Lo más probable es que el condenado extranjero no conozca la gravedad de las penas que arriesga si cometiere delitos en Chile. Pero si las conociera, sabría que puede cometer todos los simples delitos que quisiera, siempre que las penas en conjunto no excedan de cinco años de presidio menor en su grado máximo, o perpetrar crímenes que en virtud de concurrir dos o más atenuantes pueden disminuir el marco penal aplicable en el caso concreto a no más de cinco años, y sin embargo, es consciente de que no sufrirá una pena a ser cumplida en la cárcel. Únicamente deberá soportar la expulsión penal, que de no mediar, se aplicaría la deportación administrativa señalada en el Decreto Ley n° 1.094 de 1975, Ley de Extranjería. Evidentemente no se restablece el equilibrio natural, porque el castigo impuesto con la expulsión penal es mucho menor a la ofensa causada.

Las teorías preventivas generales han sido criticadas, porque justifican establecer penas desproporcionadas o injustas, en relación con la entidad del hecho tipificado como delito. Además, está comprobado que las leyes penales draconianas no sirven para motivar ni constreñir a sus destinatarios.

B) TEORÍAS PREVENTIVAS ESPECIALES

Las teorías preventivas especiales pretenden conseguir la prevención de los delitos mediante una actuación sobre el recluso. Toman como medida para la pena la peligrosidad del autor (en especial su reincidencia), para lo cual el hecho tiene solo el valor de síntoma.⁴⁶ La justificación de la pena es para efectos de que el condenado no vuelva a delinquir, busca la rehabilitación del autor, su reinserción en la sociedad, transformarlo en un hombre nuevo que no será más un peligro para el Estado, ni para las demás personas. Si no hay peligro de que el condenado vuelva a cometer otro delito, no debe aplicarse ninguna pena privativa de libertad efectiva. Las teorías preventivas especiales son criticadas en razón a que conducen a resultados injustos e incluso insólitos: "*Si hay un pequeño peligro de repetición, se concluye también que para delitos graves habrá que aplicar una pena ínfima (Denkzettel)*"⁴⁷: "A

⁴⁶ WELZEL (1993) p. 286.

⁴⁷ *Ibidem*.

menor peligrosidad social, menor pena". *"Como a la inversa, en el caso de gran peligro de repetición se llega a penas graves por hechos insignificantes (p. ej., en contra del tramposo habitual)"*⁴⁸: "A mayor peligrosidad social, mayor pena".

La expulsión penal es aplicable a todo tipo de simple delito y a la mayoría de los crímenes, salvo los excluidos, que por efectos de la concurrencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad penal correspondiere una pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo que no supere de cinco años.

La prevención especial negativa pretende neutralizar al sujeto peligroso, inocular al enemigo de la comunidad, utilizando técnicas de exclusión social, prescindiendo de medidas rehabilitadoras. Desde la perspectiva del tratamiento penal de los migrantes, *"nuestro actual modelo político-criminal presenta altos grados de hibridación entre dos extremos representados por la garantía de la inclusión (resocialización, rehabilitación) y por el mantenimiento en situaciones de exclusión (inocuidación, neutralización)"*.⁴⁹

La legitimidad de la aplicación de la pena sustitutiva de expulsión del territorio nacional dependerá de su concordancia hacia alguno de los fines de la pena. Esto será así, porque *"la expulsión puede ser una alternativa al encierro carcelario, siempre y cuando se oriente a la garantía de los derechos humanos y a no perseguir finalidades defensionistas o de orden público del Estado"*.⁵⁰

Ladrones, receptadores, clonadores de tarjetas de crédito y débito, traficantes de migrantes, proxenetas (intermediarios entre prostitutas y clientes⁵¹), traficantes de drogas, microtraficantes conocidos con el apodo de "correos humanos" o "mulas" y blanqueadores de capitales⁵², entre otros, pueden resultar beneficiados con la pena sustitutiva de expulsión del territorio de la República. Es muy difícil encajar la expulsión penal en alguna de las definiciones sobre los fines de la sanción penal. La más parecida es la prevención especial negativa, que pretende únicamente la neutralización del condenado, sin resocialización. ¿Cuál es la justificación de esta pena? Surge el concepto de nuevo cuño "economía política de la pena". Es utilitarismo puro y duro,

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ BRANDARIZ (2008) p. 144.

⁵⁰ MONCLÚS y BRANDARIZ (2015) p. 145.

⁵¹ GARCÍA (2006) p. 5.

⁵² MOLINA y MOLINA (2008) p. 7.

con el propósito de abaratar costos al Fisco de Chile. Es la necesidad de ahorrar todos los gastos en que incurriría el Estado, por el mantenimiento de presos extranjeros en establecimientos penitenciarios. La lógica que parece asumir el estatuto jurídico para el migrante es la de la exclusión potencial⁵³, en las consecuencias jurídicas que en la última etapa se reservan para articular el régimen sancionador –administrativo y penal– de los migrantes irregulares (expulsión, internamiento, prisión sin posibilidad de suspensión de la ejecución), la segregación parece emerger como finalidad primordial de la sanción.⁵⁴

A modo ilustrativo, citaremos algunas críticas que han sido formuladas contra la pena de expulsión de extranjeros. Adela Asúa Batarrita ha negado que la expulsión del artículo 89 del Código Penal español sea una pena verdadera. Sostiene que es una medida administrativa sancionatoria trasplantada desde la política de control de la inmigración.⁵⁵

Sebastián Salinero Echeverría ha concluido en su investigación especializada que la expulsión penal no busca la prevención especial positiva, porque no resocializa al condenado extranjero, ni en Chile ni en su país de origen. En consecuencia, la pena sustitutiva de expulsión no es más que “una clara renuncia al *ius puniendi*”⁵⁶ (potestad del Estado para establecer delitos y penas) y que “*la administración penitenciaria o el buen funcionamiento de las cárceles chilenas no puede constituir un valor por sí solo que esté por sobre el deber del Estado de ejercer el poder social de castigo sobre el infractor de la ley penal*”.⁵⁷

En Argentina la expulsión de migrantes irregulares condenados está regulada en el art. 64 de la Ley de Migraciones n° 25.871. El inciso a) exige como requisito para la aplicación de la expulsión de los extranjeros irregulares: “*una vez hayan cumplido la mitad de la condena*”, provocando la extinción de la pena. Mientras que en Chile la expulsión preceptuada en el artículo 34 de la Ley 18.216 es una pena que sustituye completamente a la pena privativa de libertad originalmente impuesta, en Argentina la expulsión prevista en el artículo 64 de la Ley de Migraciones n° 25.871 tiene efectos parciales, posibilitando la sustitución de la pena privativa de libertad mediante un egreso anticipado. En tal sentido, “*en la práctica la expulsión funciona como un*

⁵³ BRANDARIZ (2008) p. 237.

⁵⁴ PÉREZ (2006) p. 173.

⁵⁵ ASÚA (2002) p. 63.

⁵⁶ SALINERO (2011) p. 124.

⁵⁷ *Ibidem*.

sustitutivo del régimen penitenciario progresivo, como las salidas transitorias, semilibertad o libertad condicional".⁵⁸ Este régimen híbrido de cumplimiento parcial de la pena privativa de libertad de manera real, más la posterior expulsión penal, tiene la ventaja de asegurar el cumplimiento efectivo de la pena de cárcel impuesta desde la mitad hacia adelante. Esta omisión del requisito de cumplir la mitad de la pena privativa de libertad es la prueba más patente de que la expulsión penal regulada en la Ley 18.216 tiene como finalidad principal el ahorrar gastos de recursos fiscales, eludiendo la carga de asumir los costos de mantener presos extranjeros en establecimientos penitenciarios.

C) TEORÍA PREVENTIVA MIXTA O UNIFICADORA

La teoría preventiva mixta o unificadora ha sido formulada por Claus Roxin. Tiene la virtud de combinar la función motivadora de la conminación penal de la prevención general, con la resocialización del condenado según la prevención especial positiva. De este modo, *"coloca los puntos de vista preventivo-especiales y generales en un sistema cuidadosamente equilibrado, que solo en el ensamblaje de sus elementos ofrece fundamento teórico a la pena estatal"*.⁵⁹ El derecho penal está autorizado para corregir al delincuente, pero sin forzarlo, pues debe respetar su autonomía personal, su voluntad de cambiar, brindándole herramientas suficientes para que aprenda a respetar los bienes jurídicos protegidos por la ley penal. A su vez, los ciudadanos sienten seguridad y confían en el sistema penal, cuyas normas jurídico-penales y sanciones penales correspondientes desincentivan la comisión de futuros delitos, frenando el impulso criminógeno en la mayoría de los habitantes del Estado. La configuración legal de la pena de expulsión de extranjeros, tanto en España como en Argentina, ha considerado este modelo mixto o unificador, que en Chile no existe.

V. ¿ES LA EXPULSIÓN PENAL CONFORME CON LA IGUALDAD ANTE LA LEY?

1. *Condición de extranjero como categoría sospechosa de discriminación*

Las circunstancias fortuitas que escapan al control personal consciente, por ejemplo el lugar de nacimiento o un accidente que deja lisiado, ya que no dependen del mérito o la virtud, deben ser consideradas irrelevantes para distinguir entre unos y otros. En consecuencia, no autorizan a los poderes

⁵⁸ MONCLÚS y BRANDARIZ (2015) p. 145.

⁵⁹ ROXIN (2001) p. 98.

públicos dotados de potestades normativas a constituir tratos diferenciados donde no hay justificación razonable para hacerlo. La condición de extranjero no es considerada como un criterio sospechoso cuando se juzga la validez de clasificaciones normativas que excluyen a extranjeros y encomiendan solo a ciudadanos cargos electivos y no electivos importantes relacionados con el proceso de autogobierno democrático.⁶⁰ En los demás casos, las diferencias de trato por la ley en razón a ser extranjero caen dentro de la categoría sospechosa de diferencia arbitraria. Se acusa el carácter discriminatorio de esta pena respecto de personas en situación irregular, pero con proyecto migratorio en el país.⁶¹ En consecuencia, las reglas especiales de tratamiento a los extranjeros deben ser examinadas con sumo cuidado, para descartar tan indeseable discriminación.

Partiendo del presupuesto según el cual el derecho a la igualdad ante la ley es consustancial a la dignidad humana, que el condenado carezca de residencia legal en Chile no debiera ser una razón suficiente para diferenciar entre un nacional y un extranjero, en lo que respecta a la aplicación de la ley penal en el territorio nacional.

2. Reglas de trato igualitario y diferenciado

Aristóteles afirmaba en su obra *Ética a Nicómaco*, Capítulo 6 del Libro V, que *“si las personas son iguales, las cosas otorgadas a ellos también deberían ser iguales... Si las personas no son iguales, no deberían tener en partes iguales”*.⁶² Esta regla de trato simplificada en el aforismo *“hay que tratar de manera igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales”*, presenta problemas graves de ambigüedad e indeterminación. El lema *jedem das seine*, fijo en la reja de entrada al campo de concentración en Buchenwald, de la Alemania nacionalsocialista, ha demostrado ser peligroso cuando el gobierno distingue entre seres humanos e infrahumanos. La máxima de filosofía moral *“dar a cada uno lo suyo”* ha sido y puede continuar siendo utilizada como pretexto para establecer privilegios para unos o para excluir y reprimir a otros.

Las normas jurídicas deben ser interpretadas conforme a la Constitución Política de la República. Esta asegura a todas las personas *“la igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado... Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”* (artículo 19 n° 2). La estructura lógico-jurídica del derecho abstracto a la igualdad ante la

⁶⁰ DIDIER (2012) p. 133. Cita la decisión *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216 (1984).

⁶¹ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2014) pp. 151 y 152.

⁶² ARISTÓTELES (1943) pp. 159 y 160.

ley (inciso primero del artículo 19 n° 2 de la Constitución), o “derecho a la igualdad definitivamente abstracto”, es formulada por Robert Alexy mediante dos reglas de conducta, en un orden preciso. En primer lugar, el derecho abstracto a la igualdad ante la ley contiene un mandato de tratamiento igual, el cual ordena que *“si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”*.⁶³ En segundo lugar, prescribe el mandato de tratamiento desigual *“si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, está ordenado un tratamiento desigual”*.⁶⁴ En virtud del mandato de tratamiento igual, contenido en el derecho abstracto a la igualdad ante la ley, no hay argumentos ni se puede justificar razonablemente que el acusado extranjero sin residencia legal quede exento de la pena privativa de libertad que establece el Código Penal o una ley penal especial.

Desde este punto de vista del principio de igualdad formal y genérica, por regla general la expulsión penal es un tratamiento privilegiado inmerecido, que resulta más benigno que la imposición de penas privativas de libertad que sean reales o efectivas a los extranjeros residentes y a los nacionales. La potestad punitiva del Estado chileno *–ius puniendi–* se rige por el principio de territorialidad de la ley penal, esto es, la ley penal chilena debe ser aplicada de igual manera a todas las personas que hubieren cometido un delito dentro de los límites fronterizos de nuestro país.

La prisión preventiva jamás debe exceder la extensión de la pena privativa de libertad. Los fines de la prisión preventiva solo pueden ser fines de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento.⁶⁵ Sin embargo, en la práctica puede ocurrir que la expulsión penal resulte ser una pena más grave que la pena privativa de libertad. Si la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia definitiva condenatoria fuere inferior al período de duración de la prisión preventiva, entonces la pena de expulsión resultaría un perjuicio injustificado para el condenado. Sería preferible declarar la culpabilidad y condenar al acusado a una pena privativa de libertad. Y a continuación, tener por cumplida la pena privativa de libertad para el condenado, con el mayor tiempo que ha permanecido sujeto a prisión preventiva, o a privación total de libertad en su hogar prevista en el artículo 155 a) del Código Procesal Penal.

⁶³ ALEXY (1997) p. 395.

⁶⁴ *Ídem.*, p. 397.

⁶⁵ HASSEMER (2003) p. 119.

VI. EFECTOS DE LA EXPULSIÓN PENAL EN LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LA VÍCTIMA

La aplicación de la pena sustitutiva de expulsión del territorio nacional a un condenado extranjero que no reside legalmente en Chile, prevista en el artículo 34 de la Ley n° 18.216 modificada por la Ley n° 20.603 de 2012, ha sido cuestionada porque lesionaría el derecho a la tutela judicial mediante la denegación de justicia a las víctimas de un delito.

La víctima en el proceso penal chileno tiene derecho a ejercer la acción civil, para obtener la reparación de los perjuicios que le ha causado el delito cometido por el acusado. El diseño estructural de las penas sustitutivas a la pena privativa de libertad, a partir de la Ley n° 20.603, ha descartado la condición de reparar el daño causado por el delito cometido. Prueba de esto es que fue suprimida la condición para que el juez pudiera conceder la medida alternativa de remisión condicional de la pena. Estaba contenida en la derogada letra d) del artículo 4° de la Ley n° 18.216: *“Satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia. No obstante el tribunal, en caso de impedimento justificado, podrá prescindir de esta exigencia, sin perjuicio de que se persigan estas obligaciones en conformidad a las reglas generales”*. En la actualidad, ninguna pena sustitutiva exige el requisito para su imposición del pago íntegro de la indemnización de perjuicios. El ofendido se puede introducir al procedimiento penal y participar en él, si se pretende la reposición del daño material y moral por el delito que constituye su objeto.⁶⁶ El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a la ejecución, definido como *“el derecho a que sean ejecutadas las resoluciones que se dictan en favor de un litigante”*⁶⁷, vale decir, que se cumpla el resultado favorable obtenido con ocasión del proceso. Significa que el condenado debe sufrir la pena que ha sido impuesta en la sentencia definitiva y debe pagar la indemnización de los perjuicios causados al ofendido por el delito.

El plazo de 60 días, que el Departamento de Extranjería e Inmigración solicita para la materialización de la expulsión del condenado extranjero sin residencia legal, es demasiado breve para permitir a la víctima obtener la satisfacción de su derecho a la acción civil ejercitada en el proceso penal, en la mayoría de los casos. Esta dificultad temporal permite al condenado extranjero sin residencia legal en Chile evitar una condena civil, o de resultar condenado, evadir el pago de la indemnización de perjuicios otorgada por el juez a la víctima en el proceso penal.

⁶⁶ MAYER (1997) p. 345.

⁶⁷ NIEVA (2014) p. 159.

CONCLUSIONES

1. Nuestra propuesta es la aplicación judicial restrictiva y prudente de la expulsión del condenado extranjero del territorio nacional. No recomendamos imponer esta pena sustitutiva cuando ésta implique la separación del condenado de su familia directa radicada en Chile, por no resultar criteriosa la destrucción de su proyecto migratorio. Tampoco cuando la expulsión penal pueda poner en riesgo su vida o libertad personal en calidad de asilado o refugiado.
2. Recomendamos respetar la dignidad humana y no anular la autonomía personal del condenado. Para lograr este objetivo, la expulsión penal sea solicitada por la defensa y jamás contra la voluntad del acusado, como condición *sine qua non* para su imposición. Los mejores intereses del autor del delito deben ser tomados en cuenta al momento de debatir y decidir su destino. No se vería bien que el fiscal adjunto del Ministerio Público pidiera o el juez de garantía impusiese la expulsión penal en perjuicio del condenado, con el propósito de deshacerse por un largo tiempo de una persona que la Fiscalía considera indeseable para la comunidad. Quienes resulten condenados por delitos constitutivos de criminalidad organizada transnacional o que atenten contra víctimas de delitos de abuso sexual deberían cumplir penas de cárcel. Primero, porque la expulsión penal no debe ser jamás un privilegio inconstitucional. Segundo, debido a que las víctimas de delitos graves tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva material, a su favor, mediante el castigo real y no únicamente nominal, de los culpables. Tercero, en razón al principio kantiano que prescribe imponer un castigo justo, retributivo y proporcional a la gravedad de la culpabilidad del autor del delito, que hubiese sido probado en el proceso.
3. El ahorro a las arcas fiscales, o el menor gasto presupuestario destinado a mantener el funcionamiento regular de los establecimientos penitenciarios, no debiera ser una razón suficiente para imponer directamente la expulsión de extranjeros que hubieren delinquirido en Chile. La legislación española es más criteriosa que la chilena, en razón a que aquella ha establecido expresamente fines preventivo-generales positivos de la pena de expulsión de ciudadanos extranjeros, en su artículo 89 del Código Penal modificado en el año 2015: “*cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito*”. Adherimos en plenitud a una teoría preventiva mixta, que unifica los fines preventivo-especiales y generales de la pena, que ha sido formulada por Claus Roxin.

4. La legislación chilena está atrasada en relación con el artículo 89 del Código Penal español. En primer lugar, porque es viable aplicar la expulsión penal en Chile a penas de presidio o reclusión inferiores a un año, mientras que en España la pena de prisión debe ser de más de un año. En segundo lugar, los extranjeros con residencia legal caen fuera del campo semántico del artículo 34 de la Ley n° 18.216 modificada por la Ley n° 20.603 de 2012. En tercer lugar, la expulsión penal chilena no permite, por una razón de incompatibilidad, imponer la pena privativa de libertad de manera efectiva hasta dos tercios de la extensión, mientras que el artículo 89 del Código Penal español lo autoriza. En cuarto lugar, porque la ley chilena no reconoce el criterio de proporcionalidad, a diferencia de la expulsión prevista en el artículo 89 del Código Penal español. Y en quinto lugar, porque la trata de personas no ha quedado excluida de ser sustituida por la pena de expulsión, en tanto que en España no se permite tal sustitución penal. En Chile parece necesario hacer algunas modificaciones al artículo 34 de la Ley n° 18.216 modificada por la Ley n° 20.603 de 2012, para efectos de adaptar la expulsión penal a los fines de la pena, que correspondan a un Estado democrático de Derecho.
5. La expulsión penal no debe ser un privilegio para el condenado. Tampoco un castigo adicional a la pena privativa de libertad. La doble penalización de un extranjero que ha sido condenado por cometer delito de usura, establecido en el inciso tercero del artículo 472 del Código Penal chileno, a partir de la promulgación de la Ley n° 20.603, contraviene el principio *ne bis in idem* del Derecho Penal, porque impone el cumplimiento íntegro de la pena principal, y solo una vez cumplida ésta, ordena la posterior expulsión del sentenciado extranjero del territorio nacional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBRECHT, Hans-Jörg (2001): *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal).
- ALCÁCER, Rafael (2001): *Los fines del Derecho Penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena* (Buenos Aires, Ad-Hoc).
- ALEXY, Robert (1997): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (traducc. Ernesto Garzón Valdés y revisión Ruth Zimmerlinng, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

ARANGO, Juan (1995): "*Población y migraciones internacionales*", en AAVV: *Las Naciones Unidas en la nueva sociedad internacional* (Madrid, Fundación Friedrich Ebert) pp. 168 – 197.

ARISTÓTELES (1943): *Nicomachean ethics* (Trad. James E.C. Welldon, Roslyn, New York, Walter J. Black, Inc.).

ASÚA, Adela (2002): "*La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración*", Lorenzo Copello, P. (coord.) *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 17 - 96.

BERDAL, Mats y SERRANO, Mónica (coords.) (2005): *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional, cambio y continuidad* (Trad. Isabel Vericat Núñez, México, Fondo de Cultura Económica).

BLANC-CHALÉARD, Marie-Claude (2000): *Historie de l'immigration* (Paris, Repères, La Decouvert).

BRANDARIZ, José (2008): "*La construcción de los migrantes como categoría de riesgo*", en Canción Meliá, Manuel y Pizuelo Pérez, Luis (coords.), *Política criminal en vanguardia. inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada* (Cizur Menor-Navarra, Thomson Civitas) pp. 143 – 196.

BUDINICH, Edmundo (2016): *Seguridad privada y violencia en los estadios* (Santiago, Imprenta gráfica LOM).

BUSTOS, Juan (1997): "*La problemática de las medidas sustitutivas y alternativas*", Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio, García-Pablos, Antonio y Pierangeli, José (coords.), *De las Penas. Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti* (Buenos Aires, Depalma) pp. 91 - 97.

CANO, Adoración (2015): "*IX Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la de expulsión*", en González, José (dir), Gorrioz, Elena y Metallín, Ángela (coords.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (2ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch) pp. 362 - 374.

CERDA, Rodrigo (2004): *Etapa Intermedia, Juicio Oral y Recursos* (Santiago de Chile, Librotecnia).

- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2014): *Penas Sustitutivas Ley 18.216* (Santiago, Documentos oficiales n°9 / diciembre, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública), pp. 150-156.
- DELBEZ, Louis (1964): *Les principes généraux du Droit International Public* (3ª edición, Paris, Librairie Générale du Droit et Jurisprudence).
- DELLACASA, José y HURTADO, José (2015): *Derecho migratorio chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DIDIER, María (2012): *El principio de igualdad en la norma jurídica. Estudio de las decisiones de la Corte Suprema argentina y su vinculación en cuestiones de constitucionalidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos* (Marcial Pons, Buenos Aires).
- FAVAREL-GARRIGUES, Gilles (2002): "La criminalité organisée transnationale: un concept à enterrer", *L' économie politique* n° 15: pp. 8 - 22.
- GARCÍA, Mercedes (coord.) (2006): *Trata de personas y explotación sexual* (Granada, Comares).
- HASSEMER, Winfried (2003): *Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, Interpretación, Procedimiento, Límites a la prisión preventiva* (2ª edición, Trad. Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Ad-Hoc).
- IGLESIAS, Agustina (2014): *La trata de mujeres con fines de explotación sexual* (Buenos Aires, Ediciones Didot).
- JAKOBS, Günther (1997): *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (2ª edición, Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons).
- KANT, Immanuel (1911): *Metaphysik der Sitten* (Berlín, Real Academia Prusiana de las Ciencias).
- KAUFMANN, Arthur (1999): *Filosofía del Derecho* (Trad. Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- MACKENZIE, Caroline (2005): "Diversidad, pluralidad e identidades. Capítulo 8", en Arnaud Blin et. al., *Cien proposiciones del Foro Social Mundial Porto Alegre* (Madrid, Colección 0 a la Izquierda, Editorial Popular) pp. 149 -167.

MAYER, Julio (1997): *"El ofendido por el delito en el Derecho positivo argentino"*, en Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio, García-Pablos, Antonio y Pierangeli, José (coords.), *De las Penas. Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti* (Buenos Aires, Depalma) pp. 305 - 348.

MIR, Santiago (2011): *Derecho Penal. Parte General* (9ª edición, Barcelona-Montevideo-Buenos Aires, Julio César Faira, Editor).

MOLINA, María y MOLINA, Luis (2008): *El Blanqueo de Dinero* (Barcelona, Bosch).

MONCLÚS, Marta y BRANDARIZ, José (2015): *Políticas y prácticas de control migratorio. Estudio comparativo del control de los migrantes en los contextos latinoamericano y europeo* (Buenos Aires, Ediciones Didot).

NIEVA, Jordi (2014): *Introducción al Derecho Procesal I* (Barcelona, Marcial Pons).

PÉREZ, Ana (2006): *"El Código Penal de la seguridad: una involución de la política criminal reaccionaria"*, en Bernuz, María y Pérez, Ana, Coordinadores. *La tensión entre liberalismo y seguridad. Una aproximación sociojurídica* (Logroño, Universidad La Rioja).

POLITOFF, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María (2007): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RAMONET, Ignacio (2002): *"Voyages sans retour"*, *Manière de voir* 62 Histoire(s) d'immigration (Paris, Le Monde diplomatique), pp. 6-7.

ROBERT, Anne-Cécile (2002): *"De Schengen à Amsterdam"*, *Manière de voir* 62 Histoire(s) d'immigration (Paris, Le Monde diplomatique) p. 80.

RODNEY, Benson (2015): *"Quarante ans d'immigration dans les médias enquête en France et aux Etats-Unis"* *Manière de voir* 62 Histoire(s) d'immigration (Paris, Le Monde diplomatique) pp. 10-11.

RODRÍGUEZ, Luis (2000): *La detención* (Madrid, Akal).

ROMPAO, Kira (2016): *"Condena por delito y expulsión: La expulsión penal (I)"*, 3 p. Disponible en <<http://www.kirarompao.es/blog/12-penal/41-condena-por-delito-y-expulsion-i>>, fecha de consulta: 9 de diciembre 2016.

ROXIN, Claus (2001): *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito* (2ª edición, Trad. D-M. Luzón Peña/M. Díaz y García Conlledo/J. de Vicente Remesal, Madrid, Civitas).

SALINERO, Sebastián (2011): “La expulsión de extranjeros en el Derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, pp. 106 – 141. Disponible en <http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A4.pdf>, fecha de consulta: 9 diciembre 2016.

SANZ, Nieves (2008): *Sistema de sanciones en España y Chile. Alternativas a la prisión* (Santiago, Universidad Andrés Bello/EVE).

SORENSEN, Max (2008): *Manual de Derecho Internacional Público* (Trad. Dotación Carnegie para la Paz Internacional, México, Fondo de Cultura Económica).

UNIDAD DE DEFENSA PENAL JUVENIL Y DEFENSAS ESPECIALIZADAS (2015): *Tercer Informe Jurisprudencia Defensa de Migrantes y Extranjeros*, Departamento de Estudios y Proyectos, Noviembre (Santiago, Ediciones Defensoría Penal Pública).

WELZEL, Hans (1993): *Derecho Penal alemán, parte general* (4ª edición, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Penal de 12 de noviembre de 1874 (Chile).

Código Penal de 24 de noviembre de 1995 (España).

Constitución Política de la República de Chile del 11 de marzo de 1980.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Organización de Estados Americanos del 22 de noviembre de 1969.

Convención de Ginebra, sobre el Estatuto de los Refugiados, del Alto Comisionado para las Naciones Unidas del 28 de julio de 1951.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de Naciones Unidas del 23 de mayo de 1969.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de Naciones Unidas del 18 de abril de 1961.

Decreto Ley n° 1.094 del 19 de julio de 1975, Establece normas sobre extranjeros en Chile.

Decreto Ley n° 400 del 13 de abril de 1978, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n° 17.798, sobre Control de Armas, modificada por la Ley n° 20.813 del 6 de febrero de 2015 (Chile).

Ley 1/2015 de 30 de marzo de 2015, Modifica el artículo 39 del Código Penal (España).

Ley n° 7.421 del 9 de julio de 1943, Código Orgánico de Tribunales (Chile).

Ley n° 18.216 del 14 de mayo de 1983, Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, modificada por la Ley n° 20.603 del 27 de junio de 2012. (Chile)

Ley n° 19.696 del 12 de octubre de 2000, Código Procesal Penal (Chile).

Ley n° 20.084 del 7 de diciembre de 2005, Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (Chile).

Ley n° 20.603 de 2012, establece un catálogo de penas sustitutivas, de fecha 27 de junio de 2012 (Chile).

Ley n° 25.871 del 21 de enero de 2004, Ley de Migraciones (Argentina)

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de San Miguel, *A favor de I.G.G. y O.S.C.* (2013): 6 de diciembre de 2013, rol n° 295-2013, recurso de amparo.

Corte Suprema, *A favor de Y.M.Z.* (2015): 3 de mayo de 2016, rol n° 8726-2015, recurso de amparo. Disponible en: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=1&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=1689469&CRR_IdDocumento=1230041>, fecha de consulta: 7 de abril de 2017.

Corte Suprema Federal (Estados Unidos), *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216 (1984).

5° Juzgado de Garantía de Santiago, *Ministerio Público contra M.A.B.S.* (2016): R.U.C. n° 1500184146-4, R.I.T. n° 907-2015.

APROXIMACIÓN A UN ESTUDIO SOBRE LOS FINES DEL PROCESO Y LA "VERDAD"

*Approach to a study on the purpose
of the process and the "truth"*

Francisco Alberto Ruay Sáez*
Universidad de Chile
Santiago, Chile

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo estudiar la posible relación existente entre fines del proceso y el concepto de "verdad". Para ello se exponen las posiciones doctrinarias ideológicas, denominadas "garantismo procesal" y "publicismo procesal", respectivamente. Se propone, por otra parte, una nueva posibilidad de lectura de la relación en estudio que pueda implicar una propuesta diferente, en términos epistemológicos y filosóficos, para lo cual resultan útiles planteamientos teóricos contemporáneos, como los desarrollados por Derrida o Walter Benjamín. En este sentido, se propone que una lectura contemporánea de la dicotomía expuesta debe superar la relación que la filosofía moderna estableció entre verdad y representación.

PALABRAS CLAVE: garantismo procesal, verdad procesal, función jurisdiccional, publicismo

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Ayudante *ad honorem* de los Departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y de Ciencias Penales en la Universidad de Chile. Correo electrónico: <fruaysaez@gmail.com>.

Artículo recibido el 17 de octubre de 2016 y aceptado para publicación el 30 de enero de 2017.

ABSTRACT: *The present article aims to study the possible relationship between the purposes of the process and the concept of "truth". In order to do this, the ideological doctrinal positions denominated "procedural guarantee" and "procedural publicism", respectively, are exposed. It is proposed, on the other hand, a new possibility of reading the relationship in study that may imply a different proposal in epistemological and philosophical terms, for which contemporary theoretical approaches such as those developed by Derrida or Walter Benjamin are useful. In this sense, it is proposed that a contemporary reading of the dichotomy exposed must overcome the relationship that modern philosophy established between truth and representation.*

KEYWORDS: *procedural garantism, procedural truth, jurisdictional function, publicism*

INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho moderno ha institucionalizado una forma de resolución de conflictos intersubjetivos de intereses, ejecutable por la fuerza, que ha monopolizado, bajo la pretensión de erradicar el ejercicio de la violencia entre privados. En ese sentido, incluso antes que la determinación de las posibles finalidades políticas o económicas que el Estado ha de definir en el ejercicio del poder soberano, es necesario verificar el hecho indiscutible que ha organizado y dispuesto ante los ciudadanos un aparato precisamente para satisfacer sus pretensiones.

Luego de constatar la existencia de un "Poder Judicial", consistente en aquel órgano que se encargará del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado,¹ siendo pertinente volver la atención hacia las delimitaciones en que el poder soberano será ejercido en el cumplimiento de dicha función y, en último término, hacia cuál será, efectivamente, la finalidad que ha de cumplir el órgano en comento.

Determinada la presencia de una organización o despacho del Estado que se encargue del ejercicio de la función jurisdiccional, cabe realizar una pregunta que trasciende una noción de técnica jurídica científica, abriendo lugar a una discusión que, muchas veces, ha quedado postergada ante las

¹ ATRIA (2005) pp. 119-141 y BORDALÍ (2008) pp. 187-195.

pretensiones académicas supuestamente imparciales, y que es el sitio de la discusión política² en la determinación de cierta técnica jurídica que, en todo caso, es adecuada a una ideología en concreto.

