
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."

Número 5, Agosto 2009

ISSN: 0718-2457

CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENTA

Luz María Reyes Santelices

CONSEJEROS

Juan Arab Nessrallah (Pontificia Universidad Católica de Chile), Jean Carlo Mejía Azuero (Universidad Militar Nueva Granada, Colombia), Diego Munita Luco (Universidad Bernardo O'Higgins), Carlos Poblete Jiménez (Universidad de Chile), Mónica Rojas Beals (Universidad Bernardo O'Higgins), Luis Ignacio Sabid Bas (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), Claudio Verdugo Barros (Universidad Bernardo O'Higgins)

COMITÉ DE REDACCIÓN

Jorge Van De Wyngard Moyano, Secretario de Redacción. Viviana Readí Silva, Coordinadora de Redacción

Avenida Viel 1497. Santiago-Chile

Fono: (56-2) 4774147- 4774150

Fax: (56-2) 4774141

E-mail: jorgevanw@gmail.com

IMPRESIÓN-PRODUCCIÓN GENERAL: Gráfica LOM

UBO

ISSN 0718-2457

Revista
Jurídica de la
Universidad
Bernardo
O'Higgins

Ars
Ars
Boniet
Aequi

Número 5 • Año 2009



Índice

EDITORIAL	7
ESTUDIOS	
Reflexiones sobre la fragmentación del derecho internacional. Aplicación y efectos.	
ARTURO SANTIAGO PAGLIARI	11
El proceso de integración en la unión europea: concordancias y divergencias con los de América Latina.	
SAMUEL FERNÁNDEZ ILLANES.....	39
Comentarios sobre la procedencia de comunicar la decisión de no perseverar por parte del ministerio público, sin que la investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 del código procesal penal chileno	
NICOLÁS ORELLANA SOLARI	59
Los principios en la ley 19.947: Análisis y desarrollo	
ERIKA MARLENE ISLER SOTO	83
Mercados de emisiones	
JUAN PAULO VERA MONTERO	117
La Stipulatio. Características generales	
CARLOS PÉREZ BRAVO.....	137
Sobre Charles Taylor y algunos problemas relativos a la política del reconocimiento	
MATÍAS CORREA MOLINA	157
Alasdair Macintyre sobre la virtud y la justicia en Aristóteles	
CARLOS ISLER SOTO	183

ENSAYOS

El principio de transparencia y publicidad de los actos de la administración del estado y los secretos de la defensa	
ALEJANDRO SAN MARTÍN BARRAZA.....	213
Comentarios sobre el principio de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales laborales	
ANDERSON WELDT UMAÑA	239
La Justicia Militar de Chile	
SERGIO CEA CIENFUEGOS	251

CRÓNICA

Los Abogados y la Felicidad	
GIANPAOLO PEIRANO BUSTOS	267

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Consideraciones jurisprudenciales acerca de los presupuestos de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad ante el tribunal constitucional	
JORGE VAN DE WYNGARD M.....	275

EDITORIAL

Presentamos una nueva edición de la Revista *Ars Boni et Aequi*, surgida en 2005 bajo el alero de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins, como una forma de acoger reflexiones y propuestas en torno a temas de derecho. Fundamentalmente, han sido profesores de la Facultad quienes han nutrido cada año la revista, demostrando su interés por temas que resultan inagotables y contribuyendo de manera significativa a la Misión de la Universidad. Hemos incorporado también, y seguiremos haciéndolo, importantes contribuciones de destacados juristas que han efectuado aportes significativos al logro de los objetivos de esta publicación académica.

Paulatinamente la Revista ha ido avanzando en un contexto de diversificación temática y progreso investigativo, con miras a prestigiarla y convertirla en un válido instrumento de colaboración, en un medio en que la investigación jurídica será siempre de la mayor relevancia en la búsqueda de la construcción de una sociedad más justa.

Considerando la importancia de generar una mejor espacio a la investigación y a la creación de más y mejores propuestas y nuevas perspectivas de estudio y reflexión en torno a temas que preocupan a la sociedad, se ha instalado en la Facultad el Instituto de Ciencias Sociales y de la Comunicación, bajo cuyo alero continuará desarrollándose el ambicioso proyecto de mejoramiento de la calidad de *Ars Boni et Aequi*. Los diversos aspectos, complejos y controversiales, que impulsan el quehacer académico constituirán siempre una fuente permanente de generación de conocimiento, debate e integración, el que deberá compartirse con el medio y, en especial, con quienes vislumbran con mayor acierto la imperiosa necesidad de resguardar y promover las humanidades.