No es necesario hacerse parte de una simplificación exacerbada que se da entre la relación Política y Derecho³ para percatarse de que, al menos, una determinada noción sobre el proceso judicial ha de presuponer una concepción del Estado y de la persona humana; de la relación entre particulares, poder soberano y ejercicio de dicho poder. Es en ese contexto en donde aparece el análisis de la función jurisdiccional del Estado, como figura insigne que permite entrelazar posiciones filosóficas, axiológicas y políticas, sobre los fines del ejercicio de una potestad estatal, su relación con los particulares y la determinación de sus contornos o límites.

En materia procesal, recientemente⁴ ha tomado protagonismo la discusión sobre el posicionamiento ideológico con que se ha de enfrentar la disciplina y, en particular, la actividad jurisdiccional desplegada por el Estado. Por una parte, se ha asociado una concepción de corte reactivo o de raigambre liberal a la doctrina que ha tomado por nombre “garantismo procesal”, mientras que por otro, una tendencia que propende situar en un lugar de mayor importancia la actividad del Estado, como agente de realización de políticas públicas, cuya tarea no se agota en la resolución del conflicto que se ha llevado a estrados, sino que le trasciende, y ubica en su horizonte a la justicia y la verdad.

La relación entre los fines del proceso y la verdad ha sido abordada por dos corrientes doctrinarias como lo son el garantismo procesal y el publicismo procesal, y por lo mismo, la metodología de estudio de la presente investigación ha consistido en la revisión del estado de la cuestión en relación con dichas doctrinas, para con posterioridad evaluar si existe alguna opción filosófica o epistemológica que permitiese establecer un nuevo estatuto de análisis del problema, para lo cual, fundamentalmente, se recurrirá a los planteamientos derridianos.

² MELERO (2003) pp. 235-263.

³ Conforme a ésta podríamos llegar a afirmar que toda opinión jurídica es de manera inmediata y simultánea opinión netamente política. Con dicho tránsito discursivo nos situaríamos en una posición analítica en la cual perdería sentido la diferenciación entre política y cualquier otra dimensión de intervención social, u eventual objeto de análisis. Se incurriría en la paradoja de que cualquier conflicto podría traducirse en la clave ideológica que se pretenda idónea (economía, filosofía, política, Derecho, etc.).

⁴ MONTELEONE (2006).

En las siguientes líneas se pretende exponer, de manera sintética, una serie de elementos que permiten distinguir ambas concepciones del proceso, a fin de que dicha presentación sirva, a modo de introducción, a la discusión contemporánea planteada entre garantistas, por una parte, y publicistas o activistas, por otra.

I. EL PROCESO Y SU FINALIDAD

1. *Garantismo y Publicismo procesal; o sobre la posibilidad de una discusión ideológica jurídica.*

Al momento de afrontar la positivización normativa que materializará la función jurisdiccional en la dinámica de un proceso, podría pensarse que la elección entre diferentes formas regulatorias de éste, y de manera más precisa, la alternativa entre diversos sistemas procesales, no obedecería a ninguna posición ideológico-política, sino que –más bien– se trataría de una opción meramente técnica entre alternativas igualmente “justas”,⁵ frente a las cuales cualquier grupo de expertos medianamente calificados podría tomar una decisión relativamente indiferente. Se circunscribiría a ser una de aquellas decisiones que han sido denominadas “científico objetivas”. Sin embargo, aquella posición doctrinaria no pasa de ser una mascarada retórica que afecta a todo el trasfondo filosófico-político⁶ en que se sustenta una determinada concepción del proceso y sus fines posibles, y obviamente, las funciones del Estado determinadas por la concepción particular que se tenga al respecto, traducibles bajo los conceptos de Estado reactivo o Estado activista, en términos de Mirjan Damaska⁷, por ejemplo.

⁵ Así se ha mostrado hacia el público el desarrollo de las últimas reformas procesales, tanto en el área Penal, como en la Laboral y Civil. En ese sentido, PALAVECINOS (2011a) p. 14, afirma que: “[un] rasgo común a todas las reformas procesales chilenas es que su diseño ha quedado entregado, al menos en un primer momento, a una suerte de clubes o cenáculos académicos –los denominados “foros para la reforma”–, lo cual ha generado la apariencia de que toda discusión relevante sobre la forma de articular los cambios se debe plantear y resolver, siempre, por los expertos dentro de la estrecha y exclusiva morada de lo técnico”.

⁶ “Esto no es una cosa técnica, si el tercero sí o no es una cosa técnica, si preclusión sí o preclusión no es una cosa técnica; pero si el juez puede sí o no eso no es técnico, es puramente político, es la ideología política del legislador que está plasmando una norma jurídica [...] y la ideología es buena, si no es Autoritarismo”. ALVARADO (2001) p. 9.

⁷ DAMASKA (2000) pp. 125 y ss.

Desde ya, y antes de cualquier suspicacia, es necesario señalar que la presente investigación pretende exponer fundamentalmente las divergencias teórico-políticas fundamentales de las doctrinas en comento, que a nuestro parecer se enfrentan irreconciliablemente. Por una parte, el garantismo procesal, portador de una concepción actualmente coherente con lo prescrito en nuestra Carta Fundamental, el principio de juridicidad⁸ y los diversos instrumentos internacionales que consagran la libertad y la primacía de la persona humana individual frente al Estado, siendo también coherente con una lectura crítica del ejercicio de las potestades estatales jurisdiccionales y, en general, de las nociones de verdad, justicia (portadora de un carácter eminentemente aporético⁹) y otras de similar indeterminación, o a lo menos brumosas. Por otro lado, encontramos lo que se denomina como “publicismo procesal”; siendo una doctrina que alza su voz, precisamente, sustentada en los ideales de la justicia, la desformalización de la verdad, la equidad y de la labor del juez como agente crucial en la repartición de bienes (de justicia), a fin de lograr una redistribución lo suficientemente justa, como para satisfacer prescripciones axiológicas superiores, incluso al ordenamiento jurídico mismo, a la ley democráticamente dictada y la voz del pueblo soberano a través de los diversos textos normativos.

A fin de anticipar los diversos modelos hermenéuticos que se desplegarán en las líneas que siguen, es preciso señalar que se ha considerado que el garantismo procesal modela un bastión de lucha en contra del autoritarismo y el ejercicio desmedido de poderes artificiales, como lo son aquellos practicados por los funcionarios que ejercen la jurisdicción. El garantismo procesal es una instancia de defensa de la libertad ante el ejercicio de un poder que se vuelve desmedido cuando su único límite o estándar de actuación se circunscribe a la propia creencia de lo “justo”, lo “bueno” u otro concepto similar, aun por sobre lo ordenado soberanamente por el pueblo a través de la ley.

En razón a lo expuesto recientemente se pretenden exponer algunas nociones fundamentales para aproximarse a la discusión entre publicismo y garantismo procesal, exponiendo en modo dialéctico la relación contradictoria entre ambas posiciones ideológico-jurídicas.

La relevancia de cada una de estas posiciones ideológicas estriba en que desde cada una de ellas, su comprensión de la función jurisdiccional, y de la finalidad y naturaleza del Estado al fin y al cabo, han de irradiar posteriormente la interpretación de cada una de las normas procedimentales

⁸ SOTO (1996) p. 24 y RUAY (2013) pp. 167-179.

⁹ DERRIDA (1997) p. 39.

(procesales) que materializarán el proceso en la dinámica propia de su realización concreta, ante un conflicto intersubjetivo de intereses con relevancia jurídica determinado. Así, una posición que pretenda imponer desde el inicio una alta confianza en el poder, y en los agentes que ejercen las funciones del Estado, sin duda será más laxa en la interpretación de cada una de las posturas que se terminan por otorgar a cada agente que ejerza la función jurisdiccional del Estado, pues se tiene plena confianza en que dicha persona, dotada de autoridad, hará efectivo “lo justo”, “lo bueno”, “lo que corresponde en equidad”. Sin embargo, hay una postura crítica, asumida desde sus cimientos, con respecto de los conocimientos, o del “saber” mismo, o del lugar y rol de “la verdad” en el discurso jurídico (y en cualquier discurso en general), la cual irremediablemente esta por interpretar sistemáticamente las normas de atribución potestativa en una clave eminentemente libertaria, en donde la persona individual, su dignidad y libertad han de ser el interés de resguardo primordial, antes que el otorgamiento de potestades exorbitantes a un tercero (que simultáneamente posee el monopolio de la violencia o fuerza) a quien se le encomienda la realización de bienes abstractos e indeterminados como lo son la verdad o la justicia.

2. Sobre la finalidad del proceso

Se comenzará por abordar el que pareciese ser el mayor punto de discrepancia entre el garantismo y el publicismo procesal: la determinación de los fines del proceso. Es útil comenzar por esta vía, ya que las diferencias teóricas que enfrentaran a ambas corrientes/doctrinas derivan, en su mayoría, de esta discrepancia fundamental.

Por un lado, quienes adhieren al garantismo procesal señalan que el Proceso sería esencialmente *“un método pacífico de debate dialogal y argumentativo [en donde] la razón de ser del [mismo] es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada para mantener un estado perpetuo de paz”*; ¹⁰ o, de manera más detallada, expresan a través de la voz de Alvarado Velloso, rostro ilustre de la doctrina Garantista en Latinoamérica y el mundo, que se trata de un *“medio pacífico de debate mediante el cual los antagonistas dialogan para lograr la solución -mediante resolución de la autoridad- de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad para mantener en ella un estado de paz”*. ¹¹

¹⁰ ALVARADO (2010) pp. 63 y 64.

¹¹ ALVARADO (2009) p. 37.

El Proceso es entendido esencialmente como un método dialéctico de solución de conflictos intersubjetivos; tan solo eso, ni más, ni menos. Se trata de la disposición a los particulares de un medio de solución hetero-compositivo, en el cual el Estado actúa como garante del debate dialogal, con la finalidad de resguardar la paz y el orden social, y en el fondo, con la finalidad de cooptar estructural e institucionalmente el uso de la violencia entre privados para que la solución sea coercible, mas, no meramente coactiva; la fuerza legitimada monopolizada por el Estado se pone a disposición de las partes a través del instrumento procesal, mas no puede pretender a su vez instrumentalizar a los usuarios del mismo.

En consecuencia, y de acuerdo a lo señalado por el profesor Omar Benabentos, “[e]l proceso tiene una doble misión: a) Satisfacer las pretensiones jurídicas que esgrimen los litigantes en la contienda, es decir, atender al interés ‘privado’ de los litigantes, y b) Suprimir el estado de conflicto, buscando la pacificación social por medios civilizados (interés público)”.¹²

Por su parte, en cambio, quienes adhieren a una posición doctrinal que ha dado en denominarse activismo judicial, o quienes pregonan la publicización del proceso sostienen que “el proceso es un instrumento o herramienta para la realización del Derecho de fondo, donde el juez (principal actor en este sistema) debe velar por la búsqueda de la verdad objetiva material”.¹³ Desde ya es posible percibir que la relación entre verdad y proceso se vuelve un aspecto fundamental a la hora de analizar y develar los alcances de la función jurisdiccional, que no se agota sino hasta sumársele al eje trídico que otorgaría legitimación externa y social a su discurso, como es el relato de la “justicia”. Una de las consecuencias inmediatas derivadas del núcleo fundamental de esta doctrina se encuentra en el rol epistemológico que cumpliría el proceso¹⁴, y en ese sentido, en la finalidad de la actividad probatoria, desplegada tanto por las partes como por el propio juzgador. En ese mismo contexto se ha señalado que “[l]a prueba debe ser considerada como medio a través del cual el Derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial”.¹⁵

Tal como se señala previamente, el proceso bajo dicha concepción cumple un rol eminentemente epistemológico, orientado hacia la consecución de

¹² BENABENTOS (2001) p. 42.

¹³ GODOY (2008).

¹⁴ REYES (2012) pp. 226-230.

¹⁵ NÚÑEZ (2008) p. 207.

un fin trascendente bifurcado y necesariamente implicado:¹⁶ la búsqueda de la verdad y la justicia.

Autores como Picó y Junoy, por ejemplo, afirman al respecto que “[l]a ‘justicia’ como valor superior del ordenamiento jurídico, representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que si existe un interés público en que el resultado del proceso sea ‘justo’, el Estado debe poner al servicio de los jueces todos los medios y poderes necesarios para que puedan alcanzar dicho fin”.¹⁷

Como aparece en este primer acercamiento, es evidente que la diferente concepción sobre los fines del proceso conlleva una comprensión absolutamente diversa sobre la posición y función del juez, de las partes (e incluso acerca de la modalidad y rol de la actividad probatoria desplegada en juicio), y hasta una comprensión del fenómeno procesal en su integridad, diferenciando al efecto, por ejemplo, una teoría de cargas procesales tradicionales en la teoría de la situación jurídica de Goldschmidt¹⁸, para enfrentarla a visiones trádicas que encuentran propiamente una relación jurídica en términos estrictos, constituida (y susceptible de constitución) de derechos y obligaciones mutuas (o hasta deberes).¹⁹

La anterior diferencia se materializa en la identificación de dos sistemas procesales absolutamente diversos, cada uno definido centralmente en torno al sujeto a quien correspondería llevar el impulso procesal²⁰, y luego, en torno a los poderes que se le atribuirían o reconocerían al juez para satisfacer el fin del Proceso en cada caso. Pero no solo aquello, sino que cada uno con una larga historia propia, y con raíces de fácil identificación historiográfica e ideológica: por un lado, y coherentemente con la vertiente activista del proceso, se encuentra al sistema inquisitivo de enjuiciamiento, vinculado íntimamente a la tradición indagatoria²¹; por el otro, es posible reconocer el sistema dispositivo o acusatorio, vinculado al liberalismo.

¹⁶ Bajo la idea de que la verdad, de por sí, traerá o implicará justicia.

¹⁷ PICÓ (2012) p. 110.

¹⁸ GOLDSCHMIDT (1936).

¹⁹ CARRETA (2008), CIFUENTES (2011), HUNTER (2008) y LORETO (1935).

²⁰ “Habitualmente se dice en la doctrina generalizada que, para determinar a quién corresponde dar ese impulso, se han generado en la historia del derecho dos grandes sistemas de procesamiento: el dispositivo y el inquisitivo”. ALVARADO (2006) p. 2.

²¹ FOUCAULT (2015) pp. 59-87.

En el primer caso, quienes sostienen dicha postura han señalado que hemos de tratar bajo esa perspectiva con *“jueces [que] se encuentran hondamente preocupados por distribuir el pan de la justicia”*²², y que por lo tanto conciben al proceso básicamente como método viable y legítimo para la *“implementación de políticas”*²³ consideradas subjetivamente como *“justas”*; ideas propias de un Estado interventor y activista.

Del otro lado, se encuentra a los adherentes a un sistema dispositivo o acusatorio. Se ha definido éste señalando que *“[e]s un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en situación de igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida”*.²⁴

El publicismo procesal, en otra de sus facetas, comparte el ánimo de reconocer un conjunto de valores objetivos en la Constitución, que llamarían a todo el cuerpo social, particulares y Estado, jueces y legislador, a cumplir con su mandato justiciero, y en consecuencia sería posible incluso sostener que existe una fuerza directamente vinculante de la Constitución (corriente cercana a lo que se ha denominado recientemente como *“neo-constitucionalismo”*). El juez se encuentra empoderado no tan solo a fin de resolver conflictos intersubjetivos, sino ante todo para resguardar y realizar los valores contenidos en la Constitución, sea tanto entre Estado y particulares, como entre los mismos particulares, a través de la aplicación de la denominada doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

En la dirección antes expuesta, el profesor Peyrano, en una particular visión sobre los alcances normativos de la Constitución, citando a Bidart Campos señala que *“[p]ara el activismo judicial la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el pan de la Justicia, sino más bien un estímulo [...] ‘el juez es el administrador de la Justicia; con ley, sin ley, o contra la ley’”*.²⁵ Tal vez hasta aquí debiese llegar la exposición, nada más elocuente y sincero se podría presentar por sobre aquella afirmación.

²² PEYRANO (2009A).

²³ *“El proceso judicial en un Estado auténticamente activista se organiza en torno a la idea central de la investigación oficial y está dedicado a la implementación de una política de Estado”*. DAMASKA (2000) p. 253.

²⁴ ALVARADO (2010) pp. 70 y 71.

²⁵ PEYRANO (2009b) p. 6.

Desde una lectura del proceso conforme a la ideología publicista, ésta sería una vía legítima a través de la cual es posible realizar o desplegar en concreto esos valores superiores y objetivos contenidos en la Constitución. En una determinada lectura constitucional, dicha eficacia directa de la norma suprema puede vincularse con la democracia, sin embargo, creo que se pierde dicho horizonte si los avales de garantías han difuminado su presencia y diluido su sustancialidad, volviéndose casi imposible obtener certeza alguna de sus predicaciones y pronunciamientos formales, y asentando más la incerteza, el autoritarismo y la arbitrariedad, antes que la supuesta meta democrática.

A través de la vinculación entre “neo constitucionalismo” y “activismo judicial”, la cual no se abordará en detalle en esta exposición, cada juez tendría no solo la posibilidad, sino el deber constitucional (o más bien, moral justiciero) de actuar y decidir la justicia en el caso concreto, más allá de lo que la propia ley señale y prescriba, siempre y cuando suponga o esté convencido subjetivamente que de esa forma la meta será alcanzada. Ahora bien, ¿cuándo se alcanza dicha meta?, ¿cómo poder establecer que se está ante una decisión justa, de manera absoluta, y no meramente relativa, en donde la justicia haya sido definida de manera *ad hoc* por el juez? Una decisión concreta adoptada por un juez, o en general por cualquier otro particular, no puede ser calificada de justa o injusta de manera absoluta en el contexto de un Estado democrático de Derecho, en donde en todo caso debe primar el pluralismo y la diversidad sustantiva, antes que la imposición autoritaria de la moral subjetiva de los jueces, o de cualquier otro agente estatal empoderado. La imposibilidad de decir “lo justo” no implica necesariamente un acto de renuncia absoluta a la prudencia judicial, sin embargo, es imposible de alcanzar un resultado unánimemente justo, lo que conlleva precisamente a restringir, antes que abrir, los poderes de terceros y del Estado, sobre nosotros, antes de entregar cláusulas abiertas que pretenden ser justificadas racionalmente o, a lo menos, desde una moral que no tiene razón de ser compartida.

Menos razonable aún se torna si es posible incluso pensar la democracia no solo como única posibilidad de realidad y realización efectiva de la tolerancia y el pluralismo, sino precisamente, porque puede predicarse de ésta que opera como dictadura²⁶, y que el Estado juez participaría como agente en coautoría.

²⁶ PÉREZ (2015).

II. LA VERDAD EN EL PROCESO

Tal vez una de las ideas fundamentales que permite diferenciar de mejor manera las dos doctrinas anteriormente expuestas, es la que versa sobre la posibilidad de alcanzar la Verdad en el proceso (cualquiera sea el adjetivo que acompañe a ésta, sea formal, material o de otro tipo).²⁷ Por lo mismo, en el texto que se da a continuación, sin pretender efectuar un análisis acabado y de cierre sobre la materia, se expondrán los lineamientos generales que permiten distinguir ambas doctrinas sobre las que versa esta investigación.

1. Desde el activismo judicial

En primer lugar, se efectuará una somera mención de la visión epistemológica del proceso, vinculada mayormente en su esencia con la doctrina publicista. Para poder pensar en la viabilidad de dicha meta ilusoria, al menos debe aceptarse un supuesto filosófico, no propiamente jurídico, y para nada pacífico por cierto, sobre la configuración de lo real, lo existente y lo cognoscible. Dicho supuesto es el siguiente: existe una relación constitutiva exterior e independiente entre el sujeto y el objeto de conocimiento, y desde allí surge la posibilidad de pensar en la realidad o en la efectividad de un mundo externo independiente del sujeto que la percibe; y desde luego, la facultad de éste para conocer dicha exterioridad o acceder a la misma. La justicia se imbricaría íntimamente con la verdad, en tanto la posibilidad de conocer la verdad de los hechos (su verdad como “la verdad”, sin parámetro de comparación, pues en sí mismo se volvería autosuficiente), suponiendo la posibilidad de adoptar (y calificar por cierto) una decisión considerable como justa o injusta, adecuada o inadecuada.

Cuando un sujeto cualquiera predica de determinado acto que éste es “justo”, se debe presumir que lo hace a lo menos bajo la convicción subjetiva de que es “verdaderamente justo”; no “probablemente justo” o “casi justo”, sino lo justo para el caso concreto. Por lo mismo, si se cree que la función del proceso es alcanzar la Justicia (en realidad cabría señalar simplemente “lo justo” del caso concreto), a secas, necesariamente esa búsqueda lleva

²⁷ Así TARUFFO (2009a) p. 28, señala: “El tema del conocimiento de los hechos en el proceso me lleva a hacer algunas consideraciones sobre la verdad judicial de los hechos [...] yo también soy de la opinión de que el proceso no es un contexto en el que se alcancen verdades absolutas e incontrovertibles [...] por el contrario, el proceso es un ámbito en el cual, en el mejor de los casos, se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular”.

aparejada la de la verdad (a lo menos la de la verdad de lo justo). Luego, tal como se señala con anterioridad, todo lo enunciado debe situarse como fundamento filosófico-cognoscitivo de la concepción procesal en comento, pues solo así se podría predicar coherentemente la eventual justicia o injusticia de una determinada decisión judicial²⁸, con la plena autoridad que otorga un discurso fundamentado en la verdad misma.

Entre autores que expliciten la relación interna entre verdad y justicia, el profesor Andrés Bordalí, para reafirmar la idea de que la jurisdicción es sobretodo instrumento de justicia (expresión de Giovanni Verde), y abordando su relación con la Verdad señala que, *"sólo cuando los jueces son capaces de acercarse al máximo a la verdad sobre los hechos que circundan a las afirmaciones de las partes en el proceso, se hace posible [...] hacer 'justicia' en una sociedad democrática organizada como Estado de Derecho [...] [Sin embargo], esta afirmación no pretende ocultar que acercarse a la verdad de los hechos enunciados por las partes es a veces muy complejo y difícil"*.²⁹

El discurso de la verdad, en un plano ontológico, enlaza con la dimensión epistemológica del proceso, y ha permitido que se afirme que *"[l]a decisión judicial debe abordar con claridad los diversos problemas epistémicos que conlleva todo el proceso. El primero de ellos es el conocimiento del hecho jurídico [...] la congruencia entre lo representado y lo realmente ocurrido le da solvencia al juez para resolver con argumentos válidos"*.³⁰ Estas palabras muestran claramente la relevancia de las consideraciones y aclaraciones epistemológicas para el activismo procesal, con el fin de aparecer como una teoría coherente y útil en la práctica. No es pensable el proceso, desde dicha ideología, si no se presume desde un inicio que es posible alcanzar la verdad como representación o reconstrucción histórica.³¹ Alguna dimensión de "la verdad" se encuentra llamada a escena en la actuación oficial del juez en el

²⁸ Así lo considera TARUFFO (2010) p. 142, al señalar que: "la determinación de la verdad de los hechos constituye una condición necesaria de la justicia de la decisión". También, en TARUFFO (2009a) pp. 96-97, al señalar que: "Una condición necesaria para la justicia de la decisión es que se averigüe la verdad de los hechos, ya que ninguna decisión puede considerarse justa si aplica normas a hechos que no son verdaderos o que han sido determinados de forma errónea".

²⁹ BORDALÍ (2007) p. 193.

³⁰ RAMÍREZ (2007) p. 176.

³¹ BORDALÍ (2007) p. 194, al respecto señala: "los jueces civiles hacen algo más que dirimir conflictos. Los jueces reconstruyen hechos históricos a fin de que puedan concretarse los mandatos jurídicos abstractos y generales".

proceso, y aquella enraíza su legitimación, por vía teleológica, en cuanto a la idea de justicia.

Se ha señalado por el profesor Peyrano, de forma un poco confusa, que aunque en principio lo deseable es alcanzar la verdad en el proceso (única vía que guiará a una resolución efectivamente justa), aquello no es posible de realizar de manera plena *“porque el hallazgo de la verdad en el terreno del juicio civil depende de la prueba a rendirse y el acierto en su ofrecimiento y la diligencia en su producción dependen del accionar de las partes”*.³² Tras estas afirmaciones Peyrano pareciera aceptar plenamente la idea de que incluso si fuese posible alcanzar la Verdad de algún enunciado cualquiera, el proceso no es un lugar idóneo para su búsqueda. Por lo mismo, el juez debería limitarse a fallar solo con base en los materiales probatorios que las partes presenten en juicio. Sin embargo, más adelante pareciera reconsiderar su posición en pro de la búsqueda de la Verdad. Así señala que: *“El magistrado civil no es un investigador a todo trance de la verdad, no lo es ni puede serlo. Su cometido, en cambio, es procurar aproximarse limitada y selectivamente a la verdad. Limitadamente porque el ofrecimiento y la producción de la prueba (de la cual depende la obtención de la verdad), están condicionados al accionar de las partes y porque, también, la tarea del Oficio posee límites técnicos infranqueables que ni tan siquiera pueden ser salvados por el uso de medidas para mejor proveer; y es selectivo porque es impensable e imposible que un tribunal (por lo menos en Argentina) en cualquier supuesto se deba empeñar en conseguir la versión fáctica ‘verdadera’*.³³

Verdades formales, en la medida de lo posible, verdades a medias, verdades procesales, tantos lenguajes para la verdad son convidados a esta danza retórica y verborreica desplegada por el activismo judicial, que la discusión sobre las condiciones de posibilidad de su discurso han sido postergadas, y aquello ha traído como consecuencia la imposibilidad de proyectar un diálogo profuso y acabado sobre estas materias en donde se entronca la teoría del Derecho y la filosofía (en un sentido amplio, no como filosofía jurídica). Esperando en otro lugar un espacio de despliegue para la discusión, que sin duda requiere un espacio de investigación propio.

Desde esta perspectiva, la jurisdicción devino veridicción³⁴ en el desarrollo histórico moderno del poder jurisdiccional, y en realidad es el acto

³² PEYRANO (2008) p. 1.

³³ Ídem., p. 2.

³⁴ *“Palabra de verdad y palabra de justicia, veridicción y jurisdicción: creo que estas son dos formas fundamentales de la actividad de hablar, dos formas fundamentales cuyas*

de autoridad un acto siempre constitutivo, o más bien realizativo de poder, sobre los particulares, pero no porque exista correspondencia con un acontecimiento o evento precedente, sino porque el acto de poder es simultáneamente jurisdicción y veridicción, y no deja lugar a dudas en relación a que lo enunciado como “justo” es verídico, por definición.

2. Críticas a la concepción publicista. Las posibilidades del garantismo procesal

El garantismo procesal, en tanto a una ideología estructural del proceso, no necesita poner como fundamento presupuestos teóricos y filosóficos tan aventurados como los visitados por el activismo judicial, éstos con el fin de edificar una comprensión coherente de un Derecho Procesal respetuoso de las libertades y garantías individuales. Desde el garantismo procesal, la idea de que el proceso cumple un rol epistemológico orientado a la reconstrucción histórica de hechos pretéritos ante un espectador objetivo (como sería el juez), no parece contundente desde un punto de vista filosófico y práctico, ni para justificar por sí mismo la existencia del proceso, ni para definir fines últimos al mismo (y en último caso, exteriores a éste). Dichas incursiones epistemológicas guían a una discusión fútil e inabarcable, superada ampliamente por la filosofía (en general, y en particular, la filosofía de las ciencias),³⁵ en la cual en último término se encontraría dispuesto un discurso legitimador para la actuación del poder, un poder del Estado Juez sobre los particulares.

Por otra parte, es posible presentar una crítica de la visión publicística del proceso que es coherente con sus propios presupuestos³⁶, y que consiste en la idea fundamental de que aunque se pretenda buscar la verdad en el proceso (sea cual sea el “apellido” asignado), dicha tarea se encuentra limitada, en primer lugar, por el tiempo de duración del mismo, ya que los conflictos intersubjetivos de intereses de relevancia jurídica deben ser resueltos en un tiempo determinado y razonable. La transitoriedad del proceso es

relaciones han sido, sin duda, uno de los problemas más difíciles, más enigmáticos que la especie humana y las sociedades humanas hayan tenido que tratar. Cómo decir la verdad y decir lo justo a la vez; cómo la palabra de verdad puede ser el fundamento de la palabra de justicia; en qué sentido, en qué medida la palabra de justicia, la jurisdicción, necesita la veridicción. Me parece que este es uno de los grandes problemas que ha atravesado toda la historia de nuestras sociedades”. FOUCAULT (2014) p. 38.

³⁵ FEYERABEND (1975) p. 7 y PÉREZ (2008) pp. 15 y ss.

³⁶ Por ejemplo, sobre la dicotómica relación entre la necesidad de alcanzar justicia y verdad, frente a la celeridad requerida por los justiciables, y por la esencial temporalidad de los procesos.

de su esencia³⁷, y por lo mismo, se trata de un principio procesal en sentido estricto. Luego, si lo que se pretende buscar es la Verdad, lo natural sería que no hubiese límite de tiempo para llevar a cabo la tarea de su búsqueda, ya que dejar una investigación inacabada podría dar cabida a la resolución de conflictos intersubjetivos sobre hechos eventualmente falsos, o a lo menos, no coincidentes, ni por cercanía, con la verdad. Aquí un primer llamado de alerta, ¿cómo sería posible evaluar o criticar el resultado del juicio aplicado por el Estado Juez a un caso concreto, con un estándar de veracidad, si previamente no se encuentra ya constituida la imagen de comparación?, ¿es posible (válido) decir que se ha encontrado ese desconocido objetivo (la verdad) que se proyectó indeterminadamente en una indagación contingente e indeterminada?, ¿qué es lo que efectivamente encuentra quien indaga, sino la sola legitimación de su propia respuesta preconcebida, un retorno a sus principios, o siquiera, sería pensable un acontecimiento diverso que se puede presentar como completamente nuevo?, y ¿aún en tal caso, podría predicarse de ese acontecimiento que ha sido “encontrado”?

Desde otro punto de vista, es imposible afirmar de manera concluyente y certera (o verídica, si se me permite la expresión, en el sentido de un predicamento tal contenga en sí su veracidad respecto de un objeto de referencia) que el juez, en relación a las partes, esté en una posición mejorada para el desvelamiento (o retorno) de la verdad, si es que fuese posible reconstruir acabadamente algún hecho ya ocurrido, y que en virtud de tal posición, por ejemplo, le sea posible decretar pruebas³⁸ oficiosas. Esto aun cuando se asuma que sería posible tener acceso a alguna clase de verdad.

La metáfora espacial que se suele utilizar desde el activismo judicial en relación con la Verdad, no es, por cierto, muy afortunada. Afirmar que un sujeto procura aproximarse en la máxima medida posible a un objetivo cualquiera (en este caso ni más ni menos que la verdad) implica lógicamente, como mínimo requisito, saber dónde se encuentra el objetivo en cuestión. No tiene sentido afirmar que me acerco a “algo” sin previamente saber qué es ese algo, y eventualmente dónde se encuentra. Así, situando la discusión, por ejemplo: decretar medidas para mejor resolver, justificando que por esa vía se estaría aproximando en alguna medida a la Verdad, sin conocerla

³⁷ ALVARADO (2011) p. 194.

³⁸ “¿Quién o qué cosa asegura que las pruebas dispuestas de oficio por el juez (tercero por definición, y por tanto persona ajena a los hechos concretos deducidos en juicio) sean más idóneas que aquellas propuestas por las partes (sujetos que, por el contrario, son los artífices de esos hechos) para llegar a una correcta y precisa determinación de los hechos?”. MONTELEONE (2006) p. 181.

previamente, no es más que enmascarar el uso de facultades judiciales exorbitantes con la finalidad de que el juez se auto-convenza, o pueda convencer de mejor manera al auditorio, de algo que previamente ya ha decidido.³⁹

Las críticas a la posibilidad de “alcanzar la verdad” en el proceso (e incluso fuera de él) son variadas, y no es el propósito central de esta investigación desarrollar una propuesta ontológica, o siquiera epistemológica acabada, que pretenda decidir el problema de manera categórica, sin perjuicio de que aquella intuición puede encontrar una vía separada de estudio.