El camino que nos hemos trazado nos orienta hacia una nueva proyección de la Revista, que esperamos lograr en próximos números. Hoy, el lector tiene en sus manos un quinto número, con una estructura distinta que incorpora nuevas secciones: Estudios, Ensayos, Crónicas y Comentarios de Jurisprudencia. Es también la primera vez que se edita un primer número anual, considerando que a futuro publicaremos dos números en el año, como un requisito ineludible para obtener, en el mediano plazo, que la revista *Ars Boni et Aequi* de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la UBO sea admitida en el denominado Proyecto SciELO, iniciativa de indexación electrónica de revistas científicas de raíz hispanoamericana que representa el catálogo de mayor prestigio en su género.

La tarea es ardua pero no imposible. Es importante considerar a la investigación como el sustento de la vida académica; sin embargo pareciera que se torna cada vez más difícil otorgarle el tiempo y la dedicación intelectual que ésta requiere. Quisiéramos que la Revista fuera el resultado de una tarea que se desarrollará en forma permanente en nuestro mundo universitario; sin perjuicio de que reconocemos la complejidad de obtener resultados importantes que signifiquen un real aporte a la comunidad jurídica, avanzamos esperanzados por la senda que nos conduzca a este logro. Invitamos a los lectores a sumarse a este desafío.

Agradecemos al Comité Editorial de la Revista y a quienes publican en ella. En particular, al profesor Jorge Van De Wyngard, cuyo tesón y solvencia intelectual nos permiten entregar una nueva edición de *Ars Boni et Aequi*, con las características y proyecciones que hemos reseñado.

ESTUDIOS

REFLEXIONES SOBRE LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. APLICACIÓN Y EFECTOS.

ARTURO SANTIAGO PAGLIARI¹

SUMARIO

1. Introducción. 2. Normas generales y particulares. Contenido. 3. Normas dispositivas e imperativas. 4. Jerarquía normativa. 5. La jerarquía y el principio de armonización. 6. Aplicación del derecho internacional. 7. Fragmentación. Aplicación y efectos. 8. Interpretación. 9. Conclusiones a modo de interrogantes. 10. Casos Prácticos.

1. INTRODUCCIÓN.

La función del Derecho Internacional Público -como de todo derecho- está vinculada al objeto y a la finalidad del derecho. Habitualmente se considera que los fines del derecho son la seguridad y la justicia, es decir, que el derecho en general y el Derecho Internacional Público en particular, cumplen la función de asegurar la pacífica convivencia en un orden justo. En consecuencia, dentro de la finalidad esencial de asegurar la paz, la función de carácter general del Derecho Internacional Público es la de reglamentar las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional que sean susceptibles de una normatividad de carácter jurídico. Su función puede abarcar situaciones de paz o de guerra, pues incluso esta última queda, en amplios sectores, regida por el Derecho Internacional Público. Por otra parte, sirve como un delimitador de las competencias estatales o, dicho de otro modo, ejerce la función de ordenar los ámbitos de validez de dichas competencias.

¹ Catedrático de Derecho Internacional Público en Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. República Argentina. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales.

La ampliación de las funciones del DIP Clásico al Contemporáneo, producto del cambio operado en la comunidad internacional, se traduce, fundamentalmente, en el campo de la cooperación internacional y, su correlato, la institucionalización de la comunidad. La función de cooperación da nacimiento a nuevas ramas jurídicas como el Derecho del Desarrollo, el Derecho Económico Internacional, el Derecho del Medio Ambiente, el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, etc., que determinan el surgimiento de nuevos conceptos de contenido jurídico. En este proceso-función de cooperación y desarrollo, juegan un papel significativo las Organizaciones Internacionales, consideradas el paso necesario en la institucionalización de la comunidad internacional.

2. NORMAS GENERALES Y PARTICULARES. CONTENIDO.

Una de las peculiaridades de este ordenamiento jurídico es la coexistencia de un Derecho Internacional común o general con ordenamientos internacionales particulares, parciales o especiales, que, cuantitativamente, son muy superiores a las generales. Se denomina derecho internacional general al conjunto de normas y principios jurídicos que son válidos para todos los sujetos de la comunidad internacional², mientras que, la denominación de derecho internacional particular, queda reservada para aquellas normas jurídicas que obligan sólo a cierto número de Estados o sujetos internacionales, es decir, que no tiene validez universal. Como la mayor parte del derecho internacional es de naturaleza dispositivo (sin perjuicio de las excepciones en materias de normas imperativas y de otros casos de inderogabilidad), los acuerdos especiales o particulares pueden dejarlo sin efecto, o bien, es posible y admisible jurídicamente, apartarse del derecho general. Siendo el tratado una fuente primordial de Derecho Internacional, tanto los convenios bilaterales como los multilaterales pueden crear este derecho particular para regir sus mutuas relaciones³. Se trata de normas convencionales, pero también existen normas particulares de Derecho Internacional consuetudinario. Así, las normas que sólo obligan a dos o más Estados constituyen el llamado Derecho Internacional "particular"⁴. Pero una norma puede ser especial o

² Normas básicas en materia de fuentes, Subjetividad, representación, Responsabilidad, y reglas que establecen los principios fundamentales del derecho internacional.

³ Derecho de las organizaciones internacionales, Derecho Comunitario.

⁴ Ciertas normas particulares, al ser desarrolladas y aceptadas por todos los Estados de una región geográfica, han sido denominadas normas jurídicas regionales, como el caso del denominado "derecho internacional americano". Una norma regional es una norma del Derecho Internacional cuyo ámbito de aplicación queda limitado a las relaciones entre los sujetos de un área geográfica determinada.

particular, no sólo en relación al número de Estados a los que se aplica, sino también por la extensión y contenido de la materia que trata⁵.

A través del Derecho Internacional particular se va ampliando el Derecho Internacional general, provocando su diversificación y expansión lo que ha suscitado lo que se denomina el proceso de fragmentación del derecho internacional⁶. El Derecho Internacional particular presupone el Derecho Internacional “común” o “general”. La existencia de un derecho internacional particular no significa que las normas que lo integran se encuentren aisladas del derecho internacional general. Los acuerdos parciales reciben su fuerza obligatoria por referencia a normas o principios generales (válidos y obligatorios) exteriores a él y que son de aplicación supletoria. El derecho internacional general siempre se encuentra subyacente tras las normas y regímenes particulares.

3. NORMAS DISPOSITIVAS E IMPERATIVAS.

La evolución del derecho internacional tendiente a su universalización ha logrado imponerse a una concepción radicalmente voluntarista, conforme a la cual el Derecho Internacional era sólo el resultado de un simple acuerdo de voluntades, y por ello, la existencia de normas no vinculadas exclusivamente al consentimiento no era admisible. En la actualidad, se encuentra admitido que el Derecho Internacional no es estrictamente dispositivo, ya que se reconoce la existencia de un conjunto de normas que excluyen toda posibilidad de modificación o derogación por parte de los Estados, a las que se denomina normas imperativas o de *jus cogens*. Estas normas, limitativas de la soberanía estatal, responden y se justifican porque protegen intereses generales y esenciales de la comunidad internacional en su conjunto, significando la subordinación de los intereses particulares de los Estados a los intereses fundamentales de la Comunidad Internacional. La existencia de normas imperativas de derecho internacional público hoy no se discute. Lo que todavía es motivo de análisis son los problemas derivados en cuanto a su origen (clarificación en cuanto se trate de un principio o norma consuetudinaria), determinación (ausencia de un mecanismo formal que determine objetivamente las normas imperativas o bien que una norma de derecho internacional

⁵ Normas específicas referidas a los Derechos de la Persona Humana, Derecho Humanitario, Derecho del Desarrollo, Derecho del Mar y Fluvial, Derecho espacial, Derecho del medio ambiente, etc.

⁶ Existen tres clases de fragmentación: a) La derivada de interpretaciones antagónicas del derecho general; b) La resultante de la aparición de un derecho especial como excepción al derecho general; c) La dimanante de un conflicto entre diferentes tipos de derecho especial.

general haya alcanzado la categoría de imperativa) y aplicación (carencia de un órgano decisorio para establecer una jerarquía de fuentes y de normas en derecho internacional).

Trasladado el problema al orden internacional, que presenta rasgos propios y diferenciados de los órdenes internos (descentralizado, inorgánico, etc.), es preciso señalar que también existe esa dicotomía normativa, entre normas dispositivas y normas imperativas. Quizás un marco referencial para establecer una diferencia entre ambas, esté en el objeto regulado por la norma, ya sea consuetudinaria o convencional: La limitación de la voluntad de los Estados está centrada en el aspecto fundamental de la licitud del objeto regulado.