La consecuencia razonable que queremos plantear y derivar de la imposibilidad de alcanzar la Verdad (sea cual sea el “apellido” que se le asigne) bajo una concepción moderna del Derecho, en donde hasta la supuesta función epistemológica de la misma se encuentra imbuida de una tradición filosófico-cientificista, exteriorizante y objetivante, y en donde la jurisdicción es concebida como un ejercicio tradicional de potestad estatal artificial, es que éste no puede encontrar su finalidad y fundamento en dicha argumentación retórica, y menos aún puede autorizar al poder estatal para la restricción de libertades que en sus propios términos ha definido como garantías de los particulares. He ahí, a mi entender, la esencia de la concepción garantista del proceso, y por lo mismo, lo que corresponde es interpretar la finalidad de éste de manera inclusiva y plural, conforme a una sociedad que se auto declara democrática y se dice respetuosa de las libertades individuales. En este sentido, la persona humana debe ser el centro de preocupación de los intereses del Estado, en sus más variadas manifestaciones, y en ningún caso debe instrumentalizarse a los particulares bajo pretextos de un fin superior inalcanzable, impronunciable y no representable. Lo que sucede en este caso es que se ha utilizado retóricamente el valor compartido que la sociedad moderna otorga a la Verdad, y la imagen de respeto y legitimación (según las más variadas ideologías) que proyecta, para alcanzar fines que se presentan como objetivos (desprovistos de intereses particulares e ideológicos) y dados, cuando su realidad efectiva es que son completamente subjetivos, parciales e interesados, y por lo mismo se requiere su necesaria limitación y contención.

El garantismo procesal permite mantener cierta distancia del discurso epistemológico jurídico (o procesal, para ser más preciso). Tal como señala Engel, exponiendo el pensamiento de Rorty, *“la verdad no es ni una norma ni un fin último. No puede ser una norma en el sentido de regular la investigación, porque no se la puede conocer, ni puede ser un fin último, en tanto,*

³⁹ Una crítica similar a propósito del conocimiento científico, en general, en PÉREZ (2008a) p. 57.

no es un valor intrínseco, aunque pueda tener un valor instrumental. Por lo tanto invocar la verdad no sirve para nada, sea en ciencia, en filosofía, en ética o en política".⁴⁰ En ese sentido, es posible acoger uno de los aspectos de la idea rortiana de dejar atrás (o por lo menos entre paréntesis) las discusiones sobre la verdad a propósito de materias de relevancia práctica (pragmatismo), y qué mejor ejemplo para aquello que la determinación judicial de las libertades por parte de los agentes estatales que han sido encomendados para el desarrollo de dicha tarea. La retórica de la verdad, y la vuelta a la función jurisdiccional como una función de veridicción⁴¹, no hacen sino abrir espacios de auto-atribución potestativa para el Estado, restringiendo las libertades particulares de unos en favor de otros, bajo los criterios subjetivos del juzgador de turno.

Incluso, no obviando una discusión directa sobre los alcances de la posibilidad de equiparar la función jurisdiccional al dominio de la veridicción, y enlazando dicha triada directamente con la posibilidad de la decisión "justa", se debe señalar que ésta última, la justicia y lo justo, se nos presenta siempre como aporía. La justicia, así predicada, no es sino "una experiencia de lo imposible"⁴², y en tanto tal, como un acto de absoluta responsabilidad, por no conocerse de manera previa cuál sería la decisión que podría adecuarse a la decisión justa⁴³, es que se puede señalar que en ese sentido la justicia no es asunto del Derecho procesal, por el hecho de que la justicia no es jurídica, y no puede serlo, desde una concepción derridiana de ley, justicia y derecho, porque la justicia no puede ser meramente adecuación, no puede bastar solo con la veridicción.

Desde una lectura un tanto más simple y tradicional, se puede señalar que ni siquiera entre la propia magistratura que ejercerá la función jurisdiccional del Estado existe acuerdo unánime sobre la teoría de la justicia aplicable (aristotélica, rawlsiana, tomista, socialista, etc.). Las consideraciones de justicia de fondo han de ser transmitidas a través del legislativo en tanto órgano democrático idóneo, y si bien la hermenéutica normativa requerirá de un segundo momento de atención frente al juez, en donde se le encomiende la traducción más adecuada sobre materia de *Litis* idónea al Derecho, esta tarea no tiene por qué implicar la atribución exorbitante de poderes al Estado Juez,

⁴⁰ ENGEL y RORTY (2007) p. 26.

⁴¹ *Vid.* nota supra 34.

⁴² DERRIDA (1997) p. 39.

⁴³ Pues, precisamente, una de las definiciones de la condición de posibilidad de la decisión justa, absolutamente responsable, es su indeterminación, su relativa contingencia.

menos aún para que siquiera procesalmente vulnera el derecho a defensa de las partes.

El garantismo procesal no requiere fundar su posición ideológica en ninguna teoría de la verdad,⁴⁴ precisamente, porque no requiere justificar u obtener una legitimación externa para la atribución al juez de potestades in-nominadas. Por el contrario, el garantismo procesal, antes que consideraciones axiológicas sobre lo justo y las variantes discursivas que su retórica laxa admite, instala en su centro la preocupación por la persona humana, por el individuo particular como sujeto de derechos que ha de ser respetado en todas sus garantías y dignidad para proscribir su tratamiento como mero medio. Son conocidas las calamidades que aquello ha provocado en otros tiempos.

En otras palabras, el proceso no es el lugar para desarrollar la discusión sobre la posibilidad de la verdad, su desarrollo histórico ni su conexión intrínseca o contingente con lo justo. Tampoco es el proceso el lugar de realización de políticas públicas mediante el sacrificio de una de las partes, sujetando la decisión particular de cada uno a las preferencias del juez de turno.

No se trata solamente de una discusión entre "lo colectivo" y "lo individual", sino que las metas políticas, de beneficencia, económicas, o de cualquier otro tipo, han de ser dirigidas a la norma sustantiva, a la decisión de normativa de fondo, y precisamente se facilitará su discusión en dicha instancia si las reglas procedimentales y los principios procesales son respetados de manera irrestricta. Mientras menos interfiera el juez en el desarrollo del litigio, mayor podrá ser la posibilidad de que de manera imparcial resuelva el asunto sustancial que ha sido puesto en su conocimiento. La responsabilidad de la implementación de políticas de desarrollo, de empleo, integración, medioambientales, o cualesquiera otras, no debe quedar sujeta simplemente a las preferencias políticas del juez de turno. Pero aún antes que aquello, una condición mínima del ejercicio del poder estatal en su faz jurisdiccional es la garantía a ambas partes para presentarse a estrados en condiciones de igualdad ante un tercero que ha de velar por ser imparcial. Se puede querer ayudar a cualquiera de estas partes a través de la creación de instituciones, organismos gubernamentales, organismos no gubernamentales, etc., pero en ningún caso debe comprometerse en el desarrollo mismo del litigio al único que ha de mantenerse lo más imparcial posible, al juez.

⁴⁴ En ese sentido, la verdad se torna irrelevante, y tal como señala ENGEL y RORTY (2007) p. 62: *"el vocabulario de la metafísica y de la epistemología no tiene ninguna función social"*.

III. HACIA UNA COMPRENSIÓN GARANTISTA DEL PROCESO

Si el proceso no tiene (ni puede tener) como finalidad la búsqueda de la verdad o de la Justicia material, entonces ha de comprenderse esencialmente como una instancia civilizada de solución de conflictos intersubjetivos, que se realizará a través del acto decisorio firme de un tercero legítimamente investido de autoridad, previo debate dialéctico en un plano de igualdad. En ese sentido, la concepción garantista del proceso es la que mejor se adecúa con un Estado de Derecho democrático y pluralista, garante de las libertades individuales y la defensa de los intereses diversos que se presentan en todas las instancias de la sociedad. Aquello puesto que *“lo que el garantismo pretende es el irrestricto respeto de la Constitución y de los Pactos Internacionales que se encuentran en su mismo rango jurídico”*.⁴⁵

La concepción garantista del proceso, de manera lógica, deriva de sus conceptos fundamentales desde el contenido del debido proceso, que conforme al profesor Alvarado Velloso, y más allá de las posibles definiciones de modo negativo, o enumeraciones no taxativas de los aspectos que comprendería, *“resulta más fácil sostener que es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente)”*.⁴⁶

Proscribiendo la instrumentación de los intereses particulares (y al fin y al cabo, de los mismos usuarios del sistema jurisdiccional) en búsqueda de intereses trascendentes, inaccesibles e indefinibles de manera unánime, otro de los pilares esenciales sobre los que se edifica el garantismo procesal es la primacía de la persona humana, que ha de tomar lugar en la interpretación, creación y aplicación de las normas procesales (obviamente también en toda otra dimensión jurídica). Es preciso reconocer precisamente que dicha consideración hermenéutica y filosófica es una de las grandes conquistas alcanzadas en el discurso de la modernidad, consagrada como tal, o en la mayoría de las cartas políticas contemporáneas e instrumentos internacionales de la más variada índole. Tal como señala Palavecinos: *“Decir que el proceso está al servicio de la persona significa en primer lugar reconocerlo como instrumento y no como fin: el proceso existe para resolver los conflictos intersubjetivos de intereses. Todo otro bien trascendente al interés de las partes como la paz social, la verdad o la justicia son mero efecto o consecuencia de la*

⁴⁵ ALVARADO (2010) p. 86.

⁴⁶ *Ídem.*, p. 83.

satisfacción de aquel interés, pero jamás deben sobreponerse autoritariamente al mismo".⁴⁷

Se puede no estar de acuerdo con el proyecto Kantiano⁴⁸, sin embargo, la configuración del imperativo que mandata: *"obra de tal modo que te relaciones con la humanidad tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin y nunca solo como un medio"*⁴⁹, me parece que concuerda plenamente con la idea que se pretende exponer, y que de seguro encuentra adeptos incluso entre los partidarios del activismo judicial y el publicismo, que suelen recurrir al filósofo alemán a fin de dotar de contenido a expresiones o conceptos jurídicos fundamentales, no solo propios de ordenamientos jurídicos internos, sino incluso los internacionales, como lo es la dignidad de la persona humana. Por lo mismo, ahora en el preciso contexto del proceso, debe propenderse a resguardar las posiciones garantizadas a las partes por nuestro ordenamiento jurídico en un plano de igualdad, y obviamente asegurar al mismo tiempo que el juez solo se limite a actuar conforme lo autorice la ley y la Constitución. El garantismo procesal, en consecuencia, *"se contenta modestamente con que los jueces [...] declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos"*.⁵⁰

Para la doctrina garantista en la composición esencial del proceso es necesaria la intervención simultánea de tres sujetos: quién pretende, quién resiste y el juzgador.⁵¹ Los primeros dos son puestos jurídicamente en un plano de igualdad, denominados como partes. El impulso procesal es guiado completamente por ambos, y son aquellos los que deben aportar el material probatorio necesario para la resolución del conflicto, así como los hechos sobre los que se afirme o desestime una determinada pretensión. Son por definición plenamente parciales, y por lo mismo presentan cada uno todos los argumentos y las pruebas que estimen necesarias para lograr el convencimiento favorable del tercero imparcial a quien se encarga la resolución del conflicto.

⁴⁷ PALAVECINOS (2011b) p. 167.

⁴⁸ PÉREZ (2008b) pp. 35 y ss.

⁴⁹ KANT (2004).

⁵⁰ ALVARADO (2010) p. 86

⁵¹ ALVARADO (2011) p. 279.

En la mayoría de los casos el tercero encargado de la resolución del conflicto intersubjetivo (juzgador) será un juez⁵², esto es, *“el funcionario público que integra el Poder Judicial y que tiene como misión específica la de procesar y resolver los litigios presentados a su conocimiento (y, en su caso, ejecutar lo resuelto)”*.⁵³

El juez, en tanto director del desarrollo dialéctico del proceso, está sujeto al principio de imparcialidad.⁵⁴ Al respecto, el profesor Alvarado Velloso señala que, al momento de definir las cualidades de un juez, de manera necesaria éste *“no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)”*.⁵⁵ Es precisamente el celo sobre este carácter del juzgador, y los límites de su comprensión, lo que constituye una de las diferencias esenciales con los partidarios del publicismo, en los términos que se ha expuesto en líneas anteriores.

El requisito normativo de la imparcialidad del juez, en toda su dimensión, no equivale a una afirmación descriptiva sobre su objetividad y el ejercicio de la función jurisdiccional. Es evidente que ninguna persona puede enfrentarse a algún estímulo externo sin algún tipo de noción preconcebida, ni que las posibilidades mismas de su cognición han de estar situadas desde su posición subjetiva constituyente, cualquiera que ésta sea (olores, colores, la percepción de una amenaza, nociones de lo bueno y lo malo, etc.). En virtud de este principio de imparcialidad no se le exige al juez una completa desnudez intelectual y emocional al momento de enfrentarse a un caso en particular, sino algo mucho más concreto y realizable: su imparcialidad normativa en las tres dimensiones antes enunciadas (imparcialidad, independencia e imparcialidad en sentido estricto).

Si bien es imposible que el juez elimine todos los prejuicios que tenga al momento de enfrentarse un caso particular, al menos es esperable que estructuralmente el legislador (y el juez en el ejercicio interpretativo de la ley procesal) no amplíe el espacio o las posibilidades de arbitrariedad judicial. Es precisamente la ley quien debe encargarse de establecer cuáles son sus precisas

⁵² Podría eventualmente ser un árbitro mixto.

⁵³ ALVARADO (2011) p. 279.

⁵⁴ Sin duda el juez se encuentra sujeto no solo a este principio, sino también al de transitoriedad del proceso, igualdad de las partes, eficacia procedimental y moralidad procesal.

⁵⁵ ALVARADO (2010) p. 67.

facultades de dirección. De esta forma, si bien no es posible ni deseable que el juez sea una máquina inactiva en el proceso, sí se debe limitar su actuación en juicio, en tanto dicha actividad es manifestación del poder público estatal, y además, porque de ésta forma se asegura el ejercicio de las libertades individuales, de las que son titulares los particulares que llevarán ante su imperio cuestiones que necesiten una solución hetero-compositiva. Por eso, en conclusión, es posible afirmar, tal como señala la profesora Andrea Meroi, que la imparcialidad no es una representación descriptiva, sino que más bien prescriptiva, y en realidad equivale a un conjunto de cánones deónticos que permiten controlar por las partes la posición subjetiva del juez, mas no se trata un diagnóstico pleno y acabado sobre las condiciones subjetivas particulares con las que el juez se predispone a resolver.⁵⁶

Es evidente que lo señalado hasta este punto es plenamente aplicable a todo proceso, sin entrar en su calificación adjetiva o ramal de especialidad relativa. Sin duda aquello que se ha comprendido desde una "teoría general unitaria del proceso" es preciso abordarlo en una investigación particular, sin embargo, baste por ahora develar afirmaciones como las sostenidas por el profesor Alvarado Velloso, que señala: "[v]a de suyo que la simple calificación adjetiva que se haga del Derecho procesal no puede hacer que varíen sus conceptos elementales y fundamentales [...] las nociones de acción procesal, de excepción y de jurisdicción, por ejemplo, son invariables en todos los ordenamientos normativos".⁵⁷

Es posible enunciar una serie de casos que muestran a simple vista que los problemas en el funcionamiento del Poder Judicial es preferible abordarlos de una manera unitaria, antes que de manera parcial y atomizadora.⁵⁸ Celeridad y tutela judicial efectiva para todos, no hay justificación para que se otorgue a alguno y otros no (como por ejemplo pareciese ocurrir en sede laboral o de familia). Por otro lado, dicho reconocimiento se confunde de rechamente con el aumento de poderes y facultades del juez. Si se desea alcanzar la consagración de un Poder Judicial más eficiente y respetuoso de las garantías individuales es preferible abordar directamente el problema de manera global y unitaria.

La teoría general unitaria del proceso toma el camino inverso a la tendencia atomizante de las ramas del Derecho procesal; en la unidad se busca

⁵⁶ Sobre esta idea, y además sobre alcances de la regla *iuranovit curia* en cuanto al supuesto pleno conocimiento del Derecho por parte del juez: MEROI (2007) pp. 379-390.

⁵⁷ ALVARADO (2011) pp. 40 y 41.

⁵⁸ En el mismo sentido, y para mayor profundización consultar: BENABENTOS (1999).

la fuerza teórica y la coherencia doctrinaria. Tal como señala el profesor Omar Benabentos, con la configuración de esta teoría se pretende “*fijar los postulados científicos comunes y compatibles a todas las ramas del Derecho procesal*”⁵⁹, para luego desde ahí analizar cada una de las reglamentaciones diferenciadas.

CONCLUSIONES

Si bien puede parecer a algunos que la decisión del diseño normativo procesal es una decisión meramente técnica (en un sentido amplio), lo cierto es que tras la regulación de las facultades procesales de las partes y el juez existe una fuerte comprensión político-jurídica de las funciones y potestades del Estado, de la posición de la persona humana en el ordenamiento jurídico, y la eventual función epistemológica del instrumento procesal. Solo una concepción que sitúe la finalidad del proceso fuera de éste, en un fin trascendente, puede permitirse disponer de la configuración potestativa de la magistratura. Sin embargo, para aquello ha de instalarse como presupuesto lógico la posibilidad cierta de tener acceso a dicho objetivo extraprocesal.

Las diversas concepciones del proceso, y en último término, del Estado de Derecho y de la posición de la persona humana ante el poder del Estado (juez), abren la posibilidad a una discusión necesaria sobre el diseño normativo que ha de adoptar un Ordenamiento Jurídico en particular. En ese sentido, son varios los temas que han de abordarse y que seguramente obtendrán respuestas diversas dependiendo del lugar desde el cual se genere el discurso. Las medidas cautelares, la función probatoria del juez y las partes, las facultades de dirección del juez, entre otros, son temas cuya particularidad no se escapará de las consideraciones generales planteadas.

Creo que la discusión abierta entre publicismo y garantismo procesal no coincide ni corresponden de manera transparente y clara con una concepción político-jurídica liberal ni con una de corte socialista. Los matices son variados, y el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado puede ser abordado desde distintas perspectivas, siendo sorprendivos los casos en que puedan coincidir las visiones que tradicionalmente se han asociado a determinadas ideologías políticas. Queden, sin embargo, dichas disquisiciones para otro espacio.

⁵⁹ BENABENTOS (2001) p. 24.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVARADO, Adolfo (2001): "El garantismo procesal". Disponible en: <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>>, fecha de consulta: 2 de septiembre 2016.
- _____ (2006): "Los sistemas procesales", en Alvarado Velloso, Adolfo y Zorzoli, Oscar (dirs.), *El debido Proceso* (Buenos Aires, Editorial Ediar).
- _____ (2009): *Sistema procesal: Garantía de la Libertad* (Santa Fe, Rubonzal Culzoni Editores).
- _____ (2010): "El garantismo procesal", en De la Fuente Paredes, Paulo (coord.), *Estudios de Derecho Procesal Civil: bases para un nuevo Código Procesal Civil* (Chillán, Editorial Librotecnia).
- _____ (2011): *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (Santiago, Punto Lex - Thompson Reuters).
- ATRIA, Fernando (2005): "Jurisdicción e independencia judicial: El Poder Judicial como poder nulo", *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. n° 5: pp. 119-141.
- BENABENTOS, Omar (1999): "Los cambios finales del siglo XX y la autonomía científica del Derecho Procesal Laboral", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. 2 n° 25.
- _____ (2001): *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal* (Rosario, Editorial Juris).
- BORDALÍ, Andrés (2007): "Los poderes del juez civil", en De la Oliva, Santos y Vélez, Palomo (coords.), *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- _____ (2008): "La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno", *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), vol. XXX, pp. 185-219.
- CARRETA, Francesco (2008): "Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: Referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia", *Derecho Valdivia*, vol. 21 n° 1: pp. 101-127.

- CIFUENTES, Pablo (2011): "El deber de buena fe en los procedimientos laborales: noción, manifestación y problemática", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 1 n° 2: pp. 91-108.
- DAMASKA, Mirjan (2000): *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal* (Santiago, Editorial Jurídica).
- Derrida, Jacques (1997): *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad* (Trad. Adolfo Baberá y Patricio Peñalver Gómez, Madrid, Tecnos Editorial).
- ENGEL, Paul y RORTY, Richard (2007): *¿Para qué sirve la verdad?* (Barcelona, Editorial Paidós).
- FEYERABEND, Paul (1975): *Tratado contra el Método* (Madrid, Tecnos Editorial).
- FOUCAULT, Michel (2014): *Obrar mal, decir la verdad: La función de la confesión en la justicia* (Buenos Aires, Editorial Siglo XXI).
- _____ (2015): *La verdad y las formas jurídicas* (Trad. Enrique Lynch, Barcelona, Editorial Sátira Ediciones).
- GOLDSCHMIDT, James (1936): *Teoría general del proceso* (Barcelona, Editorial Labor).
- GODOY, Mario (2008): "Garantismo y activismo: posiciones encontradas". Disponible en: <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1147/1147>>, fecha de consulta: 3 de septiembre 2016.
- HUNTER, Iván (2008): "No hay buena fe sin interés: La buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud colaboración", *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), vol. 21 n° 2: pp. 151-182.
- KANT, Immanuel (2004): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (13° edición, México, Editorial Porrúa).
- LORETO, Luis (1935): "El deber de decir la verdad en el proceso civil". Disponible en: <<http://aciropol.msinfo.info/bases/biblo/texto/L-714/A-24.pdf>>, fecha de consulta: 9 de septiembre 2016.
- MELERO, Alonso (2003): "La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas: Un acercamiento

desde el Derecho Público", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. n° 9: pp. 235-263.

MEROI, Andrea (2007): "Iuranovit curia y decisión imparcial. Ius et Praxi". Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200015&lng=es&nrm=iso>, fecha de consulta: 25 de julio 2016.

MONTELEONE, Girolamo (2006): "El actual debate sobre las orientaciones publicísticas del proceso civil", en Montero Aroca, Juan (coord.), *Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

NÚÑEZ, Raúl (2008). "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado Democrático Deliberativo". Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n1/art08.pdf>>, fecha de consulta: 1 de marzo 2012.

PALAVECINOS, Claudio (2011a): "Sistemas procesales e ideologías", *Revista de Derecho y Humanidades*, n° 17: pp. 13-30.

_____ (2011b): "Doctrina del Garantismo procesal", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2 n° 4: pp. 167-170.

PÉREZ, Carlos (2008a): *Sobre un concepto histórico de ciencia* (2ª edición, Santiago, Editorial).

_____ (2008b): *Desde Hegel. Para una crítica radical de las ciencias sociales* (México, Editorial Itaca).

_____ (2015): "La democracia como dictadura. Athenea Digital", *Revista de pensamiento e investigación social*, vol. 15 n° 4: pp. 279-303.

PEYRANO, Jorge (2008): "Garantismo y activismo: Posiciones encontradas". Disponible en: <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1147/1147>>, fecha de consulta: 25 de marzo 2012.

_____ (2009a): "El juez distribuidor de la justicia, versus el juez dador de paz". Disponible en: <http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/EL_JUEZ_DISTRIBUIDOR_DE_LA_JUSTICIA.doc>, fecha de consulta: 22 de marzo de 2016.

_____ (2009b): "Activismo Judicial: AA.VV. Activismo y Garantismo. Instituto de la Academia en la Región Centro". Disponible en: <<http://www>.

acaderc.org.ar/ediciones/activismo-y-garantismo-procesal/at_download/file>, fecha de consulta: 15 de marzo 2012.

PICÓ, Joan (2012): "El Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado", en Montero Aroca, Juan (coord.), *Proceso Civil e Ideología* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch) pp. 117-137.

RAMÍREZ, Diana (2007): "A propósito de la justicia material: Reflexiones sobre la justicia en el proceso versus la justicia material". Disponible en: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=94501209>>, fecha de consulta: 15 de septiembre 2011.

REYES, Sebastián (2012): "El juicio como herramienta epistemológica: El rol de la verdad en el proceso", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. n° 30, pp. 221-235.

RUAY, Francisco (2013): "Sobre la sujeción de los tribunales de justicia al principio de juridicidad y su relación con el garantismo procesal", *Revista Ius Novum*, n° 6, pp. 165-201.

SOTO, Eduardo (1996): *II Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica).

TARUFFO, Michelle (2009a): "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba", en Vera Álvarez, Nicolás (coordinador), *La Prueba, Artículos y Conferencias*, (Santiago, Editorial Metropolitana) p. 28.

_____ (2009b): "Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial", en Vera Álvarez, Nicolás (coord.), *La Prueba, Artículos y Conferencias* (Santiago, Editorial Metropolitana) pp. 96 y 97.

_____ (2010): *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (Madrid, Ediciones Jurídicas de Editorial Marcial Pons).

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CONCEPCIONES DE LA OBLIGACIÓN MORAL

Presumption of Innocence and Conceptions of Moral Obligation

HUGO OMAR SELEME*

Universidad Nacional de Córdoba
Córdoba, Argentina

RESUMEN: El presente trabajo intenta mostrar, en primer lugar, que el modo de concebir el *principio de inocencia* depende de la concepción de obligación moral que se posea. Esta vinculación entre ambas concepciones –la de obligación y la del principio de inocencia– no ha sido explorada en la literatura especializada. El trabajo intenta corregir este déficit. En segundo lugar, y una vez establecida la vinculación entre ambas concepciones, el trabajo se encarga de mostrar que el modo correcto de concebir la obligación moral es uno de índole prospectivista. Esto permite extraer la conclusión de que la manera correcta de concebir el principio de inocencia es la correlacionada con dicha concepción de obligación moral.

PALABRAS CLAVE: prueba, castigo, verdad

* Investigador del CONICET. Catedrático de Ética de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: <hugoseleme@gmail.com>.

Artículo recibido el 26 de diciembre de 2016 y aceptado para publicación el 15 de marzo de 2017.

ABSTRACT: *The present paper pursues two objectives. First, it tries to show that the way of conceiving the Principle of Innocence depends on the conception of moral obligation that is adopted. This linkage between both conceptions has not been explored in the specialized literature. The paper attempts to correct this deficit. Secondly, and once the link between both conceptions is established, it is argued for a particular conception of moral obligation. Specifically, several reasons are offered in favor of the prospective variant. Finally, this leads to the conclusion that the correct conception of the Principle of Innocence is that correlated with the prospective conception of moral obligation.*

KEYWORDS: *proof, punishment, truth*

INTRODUCCIÓN

El principio de inocencia ocupa un lugar destacado en el proceso penal de países que poseen sistemas jurídicos que se inspiran en diferentes tradiciones legales. En Chile, el principio ha sido incorporado en el artículo 4 del Código Procesal Penal, según el cual *“ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”*. En Argentina, antes de la reforma constitucional del año 1994, el principio era extraído del artículo 18, según el cual: *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”*. Luego de la reforma, con la incorporación de los tratados y convenciones de derechos humanos, establecida por el artículo 75 inciso 22, el principio posee reconocimiento expreso. Esto se debe a la incorporación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 11 inciso 1 establece: *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*. El mismo principio también está reconocido en otros instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes

del Hombre¹, la Convención Americana sobre Derechos Humanos² y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³.

El principio también ha sido incorporado recientemente a la Constitución española, la cual en su artículo 24 inciso 2 establece que *“todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”*. En los Estados Unidos el principio ha sido reconocido en numerosos fallos judiciales, siendo el más relevante *Coffin v. United States*, en el cual se señala que *“el principio de que existe una presunción de inocencia en favor del acusado es la indubitada ley, axiomática y elemental”*.⁴ Por lo que respecta a instrumentos internacionales regionales, la Convención Europea de Derechos Humanos indica en su artículo 6 inciso 2: *“Cualquier acusado de un delito penal será presumido inocente hasta que se pruebe en un proceso legal que es culpable”*.

La dogmática también se ha ocupado –profusamente– de intentar encontrar el alcance exacto del principio. Así, para Cardenas Rioseco *“la presunción de inocencia es un derecho subjetivo público, que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental que posee su eficacia en un doble plano: por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos; por otro lado, el referido derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba”*.⁵ Manzini Vincenzo, por su parte, considera que el principio establece que la calidad de no-culpable es inherente a la calidad de persona humana.⁶ Para Maier, el principio impide otorgar el trato de culpable a cualquier persona, sea cual sea el grado de verosimilitud de la acusación, mientras el Estado a través de sus órganos judiciales no haya declarado

¹ El artículo 26, en su primera parte, señala: *“Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”*.

² El artículo 8 inciso 2, sostiene: *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”*.

³ El artículo 14 inciso 2, declara: *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*.

⁴ Corte Suprema de Estados Unidos, *Coffin v. United States* (1895) p. 453.

⁵ CÁRDENAS (2006) p. 23.

⁶ MANZINI (1951) p. 180.

su culpabilidad.⁷ Martínez Remigio sostiene que el principio no solo se aplica a la fase del juicio oral, sino también al proceso de investigación y a la tarea de evaluación de la prueba por parte del Tribunal. Como consecuencia, deben restringirse al mínimo las medidas que reducen derechos durante el proceso, la carga de la prueba cae sobre quien acusa, y debe absolverse si la prueba no es suficiente.⁸ Nogueira Alcalá, por su parte, lo trata como un principio omnicompreensivo que informa todo el proceso y permite distinguir los sistemas acusatorios, fundados en el principio de inocencia, y los sistemas inquisitivos, donde el inculcado es tratado como si fuese culpable.⁹

Quizás por el rango de las normas en las que el principio es expuesto, tratados internacionales y textos constitucionales, por la pluralidad de sistemas jurídicos de los que forma parte, o por el número creciente de dogmáticos que han focalizado su atención en el mismo, ha existido una proliferación de ámbitos en los que el principio de inocencia se considera aplicable. Tradicionalmente se entiende que el principio tiene aplicaciones tanto procesales como extraprocesales. Con referencia a estas últimas se sostiene que ni los órganos gubernamentales –diferentes a los involucrados en el proceso judicial– ni los particulares pueden conferir a ningún ciudadano el trato de un autor del delito, hasta tanto esto no haya sido establecido en un proceso judicial. Así, por ejemplo, los medios de comunicación no pueden afirmar que un ciudadano es culpable de un delito si esto no ha sido determinado judicialmente.

Dada esta pluralidad de funciones que se atribuyen al principio, cualquier trabajo que se dedique a investigarlo debe, en primer lugar, aclarar cuál es la faceta del mismo en la que pretende concentrarse. Esto no implica negar, ni tampoco afirmar, que el principio cumple las funciones adicionales que se le atribuyen. Simplemente se trata de una decisión metodológica para circunscribir el objeto de estudio. En lo que sigue solo estaré interesado en la particular función que el principio cumple en relación con la tarea de evaluar los hechos en el seno del proceso judicial.

La hipótesis del presente trabajo es, en primer lugar, que el modo de concebir el principio depende de la concepción de obligación que se posea. Esta vinculación entre ambas concepciones –la de obligación y la del principio de inocencia– no ha sido explorada en la literatura especializada a pesar de que, como intentaré mostrar, las implicaciones que una tiene sobre la otra

⁷ MAIER (1996) p. 490.

⁸ MARTÍNEZ (2005) p. 25.

⁹ NOGUEIRA (2005).

son profundas. En segundo lugar, y una vez establecida la vinculación entre ambas concepciones, el trabajo se encarga de mostrar que el modo correcto de concebir la obligación moral es uno de índole prospectivista. Esto permite extraer la conclusión de que la manera correcta de concebir el principio de inocencia es la correlacionada con dicha concepción de obligación moral.

I. CONCEPCIONES DE OBLIGACIÓN Y EL DEBER DE CASTIGAR

El principio de inocencia, como regla para evaluar los hechos en el proceso penal, se encuentra directamente vinculado con el ejercicio de la coacción estatal. A los fines de explorar el sentido del Principio de Inocencia, por lo tanto, es indispensable adoptar alguna posición sobre la justificación del castigo impuesto por el Estado. La premisa sobre la que fundaré mi argumento es una según la cual el Estado legítimo no es solo aquel que tiene permitido el ejercicio de la coacción, entendiendo por esto que sus ciudadanos no tienen derecho a no ser coaccionados¹⁰. El Estado legítimo, en ciertas circunstancias, tiene el deber de coaccionar. Específicamente, el Estado tiene la obligación moral de imponer los castigos respetando lo establecido por la norma penal sustantiva.¹¹

Una consecuencia que se sigue de esta premisa es que el mejor curso de acción que un Estado puede adoptar –a la hora de administrar el castigo– es el de condenar a todos los culpables de haber transgredido la norma penal y absolver a todos los inocentes. Si la norma sustantiva penal es justa –tal como presupondré a los fines del presente trabajo– y la condena a quien la trasgrede se encuentra justificada, entonces este curso de acción es moralmente superior a aquel en el que el Estado condena solo a individuos culpables, pero no a todos ellos –por ejemplo, solo a los que pertenecen a cierto estrato social–, o no condena a individuos inocentes, pero tampoco a individuos culpables.