El reconocimiento internacional de su existencia, naturaleza, alcance y efectos, se ha reflejado en su inclusión en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 en los artículos 53, 64 y 71. La primera de estas disposiciones establece la sanción de nulidad para todo tratado que en el momento de su celebración se oponga a una norma imperativa de derecho internacional general. A continuación define lo que debe entenderse como norma *ius cogens*: *Es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*. El artículo 64, en consonancia con el anterior, dispone que si surge una nueva norma imperativa que esté en oposición con un tratado vigente, éste se considerará nulo y terminará; el artículo 71 reglamenta las consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

Esta clase de normas presentan los siguientes caracteres: 1. Constituyen un orden público internacional; 2. Son de derecho internacional general, por ende son universales⁷; 3. Protegen el interés común (el bien común universal) de la comunidad internacional; 4. Constituyen derecho coactivo, perentorio, imperativo; 5. Sancionan con la nulidad toda norma derogatoria; 6.

⁷ la nota de la generalidad impuesta por la propia redacción (norma de derecho internacional general), significa que estas normas son necesariamente generales (nunca particulares) pero dentro de éstas se distinguen por su carácter de inderogabilidad (admisibles sólo por otra norma ulterior de igual naturaleza). Por otra parte, el dispositivo no exige la unanimidad en cuanto a su formación, pero sí que sean aceptadas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, vinculando, una vez reconocidas como tales, a la totalidad de los miembros de la comunidad internacional.

Son supremas (en cuanto a la categoría de normas); 7. Introducen una seria limitación a la autonomía de voluntad de los Estados; 8. Son modificables⁸.

Las normas imperativas son generadas por los principios del derecho y la costumbre internacional. Es difícil admitir que una norma de esta naturaleza pueda ser creada por vía convencional, ya que se tendrían que poner de acuerdo todos los Estados del mundo en la celebración y aprobación de un tratado que la contenga⁹. Consecuencia de esto es que los actos particulares de los Estados, en cualquier forma que se expresen, no pueden crear normas imperativas, ya que de aceptarse esta postura, no sólo iría en contra del mismo concepto y naturaleza de la norma imperativa, sino que también podría constituirse en un pretexto de incumplimiento de un tratado o atacarlo de nulidad, lo que violaría abiertamente el Principio de la *Pacta Sunt Servanda* ¹⁰.

En cuanto a la Jerarquía de las Fuentes, esta clase de normas están en el escalón más alto¹¹ e implícitamente incorporadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte, ya sea vía Principios o por la Costumbre. El *ius cogens* se halla en la cúspide de las fuentes normativas, tanto por su carácter inderogable (en tiempos de paz como de guerra), como por su contenido. No le es oponible al *ius cogens* la regla del objeto persistente (como en las normas de derecho internacional general consuetudinario). Tiene su fundamento en la calidad del bien protegido¹².

⁸ La posibilidad de modificación surge también de su propia definición, ya que la norma imperativa puede ser modificada por el transcurso del tiempo, por otra norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

⁹ Para algunos autores y la posición de ciertos Estados cuando se discutió sobre este tema, las disposiciones de la Carta de San Francisco constituirían normas *ius cogens*. Tunkin, coincidente con su concepción general del derecho internacional, sostiene que las normas imperativas nacen del derecho convencional. Acorde con esta postura la Unión Soviética sostuvo la importancia preponderante de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas como fuente del *ius cogens*. A juicio de la representación australiana, el artículo 75 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, destaca el carácter supercogens de la Carta.

¹⁰ Las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 no admiten tal posibilidad.

¹¹ Las normas *ius cogens* ocupan el primer lugar en el ordenamiento jurídico internacional en tanto y en cuanto, quiebran el carácter eminentemente dispositivo de las normas internacionales, condicionando y limitando todo proceso de creación del derecho internacional.

¹² Violaciones graves a normas jurídicas internacionales, como el genocidio o la agresión, constituyen normas *ius cogens* aceptadas universalmente, como también los crímenes de guerra y de lesa humanidad, la esclavitud, etc. Cualquiera de estas acciones violatorias del derecho internacional, “conlleva a la destrucción de las bases sustanciales necesarias, naturales o sociales de la comunidad internacional”. Zlata Drnas de Clement. Las normas imperativas de derecho internacional general. Dimensión sustancial, en Estudios de De-

Más difícil es precisar la determinación de las normas imperativas, que su definición se limita a establecer el concepto como “*normas reconocidas y aceptadas por la comunidad internacional de estados en su conjunto*”, pero sin especificar cuáles son tales normas. También la propia definición nos conduce al camino a seguir a esos fines: La práctica de los Estados, el reconocimiento por las organizaciones internacionales (especialmente la ONU) y la jurisprudencia internacional. En este sentido, se puede afirmar que sin constituir una enumeración taxativa, son consideradas normas imperativas aquellas que condenan el genocidio, la violación del denominado núcleo duro de los derechos humanos (derecho a la vida, esclavitud, trata de blancas, *apartheid*, agresión, etc.), la salvaguardia y protección del medio ambiente, como la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares, la prohibición del uso de la fuerza, etc.