Usualmente se piensa que la obligación estatal de administrar el castigo respetando lo establecido por la norma penal sustantiva implica que el Estado debe condenar al culpable de haberla transgredido y absolver al inocente. Según esta reconstrucción el Estado tiene la obligación moral de seguir el mejor curso de acción, el que a su vez se determina a partir de lo que establece

¹⁰ Entre quienes entienden a la legitimidad política de esta manera se encuentra LADENSON (1980).

¹¹ En lo que sigue daré por sentado que el castigo penal se encuentra moralmente justificado y que la norma sustantiva que fija el castigo lo hace de manera moralmente correcta. Por supuesto que estos son temas controvertidos, pero exceden el objetivo específico de este trabajo.

la norma penal sustantiva. Así, por ejemplo, si la norma penal señala que quien mata debe ser condenado, el mejor curso de acción es aquel en donde los que efectivamente han transgredido la prohibición, y solo ellos, son condenados. A su vez, el Estado satisface su obligación de administrar el castigo respetando la norma penal sustantiva solo si condena al culpable y absuelve al inocente.

En esta reconstrucción cada vez que el Estado condena a un inocente o absuelve a un culpable transgrede su obligación moral. En este supuesto a lo más que puede aspirar el Estado es a excusarse de la transgresión. El modo habitual de hacerlo es señalar que el proceso judicial de determinación de los hechos no es infalible y a lo más que puede aspirar es a establecer los hechos con un cierto grado de certeza a partir de la prueba ofrecida. Si, contrario a la prueba ofrecida en la causa, los hechos son falsos, el Estado puede argüir ignorancia como excusa para la transgresión de su obligación.

A pesar de que esta reconstrucción de la obligación estatal aparece como plausible y hasta inevitable, creo que ninguna de las dos cosas son ciertas. Como intentaré mostrar en el apartado siguiente, la reconstrucción es incorrecta y, como espero dejar claro a continuación, no es inevitable dado que existen reconstrucciones alternativas. La razón de que esto sea así es que existen al menos tres maneras de concebir la obligación moral y, por ende, tres maneras diferentes de concebir la obligación moral del Estado de administrar el castigo respetando lo establecido por la norma penal sustantiva. La reconstrucción habitual que he presentado utiliza una de estas concepciones, quedando por explorar las dos restantes.

La concepción de obligación moral utilizada en la reconstrucción habitual de la obligación estatal de castigar es una de carácter objetivista, según la cual un agente debe realizar un acto si, y solo si, es la mejor opción que él o ella tiene.¹² En consecuencia, un agente ha cumplido su obligación moral si no existe ningún curso de acción que sea mejor que el que de hecho adoptó. Es moralmente incorrecto para un agente realizar un acto si existía un curso de acción alternativo mejor.¹³ Es esta concepción de obligación la que

¹² La concepción objetivista de obligación ha sido aceptada, entre otros, por MOORE (1912).

¹³ Las diferentes concepciones objetivas de obligación se distinguen por el criterio sustantivo que utilizan a la hora de determinar que un curso de acción es mejor que otro. Así, una concepción objetivista de obligación que utilice como criterio el consecuencialismo del acto sostendrá que el mejor curso de acción es aquel que efectivamente tiene por resultado maximizar el monto de aquello que se considera intrínsecamente valioso. Una concepción que utilice como criterio el consecuencialismo de la regla sostendrá que el

permite concluir que si el mejor curso de acción que puede adoptar el Estado a la hora de administrar las condenas es imponerlas sobre todos y cada uno de los individuos culpables y no imponerlas nunca sobre un inocente, entonces el Estado está obligado a condenar al culpable y tiene prohibido condenar a inocentes, o lo que es lo mismo, está obligado a no condenar inocentes.

Una concepción alternativa de obligación moral es aquella según la cual un agente debe realizar un acto si, y solo si, él cree que es la mejor opción que él o ella tiene.¹⁴ De acuerdo con esta concepción de obligación moral alguien cumple con su obligación cuando sigue el que cree que es el mejor curso de acción, con independencia de que de hecho efectivamente lo sea. Tampoco importa el carácter de la evidencia que respalda su creencia. Basta que crea que es el mejor curso de acción, a pesar de que lo haga sobre la base de una evidencia insuficiente o defectuosa, para que exista la obligación moral de seguirlo.¹⁵

Si uno posee esta concepción subjetiva de obligación moral, la obligación estatal de castigar y absolver respetando la norma penal sustantiva adquiere contornos diferentes. Aunque el mejor curso de acción sigue siendo condenar a los transgresores y absolver a los inocentes, el Estado ahora no tiene la obligación moral de seguir el mejor curso de acción. Por el contrario, su obligación es ahora seguir el que cree que es el mejor curso de acción. Mientras que de acuerdo con la versión habitual lo que importa es la verdad acerca de los hechos ventilados en el proceso judicial, lo que importa de acuerdo con esta nueva reconstrucción son las creencias de quien tiene la potestad para fijar los hechos dentro del proceso. Si el Estado administra el castigo a aquellos que quien tiene esta potestad cree culpables y absuelve a quienes se cree son inocentes, entonces ha cumplido su obligación moral.

mejor curso de acción es aquel acorde con una regla cuyo seguimiento generalizado produciría la efectiva maximización de la cualidad considerada intrínsecamente valiosa. Una concepción que utilice un criterio que no hace referencias a las consecuencias de los cursos de acción sino a su carácter virtuoso afirmará que el mejor curso de acción es aquel que efectivamente muestra el mayor grado de virtud, sea como sea que se la conciba. Si la concepción utiliza como criterio el respeto por los derechos sostendrá que el mejor curso de acción es aquel que efectivamente satisface o no vulnera estos derechos. ZIMMERMAN (2008) pp. 3 y 4.

¹⁴ ZIMMERMAN (2008) p. 3.

¹⁵ La concepción subjetivista de obligación fue adoptada, entre otros, por PRICHARD (1949) y ROSS (1930, 1939).

La ignorancia sobre los hechos a la hora de aplicar el castigo no aparece ya como una excusa, como sucede si uno adopta la concepción objetivista de obligación, sino que altera los términos de la obligación estatal. Si el juzgador sobre los hechos ignora que la persona condenada es inocente, esto es cree que es culpable, el Estado ha cumplido con su obligación al castigarla. Lo mismo si absuelve al culpable que el juzgador sobre los hechos cree inocente. Lo que fija los contornos de la obligación estatal de castigar y absolver no son más los hechos, sino la íntima convicción del juzgador. El carácter falible del proceso judicial –que determina que las certezas a las que arriba el juzgador no coincidan necesariamente con la realidad– no funciona como una excusa para que el Estado se exima del reproche por no haber cumplido con su obligación moral, sino que altera los términos de la obligación que posee.

Finalmente, existe una tercera concepción de obligación moral que puede adoptarse para reconstruir la obligación estatal de castigar y absolver. Según esta concepción un agente debe realizar un acto si no existe otro que posea un mayor valor esperado, dada la evidencia disponible ponderada por su grado de confiabilidad.¹⁶

¹⁶ La concepción prospectiva de obligación es más compleja que como aquí se la presenta. En su formulación completa ZIMMERMAN (2008) p. 78 la presenta de la siguiente manera: “Para cualquier acto, A; (1) A es prima facie moralmente correcto si y solo si existe algún aspecto, S, de la situación del agente tal que ninguna otra opción que tiene le ofrece un mejor prospecto de hacer lo que es adecuado para S. (2) A es prima facie moralmente incorrecto si y solo si existe algún aspecto, S, de la situación del agente tal que alguna otra opción que tiene le ofrece un mejor prospecto de hacer lo que es adecuado para S; (3) A es prima facie moralmente obligatorio si y solo si existe algún aspecto, S, de la situación del agente tal que A le ofrece un prospecto de hacer lo que es adecuado para S mejor que el provisto por cualquier otra opción que tenga. (4) A es moralmente correcto todo considerado si y solo si ninguna otra opción que el agente tiene le ofrece un mejor prospecto de hacer lo que es adecuado para su situación como un todo. (5) A es moralmente incorrecto todo considerado si y solo si alguna otra opción que el agente tiene le ofrece un mejor prospecto de hacer lo que es adecuado para su situación como un todo. (6) A es moralmente obligatorio todo considerado si y solo si A le ofrece al agente un prospecto de hacer lo que es adecuado para su situación como un todo mejor que el ofrecido por cualquier otra opción que tenga”.

Michael Zimmerman, quien ha identificado y defendido esta tercera concepción de obligación, denomina a este curso de acción el prospectivamente mejor. Que algo sea prospectivamente mejor, por su parte, no equivale ni siquiera a que probablemente sea el mejor curso de acción. Aun si se tiene la certeza de que un curso de acción no es el que posee el mayor valor actual, y por ende no es el objetivamente mejor, es posible que prospectivamente lo sea.

El valor esperado de un acto es una función de los valores actuales que tienen sus posibles resultados ponderados por la probabilidad de que acaezcan. La probabilidad relevante aquí es de índole epistémica. Este tipo de probabilidad tiene que ver con el grado de certeza con relación a ciertas proposiciones que está justificado que un agente posea en base a cierto cuerpo de evidencia. Explicando la probabilidad epistémica, señala Zimmerman: *“Si una proposición, p , es cierta para alguien, S (esto es, si S está justificado epistémicamente en tener completa confianza en p), entonces la probabilidad de p para S es 1. Si p es cierta para S , entonces su negación, $\neg p$, es ciertamente falsa para S ; en este caso, la probabilidad de $\neg p$ para S es 0. Si p y $\neg p$ están contrabalanceadas para S (esto es, S está justificado en tener alguna confianza tanto en p como en $\neg p$), entonces la probabilidad de cada una de estas proposiciones, p y $\neg p$, para S es 0.5. Si S está justificado en tener mayor confianza en p que en $\neg p$, entonces la probabilidad de p para S es mayor que 0.5 y a probabilidad de $\neg p$ es menor que 0.5; en tal caso, p puede decirse que es probable para S , y $\neg p$ improbable”*.¹⁷ Sin embargo, el curso de acción prospectivamente mejor no es meramente aquel que tiene el mayor valor esperado. Esto porque el valor esperado de una opción es sensible solo a la cantidad de evidencia, pero es ciego al grado de confiabilidad que la misma posee. Por el contrario, lo prospectivamente mejor es una función no solo de la evidencia disponible, sino –adicionalmente– del grado de confiabilidad de la evidencia. Lo prospectivamente mejor es una función del valor esperado y de la confiabilidad de la evidencia. Poniendo juntas todas estas consideraciones puede señalarse que el curso de acción prospectivamente mejor es aquel que tiene el mayor valor esperado, donde lo relevante es la probabilidad epistémica determinada a partir de la evidencia disponible para el agente y donde la evidencia es ponderada según su grado de confiabilidad.¹⁸

A pesar de que en el texto tendré ocasión de introducir ulteriores refinamientos, he optado por una versión simplificada porque creo que la misma posee el grado de complejidad requerido para abordar el problema que aborda el presente trabajo.

¹⁷ ZIMMERMAN (2008) p. 36.

¹⁸ Existen otros refinamientos que deben ser llevados adelante para que la concepción prospectiva pueda acomodar todas nuestras intuiciones morales. [...] Uno señala que aquello que debemos hacer no solo es una función de la evidencia disponible con relación a los

Adoptar esta concepción prospectiva de obligación permite interpretar

resultados posibles de nuestras acciones, sino también a la evidencia de la evidencia disponible con relación al valor actual de cada resultado. Para referirse a este tipo de valor que también es sensible al grado de probabilidad de que un resultado posea un valor actual, Zimmerman (2008) pp. 38 y 39 utiliza el rótulo de valor expectable. Distinguiendo el valor esperado del valor expectable, señala: “Mientras que el valor esperado, EV , de un acto es una función de las probabilidades de sus posibles resultados y de los valores actuales asociados con esos resultados, el valor expectable, E^*V , de un acto es una función de las probabilidades de sus posibles resultados y de los probables valores asociados con estos resultados [...]”. Lo que la concepción prospectiva sostiene, una vez agregada esta precisión, es que “[u]n agente debe realizar un acto si y solo si es la opción que tiene el mayor valor expectable para el agente”.

Otro refinamiento sostiene que lo que debemos hacer no solo es sensible a la evidencia disponible con relación a los posibles resultados de nuestras opciones y de los valores probables de esos resultados, sino adicionalmente a la evidencia de la que disponemos respecto de esta evidencia. El punto de ZIMMERMAN (2008) pp. 39 y 40, es que el hecho de que alguien esté justificado en creer algo no implica que su creencia de que está justificado en creerlo lo esté. En su opinión, la evidencia respecto del valor expectable de una alternativa puede ser tan defectuosa como la evidencia respecto de su valor actual, y en este caso lo relevante es el valor expectable del valor expectable de la alternativa. El hecho de que existan diferentes niveles de evidencia necesariamente conlleva esta conclusión.

Como pueden existir distintos niveles de evidencia, esta conclusión amenaza un regreso al infinito. Sin embargo, dadas las limitaciones epistémicas de los seres humanos, agrega ZIMMERMAN (2008) p. 41, existirá un nivel L de evidencia más allá del cual no nos estará disponible otro o, de haberlo, será uno tal que el maximizar el valor expectable a ese nivel también lo hará al nivel L . En este caso, L es el nivel definitivo de evidencia para un agente. Con esta precisión en mente, ZIMMERMAN (2008) p. 42 vuelve a modificar el enunciado de la concepción prospectiva: “Un agente debe realizar una acción si y solo si es la acción que tiene el mayor valor expectable para el agente a su nivel definitivo de evidencia”.

Por último, dos consideraciones deben tenerse en cuenta a la hora de interpretar el valor prospectivo de una acción como equivalente a su valor esperado o expectable. En primer lugar, no siempre consideramos adecuado comportarnos como agentes que buscan maximizar el valor esperado. ZIMMERMAN (2008) pp. 53 y 54 utiliza la paradoja de Allais para mostrar que la apelación al valor esperado debe ser cualificada de modo de dar cuenta de esta complejidad.

En segundo lugar, aunque dos alternativas tengan el mismo valor expectable –que se calcula a partir del valor esperado–, un agente puede estar justificado en tratarlas de modo distinto si una de ellas tiene para él un alto costo personal. Si queremos ver en estas alternativas personalmente costosas posibles actos supererogatorios, no es posible incluir el costo personal a la hora de determinar que estamos obligados a hacer. De modo que la concepción prospectiva debe refinarse para señalar que es obligatorio realizar la acción

de una nueva manera la obligación estatal de castigar y absolver respetando la norma penal sustantiva. La norma penal sigue fijando cual es el mejor curso de acción, a saber, condenar a los transgresores y absolver a los inocentes. No obstante, al igual que sucede si uno adopta la concepción subjetiva de obligación, el Estado no tiene la obligación de seguir el mejor curso de acción. La obligación moral del Estado no es condenar al culpable y absolver al inocente. Su obligación moral es adoptar el curso de acción –condenar o absolver– que sea mejor prospectivamente dado el valor actual de condenar o absolver a personas inocentes o culpables, dada la probabilidad epistémica de que el imputado sea culpable o inocente medida a partir de la evidencia producida en el juicio y disponible para el Estado, y de la confiabilidad de la misma.

Mientras que si uno adopta una concepción objetivista de obligación lo relevante a la hora de fijar la obligación estatal de castigar o absolver es la verdad acerca de los hechos debatidos en el proceso, y si se adopta una concepción subjetivista son las creencias de quien tiene la potestad para fijar los hechos en el proceso, lo que es relevante si se toma una concepción prospectiva es la cantidad y calidad de la evidencia acerca de los hechos que está disponible en el proceso. Si el Estado administra el castigo solo a aquellos que dada la evidencia disponible es probable que hayan transgredido la norma, entonces ha cumplido su obligación moral.

Que el Estado ignorase cuál era la verdad acerca de los hechos a la hora de administrar el castigo no funciona como una excusa al reproche por haber transgredido su obligación moral de castigar al culpable y absolver al inocente. Tampoco altera los términos de la obligación estatal, tal como sostiene la concepción subjetivista de obligación. Lo que fija la obligación estatal no son los hechos –como sostiene la concepción objetivista– ni las creencias del juzgador –como sostiene la subjetivista–, sino la evidencia disponible. Si el juzgador absuelve a una persona que cree que es culpable, y en realidad lo es, debido a que la evidencia inculpatoria disponible en el proceso no es suficiente, entonces el Estado ha cumplido con su obligación moral. Por el contrario, si condena a quien cree culpable, y en realidad lo es, pero lo hace

cuyo resultado tiene el más alto valor expectable, siempre y cuando no requiera un alto costo personal. Cfr. ZIMMERMAN (2008) pp. 55 y 56.

Existen otros refinamientos que no he consignado porque creo que con lo señalado el lector puede tener una visión suficientemente precisa de lo que sostiene la concepción prospectiva. A los fines del argumento que presento en el texto debe entenderse que las circunstancias que dan lugar a los refinamientos que he reseñado, no se encuentran configuradas.

sobre la base de evidencia insuficiente, entonces el Estado no ha cumplido su obligación moral a la hora de distribuir el castigo.

II. CONCEPCIONES DE OBLIGACIÓN Y PRINCIPIO DE INOCENCIA

Cada una de estos modos de concebir la obligación estatal de castigar y absolver respetando lo establecido por la norma penal sustantiva trae aparejado una manera diferente de concebir el Principio de Inocencia. Lo único que es necesario agregar es una premisa compartida por todos los juristas, que sostiene que la actividad probatoria se encuentra sometida a exigencias legales y que el Estado debe fundar su juicio sobre los elementos que obran en el proceso judicial. Prueba de la centralidad que esta idea posee es que el principio *“quod non est in actis non est in mundo”* remonta sus orígenes hasta el Derecho Romano, aun si se consolidó como un principio jurídico en el siglo XIII.¹⁹ Una consecuencia de este principio es que el decisor no puede fundar su juicio en elementos que se encuentren fuera del proceso o que hayan sido incluidos vulnerando las exigencias legales. De acuerdo con Damaska: *“la opinión prevaleciente era que el conocimiento privado y el oficial no debían ser mezclados, y que la toma de decisión debía estar fundada únicamente sobre la información adquirida de manera oficial”*.²⁰

Si uno combina la premisa de que el decisor debe fundar su juicio en los elementos obrantes en el proceso con una concepción objetivista de la obligación estatal, es plausible entender que el principio se refiere a la inocencia material del acusado. Si solo los elementos probatorios incorporados al proceso son relevantes y, adicionalmente, el Estado solo debe castigar a los culpables, es natural concluir que lo que determina la culpabilidad de un individuo son los elementos que obran en el proceso judicial.

Esto conduce a interpretar al principio de inocencia como estipulando que toda persona es inocente, esto es no ha transgredido la norma penal sustantiva, hasta tanto haya sido establecido lo contrario en el proceso judicial. No se trata meramente de que deba ser tratado *“como si fuese”* inocente antes de que haya sido determinada su culpabilidad, sino de que hasta tanto esto suceda *“es”* inocente y por eso debe ser tratado de esa manera. Larry Laudan reconstruye este modo de interpretar al Principio de Inocencia como la: *“tendencia novedosa pero actualmente de moda de suponer que si alguien*

¹⁹ Una de las primeras recepciones del principio se encuentra en la decretal de 1216 del Papa Inocencio III. Aunque el principio estuvo en un primer momento unido al carácter escrito del proceso judicial, su aplicación ha sido extendida a los procesos orales.

²⁰ DAMASKA (1986) p. 30.

*es culpable o inocente de un crimen depende de que la prueba ofrecida en el juicio sea suficiente para persuadir a una persona racional de que el acusado es culpable”.*²¹

Algunas expresiones en este sentido suenan llamativas por la peculiar teoría de la verdad sobre la que aparentemente descansan. Así, Henry Chambers, haciendo patente este compromiso con una concepción peculiar de la verdad, ha señalado: *“En el proceso judicial, la inocencia o la culpabilidad real del acusado puede ser una abstracción. Lo que es verdad es aquello que la prueba indica que es verdad”.*²²

Si uno acepta las dos premisas –referidas a la concepción objetiva de obligación y a la exigencia de fundar el juicio en los elementos incorporados al proceso– y desea evitar la conclusión de que la evidencia incorporada al proceso es la que determina la verdad, la única alternativa disponible es señalar que en ciertas ocasiones cuando el Estado actúa sobre la base de la evidencia disponible incumple su obligación de castigar al culpable y absolver al inocente. Tal situación se presenta cuando la evidencia es defectuosa. A pesar de que aparentemente el Estado no ha hecho nada que sea incorrecto –dado que se ha ajustado a la evidencia disponible–, debe concluirse que se ha comportado de manera inadecuada. El carácter defectuoso de la evidencia actúa simplemente como una excusa para el reproche moral que genera la obligación estatal incumplida.

De modo que quien acepta las dos premisas se ve conducido a un dilema cuyos cuernos son igualmente problemáticos. Dado que el Estado ha actuado sobre la base de la evidencia disponible no existe ningún reproche que se le pueda dirigir. Si movido por esta convicción concluye que el Estado ha cumplido con su obligación –aun en el caso de que la evidencia de pie a un juicio falso– y posee una concepción objetivista de obligación, entonces debe necesariamente asumir que lo que es verdad es aquello que la evidencia determina como verdad. El proceso constituye aquello que es verdad. Si, por el contrario, concluye que el Estado no es reprochable meramente porque la evidencia defectuosa actúa como una excusa, entonces debe asumir que aunque el Estado ha seguido todas las pautas procesales, no ha cumplido con su obligación moral de castigar y absolver.

El carácter altamente problemático que tiene este segundo extremo – que implica asumir que el Estado, aunque cuenta con reglas procesales

²¹ LAUDAN (2006) p. 11.

²² CHAMBERS (1998) p. 668.

completamente justificadas y se ha comportado de modo diligente en la recolección y evaluación de las pruebas, es posible que haya incumplido con su obligación moral de castigar y absolver— explica en parte por qué, como señala Laudan, la concepción de la verdad constituida por la evidencia disponible ha cobrado auge en el último tiempo.

Si se combina la premisa que manda fundar el juicio en los elementos probatorios incorporados al proceso con una concepción subjetivista de la obligación estatal de castigar, aparece una manera alternativa de concebir el Principio de Inocencia. Dado que para este modo de concebir la obligación moral lo relevante son las creencias del agente, el principio ahora debe ser entendido como prescribiendo qué creencias debe tener el encargado de juzgar los hechos. Específicamente, el principio establece que el juzgador a la hora de iniciarse el proceso debe creer en la inocencia del acusado. El principio pretende garantizar que las creencias del juzgador hayan sido generadas solo por los elementos probatorios obrantes en la causa.

Este modo subjetivo de concebir la obligación estatal de castigar permite explicar por qué ha sido usual utilizar estándares de prueba subjetivos en el proceso judicial. Las diferentes interpretaciones que se han ofrecido del estándar de “duda razonable” no son sino solo un ejemplo. En sus orígenes el estándar de prueba judicial exigía que el juzgador tuviese completa certeza de la culpabilidad del acusado antes de dictar un veredicto condenatorio. Por supuesto, esta certeza debía provenir de los elementos probatorios incorporados al proceso y el juzgador debía partir de la creencia de que el acusado era inocente. Tanto el principio de inocencia como el estándar de prueba tenían un carácter subjetivo.

Este carácter subjetivo permaneció inalterado cuando se pasó del estándar de la certeza al de la “duda razonable”. Tampoco ha perdido su carácter subjetivo el modo correlativo de interpretar el principio de inocencia. Ante la imposibilidad demostrada de que pudiese alcanzarse una completa certeza sobre asuntos contingentes como los abordados en un proceso judicial, el estándar de prueba se volvió menos exigente. Ahora no se exigía certeza sino solo certeza moral.²³ De acuerdo con Laudan: *“Lo que caracterizaba a las creencias moralmente ciertas era que, aunque en teoría se encontraban*

²³ La formulación canónica del principio de “duda razonable” en términos de “certeza moral” se encuentra en el fallo dictado en la causa *Commonwealth v. Webster* por la Corte Suprema del Estado de Massachusetts durante el año 1850. El juez Lemuel Shaw, presidiendo la Corte, señaló en su voto que *“the evidence must establish the truth of the fact to a reasonable and moral certainty”*.

sujetas a la duda de los escépticos, no existía en la práctica ningún fundamento real o racional para dudar. De aquí surgió la idea de que un veredicto de culpabilidad exigía que el jurado creyese más allá de una duda razonable o con certeza moral en la culpabilidad del acusado".²⁴

Por razones vinculadas con el carácter problemático de apelar a cualquier estándar moral, la interpretación de la "duda razonable" a partir de la "certeza moral" fue abandonada. A la vez que la Corte Suprema estadounidense adoptaba ese estándar de prueba, señalaba que el mismo no podía definirse a partir de la certeza moral²⁵, porque esto podía transmitir al juzgador la errónea idea de que podía basar sus creencias acerca de la culpabilidad del acusado en sentimientos morales o emociones, en lugar de hacerlo sobre la evidencia.²⁶ Desde entonces diferentes maneras de interpretar la "duda razonable" han sido ofrecidas por la dogmática y los tribunales estadounidenses.²⁷

Todas estas interpretaciones alternativas han mantenido su carácter subjetivo. Según la primera, lo que la "duda razonable" exige es que a la hora de condenar el juzgador crea que el acusado es culpable con la misma fuerza que tienen las creencias sobre las que basa decisiones vitales importantes. El principio de inocencia le exige creer al juzgador que el acusado no es culpable y, correlativamente, el estándar de la "duda razonable" solo corporiza la idea de que esta creencia en la inocencia solo puede ser derrotada por otra en sentido contrario dotada con la misma fuerza que poseen las convicciones

²⁴ LAUDAN (2006) p. 33.

²⁵ En el fallo *Victor v. Nebraska* de 1994 la jueza de la Corte Suprema de Estados Unidos, Sandra Day O'Connor, señalaba de modo contundente que "(...) *this Court does not condone the use of the antiquated 'moral certainty' phrase (...)*". No obstante, la jueza consideraba que el uso de esta expresión en las instrucciones brindadas al jurado no volvía inconstitucional la sentencia bajo revisión. En el mismo fallo el juez Harry Blackmun consideró que la referencia a la certeza moral en las instrucciones brindadas al jurado vulneraba la cláusula del Debido Proceso de la Constitución de Estados Unidos. Tal utilización, señalaba Blackmun, ya había sido desacreditada por la Corte en 1990 en el caso *Cage* donde se establece que "(...) *the reference to 'moral certainty', rather than evidentiary certainty, it becomes clear that a reasonable juror could have interpreted the instruction to allow a finding of guilt based on a degree of proof below that required by the Due Process Clause*".

²⁶ El estándar de la "duda razonable" fue dotado de rango constitucional por la Corte Suprema estadounidense en el caso *Winship* de 1970. La Corte señaló que el estándar debía entenderse que se encontraba incorporado en la Decimocuarta Enmienda.

²⁷ Para presentar las diferentes maneras en las que ha sido concebida la "duda razonable" he seguido lo que señala LAUDAN (2006), p. 36 y ss.

sobre las que hemos adoptado las decisiones que poseen mayor relevancia en nuestra propia vida.²⁸

Según la segunda interpretación, el estándar de la “duda razonable” requiere que el juzgador condene solo si cree en la culpabilidad del acusado, y lo hace con un grado de certeza tal que haría que una persona prudente no dudase en actuar. Si una persona prudente no tendría dudas en condenar al acusado, de tener la misma creencia en su culpabilidad que posee el juzgador, entonces el estándar de la “duda razonable” ha sido satisfecho.²⁹

La tercera interpretación también señala que el juzgador debe condenar si cree que el acusado es culpable. Solo que ahora debe tratarse de una creencia arraigada, estable. Solo si el juzgador tiene una creencia firme –como opuesta a cambiante– en la culpabilidad de aquel a quien se acusa, está justificado que ordene su condena.³⁰

Por último, la cuarta interpretación también posee carácter subjetivo. De acuerdo con este modo de concebir la “duda razonable”, el juzgador debe condenar solo si no existe ninguna duda sobre la culpabilidad del acusado para la que pueda ofrecerse alguna razón. Dicho de otro modo, una duda es razonable si puede brindarse algún tipo de razón que la respalde. Por el contrario, si la duda es infundada, entonces es irrazonable.³¹

²⁸ Una muestra de la utilización de este estándar puede encontrarse, señala Laudan, en el modelo de instrucción para los jurados emitido por la Corte del Quinto Circuito, que señala en su punto 1.5: “*A ‘reasonable doubt’ is a doubt based upon reason and common sense after careful and impartial consideration of all the evidence in the case. Proof beyond a reasonable doubt, therefore, is proof of such a convincing character that you would be willing to rely and act upon it without hesitation in making the most important decisions of your own affairs.*”.

²⁹ Esta interpretación del estándar ha sido incorporada en el modelo de instrucción para los jurados elaborado por la Corte del Segundo Circuito. Allí se afirma que “*A reasonable doubt is a doubt based on reason and common sense – the kind of doubt that would make a reasonable person hesitate to act. Proof beyond a reasonable doubt must, therefore, be proof of such a convincing character that a reasonable person would not hesitate to rely and act upon it in the most important of his own affairs.*”.

³⁰ La interpretación ha sido adoptada por la instrucción n° 103 del Judicial Council of California que sostiene: “*Proof beyond a reasonable doubt is proof that leaves you with an abiding conviction that the charge is true. The evidence need not eliminate all possible doubt because everything in life is open to some possible or imaginary doubt.*”.

³¹ Esta interpretación fue adoptada por diferentes tribunales y declarada errónea por sendos fallos de los tribunales de alzada. Así, por ejemplo, el tribunal de juicio la adoptó en el

El hecho de que el estándar de prueba judicial sea concebido en términos subjetivos ha comenzado recientemente a preocupar a los juristas. De acuerdo con Laudan: *“Esta focalización en el estado mental del jurado es algo más que una pequeña curiosidad. Supongamos que tratamos de enseñar a jóvenes científicos cuándo una teoría fue aceptable diciéndoles cuál debería ser su estado mental cuando ellos deberían aceptar una teoría. Tal consejo sería visto como una tontería. Trate de imaginar a un matemático señalando que ha probado un nuevo teorema y que la prueba consiste en el hecho de que él cree el teorema sin la menor duda. Sus colegas estarían sorprendidos puesto que lo que establece que un teorema matemático es un teorema es el carácter robusto de su prueba, no la confianza de su descubridor”*.³²

Esta curiosidad propia del proceso judicial –consistente en adoptar un estándar subjetivo de prueba– puede ser explicada a partir de la adopción de una concepción subjetiva de obligación. Si uno adopta una concepción subjetiva de la obligación moral, e interpreta a partir de ella la obligación estatal de castigar respetando lo establecido por la norma penal sustantiva, es natural focalizarse en los estados mentales del juzgador. Siendo este el caso, es igualmente natural interpretar al principio de inocencia como prescribiendo cuáles son las creencias que debe tener el encargado de determinar los hechos al momento de iniciarse el proceso.

Finalmente, si se adopta una concepción prospectiva de obligación moral y se la combina con el principio que sostiene que lo único que posee relevancia son los elementos probatorios incorporados al proceso, aparece un tercer modo de concebir el Principio de Inocencia. Puesto que para la concepción prospectiva de obligación lo que interesa es solo la evidencia disponible para el Estado –esto es la efectivamente incorporada al proceso–, el principio simplemente prescribe al encargado de juzgar los hechos que acepte al iniciarse el proceso que no existe ninguna evidencia en contra del acusado. El principio de inocencia simplemente le recuerda al juzgador que cuando el proceso se inicia no existe ninguna evidencia disponible para el Estado. El hecho de que el acusado haya sido considerado como sospechoso de cometer un delito, haya sido detenido y sometido a juicio, no deben constituir evidencia de su culpabilidad para quien va a juzgar los hechos.

Laudan propone interpretar el principio de inocencia de esta última manera, aunque no vincula su propuesta con un modo específico de concebir la

fallo *Burnett v. Nebraska* de 1910. La Corte de Apelación sostuvo que se trataba de un error y revirtió la sentencia.