Por último, es necesario precisar las diferencias en cuando a la legitimidad para invocar y reclamar por una infracción a normas dispositivas o imperativas. En cuanto a las primeras, sólo lo puede hacer el Estado lesionado (víctima de la infracción), mientras que en relación a las segundas, su cumplimiento es exigible por cualquier Estado de la comunidad internacional, aunque no sea el directamente perjudicado¹³.

4. JERARQUÍA NORMATIVA.

Relaciones jerárquicas entre las normas de derecho internacional. No existe ninguna relación jerárquica entre las principales fuentes de derecho internacional (tratados, costumbre y principios generales del derecho, como se indica en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Generalmente, no es procedente hacer analogías con las jerarquías vigentes en los ordenamientos jurídicos nacionales, a causa de las diferencias existentes entre esos ordenamientos y el derecho internacional. Sin embargo, algunas normas de derecho internacional son más importantes que otras y por ello gozan de un rango superior o de una situación especial en el ordenamiento jurídico internacional.

recho Internacional (Homenaje al Prof. Ernesto Rey Caro. Ed. Lerner. Córdoba. Argentina. 2002.

¹³ Esta nota referente a la invocación de la responsabilidad, se da no solamente en relación a las normas imperativas, sino también en referencia a la violación de las obligaciones internacionales denominadas *erga omnes*, que son obligaciones que tienen los Estados en relación a la protección de intereses fundamentales de la comunidad internacional. Si bien todas las obligaciones que contienen normas imperativas son *erga omnes*, no todas las obligaciones *erga omnes* constituyen normas imperativas.

Relación jerárquica reconocida por la naturaleza de las normas: *jus cogens*. Una norma de derecho internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*, artículo 53 de la Convención de Viena), es decir, toda norma “*aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario*”. **Contenido del *jus cogens*.** Otras normas también pueden tener el carácter de *jus cogens* en la medida en que sean aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario.

Relación jerárquica reconocida en virtud de una disposición de un tratado: Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Una norma de derecho internacional también puede ser superior a otras normas en virtud de una disposición de un tratado. Así ocurre con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud del cual “*En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta*”. **Ámbito de aplicación del Artículo 103 de la Carta.** El ámbito de aplicación del Artículo 103 comprende no sólo los artículos de la Carta, sino también las decisiones de obligado cumplimiento adoptadas por órganos de las Naciones Unidas como el Consejo de Seguridad. Teniendo en cuenta el carácter de algunas disposiciones de la Carta, el carácter constitucional de la Carta y la práctica establecida de los Estados y de los órganos de las Naciones Unidas, las obligaciones de la Carta pueden prevalecer también sobre las normas del derecho internacional consuetudinario que sean incompatibles con ellas. **Rango de la Carta de las Naciones Unidas.** También se reconoce que la propia Carta de las Naciones Unidas tiene un carácter especial a causa de la naturaleza fundamental de algunas de sus normas, en particular sus Propósitos y Principios y su aceptación universal.

Normas en que se establecen obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto: obligaciones *erga omnes*. Algunas normas gozan de un rango especial a causa de su ámbito de aplicación universal. Así ocurre con las obligaciones *erga omnes*, es decir, las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto. Esas normas son aplicables a todos los Estados, y se puede considerar que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de los derechos de que se trata: “... *debe trazarse una distinción esencial entre las obligaciones del Estado para con la comunidad internacional en su conjunto, y las surgidas respecto de otro Estado en la esfera de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos*

*involucrados, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones erga omnes*¹⁴. Una obligación *erga omnes* es “[u]na obligación, establecida por el derecho internacional general, que un Estado tiene en cualquier caso determinado con respecto a la comunidad internacional, habida cuenta de sus valores comunes y de su preocupación por la observancia de los mismos, de forma que una violación de esa obligación permite a todos los Estados adoptar medidas”¹⁵. Todo Estado puede invocar la responsabilidad del Estado que vulnera esas normas¹⁶. **Distintos enfoques del concepto de obligaciones erga omnes.** El concepto de obligaciones *erga omnes* se ha utilizado también para referirse a las obligaciones que un tratado impone a un Estado para con todos los demás Estados Partes (obligaciones *erga omnes partes*) o para con Estados no partes en cuanto terceros beneficiarios. Además, las cuestiones relativas al régimen jurídico de territorios se han tratado a menudo en términos *erga omnes*, refiriéndose a su oponibilidad a todos los Estados. Así, se ha dicho que los tratados sobre fronteras y territorios representan una realidad jurídica que necesariamente afecta a terceros Estados, porque tienen efecto *erga omnes*.

Relación entre las normas de jus cogens y las obligaciones erga omnes.

Se reconoce que mientras que todas las obligaciones establecidas por normas de *ius cogens* tienen también el carácter de obligaciones *erga omnes*, lo contrario no siempre es cierto según la Corte Internacional de Justicia: “[e]sas obligaciones derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, y también de los principios y normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, en particular la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los correspondientes derechos de protección han entrado en el cuerpo del derecho internacional general [...] otros los confieren instru-

¹⁴ CIJ. Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase), I.C.J. Reports 1970,

¹⁵ Institut de droit international, «Obligations and Rights Erga Omnes in International Law», reunión de Cracovia, Annuaire de l'Institut de droit international (2005), art. 1.

¹⁶ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10), artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, apartado b) del párrafo 1 del artículo 48. Aquí se incluiría el artículo 1 común al Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, al Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, al Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y al Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, todos ellos de 12 de agosto de 1949.

*mentos internacionales de carácter universal o cuasi universal*¹⁷. No todas las obligaciones *erga omnes* son establecidas por normas imperativas de derecho internacional general. Este es el caso, por ejemplo, de determinadas obligaciones basadas en los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, así como de algunas obligaciones relativas a espacios públicos internacionales. Ejemplos de esas obligaciones son las establecidas por el artículo 1 del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes.

Relación entre el *jus cogens* y las obligaciones establecidas en la Carta de las Naciones Unidas. La Carta de las Naciones Unidas ha sido aceptada universalmente por los Estados, por lo que resulta difícil imaginar un conflicto entre normas de *jus cogens* y obligaciones impuestas por la Carta. En cualquier caso, según el párrafo 2 del Artículo 24 de la Carta, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas, que comprenden normas que han sido posteriormente tratadas como *jus cogens*. **Funcionamiento y efectos en caso de conflicto entre normas de *jus cogens* y el Artículo 103 de la Carta.** a) La norma que entre en conflicto con una norma de *jus cogens* quedará por esa razón anulada *ipso facto*; b) La norma que entre en conflicto con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas será inaplicable como resultado de ese conflicto y en toda la amplitud de ese conflicto.

5. LA JERARQUÍA Y EL PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN.

Los conflictos entre normas de derecho internacional deberán resolverse aplicando el principio de armonización. En caso de conflicto entre una de las normas jerárquicamente superiores y otra norma de derecho internacional, esta última deberá interpretarse, en la medida de lo posible, de manera compatible con la primera, es decir, que las normas deben interpretarse de

¹⁷ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Reports 1970,. Véase también el caso a Timor (Portugal v. Australia), I.C.J. Reports 1995, En igual sentido también el caso Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, (donde se incluyen como obligaciones *erga omnes* “determinadas obligaciones del derecho internacional humanitario”, así como el derecho a la libre determinación). En cuanto a la prohibición del genocidio como obligación *erga omnes*, véase Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, y el caso “concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), I.C.J. Reports 2006. En el asunto Furundzija se definió la prohibición de la tortura como norma perentoria y como obligación *erga omnes*, sentencia de 10 de diciembre de 1998.

modo que den lugar a una serie de obligaciones similares. De no ser ello posible, prevalecerá la norma superior. Sobre la naturaleza y alcance de la Compatibilidad (“Complementariedad”), se puede decir que esta condición no afecta la jerarquía normativa, y que sólo si existiera una contradicción evidente entre dos normas de igual rango y naturaleza con una imperativa, sería de obligatoria aplicación la norma *ius cogens*. No existiendo relación jerárquica entre las principales fuentes de derecho internacional (tratados, costumbre y principios generales del derecho), la armonización e interpretación entre distintas normas debería realizarse conforme a la siguiente pauta hermenéutica: Las diferentes normas internacionales no deben ser puestas en pugna entre sí, sino que debe buscarse la manera de armonizarlas a todas (o ambas) a fin de que conserven igual valor y efecto. Es decir, que la “compatibilización” de las normas induce a una tesis armonizadora entre ellas, por lo que el intérprete deberá en lo posible amalgamar ambas normas, emitiendo repuestas jurídicas inspiradas en pautas de compatibilización y no de oposición.

6. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.