³² LAUDAN (2006) pp. 51 y 52.

obligación estatal de castigar. En primer lugar, propone distinguir entre lo que denomina “inocencia material” e “inocencia probatoria”. La primera hace referencia al hecho de que el acusado no ha transgredido efectivamente el mandato legal. La segunda, en cambio, solo señala que no existe evidencia disponible para el Estado que permita concluir que la transgresión ha sido cometida.³³ En segundo lugar, sostiene que el Principio de Inocencia se vincula con la “inocencia probatoria”.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Laudan afirma que un buen evaluador de los hechos “*es alguien dotado de apertura mental acerca del resultado eventual del proceso judicial y no se siente bajo ninguna obligación, ni siquiera en una posición, de asignar probabilidades –empatadas o no– acerca del resultado del proceso. Lo que es importante es que el jurado reconozca que ahora no tiene ninguna prueba sobre la culpabilidad y que, por lo tanto, carece de cualquier indicio sobre qué lado eventualmente prevalecerá. El punto crucial es que el jurado debe estar dispuesto a aceptar, sin ninguna reserva, la tesis de la inocencia, sin importar las hipótesis tentativas que pueda haber tenido sobre la culpabilidad y la inocencia*”.³⁴

Resumiendo lo expuesto hasta aquí, existen tres maneras alternativas de concebir el Principio de Inocencia según que se adopte una concepción objetiva, subjetiva o prospectiva de la obligación estatal de castigar. En el primer supuesto, el principio señala que toda persona “es” inocente si no ha sido demostrado en juicio lo contrario. En el segundo, el principio le indica al juzgador que al momento de iniciarse el proceso debe creer en la inocencia material del acusado. Finalmente, si uno se inclina por la tercera alternativa el principio le prescribe al juzgador que acepte que al iniciarse el proceso no existe ninguna evidencia a favor de la culpabilidad del acusado.

³³ De acuerdo con LAUDAN (2006) p. 12, “*es legítimo, y en algunos contextos esencial, distinguir entre la aseveración que ‘Jones is culpable’ en el sentido que ha cometido un crimen, y la aseveración que ‘Jones es culpable’ en el sentido que el sistema legal lo ha condenado. Propongo denominar al primer sentido culpa material (en lo sucesivo, culpam) y al segundo culpa probatoria (culpap). Claramente, la culpap no implica la culpam y viceversa. De manera similar, podemos distinguir entre la inocencia material de Jones (inocenciam), en el sentido que él no cometió el crimen, y su inocencia probatoria (inocenciap), en el sentido que fue absuelto o de algún otro modo se vio liberado del escrutinio judicial*”.

³⁴ LAUDAN (2006) pp. 105 y 106.

III. DE LA CONCEPCIÓN CORRECTA DE OBLIGACIÓN A LA CONCEPCIÓN CORRECTA DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA

Las razones que se han ofrecido en la literatura para inclinarse por alguna interpretación del principio de inocencia han sido variadas. Mientras algunos, como Laudan, han apelado a las funciones que el principio desempeña dentro del proceso judicial para mostrar que concebirlo de cierto modo es inapropiado e innecesario³⁵; otros, como Antony Duff³⁶, han elaborado su interpretación preferida a partir de consideraciones de moralidad política.³⁷

Las que voy a ofrecer en esta sección son razones de un tipo diferente. Habiendo establecido que las interpretaciones del principio de inocencia se apoyan en diferentes maneras de concebir la obligación moral, me dedicaré a mostrar cuál de estas concepciones considero que es la correcta. Específicamente, enunciaré las razones que pueden ofrecerse a favor de una concepción prospectiva de obligación. El resultado final de este movimiento argumentativo habrá sido construir un caso a favor de la interpretación del Principio de Inocencia según la cual éste simplemente prescribe al juzgador aceptar que al inicio del proceso no existe ninguna evidencia que respalde la culpabilidad del acusado.

Zimmerman ha dirigido un poderoso ataque en contra de las concepciones objetiva y subjetiva de obligación, argumentando a la vez a favor de la variante prospectiva. Por lo que respecta a la concepción subjetiva Zimmerman ha señalado algunas de las consecuencias contraintuitivas que se siguen de adoptarla. En primer lugar, si la concepción fuese cierta entonces todos los agentes poseerían una especie de infalibilidad moral. Dado que la concepción vuelve nuestras obligaciones morales una función de nuestras creencias, y dado que tenemos un acceso directo a nuestras propias creencias, determinar a qué estamos obligados sería solo una cuestión de introspección. Así como no podemos equivocarnos a la hora de determinar lo que creemos, si excluimos los errores de inferencia, tampoco podríamos equivocarnos al determinar a qué estamos moralmente obligados.³⁸

³⁵ LAUDAN (2006) pp. 100 y ss.

³⁶ DUFF (2013).

³⁷ También he ofrecido una interpretación del principio de inocencia –semejante a la que defiendo en este texto– sobre la base de consideraciones de moralidad política en “Legitimidad, Lealtad Cívica e Inocencia”, *Revista Jurídica de la Universidad San Andrés*: paper en prensa.

³⁸ ZIMMERMAN (2008) pp. 13 y 14.

En segundo lugar, de ser cierta la concepción subjetiva de obligación, existiría un modo expeditivo y espurio de eximirnos de nuestras obligaciones morales. Bastaría simplemente que no prestásemos la suficiente atención a las circunstancias en las que nos encontramos. Si debido a nuestra propia negligencia fallamos en advertir que un curso de acción es el mejor, y por tanto no llegamos a creer que lo es, entonces no estamos moralmente obligados a realizarlo.³⁹ En tercer término, bastaría que alguien creyese que lo que está llevando adelante es el mejor curso de acción, para que haya cumplido su obligación moral. Sin importar la cantidad y calidad de la evidencia sobre la que funda su creencia, actuar de acuerdo con ella sería suficiente para satisfacer su obligación. Así, por ejemplo, sería suficiente que Hitler hubiese creído que matar judíos era el mejor curso de acción, para que nos viésemos conducidos a sostener que se encontraba moralmente obligado a hacerlo.⁴⁰

Por último, Zimmerman arguye que aceptar la concepción subjetiva de obligación moral conduce a vulnerar el principio de que “debe” implica “puede”. Si creemos falsamente que podemos hacer algo y adicionalmente creemos que se trata del mejor curso de acción, entonces con total independencia de que en realidad no sea posible para nosotros realizar la acción, tenemos la obligación moral de realizarla.⁴¹

Las razones en contra de la concepción objetivista de obligación son más sutiles. Algunos casos hipotéticos, ideados por el propio Zimmerman, pueden ser de utilidad para comprenderlas. Imaginemos que una médica (Jill) tiene un paciente (John) quien sufre de una afección a la piel. Jill tiene la opción de administrarle a John tres drogas: A, B y C. Jill, adicionalmente, dispone de cierta evidencia sobre los resultados que serán producidos por cada droga: *“Toda la evidencia de la que dispone Jill indica (de modo acertado) que darle a John la droga B lo curaría parcialmente y darle ninguna droga volvería su enfermedad incurable, pero también indica (de modo desacertado) que darle la droga C lo curaría completamente y darle la droga A lo mataría”*.⁴² En realidad, en contra de la evidencia disponible, darle la droga C lo matará y darle la A lo curará completamente.

Frente a este caso, quienes defienden la concepción objetivista de obligación, señalarían que, si la médica, basada en la evidencia, le da la droga C –causándole la muerte– no ha cumplido su obligación moral, puesto que

³⁹ *Ídem.*, p. 14.

⁴⁰ *Ídem.*, p. 15.

⁴¹ *Ídem.*, pp. 15 y 16.

⁴² *Ídem.*, p. 17.

el mejor curso de acción –contrario a lo que la evidencia sugería– era administrarle la droga A. No obstante, su falta de conocimiento hace que la transgresión no le sea moralmente reprochable. Este modo de interpretar el caso le permite a los objetivistas acomodar la intuición moral de que nada puede reprocharse al médico, sin tener que concluir que nada tenemos para reprocharle porque no hay ninguna obligación que haya transgredido. Su obligación era adoptar el mejor curso de acción, señala el objetivista, y no la ha cumplido. No obstante, no hay reproche porque la errónea evidencia de la que disponía actúa como excusa moral.

Trasladado a la obligación estatal de castigar, si el Estado no condena a un culpable debido a la falta de evidencia, entonces no es reprochable moralmente por haber incumplido con su obligación. Esta manera de entender la obligación de castigar da lugar a una curiosa asimetría que he explorado en otro lugar.⁴³ Aunque el Estado puede excusarse en base a la falta de evidencia, el mismo camino no queda disponible para el abogado que, conociendo la culpabilidad de su cliente, arguye por su absolución cuestionando la validez y la fuerza del material probatorio. Tal cosa es así porque la evidencia disponible para el Estado es diferente de la que está disponible para el abogado que conoce la culpabilidad de su defendido. El abogado no puede esgrimir ignorancia para eximirse del reproche moral por incumplir el deber de no contribuir de modo deliberado a que el Estado no satisfaga su obligación de castigar al culpable.⁴⁴

La clave de la respuesta objetivista al caso recién planteado es, por un lado, la distinción entre que un acto sea moralmente incorrecto y que el agente que lo realiza sea moralmente reprochable y, por otro, la tesis de que la incertidumbre o la evidencia defectuosa es una excusa a la reprochabilidad pero no incide a la hora de determinar cuál es la acción correcta. Lo correcto sigue siendo elegir la alternativa cuyos resultados son efectivamente los mejores.

No obstante, si uno altera ligeramente el caso, la respuesta de la concepción objetiva pierde su plausibilidad, lo cual es una razón para cuestionar su corrección. El caso que sirve para cuestionar a la concepción objetiva es uno

⁴³ SELEME (2013).

⁴⁴ Aunque creo que esta asimetría entre el reproche moral que recibe el Estado y el abogado puede verse como un indicio de lo defectuoso de la concepción objetiva de obligación, no perseguiré este punto aquí.

ideado por Frank Jackson.⁴⁵ El mismo es semejante al recién presentado, solo cambia la evidencia disponible. Ahora, *“toda la evidencia de la que dispone Jill indica (de modo acertado) que darle a John la droga B lo curaría parcialmente y no darle ninguna droga volvería su enfermedad incurable, pero deja completamente indeterminado si darle la droga A o la C lo curaría completamente o si darle la droga A o la C lo mataría”*.⁴⁶ En estas circunstancias, ¿qué debería hacer Jill?, ¿cuál es su obligación moral?

Nuestra intuición moral frente a este caso es que la médica tiene la obligación moral de administrarle al paciente la droga B. No obstante, esta es una respuesta de la cual la concepción objetiva no puede dar cuenta. La distinción entre la incorrección de la acción y la reprochabilidad moral del agente –y la apelación a la incertidumbre como excusa del reproche moral– no son aquí de utilidad. Jill no puede decir –como sí podía en el caso anterior– que al darle la droga B estaba intentando hacer lo que era mejor para John dada la evidencia de la que disponía. La razón de ello es clara, en este caso la evidencia indica que darle la droga B no producirá el mejor resultado. El mejor resultado se produciría si le diese la droga A o C. Administrarle la droga B es el segundo mejor curso de acción, no el primero. Que nuestra intuición frente al caso sea que Jill está obligada moralmente a administrar la droga B muestra que no consideramos que lo moralmente obligatorio sea adoptar el mejor curso de acción disponible para el agente. Es decir, no consideramos que la concepción objetiva de obligación sea correcta.

El ejemplo adicionalmente sirve para mostrar que la concepción de obligación que permite acomodar nuestras intuiciones es la prospectiva. De acuerdo con Zimmerman, darle a John la droga B es lo que llamaré prospectivamente mejor, en tanto es lo que le da a Jill la mejor perspectiva de alcanzar lo que es de valor en la situación (a saber, la recuperación de la salud de John).⁴⁷ Como he señalado, y el caso muestra con claridad, que algo sea prospectivamente mejor, por su parte, no equivale a que probablemente sea lo mejor. En el caso de Jackson, Jill sabe con total certeza que darle la droga B no es el mejor curso de acción, sino el segundo mejor, y aun así cree que es lo mejor que puede hacer. Es lo mejor en sentido prospectivo. Lo prospectivamente mejor es el curso de acción que maximiza el valor esperado.

⁴⁵ ZIMMERMAN (2008), pp. 9 y 10, reconoce que este caso fue el que le hizo revisar su convicción de que la incertidumbre debía funcionar solo como una excusa al reproche moral pero no debía alterar nuestras obligaciones morales.

⁴⁶ La presentación que hace ZIMMERMAN del caso es ligeramente diferente de la que hace Jackson, aunque ambas versiones son idénticas en sus elementos esenciales.

⁴⁷ ZIMMERMAN (2008) pp. 18 y 19.

Para entender la idea puede ser de utilidad ofrecer la reconstrucción formal que Zimmerman hace del caso de Jill utilizando la idea de valores esperados en base a probabilidades epistémicas. Dado que existen cuatro posibles resultados –cura total, cura parcial, incurabilidad y muerte– y que el mejor resultado es el primero y el peor el último, imaginemos que sus valores actuales son respectivamente 50, 40, 0 y -100. Las opciones, o cursos de acción alternativos son cuatro: administrar la droga A, la B, la C o no administrarle ninguna. La probabilidad –en base a la evidencia disponible para Jill– de que cada curso de acción produzca cierto resultado son: si le administra la droga B existe una certeza completa de cura parcial (la probabilidad de cura parcial es 1), si le administra la A existe una igual probabilidad de cura total o muerte (la probabilidad de cura total es 0,5 y la probabilidad de muerte es 0,5), idénticas probabilidades se aplican a la opción de administrarle la droga C, finalmente, si no le administra ninguna droga existe una certeza completa de incurabilidad permanente (la probabilidad de incurabilidad es 1).

Si ponderamos el valor de cada resultado posible de un curso de acción con la probabilidad de que acaezca, obtenemos el valor esperado de dicho curso de acción. Así, el valor esperado de cada curso de acción es:

$$\text{- Administrar A} = [(50 \times 0,5) + (-100 \times 0,5)] = -25.$$

$$\text{- Administrar C} = [(50 \times 0,5) + (-100 \times 0,5)] = -25.$$

$$\text{- Administrar B} = (40 \times 1) = 40.$$

$$\text{- No administrar ninguna} = (0 \times 1) = 0^{48}.$$

La intuición moral de que lo moralmente obligatorio es administrarle a John la droga B muestra que no consideramos que sea obligatorio moralmente adoptar el mejor curso de acción, puesto que administrar la droga B no es el curso de acción con el mayor valor actual. No obstante, administrar la droga B maximiza un valor, maximiza el valor esperado de acuerdo a la evidencia disponible para el agente, lo que sirve para dar sustento a la concepción prospectiva.⁴⁹

⁴⁸ Los valores y las probabilidades son atribuidos de modo arbitrario –puesto que se trata de un caso hipotético– pero a pesar de ello sirven para mostrar el atractivo de la concepción prospectiva.

⁴⁹ La concepción prospectiva se diferencia tanto de la concepción objetiva –porque lo moralmente obligatorio es sensible al cuerpo de evidencia disponible para el sujeto– como de la subjetiva –porque lo moralmente obligatorio no depende de las creencias que el su-

De modo que lo que muestra el caso es que nuestras obligaciones morales pueden verse alteradas de acuerdo a la evidencia que tengamos disponible en cada circunstancia. La obligación moral consiste en adoptar el curso de acción que es prospectivamente mejor, esto es, el que tiene el mayor valor esperado. El valor esperado de un curso de acción, por su parte, depende de la probabilidad epistémica de sus resultados, y el grado de probabilidad epistémica depende de la evidencia disponible para el agente.

Ahora bien, como he señalado al presentar la concepción prospectiva de obligación, lo prospectivamente mejor es una función no solo de la evidencia disponible, sino –adicionalmente– del grado de confiabilidad de la evidencia. Lo prospectivamente mejor es una función del valor esperado y de la confiabilidad de la evidencia. La idea puede también graficarse con una variante del caso de Jill. Imaginemos la siguiente situación: *“Jill tiene que elegir entre dos drogas, A y B, cual administrarle a John. Para cada droga la probabilidad para Jill de que administrarla cure completamente a John es 0,7, y la probabilidad de que no sea efectiva pero inocua es de 0,3. La droga A ha sido ampliamente investigada; los datos son abundantes. La droga B casi no ha sido investigada, en verdad los datos son muy pobres”*.⁵⁰ En este caso, concluye Zimmerman, nuestra intuición moral es que Jill debería dar a John la droga A y no debería darle la B, aun si el valor esperado de cada opción es el mismo. Nuestra intuición sería la misma aun si el valor esperado de administrarle la droga A fuese ligeramente inferior al de darle B.

Otro caso hipotético puede servir de ayuda para trasladar lo señalado al dominio del proceso judicial. Imaginemos que un individuo se encuentra acusado de homicidio y la prueba rendida en el juicio ha sido meramente circunstancial. Sin embargo, el individuo es efectivamente culpable. El Estado –representado en aquel a quien ha conferido poder para juzgar los hechos– tiene dos cursos de acción alternativos: condenar al imputado o absolverlo. Cada uno de estos cursos de acción tiene dos resultados posibles: la condena

jeto efectivamente posea–. Si alguien quiere poner de manifiesto que la concepción prospectiva no es subjetiva diciendo que se trata de una concepción objetiva, no existe ningún problema en hacerlo. Lo único que es necesario tener en mente es que siguen existiendo tres tipos diferentes de concepciones de obligación: uno que es insensible a los estados mentales y a la evidencia disponible, otro que es sensible a la evidencia disponible y otro que es sensible a los estados mentales. Qué rótulo pongamos a estas concepciones –por ejemplo, que denominemos a las dos primeras como variantes de objetivismo que se diferencian de la tercera– no tiene ninguna consecuencia para el argumento que se ofrece en el texto. Agradezco a un árbitro anónimo el haberme sugerido explicitar este punto.

⁵⁰ ZIMMERMAN (2008) p. 55.

de un culpable o la condena de un inocente; la absolución de un culpable o la absolución de un inocente. Dada la escasa evidencia confiable disponible para el decisor, supongamos que la probabilidad epistémica de que absuelva a un inocente es 0.9 y la de absolver a un culpable es 0.1, la de condenar a un inocente es 0.9 y la de condenar a un culpable es 0.1. Imaginemos que los valores actuales de cada resultado reflejan que el mejor resultado posible es absolver a una persona si es inocente y el peor es condenarla. Con esto en mente los valores actuales podrían estipularse del siguiente modo: absolver a una persona inocente 100, condenar al culpable 80, absolver al culpable -80, y condenar al inocente -100. En el presente caso, dado que el imputado es culpable, condenar es el curso de acción que posee el mayor valor actual.

Si la concepción objetiva de obligación fuese correcta, entonces el Estado tendría la obligación de condenar, puesto que es el mejor curso de acción. Sin embargo, como he mostrado, la concepción objetiva es incorrecta y lo que el Estado debe hacer depende no solo del valor actual de cada curso de acción, sino de la probabilidad epistémica de cada uno de sus resultados posibles y de la confiabilidad de la evidencia sobre la que se funda. El Estado debe seguir el curso de acción que es prospectivamente mejor. El valor prospectivo de cada curso de acción para el caso es el siguiente:

Condenar = (0.1 probabilidad de culpa X 80) + (0.9 probabilidad de inocencia X -100) = -82.

Absolver = (0.1 probabilidad de culpa X -80) + (0.9 probabilidad de inocencia X 100) = 82.

A pesar de que condenar es el mejor curso de acción tiene el mayor valor actual de las alternativas disponibles, 80 frente a -80 de absolver, absolver es el curso de acción prospectivamente mejor, con un valor de 82. Lo que el Estado está obligado a hacer en este caso es absolver, con total independencia de que el individuo efectivamente sea culpable. Su obligación moral es adoptar el curso de acción –condenar o absolver– que sea el mejor prospectivamente dado el valor actual de condenar o absolver a personas inocentes o culpables, dada la probabilidad epistémica de que el imputado sea culpable o inocente medida a partir de la evidencia producida en el juicio y disponible para el Estado y de la confiabilidad de la misma.

Si este es el modo correcto de concebir la obligación estatal de castigar, entonces el principio de inocencia no debe interpretarse ni como estipulando que toda persona “es” inocente si no ha sido demostrado en juicio lo contrario, ni como prescribiendo al juzgador que crea en la inocencia material del acusado al momento de iniciarse el proceso. Por el contrario, el principio

manda al juzgador que acepte que al iniciarse el proceso no existe ninguna evidencia que sirva para inculpar al acusado. El principio meramente estipula que cualquier evidencia que el juzgador pudiese tener acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado que no haya sido incorporada al proceso, carece de valor y no debe ser considerada a la hora de administrar el castigo.

CONCLUSIONES

El argumento que he presentado nos ha dejado con conclusiones de diferente nivel. En primer lugar, ha sido establecido que existe una relación entre el modo de concebir la obligación moral, la manera de entender la obligación estatal de castigar y absolver, y la forma en que se da contenido al principio de inocencia. Esta primera conclusión posee relevancia ya que las maneras corrientes de interpretar el Principio de Inocencia se apoyan en consideraciones vinculadas con el proceso judicial o con la teoría política y ninguna atención ha sido prestada a las consideraciones vinculadas con la manera en que se concibe la obligación moral.

En segundo lugar, han sido esquematizadas tres maneras diferentes de concebir al Principio de Inocencia según que la obligación estatal de administrar el castigo respetando las exigencias de la norma penal sustantiva se conciba de manera objetivista, subjetivista o prospectivista. Lo novedoso de esta segunda conclusión, no reside en las tres formas identificadas de interpretar el Principio. La novedad reside en haber mostrado la vinculación entre estas tres concepciones usuales del Principio de Inocencia con las tres concepciones usuales de obligación moral.

En tercer lugar, se han ofrecido razones a favor de la concepción prospectiva de obligación moral que a su vez sirven para descartar sus contrincentes objetivistas y subjetivistas. Dada la vinculación de esta concepción prospectiva con una manera específica de concebir el Principio de Inocencia, el resultado ha sido ofrecer razones a favor de interpretar el Principio de una manera determinada. Específicamente, el principio debe entenderse como estipulando que el juzgador de los hechos al momento de iniciarse el proceso debe aceptar que no existe ninguna evidencia a favor de la culpabilidad del acusado.

Estas conclusiones son parcialmente independientes entre sí. Puede aceptarse que el modo de concebir la obligación moral incide sobre la manera de interpretar el Principio de Inocencia sin aceptar la manera específica en que el trabajo las vincula, y sin considerar que la interpretación del Principio de Inocencia correlativa con la concepción prospectivista de obligación es la correcta. Adicionalmente, es posible aceptar que las tres interpretaciones

ofrecidas del Principio de Inocencia efectivamente son correlativas de las tres concepciones de obligación moral y, al mismo tiempo, no aceptar que la concepción prospectivista de obligación, ni su interpretación asociada del Principio, es la adecuada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CÁRDENAS, Raúl (2006): *La Presunción de Inocencia* (2° edición, México, Porrúa).

CHAMBERS, Henry (1998): "Reasonable Certainty and Reasonable Doubt", *Marquette Law Review*, vol. n° 81 n° 3: pp. 655–704.

DAMASKA, Mirjan (1986): *Faces of Justice and State Authority* (New Haven and London, Yale University Press).

DUFF, Antony (2013): "Who Must Presume Whom to Be Innocent of What?", *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, vol. 42 n° 3: pp. 170–192.

JACKSON, Frank (1991): "Decision-theoretic Consequentialism and the Nearest and Dearest Objection", *Ethics*, vol. n° 101: p. 461–482.

LADENSON, Robert (1980): "In Defense of a Hobbesian Conception of the Law", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 9: pp. 134–159.

LAUDAN, Larry (2006): *Truth, Error and Criminal Law* (Cambridge, Cambridge University Press).

MAIER, Julio (1996): *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Editores del Puerto).

MANZINI, Vizenzo (1951): *Tratado de Derecho Procesal* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas).

MARTÍNEZ, Zarezka (2005): "Presunción de Inocencia en el Proceso Penal", *Justicia y Derecho*, n° 5: pp. 23–35.

MOORE, George (1912): *Ethics* (Oxford, Oxford University Press).

NOGUEIRA, Humberto (2005): "Consideraciones Sobre el Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia", *Ius et Praxis*, vol. 11 n° 1: pp. 221–241.

PRICHARD, Harold (1949): "Duty and Ignorance of Fact", en *Moral Obligation* (Oxford, Clarendon Press) pp. 18–39.

ROSS, William (1930): *The Right and the Good* (Oxford, Clarendon Press).

_____ (1939): *Foundations of Ethics* (Oxford, Clarendon Press).

SELEME, Hugo Omar (2013): "Defending the Guilty: A Moral Justification", *Ethical Perspectives*, vol. 20 n° 2: pp. 299–327.

ZIMMERMAN, Michael (2008): *Living with Uncertainty* (Cambridge, Cambridge University Press).

NORMAS JURIDICAS CITADAS

Código Procesal Penal del 29 de marzo de 2017.

Constitución española del 27 de diciembre de 1978.

Convención Americana sobre Derechos Humanos del 7 de noviembre de 1969.

Convención Europea de Derechos Humanos del 4 de noviembre de 1950.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelación de Nebraska (1910) *Burnett v. Nebraska*, 86 Neb. 11.

Corte del Quinto Circuito, Committee on Pattern Jury Instructions (2015), *Pattern Jury Instructions (Criminal Cases)*. Disponible en: <<http://www.lb5.uscourts.gov/juryinstructions/>>, fecha de consulta: 10 febrero 2017.

Corte del Segundo Circuito, *General Instructions for Criminal Cases*. Disponible en: <<http://federalevidence.com/evidence-resources/federal-jury-instruction>>, fecha de consulta: 10 febrero 2017.

Corte Suprema de Estados Unidos (1895) *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432.

Corte Suprema de Estados Unidos (1970) *In re Winship*, 397 U.S. 358.0.

Corte Suprema de Estados Unidos (1990) *Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39.

Corte Suprema de Estados Unidos (1994) *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1.

Corte Suprema del Estado de Massachusetts (1850) *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. 295-320.

Judicial Council of California (2016), *Criminal Jury Instructions CALCRIM*, 1, series 1-1800. Disponible en: <http://www.courts.ca.gov/partners/documents/calcrim_2016_edition.pdf>, fecha de consulta: 10 febrero 2017.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA EN CHILE: EL CASO DE LA LEY QUE PROPONÍA EL REGISTRO DE USUARIOS DE CIBERCAFÉS

*Right to the protection of private life
in Chile: the proposal of cybercafé
users's registration*

JAANA BRAZ RODRIGUES*
Centro de Derecho Internacional
Belo Horizonte, Brasil

RESUMEN: El 5 de enero de 2011, la Cámara de Diputados de Chile somete a control preventivo de constitucionalidad un proyecto de ley sobre la coacción del acoso sexual de menores, posesión de material pornográfico y pornografía infantil virtual o simulada, conductas definidas en los artículos 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal. El 12 de julio de 2011, el Tribunal Constitucional (TC) emite su decisión, en el ámbito de la causa Rol n° 1894-2011-CPR. A propósito del dispositivo del proyecto que propone el Registro de Usuarios de Cybercafé que, en teoría, cometen dichos delitos impunemente, el fallo trata de temas polémicos y relevantes, tales como: la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de

* Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Especialista en Derecho Internacional del Centro de Estudios en Derecho y Negocios. Abogado de la Universidad Federal de Minas Gerais. Coordinadora de proyectos y profesora del Centro de Derecho Internacional, Belo Horizonte, Brasil. Investigadora de la Comisión de la Verdad en Minas Gerais. Correo electrónico: <jaana-braz@gmail.com>.

Comentario recibido el 3 de enero de 2017 y aceptado para publicación el 15 de enero de 2017.

la vida privada y el principio de la reserva legal. Tras transcribir los fundamentos principales del fallo y de las opiniones disidentes, este artículo propone una serie de cuestionamientos y reflexiones acerca de los temas tratados.

PALABRAS CLAVE: *derecho a la vida privada, derechos y garantías individuales, control de constitucionalidad.*

ABSTRACT: *On January 5th, 2011, the Chamber of Deputies of Chile submits to preventive constitutional review a draft law on coercion of sexual harassment of minors, possession of pornographic material and virtual or simulated child pornography, crimes defined in Articles 366 quáter and 366 quinquies of the Penal Code. On July 12th, 2011, the Constitutional Court issues its decision, within the scope of case No. 1894-2011-CPR. Regarding the draft's mechanism that proposes the registration of cybercafés users who theoretically commit such crimes with impunity, the ruling addresses controversial and relevant issues, such as equality before the law, the right to protection of private life and the principle of legal reserve. After transcribing the main foundations of the ruling and of dissenting opinions, this article proposes a series of questions and reflections on the topics discussed.*

KEYWORDS: right to protection of private life, individual rights and guarantees, constitutional review

INTRODUCCIÓN

El proyecto de ley enviado al TC para control preventivo de constitucionalidad, y que originó la sentencia que será objeto de nuestro análisis, se ocupa de la coacción del acoso sexual de menores, posesión de material pornográfico y pornografía infantil virtual o simulada, conductas definidas en los artículos 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal.

De la historia de la Ley n° 20.526 se desprende que varios parlamentarios y autoridades consultadas se manifestaron en el sentido que los cibercafés son un lugar propicio para la perpetración de delitos como el acoso sexual de menores y la pornografía infantil a través de medios electrónicos, porque en caso de una investigación policial será posible llegar al computador utilizado (a través de la dirección IP), pero no al usuario del equipo en el momento de

la manipulación del material. Ello porque no existe un registro de usuarios, y éstos, por lo mismo, se encuentran protegidos por el anonimato.

La comisión de delitos a través de internet es un problema contemporáneo al surgimiento y avance de la tecnología, y su prevención y solución depende, en gran medida, de la propia tecnología. Antes de la promulgación de la Ley n° 20.526, si bien no existía la previsión legal expresa de la posibilidad de que los delitos de acoso sexual de menores, pornografía infantil y posesión de material pornográfico fueron cometidos “a distancia, mediante cualquier medio electrónico”, existen por lo menos dos casos de condena por este tipo de conductas en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios chilenos: en el primero, el imputado conquista la amistad de la víctima a través de la aplicación *Messenger*, para exigirle, mediante amenazas, que pose desnuda frente a la cámara web, y guardar en su computador las imágenes obtenidas.¹ El segundo caso, se refiere a una investigación respecto de un programa que permite el intercambio de archivos electrónicos, y a través de la cual se logra identificar a dos usuarios que bajaban material de contenido pornográfico infantil.²

En ambos casos, anteriormente citados, la identificación de los acusados y la incautación de sus computadores fueron realizadas en el marco de una investigación y solo fueron posibles en vista de una invasión no permitida por los sujetos investigados a su esfera de privacidad, pues se utilizaron técnicas de rastreo de documentos y datos de carácter personal.

En el caso del fallo que nos toca examinar, el TC considera que el registro de usuarios de cibercafés viola el derecho a la protección de la vida privada constitucionalmente asegurado, una vez que permitiría el monitoreo de las acciones, preferencias y relaciones personales de los usuarios, aún sin la existencia de una investigación específica en curso y un orden judicial que lo permitiera.

¹ 1° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, *Riquelme Gutiérrez con Duarte Caroca* (2008, R.I.T. n° 111-2008).

² Corte Suprema, *Middleton Bengoa y Harseim Nemes con Ministerio Público* (2009, rol n° 3557-2009).

I. PRINCIPALES DERECHOS E INSTITUCIONES EN CONFLICTO

1. *Igualdad ante la ley*

El artículo 19 n° 2 de la Constitución Política de la República (CPR) garantiza el principio de la igualdad ante la ley, prohibiendo el establecimiento de diferencias arbitrarias por parte de la ley y de la autoridad. El TC, en abundante jurisprudencia sobre el tema³, entiende que: a) no se trata de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo; b) el establecimiento de criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen; c) la distinción debe sujetarse a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados.

En materia económica, este principio recibe regulación especial en el artículo 19 n° 22 de la CPR y el Tribunal aplica los criterios antes mencionados, debidamente adaptados, para entender que la distinción en materia económica es legítima si responde a un hecho objetivo, posee un fin lícito y deseado por la CPR, establece una restricción mínima y razonable respecto de sus competidores, además de cumplir con las formalidades constitucionales.⁴

2. *Derecho a la protección de la vida privada*

El artículo 19 n° 4 de la CPR asegura el “respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. El contenido de este derecho ha evolucionado históricamente a nivel mundial y la jurisprudencia del TC viene definiendo los contornos que tiene este derecho en Chile.