La aplicación del derecho internacional se encuentra vinculada al problema de la eficacia del orden jurídico internacional para posibilitar el cumplimiento de una de sus funciones más importantes: garantizar la paz y seguridad en el seno de la comunidad internacional. Generalmente se afirma que, a diferencia del orden interno, el derecho internacional posee un grado muy reducido de eficacia. Para juzgar tal eficacia debemos tener en cuenta que son los propios Estados los que crean las normas internacionales y se someten a ellas. El análisis de la eficacia de las normas puede hacerse de dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. El primero debe ser especialmente tenido en cuenta, ya que los sujetos internacionales, en la práctica, observan y aplican las normas internacionales tanto o más que los individuos en el orden jurídico interno. En definitiva, ha sido reconocido que, cuantitativamente, la eficacia del derecho internacional en la práctica no es inferior a la que se registra en el orden interno de los Estados. En cambio, desde el punto de vista cualitativo, el cumplimiento del derecho internacional es más problemático pues está vinculado a la controvertida materia de la responsabilidad internacional del infractor, su imputabilidad y, en definitiva, a la aplicación coactiva de las normas internacionales. *“La eficacia del actual ordenamiento internacional no puede ser apreciada sin tener en cuenta el hecho de que las estructuras fundamentales del sistema sufren hoy una profunda crisis. La estabilidad del ordenamiento, en ciertos sectores, posibilita la diaria aplicación de sus normas; en otros, en cambio, la impug nación del derecho en vigor afecta decisivamente a su eficacia”.*

Las normas y obligaciones internacionales adoptadas y aceptadas por los Estados deben ser cumplidas por ellos de buena fe (*Pacta sunt servanda*) y, generalmente, así lo hacen en forma espontánea. Para la aplicación de una norma internacional es preciso la determinación previa, tanto de su existencia, como de su contenido y alcance. Si bien este proceso aparece como sencillo en los tratados, se torna más dificultoso en los casos de principios, normas imperativas y normas consuetudinarias. En efecto, aún cuando la norma sea identificada y se constate que se encuentra vigente, resta determinar si la misma es oponible al sujeto de que se trate. Esta situación se encuentra estrechamente vinculada con el carácter relativo de las normas internacionales (las consuetudinarias, por la figura del objetor persistente; las convencionales, por la regla *res inter alios acta*).

La aplicación está íntimamente vinculada con el proceso de interpretación de la norma. La aplicación de las normas internacionales corresponde a los propios sujetos, y en tal sentido los Estados, sujetos principales, la aplican y cumplen no sólo por el compromiso jurídico internacional que suponen tales normas, sino también porque en muchos casos la incorporan a su derecho interno y, consecuentemente, son aplicadas por sus propios órganos. En efecto, los tribunales nacionales en muchos casos aplican el derecho internacional en virtud de la incorporación al derecho interno de los tratados debidamente ratificados, pero también pueden hacerlo con normas internacionales consuetudinarias.¹⁸ La aludida reconocida carencia de órganos centrales de naturaleza judicial y ejecutiva en la comunidad internacional, impide, la mayoría de las veces, el cumplimiento forzoso de las normas internacionales.

Efectuadas tales precisiones, señalamos que desde el punto de vista jurídico, la aplicación del derecho internacional se encuentra regida por los siguientes principios fundamentales: Igualdad jurídica¹⁹; Responsabilidad Internacional; No Intervención; Prohibición del uso de la fuerza; Arreglo

¹⁸ La aplicación del derecho internacional por los tribunales nacionales también muestra la naturaleza evolutiva del orden internacional...Este es un fenómeno creciente en la función judicial, pero también se ha prestado a abusos en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales o en la propia interpretación del derecho internacional aplicable.

¹⁹ El principio de igualdad jurídica de los Estados es inherente al concepto de soberanía: los Estados son iguales porque son soberanos. El artículo 21 de la Carta de la ONU consagra la igualdad soberana de sus Estados Miembros. En igual sentido, la Resolución 2625: "todos los Estados gozan de igualdad soberana; tienen iguales derechos y deberes". Una derivación de este principio de igualdad jurídica, es el de Prohibición de intervención en los asuntos que sean esencialmente internos de los Estados Partes, establecido en el artículo 2 ap.7 de la Carta de San Francisco y que ha sufrido en los últimos tiempos hondas transformaciones, pues muchos asuntos considerados esencialmente de jurisdicción doméstica de los Estados han evolucionado hacia temas de interés de la comunidad

pacífico de las controversias; Buena fe. Por ello, el ordenamiento jurídico internacional ha previsto mecanismos sobre el particular que se traducen en: a) el régimen de responsabilidad internacional, b) la aplicación coactiva y, c) el arreglo pacífico de las controversias.