En cuanto al sentido de la expresión “respeto”, contenida en el artículo 19 n° 4 de la CPR, el Tribunal señaló que implica la obligación de terceras personas de no interferir en el ámbito del valor y la conducta que protege el ordenamiento jurídico a través de las garantías constitucionales.⁵ En esa línea, el derecho a la privacidad es relacionado con la situación de una persona, en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones de agentes externos y

³ V.gr., Tribunal Constitucional, *Sepúlveda Álvarez con Ministerio Público* (2010, rol n° 1683-2010-INA).

⁴ V.gr., Tribunal Constitucional, *Cabezas Villalobos y otros con Televisión Nacional de Chile* (2010, rol n° 1732-2010-INA y rol n° 1800-2010-INA, acumulados).

⁵ Tribunal Constitucional, *Molina Vallejo con Fuenzalida Calvo y otros* (2009, rol n° 1419-2009-INA).

ajenos a su interioridad física o psicológica y las relaciones que mantiene o tuvo con otros.⁶ El Tribunal ha afirmado aún que la privacidad integra los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, los cuales emanan de la dignidad personal y son, por su cualidad de íntimos de cada sujeto, los más cercanos o próximos a esta característica, única y distintiva, del ser humano.⁷

Sin embargo, el propio Tribunal se ha pronunciado en distintas oportunidades sobre la facultad que tiene el legislador para limitar el ejercicio de derechos pero siempre con la restricción de no afectar la esencia de éstos⁸, señalando que, en el caso del derecho a la protección de la vida privada, pueden establecerse limitaciones legales por finalidades razonables, además de la intromisión estatal justificada en caso de realización de hechos delictivos.⁹

A nivel infra constitucional, es posible mencionar distintos cuerpos legales relativos a la materia. Por ejemplo, el Código Penal¹⁰, en sus artículos 161-A y 161-B, sanciona conductas consideradas invasivas a la vida privada; la Ley que trata de la protección de datos de carácter personal¹¹ se refiere al tratamiento de datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares; la Ley sobre abusos de publicidad¹² regula la libertad de emitir opinión e informar consagrada en el artículo 19 n° 12 de la CPR y sanciona eventuales abusos y delitos cometidos en el ejercicio de dicha libertad; el Código de Ética Profesional¹³ establece, en su Título IV, el deber de confidencialidad, entre otras.

3. Reserva legal

El principio de reserva legal se relaciona con la atribución del Presidente de la República para dictar, unilateralmente, normas jurídicas generales o

⁶ Tribunal Constitucional, *Sepúlveda Álvarez con Ministerio Público* (2010, rol n° 1683-2010-INA).

⁷ Tribunal Constitucional, *Oficio n° 4521, enviado por la Cámara de Diputados* (2003, rol n° 389-2003-CPR).

⁸ Tribunal Constitucional, *Oficio n° 5344, enviado por la Cámara de Diputados* (2005, rol n° 433-2005-CPR).

⁹ Tribunal Constitucional, *Sepúlveda Álvarez con Ministerio Público* (2010, rol n° 1683-2010-INA).

¹⁰ Los artículos 161-A y 161-B fueron incorporados por la Ley n° 19.423 de 1995.

¹¹ Ley n° 19.628 de 1999.

¹² Ley n° 16.643 de 1967.

¹³ Código de Ética Profesional de 2011.

especiales destinadas al gobierno o a la administración del Estado o a la ejecución de las leyes. En lo que se refiere a la potestad reglamentaria de ejecución, actualmente el TC entiende que se trata de una técnica de colaboración en materias que el legislador no puede abordar por su complejidad, mutabilidad, tecnicismo, etc. (teoría de la reserva legal relativa).

Según esta doctrina, afirmar que una determinada materia está regida por el principio de reserva legal no equivale necesariamente a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda, dentro de los márgenes constitucionales, normar esa misma materia, salvo en aquellos casos en que la propia CPR ha reservado a la ley y solo a ella disponer en todos sus detalles en una determinada materia.¹⁴

En caso de restricciones a derechos fundamentales, el Tribunal entiende que cuando es la propia ley habilitante la que autoriza la potestad reglamentaria para pormenorizar las restricciones tratadas, en aras de un interés social superior, no es la norma reglamentaria la que, en forma autónoma y sin respaldo legal, faculta la restricción de determinados derechos o garantías, cumpliéndose así requisito de la habilitación legal previa y suficiente, que la CPR requiere en sus artículos 32 N° 8 (6) y 60 (63), para que la potestad reglamentaria subordinada de ejecución pueda ser ejercida respetando el principio de reserva legal.

II. EL FALLO

El 5 de enero de 2011, la Cámara de Diputados de Chile somete a control preventivo de constitucionalidad un proyecto de ley sobre la coacción del acoso sexual de menores, posesión de material pornográfico y pornografía infantil virtual o simulada, conductas definidas en los artículos 366 *quáter* y 366 *quinquies* del Código Penal. El 12 de julio de 2011, el TC emite su decisión, en el ámbito de la causa Rol n° 1894-2011-CPR. A seguir, se transcriben los fundamentos principales del fallo y de las opiniones disidentes.

1. El voto de la mayoría¹⁵

“PRIMERO: Que, por Oficio N° 9190, de 5 de de enero de dos mil once, ingresado a esta Magistratura el día 7 del mismo mes y año, la Cámara de Diputados transcribe el Proyecto de Ley, aprobado por el Congreso

¹⁴ Tribunal Constitucional, *Iberoamericana de Energía Ibener S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2006, rol n° 480-2006-INA).

¹⁵ Los subtítulos utilizados forman parte de la sentencia original.

Nacional, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil (Boletín N° 5837-07), con el objeto de que este Tribunal, conforme a la atribución que le ha sido conferida en el N° 1° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política, ejerza el control preventivo de constitucionalidad respecto de su artículo 4°; (...)

QUINTO: Que la norma sometida a control, contenida en el artículo 4° del Proyecto de Ley individualizado en el considerando primero de la presente sentencia, dispone:

“Artículo 4°. Los establecimientos comerciales, cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet, a través de computadores propios o administrados por ellos, deberán mantener un registro actualizado de los usuarios, durante un plazo no inferior a un año, en el que se consignará su nombre, cédula de identidad o número de pasaporte, o con los datos que se consignan en la licencia de conducir o en el pase escolar, fecha y hora inicial de cada acceso e individualización del equipo en el cual se utilizó el servicio.

“El responsable del establecimiento deberá exigir a los usuarios la exhibición de alguno de los documentos antes indicados en el acto de su registro y siempre que fuesen a hacer uso de un computador para los efectos señalados en el inciso precedente.

“Los establecimientos a que se refiere el presente artículo, no permitirán el uso de sus computadores a las personas que no proporcionen los datos previstos en el inciso primero o que lo hicieren en forma incompleta y a las personas que no portaren alguno de los documentos anteriormente señalados, o se negaren a exhibirlos.

“Los registros a que se refiere el presente artículo tienen el carácter de reservado y su examen solo podrá ordenarse por el juez de garantía, a petición del Ministerio Público, sin perjuicio del ejercicio de las atribuciones establecidas en el inciso séptimo. El incumplimiento del deber de reserva establecido en el presente inciso, por parte del responsable del establecimiento o alguno de sus dependientes, será sancionado con multa de 2 a 10 unidades tributarias mensuales y clausura temporal del establecimiento por un período no superior a tres meses. La reincidencia en la comisión de dicha infracción, se castigará con multa de 4 a 20 unidades tributarias mensuales y la clausura definitiva.

“El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los incisos primero a tercero del presente artículo será sancionado con multa de 2 a 10 unidades tributarias mensuales. En el caso de una segunda condena por dicho incumplimiento, se podrá aplicar, adicionalmente, la clausura temporal del establecimiento por un período no superior a tres meses. De existir una tercera condena por tal incumplimiento, se aplicará el doble de la multa y la clausura definitiva.

“De las infracciones contempladas en las disposiciones que preceden, conocerán los juzgados de policía local, conforme a las normas del procedimiento ordinario, contemplado en la ley N° 18.287, que Establece Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local.

“Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo, todos los establecimientos a que se refiere el inciso primero estarán sujetos a la vigilancia e inspección de Carabineros de Chile y de los inspectores municipales, resultando aplicable lo dispuesto en el artículo 2° de la ley N° 19.925, sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas.

“Un reglamento, dictado por el Ministerio de Justicia, determinará las características específicas del Registro que deberán llevar los establecimientos a que se refiere el inciso primero, las medidas de seguridad que deberán adoptarse y toda otra norma que resulte necesaria para su implementación.

“Lo dispuesto en el presente artículo entrará a regir noventa días después de la publicación en el Diario Oficial del reglamento a que se refiere el inciso precedente.”; (...)

I.- MATERIA (...)

SÉPTIMO: Que (...) la norma del artículo 4°, en sus nueve incisos, regula en su totalidad una materia propia de ley orgánica constitucional, a que se refiere la Constitución Política de la República en su artículo 77, toda vez que los referidos incisos en su globalidad constituyen un todo armónico e indivisible que no es posible separar o escindir. Motivo por el cual forma parte, de igual modo, de la aludida ley orgánica constitucional (...);

II.- OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LA NORMA.

1) QUIÉN LLEVA EL REGISTRO.

DECIMOPRIMERO: Que el proyecto en revisión alcanza únicamente a los “establecimientos comerciales cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet”, los que ejercen un comercio reconocido como “Centros de Acceso a Internet” (...).

2) *QUIÉN PUEDE CONOCER DEL REGISTRO.*

DECIMOSEGUNDO: Que el proyecto regula el examen de estos registros a petición del Ministerio Público y previa orden del juez de garantía, pero sin insertar esta norma dentro del Código Procesal Penal, ni remitirse a las formalidades que prescribe este cuerpo normativo.

Con todo, de entenderse aplicables éstas, tal competencia no aparece condicionada a las necesidades imperiosas de una investigación en curso respecto de delitos específicos y determinados, como tampoco se contemplan a este efecto las debidas garantías procesales para el afectado. Más todavía, al no negarse su procedencia, podría interpretarse que esta diligencia cabe aun “sin conocimiento del afectado”, lo que no resulta justificado (...).

3) *CÓMO SE CUSTODIA EL REGISTRO.*

DECIMOCUARTO: Que para resguardar el contenido de estos archivos, se establece un genérico deber de reserva cuya infracción se castiga con una mera sanción de multa y hasta clausura temporal o definitiva, en tanto que de ser cometido análogo ilícito por empleados públicos, con perjuicio del afectado, la pena sería privativa de libertad, acorde con el Código Penal y otras leyes especiales. (...)

DECIMOQUINTO: Que, además, el proyecto no consagra medidas legales de seguridad tendientes a evitar desviaciones en el uso del registro, ni establece medidas de salvaguarda atinentes a la conservación, debida corrección y posterior destrucción de los datos reunidos, desde que no determina la suerte del registro transcurrido que sea el plazo de mantención de un año; amén de que en el intertanto no se ordena entregar, a la persona anotada, copia auténtica de respaldo. (...)

III.- *LIBERTADES E IGUALDAD ANTE LA LEY.*

DECIMOSÉPTIMO: Que cuadra objetar, por de pronto, que el deber de llevar estos registros pese exclusiva e infundadamente sobre dichos establecimientos cuya “actividad principal” es ofrecer accesos a internet, sin que existan suficientes antecedentes como para inferir -con valor de

probable verdad y un cierto poder predictivo- que en ellos se cometen preferentemente los delitos pesquisados, dando así origen a una condición que de suyo los estigmatiza, desalienta el ingreso de quienes repudian la sensación de vigilancia constante y, por ello, podría inducir su migración hacia otros establecimientos que brindan servicios iguales, tales como hoteles, clubes, cafeterías, bares y restaurantes. (...)

DECIMONOVENO: Que las tareas de acopio de esta clase de hechos personales y su posterior almacenamiento en registros o bancos de datos, con el propósito de facilitar una eventual pesquisa criminal o con miras a producir inteligencia policial, efectivamente envuelven el ejercicio de incisivos cometidos oficiales, vinculados a la investigación de hechos constitutivos de delito y a la conservación del orden institucional.

De modo que, por eso, su realización no puede encomendarse a entidades privadas cuyo negocio es uno muy otro, a la par de sujetarse a estrictas medidas de seguridad -de que el proyecto carece-, especialmente en lo relativo a la custodia e intangibilidad de tales archivos, comoquiera que al no prevenir posibles filtraciones o manipulaciones, aumenta el peligro de que los sujetos registrados se vean expuestos a abusos o a ser incriminados sin causa justificada;

IV.- VIDA PRIVADA O INTIMIDAD. (...)

VIGESIMOPRIMERO: Que, en efecto, [el derecho al respeto y protección de la vida privada] comprende un ámbito de no intromisión en un aspecto reservado de la vida personal, que cierra el paso a las indagaciones de otros, sean agentes estatales o privados.

Esto, a menos que medie el consentimiento espontáneo de la misma persona, a modo de mantener cierto gobierno sobre los datos que le conciernen, o la ley autorice una controlada intrusión para el caso -por ejemplo- de una específica investigación en curso, que haga suponer la comisión de un ilícito concreto y donde no sea posible obtener la información faltante por otros medios en fuentes abiertas.

VIGESIMOSEGUNDO: Que, naturalmente, cualquiera entiende -aun sin ser jurisperito- que está a salvo en su legítima discreción para circular anónima e indistinguiblemente de los demás, sin chequeos o registros, a menos que a juicio de una autoridad competente hubiera causas probables que inciten a pensar que se están perpetrando ilícitos concretos y verosímiles.

De suerte que, esto sentado, dicha intimidad resultaría usurpada en caso de seguimientos o monitoreos sistemáticos, constantes y focalizados para husmear a qué lugares asiste alguien, por pertenecer a una categoría a priori sospechable de ciudadanos; por dónde -vías, caminos o canales- se desplaza en particular; cuál es el número de los sitios que visita y de las direcciones contactadas, precisamente; con quién, o con cuánta duración y frecuencia se producen las conexiones realizadas. Más todavía cuando, a partir de estos datos, hoy es factible ir de hurones e inferir historiales o perfiles individuales, que incluyen hábitos y patrones de conducta humana, hasta poder revelar las preferencias políticas, opciones comerciales e inclinaciones sociales de las personas;

VIGESIMOTERCERO: Que la intimidad no solo puede darse en los lugares más recónditos, sino que también se extiende, en algunas circunstancias, a determinados espacios públicos donde se ejecutan específicos actos con la inequívoca voluntad de sustraerlos a la observación ajena (...).

Así, no obstante que los cibercafés constituyen locales accesibles en general al público, en cuanto no se puede inadmitir a ningún cliente o usuario, a diferencia de otros lugares de afluencia masiva, suelen organizarse internamente en cámaras o cabinas individuales y reservadas, justamente en consideración a los servicios de interconexión que facilitan y a modo de cautelar que dentro de ellos tenga cobijo un cierto ámbito de privacidad. Igualmente internet, puesto que si bien esta red informática mundial configura un espacio abierto a todos, los sitios visitados en un recorrido, así como los correos electrónicos y la mensajería instantánea allí producidos, revisten carácter confidencial; (...).

V.- RESERVA LEGAL.

VIGESIMOQUINTO: Que, como se lleva visto, el proyecto traslada a un reglamento determinar las características del mentado registro y las “medidas de seguridad que deberán adoptarse” a su respecto (...).

VIGESIMOSEXTO: Que, de lo dicho, puede apreciarse que se está ante una delegación normativa constitucionalmente inadmisibles, toda vez que el legislador no ha establecido parámetros objetivos y precisos a los que deba sujetarse la autoridad administrativa a efectos de reglamentar la disposición legal en el tópico aludido.

Como lo señalara esta Magistratura, si bien nuestro ordenamiento permite convocar la potestad reglamentaria con miras a facilitar la ejecución

de una ley, en aspectos técnicos o subordinados que son de suyo variables, sin embargo, los conceptos esenciales deben ser determinables según la ley, al punto de excluir toda arbitrariedad y establecer una sola solución jurídicamente procedente (sentencia Rol N° 718);

2. Disidencia del Ministro Bertelsen Repetto

“[L]as únicas normas orgánico constitucionales contenidas en dicho artículo son las de sus incisos cuarto y sexto, por referirse a materias de aquellas que el artículo 77 constitucional ordena sean reguladas por una ley de esa naturaleza”.

3. Disidencia de los Ministros Fernández Fredes y Carmona Santander

(...) III. EL ACTUAL MARCO NORMATIVO

13. Que, en primer lugar, los cibercafés son actividades desreguladas. Salvo las obligaciones generales propias de toda actividad económica, como tener un RUT y pagar los impuestos y las patentes, no tienen normas especiales que los regulen. En este sentido, cualquiera persona natural o jurídica puede llevar a cabo esta actividad;

14. Que, en segundo lugar, el ingreso a los cibercafés es un acto voluntario por parte del usuario correspondiente. No hay un monopolio que obligue a usar los computadores que se encuentran en ellos. Las personas, libremente, deciden usar un cibercafé, cuál, el horario, etc. El usuario debe cumplir las condiciones que le exija el establecimiento. Estas pueden incluir su identificación;

15. Que, en tercer lugar, no hay restricciones para el uso de internet [en los términos de] la Ley General de Telecomunicaciones (...). Dicha libertad es ratificada por el Reglamento que regula las características y condiciones de la neutralidad de la red en el servicio de acceso a internet (D.S. N° 368/2010, MTT, D.O. 18.03.2011) (...). Las únicas excepciones a este principio general son las que establece la misma ley, las cuales son de distinto tipo. Por de pronto, están aquellas que tienen que ver con tráfico o administración de la red (...). Una segunda excepción es que los propios usuarios se auto restrinjan [a través de bloqueo de contenidos, controles parentales, etc.] (...).

16. Que, en cuarto lugar, los proveedores de internet deben procurar “preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la

seguridad de la red, utilizando para ello las herramientas tecnológicas disponibles” (artículo 10, D.S. N° 369/2010, MTT) (...)

17. Que, finalmente, cabe señalar que de acuerdo a nuestra regulación (Ley N° 19.628) cualquier persona puede crear una base de datos, sin perjuicio de que el tratamiento de los datos personales requiere autorización de su titular. Lo anterior es importante porque, como veremos, el registro que obliga a llevar el proyecto a los cibercafés es técnicamente una base de datos. Por lo mismo, se le aplican todos los principios y derechos de la Ley N° 19.628. Por lo mismo, aunque nada dijera esta ley, igual los dueños del cibercafé pueden tener una base de datos de sus usuarios;

IV. EL ARTÍCULO NO ES ÍNTEGRAMENTE ORGÁNICO (...)

19. Que, en efecto, el artículo 4° solo tiene una materia que es orgánica constitucional: la entrega de competencia al Juzgado de Policía Local para aplicar las sanciones que establece. Ello se enmarca dentro del mandato que establece el artículo 77 de la Constitución, pues confiere una atribución a un tribunal. Por el contrario, el resto del artículo contiene materias propias de ley común. El voto de mayoría extiende la competencia del Tribunal, aplicando el criterio del todo armónico e indivisible (Considerando 7°);

20. Que dicha interpretación, a nuestro juicio, atenta contra una doctrina consolidada sobre el alcance que puede dársele a las materias que, según la Constitución, deben ser reguladas por una ley orgánica constitucional. El criterio rector que debe inspirar la hermenéutica constitucional es el de excepcionalidad de este tipo de leyes (...)

21. (...) Luego, solo son materias de ley orgánica constitucional conforme el artículo 77 de la Constitución aquellas relativas a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, sin que pueda extenderse la competencia de esta Magistratura a materias ajenas a dicho ámbito; (...)

V. NATURALEZA DEL REGISTRO (...)

29. Que, en consecuencia, la base de datos que regula el proyecto de ley tiene dos marcos jurídicos. Por una parte, todas las regulaciones que el mismo establece. Por la otra, todas las regulaciones que establece la Ley N° 19.628. De acuerdo al artículo 1° de esta ley, “el tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley”;

30. Que dicha ley resguarda lo que se denomina el derecho a la autodeterminación informativa. Es decir, se encarga de proteger a las personas de la circulación de la información que sobre ellas mismas existe en distintos centros de acopio. Dicho derecho es la dimensión activa del derecho a la vida privada. Mientras la vida privada era concebida clásicamente como la no interferencia ilegítima en la vida personal, se entendía de una manera pasiva. Era el derecho a no ser molestado. El derecho a la autodeterminación, en cambio, implica controlar los datos que circulan sobre cada uno de nosotros. Por eso, la Ley N° 19.628 se denomina sobre protección de la vida privada;

31. Que esta ley permite el tratamiento de datos personales bajo dos supuestos. Por una parte, cuando el titular consienta en ello. Dicho consentimiento debe ser expreso, constar por escrito y previa información (artículo 4°). Por la otra, cuando la ley lo permita (artículo 4°);

32. Que la base de datos que permite el proyecto es un tratamiento autorizado por una norma legal;

VI. NO SE AFECTA LA VIDA PRIVADA. (...)

34. Que no compartimos [el criterio de la mayoría]. En primer lugar, porque el mundo moderno se estructura en base al uso de información. El uso de ordenadores, el acceso a internet y a bases de datos permiten el procesamiento de gran cantidad de datos de todo tipo. Es cada vez más difícil sustraerse a esa realidad. De ahí que la forma de proteger la vida privada no sea impidiendo la creación de bases de datos, sino posibilitando conocer la existencia de estas bases y facultando al titular de los datos para pedir su eliminación bajo ciertos supuestos. Es tan evidente esta constatación que la Ley N° 19.628 parte de la base de que “toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales” (artículo 1°, Ley N° 19.628). Por eso, protege la vida privada no impidiendo el tratamiento, sino regulándolo. (...) Una interpretación extensiva del artículo 19 N° 4° de la Constitución, considerando solo la dimensión pasiva del derecho a la privacidad, pondría a nuestro comercio en una situación que le haría imposible crecer y desarrollarse;

35. Que, en segundo lugar, de no existir la norma objetada, igual el dueño de un cibercafé puede crear una base de datos con sus usuarios, haciendo uso de las facultades de la Ley N° 19.628. Será decisión de los usuarios usar o no, bajo esas condiciones, dicho establecimiento. Pero la imposición de esa condición por el dueño no implica establecer una condición abusiva de acceso;

36. Que, en tercer lugar, no hay que olvidar que el uso de un cibercafé es un acto voluntario, no forzado. El usuario concurre a él libremente. Por lo mismo, asume las condiciones de su uso. Estas tienen que ver con las conveniencias personales (ubicación, precio, calidad, etc.) y con las regulaciones propias del establecimiento y las legales, entre las que se encuentra el registro. La entrega de datos al registro, si bien es impuesta por la ley, se funda en un acto espontáneo del usuario. Si el interesado quisiera evitar registrarse, podría hacerlo, accediendo al servicio por su propia cuenta. El usuario tiene la libertad de elegir (...)

37. Que, en cuarto lugar, la norma persigue una finalidad legítima. Esta consta en la historia fidedigna del precepto. Se buscó, tal como ya se indicó, facilitar la persecución de los delitos que el proyecto de ley sanciona. Recordemos que éste busca facilitar la represión penal del acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico. Esta finalidad fue debidamente ponderada por el legislador. No nos corresponde a nosotros, como Tribunal, realizar un juicio de mérito de los actos legislativos que nos corresponde controlar (STC Rol 792/2008; 1065/2008; 1295/2009; 1346/2009), ni anteponer nuestras propias razones. Nosotros debemos controlar que estas razones sean suficientes y concordantes con la regulación que se propone (STC Rol 1295/2009). Además, este Tribunal no puede cuestionar las normas que examina sobre la base de hipótesis probables o proyecciones de efectos. El estar en un registro de un cibercafé por haber usado sus computadores, no pone a nadie en categoría de sospechoso. Si luego, en una investigación, se determina que desde ahí se cometieron delitos, ese es un problema de aplicación de la norma (...)

38. (...) El proyecto de ley objetado no obliga a registrar los sitios de internet que el usuario consulta. Tampoco los correos electrónicos que envía. Ni permite que se anote para qué emplea el computador el usuario. Solo permite que se deje constancia del hecho de su visita y del computador que empleó. Es otra norma de nuestro sistema jurídico la que obliga a que las empresas respectivas guarden la información de uso de cada cliente. Por lo mismo, sería contradictorio que se pueda conocer los sitios que un usuario de internet emplea, y que no se pudiera registrar al usuario que concurre a un cibercafé. Ello equivaldría a conocer la información, pero no quién se interconecte con ella (...)

39. Que, en sexto lugar, la norma tiene suficientes resguardos. En primer lugar, hay una obligación de reserva, cuyo incumplimiento genera sanciones. En segundo lugar, el acceso a esa información es restringido, pues solo se puede llegar a esos datos previa orden judicial de un juez

de garantía. En tercer lugar, están todos los resguardos propios de la Ley N° 19.628. Ello elimina ciertas aprensiones sustentadas en el voto de mayoría, como quién es el responsable o qué se hace con los datos, transcurrido el plazo de conservación, pues eso está regulado en esta ley. En cuarto lugar, el cumplimiento de las medidas de resguardo será fiscalizable por los inspectores municipales y Carabineros. Finalmente, están todas las medidas de seguridad que dicte el Presidente de la República mediante el reglamento que la ley obliga a expedir para tal efecto;

VII. NO SE VULNERA LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

41. Que no compartimos [el criterio de la mayoría en ese ámbito]. En primer lugar, porque, como se desprende de la historia fidedigna del precepto, restringirlo únicamente a los cibercafés y no ampliar el registro a las universidades, bibliotecas y colegios, entre otros establecimientos, se debió al ánimo de evitar la burocratización del sistema. Además, que para los propósitos que busca el registro, la mayoría de los usuarios comprometidos en las conductas reprochadas (acoso sexual de menores, pornografía infantil y posesión de material pornográfico) usaba solo los cibercafés. Esas son razones suficientes para estos disidentes;

42. Que, en segundo lugar, hay dos razones que emanan del precepto. De un lado, la norma se aplica a todos los cibercafés, no solo a algunos. Del otro, la norma se aplica a los establecimientos comerciales cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet (...)

43. Que, en tercer lugar, como bien señalaron los parlamentarios durante la discusión del precepto, la norma podía bajar la rentabilidad de los negocios, a consecuencia de la negativa de personas celosas de su intimidad a entregar estos antecedentes sobre su identidad (Informe Comisión Mixta, pág. 16). Sin embargo, la Constitución no garantiza el éxito económico de las actividades, ni el lucro de las mismas (...)

VIII. NO SE AFECTA LA RESERVA LEGAL

45. Que no compartimos [el criterio de la mayoría en ese ámbito]. En primer lugar, no puede objetarse la sola remisión al reglamento. La potestad reglamentaria del Presidente de la República tiene rango constitucional. Por lo mismo, la ley no puede prohibir su ejercicio. Aunque la ley no convocara al reglamento, igual se podría dictar uno para pormenorizar y complementar la regulación legal;

46. Que, en segundo lugar, porque gran parte de esas condiciones están definidas por el propio precepto y por la ley de bases de datos, la Ley N° 19.628. No hay, por tanto, una deslegalización, porque la médula de la regulación está en la ley;

47. Que, en tercer lugar, porque la ley convoca al reglamento sobre un aspecto en que el Ejecutivo está en condiciones de llevar a cabo la función regulatoria: las “medidas de seguridad” que debe llevar el registro;

48. Que, finalmente, si el reglamento excede o contraviene la ley o la Constitución, el sistema jurídico contempla mecanismos para dejarlo sin efecto (...).”.

III. TEMAS PARA REFLETIR

A partir de la lectura del fallo estudiado y de sus fundamentos principales, es posible identificar varios temas polémicos y cuestionamientos importantes para la reflexión acerca de las garantías y libertades individuales en Chile. A seguir, algunas propuestas de temas para discusión.

1. Aspectos procesales

- A) ¿Cuáles son los hechos de este caso? ¿Existe una “causa” o litigio? ¿Con base en qué norma actúa el TC en este caso? ¿Esta atribución vulnera o puede producir una vulneración del principio de separación de poderes?
- B) ¿Qué razones da el voto de mayoría para reconocer aquí la existencia de un caso susceptible de ser conocido por el Tribunal en control preventivo obligatorio? ¿Cómo tratan el tema los ministros disidentes?
- C) Según el voto de disidencia, no le corresponde al TC realizar un juicio de mérito de los actos legislativos que controla, ni anteponer sus propias razones, sino que debe controlar que estas razones sean suficientes y concordantes con la regulación que se propone. Analice esta afirmación bajo la luz de las competencias que ejerce el TC. ¿En el caso estudiado, esta fue, efectivamente, la postura del Tribunal al fallar?

2. Libertades e igualdad ante la ley

- A) ¿Cómo produciría el proyecto una violación a la igualdad ante la ley desde el punto de los responsables por los cibercafé afectados? ¿Y desde el punto de vista de los usuarios de dichos establecimientos? ¿Cómo es tratado el tema en el fallo?

- B) La mayoría afirma (considerando 22°) que, *“naturalmente, cualquiera entiende -aun sin ser jurisperito- que está a salvo en su legítima discreción para circular anónima e indistinguiblemente de los demás, sin chequeos o registros, a menos que a juicio de una autoridad competente hubiera causas probables que inciten a pensar que se están perpetrando ilícitos concretos y verosímiles”*. ¿Un oficial de carabineros puede legítimamente realizar un control de identidad en la vía pública, a cualquier hora del día?¹⁶
- C) ¿El registro de usuarios de cibercafés podría vulnerar la garantía de la presunción de inocencia? ¿Qué argumentos utiliza la mayoría para defender su posición sobre este tema? ¿Y la minoría?

3. El debido proceso

- A) El voto de mayoría señala que el proyecto regula el examen de los registros de usuarios de cibercafés a petición del Ministerio Público y previa orden del juez de garantía, pero sin insertar esta norma dentro del Código Procesal Penal, ni remitirse a las formalidades que prescribe este cuerpo normativo. ¿Cómo rebate este argumento la disidencia? ¿Es posible que una ley común tenga contenido procesal penal, aunque no importe una modificación al código del ramo?
- B) Como subraya el voto de mayoría (considerando 14°), para resguardar el contenido de los archivos con los datos colectados en los cibercafé, *“se establece un genérico deber de reserva cuya infracción se castiga con una mera sanción de multa y hasta clausura temporal o definitiva, en tanto que de ser cometido análogo ilícito por empleados públicos, con perjuicio del afectado, la pena sería privativa de libertad”*. ¿Sería posible vislumbrar alguna razón para este tratamiento distinto? ¿Cómo soluciona el tema el voto disidente?

4. Concepto y contenido de privacidad y derecho a la protección de la vida privada

- A) ¿Qué palabras comúnmente asociamos con la idea de privacidad? ¿Con base en estas palabras, cuáles son las definiciones de privacidad que podemos obtener? ¿Cuál de estas definiciones se acerca más a aquella utilizada en el fallo? ¿Esta definición es la misma utilizada en el voto de minoría? Identifique la definición utilizada en otros fallos del TC. ¿Es

¹⁶ Véase artículo 85 del Código Procesal Penal.

posible identificar un núcleo o “esencia” del derecho a la privacidad en Chile, o sea, una condición necesaria y suficiente que toda situación que caiga bajo la protección de la privacidad debiera cumplir?

- B) *“Una definición satisfactoria sería aquella que se acercara en la forma más fiel posible a los usos que se le da a la palabra privacidad en la práctica jurídica, y que a la vez fuera capaz de identificar los elementos que hacen de la privacidad un bien jurídico con las características propias, de manera que pueda servir para distinguir la privacidad de otros bienes jurídicos con los que normalmente se le asocia”*.¹⁷ El término privacidad, originario del inglés *privacy*, es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como: 1.f. *Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión. ¿Esta definición es satisfactoria desde el punto de vista de la jurisprudencia y del ordenamiento jurídico chileno?*
- C) El derecho a la “vida privada” es una innovación de la CPR chilena de 1980, ya que las constituciones anteriores se limitaban a incorporar algunas dimensiones que hoy señalaríamos como pertenecientes a la vida privada “espacial” –inviolabilidad del hogar y de la correspondencia.¹⁸ Históricamente, la defensa y tutela jurídica de la vida íntima ha aparecido como una forma de tutela de un ámbito físico o territorial sobre el cual se ejerce la propiedad y la comunicación, hasta fines del siglo XIX, restringida a la correspondencia epistolar, aparece también tutelada como derecho de propiedad (sobre la carta), generando el delito de violación de correspondencia. La ampliación de la percepción del concepto de intimidad o vida privada como un interés digno de protección con autonomía del derecho de propiedad parece tener su origen en el pensamiento de John Suart Mill, según el cual la comunidad debe respetar no solo la libertad de opinión, sino también la de conducta, es decir, la libertad de conciencia, de pensamiento, expresiones, gustos y propósitos.¹⁹ ¿Es posible afirmar que el fallo estudiado acompaña la tendencia histórica recién descrita? Explique.
- D) En la jurisprudencia norteamericana, la *privacy* es entendida como el derecho individual para ser libre de indebidas injerencias gubernamentales, los individuos deben gozar de una esfera de autonomía de decisión que les permita optar libre y solitariamente lo que consideran mejor

¹⁷ UNDURRAGA (2005) p. 513.

¹⁸ GÓMEZ (2005) p. 313.

¹⁹ CORRAL (2000) p. 53.

para ellos, despreciando las convenciones sociales. La doctrina del *privacy* ha sido utilizada en casos relativos a leyes que prohibían el uso de anticonceptivos o la realización del aborto, como una nueva lectura de los criterios antiguos que se apoyaban en la protección del derecho de propiedad, para entender que la casa –y más aún el dormitorio– es un ámbito privado en el que el Estado no debe intervenir.²⁰ ¿Es correcto decir que en Chile se adopta la misma concepción de privacidad que los norteamericanos? ¿Por qué?

5. El derecho a la vida privada en el Derecho Internacional

- A) El artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos dispone:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Analice el fallo estudiado según los parámetros del referido artículo.

- B) El Tribunal de Derechos Humanos Europeo ha señalado que si las atribuciones de un organismo estatal (en el caso la Administración de Aduanas francesa) son tan amplias que puede fijar, sin necesidad de orden judicial, la oportunidad, el número, la duración y las operaciones de control sobre el domicilio del afectado, se transgrede el derecho a la vida privada (*Funke v. Francia*, sentencia de 25 de febrero de 1993). Sin embargo, ha señalado que registros domiciliarios, retenciones de personas e incluso toma de fotografías como parte de un operativo para combatir el terrorismo están justificados (caso *Murray v. Reino Unido*, sentencia de 28 de octubre de 1994). ¿Cómo se justifica la diferencia de criterio en uno y otro caso, según lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos? ¿Cómo podrían aplicarse estos precedentes al caso del fallo estudiado?

²⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), citada por CORRAL (2000) p. 58.

6. Bienes jurídicos protegidos

- A) En el fallo estudiado, ¿qué es lo que se quiere proteger mediante la garantía de la privacidad? ¿Cuáles son los bienes jurídicos que subyacen a la privacidad en el caso concreto? ¿Estos bienes, o la ponderación que se hace de ellos, es la misma en el voto de mayoría y en el de minoría?
- B) En el caso Alvarado Solari con diario La Cuarta, la Corte de Apelaciones, en sentencia confirmada por la Corte Suprema, falla que no hay vulneración de la privacidad en el acto de sacar y publicar en un diario, sin permiso, una foto a una mujer que jugaba paletas en traje de baño en la playa. En este caso, ¿cuál fue considerado por la Corte como el elemento central del derecho a la privacidad? En esta decisión, ¿cómo se conjugan las ideas de “acceso prohibido”, por un lado, y pudor o tranquilidad, por otro?
- C) El artículo 161-A del Código Penal castiga al que capte, intercepte, grave o reproduzca por cualquier medio, en lugar que no sea de libre acceso, y sin la autorización del afectado, conversaciones o comunicaciones de carácter privado. ¿Este artículo provee una adecuada protección del derecho a la privacidad de las conversaciones o comunicaciones de carácter privado? ¿Por qué? Con base en los criterios expuestos en el voto de mayoría, ¿cómo fallaría el Tribunal un requerimiento de inaplicabilidad del artículo 161-A del Código Penal en un caso de grabación no autorizada de una conversación privada llevada a cabo en un restaurant?
- D) ¿Qué instrumentos contempla el ordenamiento jurídico chileno para proteger la privacidad? ¿Qué garantías constitucionales se vinculan en términos de contenido al derecho a la vida privada? ¿Qué garantías no son contempladas o lo son de manera débil o insuficiente? ¿Cómo se podrían suplir dichas omisiones? ¿El derecho a la intimidad informática puede entenderse incluido en el derecho a la vida privada?
- E) Establezca una relación de género a especie entre vida privada, intimidad y dignidad de la persona. Señale aspectos específicos de cada una de dichas esferas. ¿En cuál de las tres esferas ubicarías a la exclusión de la tortura, la prohibición del delito de conciencia, el derecho a guardar silencio en materia penal y el tratamiento especial de informaciones obtenidas bajo secreto profesional o confesión religiosa? ¿Por qué?
- F) Desde el punto de vista de la información, la vida pública en cuanto tal puede y debe ser objeto de mensajes informativos, sobre todo si la actividad de la persona es o puede ser pública, en el sentido de afectar a una

generalidad mayor o menor de ciudadanos. ¿Cuáles son los supuestos de intromisión en la vida privada? ¿Y en la intimidad?

- G) ¿Es posible contemplar aspectos de la vida privada que merezcan mayor protección jurídica que otros?
- H) Imagine que, a través de las cámaras de seguridad de un cibercafé, fuese posible identificar el usuario de un computador determinado en un horario específico y de esa manera llegar al autor de un cibercrimen. ¿Se vulneraría la privacidad del usuario? ¿Y si hubiese una cámara en cada cabina?
- I) De la lectura de la historia de la Ley n° 19.927, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, se desprende que existen argumentos para sostener que la mera tenencia de material pornográfico infantil no debiera ser constitutiva de un delito, a menos que exista un vínculo directo de ese almacenaje con la producción, comercialización o distribución de dicho material pornográfico. Según los defensores de esta doctrina, sancionar la mera posesión de dicho material implica inmiscuirse en una esfera de la vida privada de las personas, que puede ser reprochable ética o moralmente, pero no puede traer aparejada consecuencias penales. Además, se sostiene que debe considerarse el principio de lesividad, según el cual el Estado interviene cuando existe un daño a un bien jurídico. En ese sentido, si se entiende que la tenencia de material pornográfico infantil provoca ultraje público a las buenas costumbres, no podría existir daño si la conducta es perpetrada en el ámbito privado. Si se entiende que ataca la indemnidad sexual del menor, deberá probarse la existencia de las personas que aparecen en el material, sus edades y ubicación, ya que sería ridículo pensar en la afectación de la indemnidad sexual de una persona fallecida. ¿Está usted de acuerdo con esta posición? ¿Qué argumentos jurídicos podrían utilizarse para defender la tesis opuesta? ¿Esta doctrina podría ser aplicada en otros casos, como, por ejemplo, el consumo de marihuana?

7. Autodeterminación informativa

- A) El Tribunal Federal alemán denegó un censo federal por cerca de cuatro años por los potenciales abusos que se percibían en ciertas disposiciones de la Ley de Censos del año 1982, y que podían generar en el uso de la

información requerida en perjuicio de la personalidad.²¹ En una famosa sentencia, el Tribunal desarrolló, sobre la base del derecho general de la personalidad, el derecho a la autodeterminación informativa, es decir, *“el derecho o capacidad de cada persona como consecuencia de la idea de la autodeterminación, a decidir ella misma cuándo y dentro de qué límites o márgenes se pueden revelar circunstancias personales de la vida”*.²²

- B) En la actual sociedad informatizada, el concepto de vida privada es considerado desde la doble vertiente en que, por un lado, comprendemos en ella el aspecto negativo de defensa ante intrusiones externas y, por el otro, la moderna concepción dinámica de privacidad que la entiende también como una prerrogativa de control sobre las informaciones personales que circulan.
- C) ¿Cómo trata la mayoría el tema de la autodeterminación informativa? ¿Y la minoría? ¿Cómo trata el voto de mayoría el argumento de la disidencia en el sentido que se aplicaría la Ley sobre Protección de Datos de Carácter Personal, Ley n° 19.628, a los datos recogidos en los cibercafés? Según el criterio de decisión de conflicto aparente de normas “ley especial deroga ley general”, ¿cuál sería la norma aplicable al caso?
- D) Según la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, el tratamiento de los datos personales solo podrá efectuarse cuando la ley lo autorice o el titular consienta expresamente en ello. Sin embargo, no se requiere autorización si se trata de datos que realicen personas jurídicas privadas para su uso exclusivo o de sus asociados o entidades afiliadas con fines estadísticos, de tarificación u otros.²³ ¿Cuál puede haber sido el fundamento que tuvo en consideración el legislador para dispensar estas entidades de la necesidad de autorización? ¿La colecta de datos por parte de los cibercafés se encuadra en esta categoría?
- E) Actualmente, es enorme el caudal de informaciones personales de diversa índole que manejan los bancos de datos públicos y privados. Enumere hipótesis de utilización de estos datos que sea atentatoria contra la intimidad o vida privada de las personas. En nuestra sociedad de la tecnología

²¹ La masiva recogida de datos (160 preguntas) destinados a su procesamiento electrónico, hizo sospechar a algunos sectores de la sociedad que no había finalidades estadísticas, sino más bien de control por parte del Gobierno.

²² Sentencia del Tribunal Federal alemán 65, 1/42, citada por CORRAL (2000) p. 62.

²³ Artículo 4° incisos cuarto y quinto Ley n° 19.628 de 1999.

e informática, ¿es posible controlar el caudal de información personal que circula? ¿Es posible regular adecuadamente el tratamiento de dichos datos de manera de circunscribir algunos aspectos de la privacidad para sustraerlos del torrente informativo? ¿Es posible que el uso de las herramientas que provee la informática y la multiplicidad de informaciones privadas que circulan y la creciente recopilación y almacenamiento de datos personales de la más diversa índole hayan traído como consecuencia un cambio en valores como la intimidad y la vida privada? ¿En qué sentido? ¿Hay un interés social involucrado que exige conocer aspectos personales y manejar la información pertinente proporcionándola legítimamente a quienes la requieren, y sin afectar con ello el ámbito de lo privado? ¿Está adecuadamente protegido el titular del derecho de manera de impedir intromisiones no deseadas o una indebida utilización de la información obtenida?

8. El derecho de acceso

- A) Actualmente se encuentran en trámite en el Congreso Nacional dos proyectos, que tienen como objetivo garantizar a nivel constitucional el “derecho de acceso a internet”.²⁴ Según la moción parlamentaria presentada en uno de ellos²⁵, con la reforma “*se garantizará el principio denominado ‘Acceso Universal’, que consiste en que cualquier habitante de la nación, con independencia de su ubicación geográfica, podrá tener acceso a Internet y no tan solo acceso, sino con una calidad determinada y un precio asequible.*” La moción señala que el tema ha sido regulado en países como Finlandia, Suiza, Francia, España, Australia y México, y que se trata de un complemento para la satisfacción de otros derechos como el acceso a la información, el derecho a la educación, la libertad de expresión, entre otros.

Por otro lado, junto con la ampliación del acceso a internet en Chile, vienen problemas como lo que en el Derecho anglosajón se conoce como *childgrooming*, entendido como la práctica de contactar a menores en sitios de conversación mediante identidades simuladas para sostener con ellos conversaciones de carácter sexual con el objeto de conseguir que

²⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2007), propone una “Reforma constitucional que incorpora como un derecho esencial el de acceso a conectividad de información digital”, en trámite desde 12/10/2006; y BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2007a), que “Establece la garantía del acceso universal a las tecnologías de la información y la comunicación”, en trámite desde 16/06/2010.

²⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2007a).

el menor envíe imágenes suyas para procurar su excitación sexual, o incluso encontrarse físicamente para abusar de ellos.²⁶

¿El derecho de acceso a internet debe ser considerado un derecho fundamental? ¿El rol de derechos fundamentales consignados en la CPR es taxativo o enumerativo? ¿Cómo podría materializarse un eventual derecho constitucional al acceso a internet desde el punto de vista de las políticas públicas? ¿Y desde el punto de vista de los jurisdicionados? ¿Qué ventajas se presentan al jurisdicionado el que un derecho esté consagrado constitucionalmente? ¿No es suficiente para asegurar el derecho de acceso lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley n° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones («*Todos los habitantes de la República tendrán libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones y cualquier persona podrá optar a las concesiones y permisos en la forma y condiciones que establece la ley.*»)?

9. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la protección de la vida privada

A) Analice la siguiente jurisprudencia del TC en materia de protección de la vida privada y compare cada una de las decisiones expuestas con el fallo estudiado, desde el punto de vista de los intereses y bienes jurídicos en conflicto en cada caso. ¿Con qué bienes jurídicos se relaciona el derecho a la vida privada en cada una de las sentencias? ¿Cuáles fueron los bienes jurídicos ponderados? ¿Cuál fue el bien jurídico considerado más importante en cada caso? ¿Cuál es el caso que más se asemeja al fallo estudiado?

a) *Rol n° 389-2003-CPR*, control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica el Código Penal en materias de lavado y blanqueo de activos.

En este caso, el TC consideró que el artículo 2° inciso 1° letra b) del proyecto era inconstitucional porque otorgaba a la Unidad de Análisis Financiero facultades discrecionales para recabar todo tipo de antecedentes respecto de cualquier persona, sin que se acote su competencia al ámbito estricto en que podría justificarse y sin que se establezca parámetros objetivos de actuación del órgano, lo que

²⁶ Moción parlamentaria a través de la cual se inicia la tramitación del proyecto que culminó con la promulgación de la Ley n° 20.526, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil.

transgrede la privacidad, la inviolabilidad de las comunicaciones y la dignidad humana, garantizadas en los arts. 19 n° 4, 19 n° 5 y 1 de la CPR. Además, se consideró que el proyecto no contemplaba controles heterónomos, especialmente de naturaleza judicial que pudieran evitar o rectificar la violación de los derechos a la privacidad y a la reserva de las comunicaciones.

El Tribunal señaló que la privacidad integra los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, los cuales emanan de la dignidad personal, y son, por su cualidad de íntimos de cada sujeto, los más cercanos o próximos a esta característica, única y distintiva, del ser humano. Por tal razón, ellos merecen reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos tanto por la ley, como por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebradas entre éstos (considerando 20). El TC agregó que el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad (considerando 21).

- b) *Rol n° 433-2005-CPR*: control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que sustituye la Ley n° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

En este caso, el Tribunal entiende que la atribución del Ministerio Público para solicitar entrega de documentos sin limitación afecta el derecho a la privacidad, y afirma que el legislador tiene la facultad de limitar el ejercicio de derechos pero siempre con la restricción de no afectar la esencia de éstos. La habilitación para vulnerar éstos derechos que entrega a un órgano, sin reservas ni determinación de pautas objetivas y sujetas a control, vulneran el derecho de un procedimiento e investigación racionales y justos y vulnera en la esencia los derechos a la vida privada y reserva de comunicaciones privadas (considerandos 26, 28, 30, 32 y 34).

- c) *Rol n° 1365-2009-INA*: requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 5°, 6°, 16, 17, 18 y 1° transitorio, inciso segundo, de la Ley N° 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN.

El Tribunal entendió que la toma de muestras biológicas en forma forzada para extraer la huella genética e incorporarla al Sistema

Nacional de Registros de ADN puede llegar a limitar el derecho a la integridad física y psíquica, así como al derecho a la privacidad (c. 18). Sin embargo, el derecho a la integridad física y psíquica de una persona condenada no se ve menoscabado en su esencia, toda vez que la inclusión de su huella genética en el Registro de Condenados a que se refiere la Ley N° 19.970 solo supone la toma de muestra biológica sin mayor detrimento corporal ni espiritual. De la misma forma, no se afecta la esencia de su derecho a la privacidad en la medida que la esfera íntima que toda persona desea resguardar de la injerencia de terceros no sufre ningún detrimento, en este caso, que no sea el estrictamente indispensable para la identificación respectiva, lo que, incluso, puede ser decisivo para probar su inocencia en la comisión de futuros hechos delictivos (considerando 37).

La toma de huella genética a una persona condenada es una limitación legítima de la privacidad constituida por lo que la ciencia asocia a la obtención del “ADN no codificante”, que no permite revelar ni indagar otras características de la personalidad –distintas de la identidad– o de la ascendencia de la persona afectada. La ley garantiza el carácter secreto del Sistema Nacional de Registros de ADN, en cuanto solo puede ser consultado por el Ministerio Público y por los tribunales o por los órganos públicos a quienes ellos autoricen. Por otro lado, la ley impone el deber de reserva sobre la información relacionada con los registros respectivos a toda persona que intervenga en la toma de muestras, obtención de evidencias y determinación de huellas genéticas. Puede afirmarse, entonces, que la privacidad de las personas condenadas, que se encuentran en los supuestos descritos por la Ley N° 19.970, se ve afectada, en forma precisa y determinada, y solo en la medida que dicha afectación coadyuve al cumplimiento de los objetivos que persigue el legislador (considerando 27).

- d) *Rol n° 1683-2010-INA*, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, que dispone “*El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio*”.

En este caso, el Tribunal señala que el derecho a la privacidad es la situación de una persona, en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones de agentes externos y ajenos a su interioridad física o psicológica y las relaciones que mantiene o tuvo con otros. Sin embargo, afirma que este derecho puede tener limitaciones legales por

finalidades razonables, además de la intromisión estatal justificada en caso de realización de hechos delictivos (cc. 38, 39 y 41). El derecho a la privacidad cede ante la protección del derecho a la indemnidad sexual, siendo este delito una limitación legal al derecho de privacidad fundada en la protección especial a los menores de edad que por falta de madurez no pueden ponderar las consecuencias de su conducta (considerando 41).

- e) *Roles n° 1732-2010-INA y 1800-2010-INA* (acumulados), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo décimo, letra h), de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública.

El Tribunal afirma que se encuentran fuera del ámbito protegido de la vida privada aquellos datos o aspectos que acarrearán repercusiones para la ordenación de la vida social y pueden afectar derechos de terceros e intereses legítimos de la comunidad. La publicidad de las remuneraciones de los requirentes responde al principio de transparencia de la función pública y está establecida por el legislador en procura de resguardar la probidad y el correcto funcionamiento de una empresa que tiene una importante misión social establecida por ley. La aplicación de los preceptos impugnados no afecta la igualdad de TVN, pues la diferencia que se aduce discriminatoria responde a un hecho objetivo, posee un fin lícito y deseado por la CPR, establece una restricción mínima y razonable respecto de sus competidores, además de cumplir con las formalidades constitucionales (tener el carácter de una ley de quórum calificado).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2007): “Boletín n° 4612-07, que propone una Reforma Constitucional que incorpora como un derecho esencial el de Acceso a Conectividad de Información Digital”. Disponible en: <<http://www.senado.cl/appsenado/templatess/tramitacion/index.php>>. Fecha de consulta: 22 de agosto 2011.

_____ (2007a): “Boletín n° 6987-07, que establece la garantía del acceso universal a las tecnologías de la información y la comunicación”. Disponible en: <<http://www.senado.cl/appsenado/templatess/tramitacion/index.php>>. Fecha de consulta: 22 de agosto 2011.

_____ (2011): “Historia de la Ley n° 20.526, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de

material pornográfico infantil". Disponible en: <<http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=2011>>. Fecha de consulta: 22 de agosto 2011.

CORRAL, Hernán (2000): "Configuración jurídica del derecho a la privacidad: origen, desarrollo y fundamentos", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27 n° 1, pp. 51-79.

GÓMEZ, Gastón (2005): "El derecho a la vida privada en la jurisprudencia de protección", *Derechos fundamentales y recurso de protección* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 313-419.

UNDURRAGA, Verónica (2005): "La privacidad como bien jurídico", en Varas, Juan (coord.), *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, Editorial LexisNexis) pp. 509-530.

JURISPRUDENCIA CITADA

1° Tribunal de Juicio Oral En lo Penal de Santiago, *Riquelme Gutiérrez con Duarte Caroca* (2008): 17 de noviembre de 2008, R.U.C. 0800205760-4, R.I.T. n° 111-2008.

Corte Suprema, *Middleton Bengoa y Harseim Nemes con Ministerio Público* (2009): 18 de agosto de 2009 (recurso de nulidad), rol n° 3557-2009.

Tribunal Constitucional, *Molina Vallejo con Fuenzalida Calvo y otros* (2009): 2 de noviembre de 2010 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), rol n° 1419-2009-INA.

Tribunal Constitucional, *Iberoamericana de Energía Ibener S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2006): 27 de julio de 2006 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), rol n° 480-2006-INA.

Tribunal Constitucional, *Quilaqueo Bustos con Director Regional de Gendarmería de la Región de la Araucanía* (2009): 8 de abril de 2010, (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), rol n° 1365-2009-INA.

Tribunal Constitucional, *Cabezas Villalobos y otros con Televisión Nacional de Chile* (2010): 21 de junio de 2011 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), rol n° 1732-2010-INA y rol n° 1800-2010-INA (acumulados).

Tribunal Constitucional, *Sepúlveda Álvarez con Ministerio Público* (2010): 4 de enero de 2011 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), rol n° 1683-2010-INA.

Tribunal Constitucional, *Oficio n° 4521, enviado por la Cámara de Diputados* (2003): 28 de octubre de 2003 (control previo de constitucionalidad), rol n° 389-2003-CPR.

Tribunal Constitucional, *Oficio n° 5344, enviado por la Cámara de Diputados* (2005): 25 de enero de 2005 (control previo de constitucionalidad), rol n° 433-2005-CPR.

Tribunal Constitucional, *Oficio n° 9190, enviado por la Cámara de Diputados* (2011): 12 de julio de 2011 (control previo de constitucionalidad), rol n° 1894-2011-CPR.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución Política de la República de 1980, modificada por Decreto n° 100, de 17 de septiembre de 2005.

Código de Ética Profesional, vigente desde el 1 de agosto de 2011, aprobado en la sesión ordinaria del 4 de abril de 2011 del Consejo General del Colegio de Abogados de Chile.

Código Penal, actualizado al 22 de noviembre de 2016.

Código Procesal Penal, actualizado al 12 de octubre de 2000.

Ley n° 16.643 de 4 de septiembre de 1967, que fija el texto definitivo de la Ley n° 15.576, sobre abusos de publicidad.

Ley n° 18.168 de 2 de octubre de 1982, Ley General de Comunicaciones.

Ley n° 19.366 de 30 de enero de 1995, sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Ley n° 19.423 de 20 de noviembre de 1995, que agrega disposiciones que indica en el Código Penal, en lo relativo a delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia.

Ley n° 19.628 de 28 de agosto de 1999, sobre protección de la vida privada.

Ley n° 19.927 de enero de 2004, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil.

Ley n° 19.970, de 6 de octubre de 2004, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN.

Ley n° 20.285, de 20 de agosto de 2008, sobre Acceso a la Información Pública.

Ley n° 20.526 de 13 de agosto de 2011, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil.

RECENSIONES

RÜTHERS, BERND: "DIE HEIMLICHE REVOLUTION VOM RECHTSSTAAT ZUM RICHTERSTAAT", 2ª EDICIÓN, TÜBINGEN, MOHR SIEBECK, 2016, 205 PP.

CARLOS ISLER SOTO*
Universidad Bernardo O'Higgins
Santiago, Chile

"Die Heimliche Revolution" trata sobre el creciente y desmedido poder político que han adquirido los jueces en Alemania, particularmente el Tribunal Constitucional. Rüdters llama a este proceso "revolución", porque constituye un verdadero atentado a los principios del Estado democrático de Derecho tal como están consagrados por la Ley Fundamental alemana, y la llama "oculta", porque este proceso se enmascara como el resultado de simples interpretaciones a dicha Ley Fundamental realizadas por los tribunales superiores.

Este interesante libro comienza con un recorrido histórico sobre el papel de la Constitución en la reciente historia alemana. Recuerda que Alemania ha tenido múltiples quiebres institucionales en el último siglo y medio, y que en muchos de ellos ha permanecido vigente la misma Constitución. El caso más claro es el de la Constitución de Weimar, que formalmente permaneció vigente tras la llegada al poder del nacionalsocialismo, pero que bajo los nazis habría de ser aplicada de modo muy distinto, hasta el punto de hacerse compatible con la comisión de las mayores injusticias. Lo mismo acontece con el resto del ordenamiento jurídico: si se compara el existente con anterioridad a la llegada al poder de los nazis y el siguiente a ésta, es muy similar; sin embargo, es obvio que su aplicación fue totalmente diversa. Rüdters cree que la causa de ello se encuentra, por un lado, en el recambio

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Magister en Filosofía con mención en Metafísica, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor en las facultades de Derecho de las Universidades Andrés Bello, Bernardo O'Higgins y Diego Portales.

generacional de los jueces y juristas, ya que jueces y juristas imbuidos por el nuevo *Zeitgeist* tienden a interpretar los conceptos jurídicos fundamentales de cada rama del ordenamiento de modo muy diverso a como lo habían sido en el pasado; y por otro lado, en la elección de nuevos métodos de interpretación, particularmente el llamado método de interpretación "objetivo" propugnado por Larenz y su escuela, que permite proyectar en la ley o Constitución valores o fines propios del intérprete. Un proceso similar de transformación del Derecho habría ocurrido en la dictadura comunista en la República Democrática Alemana: lo que permitió la aplicación del Derecho para fines totalitarios fue, más que el cambio formal del mismo, la introducción de una nueva generación de juristas y jueces formados en gran parte en la Unión Soviética e imbuidos de la ideología del marxismo-leninismo. Para el autor, por ende, es fundamental atender a los aplicadores del Derecho y a los métodos de aplicación que utilizan. El Derecho formal por sí solo no garantiza su correcta aplicación (*cf.* pp. 1-28).

A continuación, en el capítulo IV, expone cómo el proceso se ha complicado en los últimos años con la elevación de la Constitución a norma suprema a ser aplicada directamente por todos los jueces, con el consiguiente "efecto irradiación" de la misma. Ello ha causado un creciente poder político del Tribunal Constitucional, porque de hecho sus decisiones irán afectando las decisiones de otros jueces y órganos administrativos al momento de aplicar la Constitución. Rùthers muestra que las posibilidades de controlar efectivamente al Tribunal Constitucional son bastante limitadas, en primer lugar, porque la dogmática tiende a ser poco crítica de éste, y la metodología de la interpretación, en los hechos, no ha podido impedir el activismo judicial, ya que los tribunales superiores tienden a escoger el método interpretativo que más les conviene de acuerdo al resultado al cual previamente habían escogido. En ese sentido, Rùthers cree que la situación a la que se ha llegado es similar a la descrita por los realistas estadounidenses, aunque, a diferencia de éstos, no cree que esta situación sea legítima ni inevitable (*cf.* pp. 29-57).

Rùthers cree que el impulso principal a este activismo judicial proviene del resurgimiento del iusnaturalismo de postguerra y posterior a la reunificación, que culpaba al positivismo jurídico de la aceptación y aplicación acrítica por los jueces y juristas de las leyes injustas de las dictaduras nazi y marxista, de modo que sería necesario, en ocasiones, buscar un Derecho más alto a la Constitución para interpretar la ley. Él cree, sin embargo, que la verdadera causa de la aplicación del Derecho a fines inicuos es el recambio generacional realizado por nazis y marxistas, más que el positivismo jurídico, y tiende a considerar, por el contrario, al iusnaturalismo como favorable al activismo judicial que tanto critica (*cf.* pp. 58-72).

El autor cree, por un lado, que cierto grado de producción del Derecho por los jueces, incluso constitucionales, es inevitable. Ello se debe a que es imposible que la ley o la misma Constitución prevean todos los casos futuros, de modo que necesariamente en el espacio dejado por las inevitables lagunas jurídicas del juez, por el principio de inexcusabilidad, deberá resolver creando Derecho. Para que dicha creación sea legítima, sin embargo, debe inspirarse en los principios superiores de cada rama del ordenamiento. En ese sentido, su creación no es libre, como la de los parlamentarios.

Sin embargo, existen casos en los que lisa y llanamente los jueces ejercen activismo judicial, vale decir, crean Derecho modificando lo prescrito por la Constitución o leyes. Ello ocurre cuando éstas dan una respuesta inequívoca si se aplica el método de interpretación llamado “teleológico-subjetivo” y, sin embargo, el juez decide en contrario acudiendo, para justificar su decisión, a la aplicación de algún otro método de interpretación del Derecho. Rùthers cree que un caso especialmente notorio de tal activismo judicial por parte del Tribunal Constitucional ocurrió en la equiparación, para ciertos fines, de las uniones homosexuales al matrimonio, en sentencia del 7 de mayo de 2013. La Ley Fundamental exige la especial protección del matrimonio y la familia, y es claro que, para los creadores de la Ley Fundamental, dicha protección se basa en la capacidad procreadora del matrimonio, vital para la continuación de la existencia del Estado mismo. Uniones homosexuales no tienen tal capacidad creadora, por lo que no pueden recibir la protección propia del matrimonio. Sin embargo, el Tribunal Constitucional decidió en contrario, equiparando a ambos para ciertos fines, imponiendo sus propios valores a los del constituyente, modificando, con ello, además, la Ley Fundamental de modo no permitido por ella misma, ya que ésta no otorga a dicho Tribunal facultades constituyentes (*cf.* pp. 73-138). Rùthers cita varios otros casos de activismo judicial flagrante por el Tribunal Constitucional alemán (*cf.* pp. 109-115), como el progresivo desamparo del derecho a la honra, o el “fallo del crucifijo”. Todo ello permite decir que el Tribunal se está transformando, de un protector de la Constitución, a su señor.

Y es que, para Rùthers, la Ley Fundamental sí prescribe claramente un método de interpretación, tanto de las leyes, como de ella misma: el llamado “teleológico-subjetivo”, que obliga al órgano aplicador interpretar la ley teniendo en consideración el fin del legislador o del constituyente. Solo la aplicación de dicho método es legítima si se quiere respetar la separación de poderes. Lejos de ser una reliquia del pasado, es el único garante contra el capricho judicial. De ahí la constante referencia del autor a las disputas sobre metodología del Derecho, que comienza con la disputa entre la jurisprudencia de conceptos y de intereses, sigue la exposición del dominio de las escuelas de Larenz y Schmitt en la época del nazismo, y luego la tendencia

reciente de los tribunales superiores alemanes a utilizar el método "objetivo" para aplicar el Derecho. Dicho método es absurdo, supone el autor: supone adscribir al ordenamiento o a la ley fines que ellas no pueden tener. Solo las personas pueden tener fines, no las leyes, de modo que cualquier adscripción de cierto "fin" al ordenamiento por el aplicador no es más que la proyección, consciente o no, de los propios fines en el mismo. Y en ello consiste, precisamente, el activismo judicial, y por ello puede decirse, piensa Rüthers, que la actuación de los jueces actuales es similar, en este respecto, a la de sus antecesores bajo los regímenes totalitarios: realizan una transformación del mismo bajo el imperio del *Zeitgeist* del cual ellos se sienten intérpretes, creyéndose muchas veces agentes legítimos del cambio social, fallando de acuerdo a lo que prescribe el espíritu del tiempo –por definición, siempre cambiante– y no a lo que dice la ley.

El método adecuado para interpretar la ley es, entonces, el llamado "teleológico-subjetivo", defendido ya tempranamente por Philipp Heck y la Jurisprudencia de Intereses. Él solo es compatible con la democracia y la separación de poderes. Muestra que el propio Tribunal Constitucional alemán declaró lo mismo, en relación a la sujeción del juez ordinario a la ley, en una sentencia del primer senado de 2011, que recoge la doctrina de un voto de minoría del segundo senado de enero de 2009. Constata que, lamentablemente, dichas sentencias han sido poco representativas de la jurisprudencia del Tribunal, y no han sido seguidas por la jurisprudencia más reciente, ni la doctrina allí enunciada ha sido aplicada a su propia interpretación de la ley. Se trató, en consecuencia, solo de una nueva muestra de elección libre de los métodos de interpretación de acuerdo al resultado escogido de antemano (*cf.* pp.97-102). Rüthers incluso se refiere a la jurisprudencia de algunos jueces en particular, y destaca, como particularmente respetuosa del Estado de Derecho y la separación de poderes, la jurisprudencia de Evelyn Hass, expresada generalmente en votos de minoría frente a las decisiones de sus colegas activistas.

En lo que resta del libro, Rüthers vuelve a defender la aplicación del método "subjetivo" de interpretación, destaca la importancia de la elección adecuada de los miembros del mismo, y se explaya sobre la legitimidad de la existencia de cierto Derecho creado por los jueces en el caso de las lagunas jurídicas. El libro concluye con una *postfacio* (*cf.* pp.171-205) en el que se refiere a críticas recibidas por la primera edición del mismo. La mayor sería que el proceso descrito por el libro no sería "oculto", como pretende Rüthers, sino abierto y conocido. Sin embargo, aclara Rüthers, sí se trata de un proceso oculto, en cuanto sus actores, los jueces, enmascaran su activismo judicial apelando a diversos métodos de interpretación de la Constitución que, en

la práctica, les permiten imponer sus propias convicciones a la sociedad sin tener legitimidad para ello.

“Die Heimliche Revolution” es un libro muy interesante y recomendable de leer, sobre todo por la creciente importancia del tema que trata. En efecto, una de las mayores amenazas a la democracia y al Estado de Derecho es el activismo judicial, que constituye, como dice el autor, una verdadera revolución, aunque se enmascara como tal. Por ello resulta doblemente insidiosa. Y este libro es un apasionado alegato en favor de la separación de poderes y el Estado de Derecho, mostrando también cuál es la verdadera función de un juez en un tal Estado. No cae en el error del formalismo, que sostiene que toda actividad judicial es aplicación de una ley preexistente, pero tampoco cae en el error contrario del realismo, que cree que no hay Derecho preexistente a ser aplicado en ningún caso, de modo que la actividad del juez es constitutiva de Derecho. El autor tiene claro que hay un ordenamiento jurídico que obliga al juez, y que existe un método de interpretación que es el adecuado al Estado democrático de Derecho, el método “teleológico-subjetivo”. En ese sentido, este libro se enmarca en la serie de libros de denuncia de tal activismo, de los cuales el clásico es, claramente, “Coercing Virtue: the Worldwide Rule of Judges”, de Robert Bork (AEI Press, 2003), y que en nuestro país está representado por “Activismo judicial en Chile: ¿Hacia el gobierno de los jueces?”, de José Francisco García y Sergio Verdugo (Ediciones Libertad y Desarrollo, 2013), y “Procesos sobre violación de Derechos Humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades”, de Adolfo Paúl Latorre (Editorial Maye, 2013). El tema reviste creciente importancia dado que, como muestran García, Verdugo y Paúl, los tribunales chilenos, incluyendo la Corte Suprema, han asumido una función cada vez más activista en materias penales, de medio ambiente, o derechos humanos. Libros como el de Rüthers nos sirven para recordar el peligro a lo que tal activismo conlleva: la imposición del *Zeitgeist* por medio de los jueces al ordenamiento jurídico. Es cierto que en Chile el Tribunal Constitucional ha mostrado una ejemplar sujeción a la Constitución al momento de fallar, absteniéndose de cualquier comportamiento activista, pero lamentablemente no puede decirse lo mismo de nuestros tribunales superiores de justicia. Y ello hace muy recomendable su lectura.

Lo que resulta discutible es la asimilación que hace el autor entre iusnaturalismo y activismo judicial. Ello surge de un desconocimiento de la tradición iusnaturalista, que siempre ha considerado que la sujeción del juez al Derecho es muy importante como requisito del bien común. Al respecto, basta leer lo que dice John Finnis sobre la posición del juez frente a las leyes injustas en el capítulo XII de “Natural Law and Natural Rights” (Clarendon Press, 1980), para apreciar que el juicio al respecto de los mejores exponentes

ISLER SOTO, CARLOS; RÜTHERS, BERND: "DIE HEIMLICHE REVOLUTION VOM RECHTSSTAAT ZUM RICHTERSTAAT", 2ª EDICIÓN, TÜBINGEN, MOHR SIEBECK, 2016, 205 PP.

de la tradición iusnaturalista es bastante más ponderado y complejo –se debe hacer muchas distinciones– que el que Rüthers cree que es. Con todo, es un defecto menor en un excelente libro.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. ALCANCE Y POLÍTICA EDITORIAL

1. *Ars Boni et Aequi* tiene el cometido de contribuir al desarrollo de las Ciencias Jurídicas a través de la publicación de investigaciones originales e inéditas circunscritas a las diversas ramas del Derecho. Es desde ahí que surge la invitación a todos los operadores jurídicos a fin de tener un constante estudio, reflexión, análisis, crítica y proposiciones en el ámbito jurídico iberoamericano.
2. Se trata de una publicación en formato electrónico e impreso de periodicidad semestral. El n° 1 de cada año aparece en junio, y el n° 2, en diciembre.
3. Se convoca a todos los investigadores y estudiosos del Derecho, tanto nacionales como extranjeros, al envío de colaboraciones en las tres secciones permanentes de la revista (estudios, comentarios de jurisprudencia y reseñas), para que una vez aprobados se posibilite su publicación y difusión. Las colaboraciones se reciben durante todo el año.
4. El envío de una colaboración supone el compromiso del autor de no someterlo simultáneamente a la evaluación de otras publicaciones periódicas. Además supone la cesión de derechos de autor a la revista, una vez aprobado el artículo, para efectos de su reproducción.
5. La admisión de la colaboración procederá conforme a un sistema de arbitraje de doble ciego, que implica la revisión y evaluación de la colaboración por un académico nacional o extranjero, externo a la revista, especialista en la disciplina a la cual se adscribe la colaboración.
6. Los colaboradores cuyos trabajos fueren aceptados y publicados en la revista recibirán gratuitamente un ejemplar de la que contenga su colaboración y 10 separatas.

II. FORMA Y PREPARACIÓN DE MANUSCRITOS

1. Las colaboraciones pueden presentarse en idioma español o inglés, en formato tamaño carta, numeradas, letra Times New Roman, tamaño 12, interlineado sencillo, y con un espacio adicional entre párrafos.

2. Los estudios monográficos deberán contener entre 7000 y 15000 palabras; los comentarios de jurisprudencia, entre 5000 y 12000 palabras; y las recensiones, entre 1000 y 3000 palabras; incluidas las notas al pie de página, listados de referencias y apéndices, en su caso.
3. La colaboración debe estar encabezada por el título completo en español, mayúscula y negrita. Luego se agrega su traducción al inglés, en minúscula y cursiva. Seguidamente debajo del título se ha de consignar el nombre del autor y su afiliación institucional, indicando ciudad y país de la institución. Luego, un resumen de 75 a 150 palabras y de tres a cinco palabras clave en español e inglés. Tanto el resumen como las palabras claves deben estar en español e inglés (*abstract* y *keywords*).
4. Los títulos y subtítulos correspondientes a las divisiones principales del artículo deberán ser claros, concisos, debidamente relacionados con los contenidos del mismo y sin subrayados de ninguna especie.
5. En cuanto a las divisiones del texto y su enumeración se recomienda utilizar un máximo de cuatro niveles, enumerados con números romanos, arábigos, letra mayúscula y letra minúscula, seguidos de punto final o paréntesis, del modo que se ejemplifica a continuación:

I. TÍTULO DEL APARTADO (primer nivel) (letra negrita, mayúscula, con número romano seguido de punto)

1. Título de subapartado (segundo nivel) (letra negrita y cursiva, minúscula salvo la primera letra, con número arábigo seguido de punto)

A) TÍTULO DE SUBAPARTADO (tercer nivel) (letra con efecto versalitas y cursiva, minúscula salvo la primera letra, con letra mayúscula seguida de cierre de paréntesis)

a) *Título de subapartado* (cuarto nivel) (letra cursiva, minúscula salvo la primera letra, con letra minúscula seguida de cierre de paréntesis)

6. No se enumerarán los apartados correspondientes a la introducción, conclusiones, listado bibliográfico, jurisprudencial y de normas.
7. No se usará letra negrita, salvo para los títulos. Para destacar una palabra u oración del trabajo o de sus citas se usará cursiva. También, se usará cursiva en los títulos de obras y revistas, y en palabras en otro idioma.

8. Se utilizará el sistema de citación con notas a pie de página numeradas consecutivamente y ajustadas a las normas adoptadas por la revista.

III. ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE CITACIÓN

1. Los trabajos que deseen publicarse en la revista jurídica *Ars Boni et Aequi*, deberán enviarse vía electrónica a la casilla arsboni@ubo.cl. El correo electrónico debe contener la solicitud de publicación, el nombre del autor y la sección de la revista en la que postula la inclusión de su trabajo. En hoja separada, debe incluirse una biografía corta de cada uno de los autores de no más de 50 palabras, incluyendo grados académicos, ocupaciones y cargos actuales, publicaciones principales, correo electrónico, dirección postal y teléfono.
2. También deberá adjuntarse una carta de compromiso en la cual los autores señalan que el trabajo es inédito y se comprometen a no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. Asimismo, indicará que ceden a la revista los derechos de reproducción del texto una vez que sea admitido.
3. El sistema de citación adoptado por la revista corresponde a las normas de la *International Standardization Organization*, ISO 690 e ISO 690-2, en relación con sus equivalentes emanadas del Instituto Nacional de Normalización: NCH1143.Of1999 Documentación – Referencias bibliográficas – Contenido, forma y estructura, y NCH 1143/2.Of2003 Información y documentación – Referencias bibliográficas – Parte 2: Documentos electrónicos o partes de ellos, las que han sido declaradas norma chilena oficial por Resolución n°75 de 1999 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 24 de febrero de 1999 y Resolución n° 92 de 2003 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 13 de marzo de 2003, respectivamente.
4. **Bibliografía citada:** Al final del trabajo irá un listado de todas las referencias bibliográficas efectivamente citadas o referidas bajo el título de “Bibliografía citada”. La lista se ordenará alfabéticamente por su primer elemento, que es el apellido del autor, junto al año de publicación, entre paréntesis. Si se dictan dos o más obras de un mismo autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán entre sí, con letras minúsculas a, b, c, etc., a continuación del año y dentro del paréntesis. El o los apellidos del autor se escribirán en versalitas y el nombre en redonda.
5. En todas las referencias, los apellidos de los autores se escribirán en versalitas y el título de la obra en que se encuentra, en cursiva. Finalmente,

en un paréntesis debe incluirse el número de edición, en caso de que haya más de una, la ciudad de publicación y la sede editorial.

6. La referencia a los artículos de revista y de capítulo de libros hará indicación de los números de página de inicio y final. Se usará sangría francesa. Los títulos de libros y de publicaciones periódicas en lengua extranjera se indican en el idioma original.

Ejemplos:

- A. **Libros:** BENADAVA, Santiago (1989): *Derecho Internacional Público* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ (número de edición (excepto la primera), ciudad de publicación, editorial) / (si se trata de obras de más de un volumen se debe indicar el número de éstos sin mencionar las páginas).

- B. **Traducciones:** AKEHURST, Michael (1972): *Introducción al Derecho Internacional* (Trad. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial).

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ (Trad. nombre del traductor, ciudad de publicación, editorial, número de edición si corresponde).

- C. **Capítulo de libro:** AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", en LLANOS MANSILLA, Hugo y PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coords.), *Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia) pp. 145-184.

Elementos: Autor(es) del capítulo/ (año de publicación): / "título del capítulo" / nombre del editor(es) o coordinador(es) del libro, cuando éste difiere del autor del capítulo o artículo (indicando su calidad de editor(es) o coordinador(es), / título del libro (en cursiva) / (ciudad de publicación, editorial) / paginación.

- D. **Artículo de revista:** VAN DE WYNGARD, Jorge (2010): "La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros: un análisis constitucional", *Ars Boni et Aequi*, vol. 6 n° 1: pp. 27-79.

Elementos: Autor(es) del artículo/ (año de publicación): / "título del artículo", / título de la Revista, (en cursiva) / volumen y número: / paginación.

- E. **Documentos en formato electrónico:** BASSIOUNI, M. Cherif (2005): "Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea". Disponible en: <http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf>, fecha de consulta: 22 mayo 2007.

Elementos: Autor(es) del documento/ (año de publicación): / "título del documento". / Disponible en: <vínculo del documento>, / fecha de consulta: día mes año.

7. **Normas citadas.** Luego del listado de referencias bibliográficas se deben incluir todas las referencias legales o normativas, bajo el título "Normas jurídicas citadas". Dicho listado se limitará a las normas efectivamente citadas o referidas en el trabajo. Se ordenarán alfabéticamente, de menor a mayor número, si es del caso, y se usará sangría francesa. Se indicarán, en el caso de una ley, el número de ésta, su denominación oficial si la tiene y la fecha de la publicación (día, mes y año).

Ejemplo: Ley nº 20.431, establece normas que incentivan la calidad de atención al contribuyente por parte del servicio de impuestos internos, de 30 de abril de 2010.

8. **Jurisprudencia citada.** Tras el listado de referencias legales se debe incluir uno de todas las sentencias efectivamente citadas o referidas en el trabajo, bajo el título "Jurisprudencia citada". Las sentencias se ordenarán por tribunal con un criterio alfabético y cronológico. Si existieran diversas sentencias en el mismo tribunal y año se ordenarán alfabéticamente por el nombre de las partes. Se usará sangría francesa. La referencia hará indicación del tribunal / nombre de las partes en cursiva (si se trata de sentencia civil), nombre del procesado (si se trata de sentencia penal), nombre del caso (si se trata de sentencia internacional), nombre por el que se conoce el requerimiento (si se trata de sentencia de Tribunal Constitucional) / el año de la sentencia (entre paréntesis y redonda) seguido de dos puntos (:) / fecha (día, mes y año) / nº rol, de serie, de expediente u otro equivalente / fuente de localización. En el caso de citar jurisprudencia internacional, se deberá ocupar el sistema propio de referencia que utilizan las cortes y tribunales de origen de la sentencia para su identificación.

Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Radrigán y otros* (2009): 13 abril 2009, rol nº 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Lotus* (1927): 7 septiembre 1927, serie A n° 10. Disponible en <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm>, fecha consulta: 26 marzo 2012.

Corte Suprema, *Contra Contreras Sepúlveda y otros (Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez)* (2004): 17 noviembre 2004, rol n° 517-2004. Disponible en *Ius et Praxis*, vol. 10 n° 2: pp. 337 – 375.

Tribunal Constitucional, *Requerimiento respecto del Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989* (2000): 4 agosto 2000, rol n° 309. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29863/>, fecha consulta: 15 diciembre 2012.

Radrigán y otros (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de abril de 2009, rol n° 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

9. **Notas al pie de página:** Las notas al pie de página irán numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice, en que se incluirán las referencias o citas abreviadas a obras, normas y jurisprudencia, conforme a continuación se explica:

A. **Obras:** En las referencias abreviadas de libros, artículos de revista y demás formatos se señalará en la nota al pie el apellido del autor (en versalitas), el año (entre paréntesis) y el número (s) de la (s) página (s) precisas en que aparece la referencia citada. Si la obra tiene dos autores, sus apellidos se unen por medio de la conjunción “y”. Si la obra tiene tres o más autores su indicación deberá contener el apellido del primer autor seguido por la expresión latina “et al.”. Si se contemplan obras de un mismo autor publicadas en un mismo año, se distinguirán por una letra seguida del año de publicación.

Ejemplos:

Obras con un autor: MANSON (1978) p. 52.

Obras con dos autores: FIX-ZAMUDIO y VALENCIA (2003) p. 247.

Obra con tres o más autores: GALLARDO *et al.* (2011) p. 94.

Más de una obra de un mismo autor y año de publicación: GUZMÁN (2005a) p. 12.

- B. **Normas:** En la nota respectiva se deberá indicar el número de la norma y su año de publicación.

Ejemplo: Ley nº 20.431 de 2010.

- C. **Jurisprudencia:** Se indicará el nombre del tribunal, los apellidos de las partes, nombre del caso o norma revisada (en el caso de sentencias de tribunales constitucionales) (en cursiva), seguido del año de la sentencia y su nº de rol, serie, expediente o su equivalente (entre paréntesis), página, párrafo o considerando, según corresponda.

Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Radrigán y otros* (2009, rol nº 2447-2008) considerando 3º.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Lotus* (1927, serie A nº 10) p. 14.

Tribunal Constitucional, *Convenio nº 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* (2000, rol nº 309).

- D. **Otras fuentes de consulta:** En caso del uso de otras fuentes que no sean obras, normas o jurisprudencia, se referirán exclusivamente a nota de pie de página, individualizando autor, título de la fuente y soporte material de consulta, según corresponda.

Ejemplo, noticias: "Chubut enfrenta el peor incendio forestal que se haya registrado en Argentina", *La Nación: Argentina*, 26 de febrero de 2015. Disponible en: <<http://www.lanacion.com.ar/1771568-chubut-enfrenta-el-peor-incendio-forestal-de-la-historia-de-argentina>>, fecha de consulta: 2 julio 2016.

- 10. Presentación de tablas o figuras (gráficos o imágenes):** Dentro del cuerpo del texto solo podrán incluirse imágenes, tablas y gráficos atinentes a la materia de la publicación:

- A. **Tablas:** Las tablas se realizarán en formato Word, llevarán un título conciso y serán enumeradas correlativamente con números arábigos, usando letra mayúscula negrita. Ejemplo: **TABLA Nº 1, TABLA Nº 2, TABLA Nº 3**. Las observaciones adicionales se incluirán al pie de la tabla. Se cita en el texto por el número de la tabla, esto es, utilizando el número específico de la tabla. Ejemplo: Como se muestra en la Tabla nº 1.

- B. **Figuras (gráficos e imágenes):** Se considerará figura a todo tipo de material gráfico que no sea tabla (diagrama, gráfico, fotografía, dibujo, entre otros). Las figuras se realizarán en formato .jpg (resolución mínima 350 ppp (puntos por pulgada) y tamaño máx. de 15 cm. de ancho por 18 cm. de alto; todos los elementos deben ser legibles; entre 8 y 14 puntos. Enumere todas las figuras de manera consecutiva con números arábigos a la largo de todo el texto, usando letra mayúscula negrita. Ejemplo: **FIGURA N° 1, FIGURA N° 2, FIGURA N° 3.** Dentro del texto, se refiere a las figuras por sus números. Ejemplo: Como se muestra en la Figura n° 1 o véase la Figura n° 2.

IV. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN Y APROBACIÓN DE TEXTOS

1. El Comité Editorial se reserva el derecho de rechazar los textos antes de enviarlos a arbitraje en el caso que no se ajusten a los lineamientos de la revista.
2. El Comité Editorial se reserva el derecho de solicitar enmiendas menores antes de enviar la colaboración a arbitraje. Por ejemplo: lenguaje, ortografía, normas de citación, datos bibliográficos.
3. Las colaboraciones recibidas postuladas a las secciones “Estudios” y “Comentarios de Jurisprudencia” son sometidas a un procedimiento de arbitraje de doble ciego, es decir, el revisor no conoce la identidad del autor del manuscrito, ni el autor conoce la identidad de los evaluadores.
4. Los revisores examinan las colaboraciones conforme a una pauta de evaluación, que considera aspectos de forma y de fondo, una ponderación general y una recomendación al editor acerca de la publicación del trabajo.
5. El resultado del arbitraje será comunicado al autor. Este tendrá que ajustar el trabajo a las observaciones hechas por los evaluadores, dentro del plazo de un mes. Incorporadas las mejoras sugeridas, el autor debe enviar a la revista la nueva versión del trabajo con la función “control de cambios” de Word.
6. Recibida la segunda versión ajustada, el editor revisa si las observaciones han sido acogidas por el autor o si ha justificado satisfactoriamente su omisión. Tras esta revisión, el editor puede decidir: aceptar el trabajo a publicación, solicitarle al autor hacer ciertas enmiendas o enviar el trabajo a una nueva evaluación externa. Se establece un máximo de hasta dos revisiones externas por colaboración. Si en la tercera versión

el trabajo no cumple plenamente con las observaciones formuladas, será rechazada su publicación.

7. Dos meses antes del lanzamiento de cada número, el editor prepara el cierre del proceso de edición correspondiente, ordenando la aparición de los originales aprobados en cada una de las tres secciones de la revista, conforme a la rama del Derecho a la que se pueden adscribir, según el siguiente criterio de prelación: Derecho Internacional, Derecho Político, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Laboral, Filosofía del Derecho, Historia del Derecho, Enseñanza del Derecho.
8. En los fascículos de junio y de diciembre de cada año se publican los artículos que hayan sido aceptados. Primero, en la versión electrónica de la revista, y se procede al envío correspondiente a las bases electrónicas en las cuales se encuentra la revista indexada. Segundo, se realiza el envío gratuito de ejemplares a las principales bibliotecas del país, a los miembros de los tribunales superiores de justicia y a los más célebres estudios jurídicos chilenos.

INSTRUCTIONS TO AUTHORS

I. SCOPE AND POLICY

1. *Ars Boni et Aequi* is committed to contribute to the development of Legal Science through the publication of original and unpublished researches confined to the various branches of law, to invite all legal operators to constant study, reflection, analysis, critical and propositions in Latin-American juridical area.
2. This is an electronic and printed publication presented every six months. The n° 1 of each year appears in June, and n° 2, in December.
3. We invite to all researchers, domestic and foreign, to submit articles to cover the three regular sections of the magazine (studies, case law comments and books reviews). The works are evaluated and if they are approved we permit their publication and dissemination. Contributions are received all the year.
4. Sending an original article to the editor implies that the author is not going to submit it simultaneously to other periodicals. Also assigns the copyright of the text, once admitted, to *Ars Boni et Aequi*.
5. A double and anonymous arbitration will review and evaluate the work, by a national or foreign specialist, external to the institution or magazine editor.
6. The authors, whose works were accepted and published in the journal, will receive a free copy with it and 10 offprints.

II. FORM AND PREPARATION OF MANUSCRIPTS

1. The articles can be submitted in English or Spanish, letter-size page, numbered and fully legible, font Times New Roman, size 12, no spacing, and with an extra space between paragraphs.
2. The *Studies* should have between 7000 to 15000 words; the *Case law reviews*, between 5000 to 12000 words; and the *Books review*, between 1000 to 3000 words. In all cases including footnotes and references.
3. It should be headed by the full title in English, bold capitals. Then add a Spanish translation, in lowercase italics. Immediately below it must

include the author's full name and her/his institutional affiliation, indicating city and country of the institution. Then, It has to include an abstract, between 75 to 150 words; and three to five keywords. In English and Spanish. Both abstract and keywords have to be in English and Spanish (*resumen y palabras clave*).

4. The titles and subtitles for the main divisions of the article should be clear and concise properly related the contents thereof without underlined whatsoever.
5. As for the divisions of the text and its listing is recommended up to four levels, numbered with roman numerals, arabic numerals, uppercase and lowercase, followed by endpoint or parentheses, as exemplified below:

I. SECTION TITLE (first level) (bold, uppercase, with Roman number followed by dot).

1. Subsection title (second level) (bold and italics, lowercase except the first letter, with arabic numeral followed by dot).

A) *SUBSECTION TITLE* (third level) (VERSAILLES and italics, lowercase except the first letter, with capital letter followed by closing parenthesis).

a) *Subsection Title* (fourth level) (italics, lowercase except the first letter, with lower case letters followed by closing parenthesis).

6. No listing the sections relating to the introduction, conclusions, bibliographical list, judicial rules and norms, should only be provided with the same format as the titles of the chapters, but no numbers or letters.
7. You do not use bold, except for titles as explained above. Neither use underlining. Italics will be used only to highlight a word or sentence from work or notes. Similarly, it is recommended italics in titles of books and periodicals, for titles of sources, to transcribe text sources (eg. articles of a code or law or paragraphs of a sentence and words in another language).
8. It will be used a citation system with footnotes numbered consecutively and adjusted to the standards adopted by the journal.

III. ORIGINAL SUBMISSIONS AND PUBLICATION STANDARDS

1. The articles to be published in *Ars Boni et Aequi*, must be submitted by email to arsboni@ubo.cl. The email must contain the publication

request, name of the author and the specification in which category the work must be included. On a separate page should include a short biography of each one of its authors of no more than 50 words, considering academic degrees, jobs, current positions, major publications, email and postal addresses and telephone.

2. There also must be attached a letter in which the authors note that the work is unpublished and undertake not to submit simultaneously to other journals. Also, the authors of the articles must inform if such work is published as part of a book or a bigger work.
3. The citation system adopted by the Journal corresponds to the standards of the International Standardization Organization, ISO 690 and ISO 690-2, in relation to their equivalent issued by the Chilean National Standards Institute: NCH1143.Of1999 Documentation - Bibliographic references - Content, form and structure, and NCH 1143/2.Of2003 Information and documentation - Bibliographic references - Part 2: Electronic documents or parts thereof, which have been declared official Chilean Standard by Resolution n° 75 of 1999 of the Ministry of Economy, Diario Oficial, 24 February 1999 and Resolution n° 92 of 2003 of the Ministry of Economy, Diario Oficial, 13 March 2003, respectively.
4. **Bibliographic references:** At the end of the work will be a list of all references effectively cited or referred under the title "Bibliography cited". The list must be sorted alphabetically according to the last name of the author, with its year of publication in parentheses. If there are two or more works by the same author published in the same year, they must be distinguished in parentheses by small letters a, b, c, etc. after the year of publication and inside the parenthesis. The last names of the author will be written in *VERSAILLES* and name in round. In no case can be cited two different literature sources in a single reference. In this list, reference books contain an indication of the total number of pages, and the reference to journal articles and chapters of books will display the page numbers start and end.
5. In every reference, the authors' last names will be written in *VERSAILLES* and the title in italics. Finally, into a parenthesis there must be included the city of publication, publisher and number of edition in case there is more than one.
6. The references of journal articles and book chapters will indicate the numbers of beginning and ending. French indentation will be used.

Books titles and periodical publications in a foreign language will indicate the original language.

EXAMPLES:

- A. **Books reference:** ADAMS, Randolph G. (1958): *Political Ideas of the American Revolution* (Third edition, New York, Barnes Noble Inc.).

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / (edition number (except for the first one), place of publication, publisher).

- B. **Translations reference:** AKEHURST, Michael (1972): *Introducción al Derecho Internacional* (Trad. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial).

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / edition number (except the first) / (Trad. translator name, number of edition if it corresponds, place of publication, publisher).

- C. **Books chapters reference:** AGUILAR CAVALLO, Gonzalo and MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", en LLANOS MANSILLA, Hugo and PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coords.), *1 Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia) pp. 145 – 184.

Elements: Author (s) of the chapter / (year of publication): / "title of chapter" / en / name of the author (s) or coordinator (s) of the book, when it differs from the author of the chapter or article (indicating his capacity as editor (s) or coordinator (s) / book title (in italics) / (place of publication, publisher) / chapter pages.

- D. **Periodical's articles reference:** WALDRON, Jeremy (2005): "Foreign Law and the modern Jus Gentium", *Harvard Law Review*, vol. 119 n° 1: pp. 129 – 147.

Elements: Author (s) / (date) / "Article title" / title of the journal (in italics) / volume and number: / pages.

- E. **Electronic documents reference:** BASSIOUNI, M. Cherif (2005): "Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea". Available at <<http://www.publicacionescdh.uchile>.

cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf>, date of access: May 22, 2007.

Elements: Author (s) / (date) / "Document Title" / Available at: <link> / date of access: Month day, year.

7. **Legislation:** After the list of bibliographic references, there must be included a list of all legal or regulatory references, entitled "Legislation cited". This list is limited to the statutes effectively quoted or referred in the work. The must be sorted alphabetically, from lowest to highest number, if applicable. If it is applicable, it will be indicated the number, the official title and publication date (day, month and year).

EXAMPLES:

Declaration of Independence of the United States of America, U.S.C.A. *Constitution*, first volume, pp. 1-5, 4 July 1776.

Statute of the Permanent Court of International Justice, League of Nations, 16 December 1920.

8. **Cases:** After the legislation reference list, there must be included a list of all sentences actually quoted or referred to in the work, entitled "Cases law cited". The sentences were ordered by the court with alphabetical and chronological approach. If there are several statements in the same court and same year, they shall be ordered alphabetically according to the name of the parties. The reference shall mention: The court / name of the parts in italics (if it is a civil judgment), name of the accused (in the case of criminal judgment), case name (if it is an international judgment), the name by which requirement is known (if it is Constitutional Court judgment) / year of the judgment (round brackets) followed by a colon (:)/ date (day, month and year) / n° role, serie n° or equivalent / source location.

EXAMPLES:

Internacional Court of Justice, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (1971): June 21, 1971, advisory opinion. Available at <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=a7&case=53&code=nam&p3=4>>, accessed: March, 26 2012.

Permanent Court of International Justice, *Lotus case* (1927): September 7, 1927, Series A n° 10. Available at <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm>, accessed: March 26, 2012.

9. **Footnotes:** Footnotes must be numbered in Arabic characters and they must be inserted in a superscript format, which will include references or short citations to works, norms and jurisprudence.

A. **Brief bibliographic references:** Abbreviated references in books, magazine articles and other formats will be noted in the footnote: only the first author's last name (in VERSAILLES), year (in parenthesis) and the number or numbers of the page or pages accurate in the cited reference appears. It is recommended not to make references to jobs that have not been addressed directly by the author, either critically or at their approaches. Readers can check the full details of the reference in the Bibliography cited list at the end of work (described above). If a work has three, four more authors, cite all authors in the reference list end. In the footnotes page is written only the first author followed by et al., year of publication and page respectively.

In case citing two or more works by different authors in the same reference, write the names and respective years of publication, separated by a comma.

Examples:

Works by one author: MANSON (1978) p. 52.

Works by two authors (surnames are joined by the conjunction and): FIX-ZAMUDIO and VALENCIA (2003) p. 247.

Works with three or more authors: Gallardo *et al.* (1990) p. 20.

More than one work with same author and year of publication: GUZMÁN (2005a) p. 12.

B. **Brief legislation references:** It shall indicate the number (of title) of the statute and the year of publication.

Example: Ley n° 20.431 de 2010.

C. **Brief case references:** The footnotes of jurisprudence shall indicate the name of the court, the name of the parties (in italics), the year of the sentence and its role n°, series, file or its equivalent (in parentheses), page,

paragraph, or considering. Thus, readers can check the full details of the judgment in the list of case cited at the end of the work.

Example: Permanent Court of International Justice, Lotus case (1927, Series A n° 10) p. 14.

D. Other references: In the case you used other references that are not bibliographic, legislation or case las, they will be indicate only in footnote, indicating author, title reference and source location.

Example, news: "Chubut enfrenta el peor incendio forestal que se haya registrado en Argentina", *La Nación*: Argentina, 26 de febrero de 2015. Available at: <<http://www.lanacion.com.ar/1771568-chubut-enfrenta-el-peor-incendio-forestal-de-la-historia-de-argentina>>, fecha de consulta: 2 julio 2016.

10. **Presentation of graphs, tables, figures and images:** Within the body text can only be included images, tables and graphics related to the subject of the paper.

A. **Tables:** The tables will be in Word format, with a concise title and be numbered consecutively with Arabic numerals, capital letters using bold. Example: **TABLE N° 1, TABLE N° 2, TABLE N° 3**. Additional observations will be included at the bottom of the table, will organized in columns and rows.

B. **Figures (graphics and photos):** It will be considered figure any kind of graphic material than is not a table (chart, graph, photograph, drawing, etc.). The figures are made in .jpg (minimum resolution 350 dpi (dots per inch) and max. size 15 cm. wide x 18 cm. high; all items must be legible; between 8 and 14 points. List all Figures consecutively with Arabic numerals in the text, using bold capital letter. Example: **FIGURE N° 1, FIGURE N° 2, FIGURE N° 3**. In the text, the figures are referred to by their numbers. Example: As shown in Figure n° 1 or see Figure n° 2.

IV. PROCEDURE FOR STUDIES AND CASE LAW REVIEW AND APPROVAL

1. Before sending the articles to arbitration, the Editorial Committee reserves the right to reject articles if they are not adjusted to the guidelines of the Journal.
2. In this stage, the text is formally checked (style, language, spelling, procedure of edition, translations into Spanish). After this review, the author

can be requested to complete bibliographical information or footnotes if it is necessary.

3. Studies and cases law have a double and anonymous arbitration procedure to review and evaluate the work, by a national or foreign specialist, external to the institution or magazine editor.
4. The reviewers evaluates parameters like originality of the work, developing arguments, writing, syntax, spelling, style, size and structure of work, relevance and timeliness of the literature, agreement between titles, summaries and key words with the content of the work.
5. The results of the arbitration will be communicated to the author, who will have to adjust his/her work to the observations or recommendations made by the arbitrators.
6. Once the adjusted version is received, it is checked if the observations done to the article haven been fully accepted by the author. After this review, new recommendations can be realized to the author. It is established a maximum of two corrections. If in the third review the article does not fully comply with the observations, it will be understood that the article has been rejected by the Editorial Committee.
7. Two months before the date of each issue is published, ends the corresponding editing process. The studies and cases law are included in the index in accordance with the branch of the Law which it is possible to assign the article, according to the following criterion of marshalling: International Law, Constitutional Law, Criminal Law, Procedural Law, Labour Law, Civil Law, Commercial Law, Legal Philosophy, Legal History, Legal Education.
8. In June and December, accepted works are published. First, in the electronic version of the journal. Second, we send free paper copies of the journal to major libraries in the country, members of the superior courts and the most famous Chilean legal buffets.