- a) **Responsabilidad Internacional.** La violación de las normas jurídicas o de las obligaciones internacionales vigentes, generan responsabilidad internacional del autor. La responsabilidad constituye el núcleo del sistema jurídico internacional²⁰. En efecto, *“se puede considerar a la responsabilidad internacional como aquella situación resultante del incumplimiento de una obligación jurídica internacional por un sujeto del derecho internacional, cualquiera sea la naturaleza de esa obligación y a la materia a que se refiere”*²¹. Es decir, que todo comportamiento (por acción u omisión) atribuible a un sujeto internacional violatorio de una obligación internacional, conforma un hecho internacional ilícito, que genera responsabilidad internacional.²² Las consecuencias jurídicas que se derivan del acto internacionalmente ilícito, en síntesis, son las siguientes: a) La continuidad del deber del autor de la violación de cumplir la obligación violada; b) Poner fin al hecho ilícito; c) Ofrecer garantías de no repetición; c) Reparar íntegramente el perjuicio causado por la violación.

Todo sujeto internacional lesionado por el hecho internacionalmente ilícito, puede invocar la responsabilidad internacional del responsable exigiendo que se cumplan las consecuencias propias del mismo. Pero, si el sujeto infractor de la norma internacional no reconoce y acepta su responsabilidad internacional ante el ilícito internacional, ¿existen procedimientos de aplicación coactiva de las normas internacionales? Y en su caso, ¿cuáles son esos procedimientos y de qué manera se instrumentan? Las características propias del derecho internacional (carencia de órganos centrales y de una jurisdicción obligatoria) no privan a sus normas de coactividad, aunque condicionan sus mecanismos.

internacional en su conjunto, incluso transformándose en normas *ius cogens* (Ej. El respeto de los derechos humanos fundamentales).

²⁰ Tanto el principio de que la violación de una obligación internacional origina la responsabilidad internacional, como su corolario, el deber de reparar en forma adecuada el daño causado, han sido aceptados y ratificados en forma pacífica por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica de los Estados. Pagliari, Arturo, *Curso de Derecho Internacional Público*, Advocatus, 2007.

²¹ Pagliari, A., *ob. cit.*

²² Resolución AGNU 56/83, proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional (art.1).

b) **Sanciones.** Frente a un hecho ilícito internacional caben, en principio, dos clases de reacciones: una, centralizada de naturaleza vertical, de carácter institucional; la otra, descentralizada, de naturaleza horizontal, individual, unilateral. Las primeras se adoptan en el marco de sistemas normativos centralizados, previstas en las cartas o tratados de las organizaciones internacionales, y generalmente se las tipifica como sanciones por su verticalidad, ya que las mismas son resueltas por los órganos de la organización con competencia para ello; de ahí que ellas respondan siempre a pautas convencionales institucionales²³. Esta clase de reacciones (sanciones) pueden ser decididas no solamente en el marco de organizaciones mundiales, sino también en el de las organizaciones regionales²⁴, o bien por normas establecidas en tratados²⁵ que establecen mecanismos de esta naturaleza para aplicar en el caso de controversias entre las partes o bien cuando una de ellas viola las disposiciones convencionales. En cambio la reacción descentralizada, unilateral, es llevada a cabo por el Estado directamente lesionado, mediante medidas de retorsión, reciprocidad o represalias (contramedidas). Parte de la doctrina engloba dentro de la denominación genérica de contramedidas, todas aquellas acciones individuales que puede tomar el Estado lesionado para presionar al Estado infractor al cumplimiento de la obligación violada²⁶ y que asuma las consecuencias del hecho ilícito.²⁷ Otros circunscriben el término, únicamente a las represalias. La razón de estos últimos, es que la retorsión y las medidas de reciprocidad son acciones lícitas y se toman en el marco del derecho de los tratados, respectivamente, mientras que las represalias (contramedidas propiamente dichas) son acciones normalmente ilícitas pero que el derecho las transforma en lícitas. La importancia y trascendencia de estas últimas motivó que la resolución AGNU 56/83 le dedicara su particular atención. En efecto, las contramedidas componen el Capítulo II (Contramedidas, artículos 49 a 54) de la Tercera Parte (Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado). Las contramedidas significan un comportamiento de un Estado que no está en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro, y presentan los siguientes caracteres y condiciones:

²³ Las medidas adoptadas por la organización internacional general o regional, se las denomina sanciones (ya que pueden tener carácter punitivo) de naturaleza vertical (se dirigen desde el órgano competente hacia el Estado (miembro de la organización) infractor).

²⁴ Facultades del Consejo de Seguridad en las Naciones Unidas, o del Consejo Permanente de la OEA.

²⁵ Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados.

²⁶ Retorsión, represalias, denuncia de un tratado, incumplimiento de normas convencionales, legítima defensa.

²⁷ Cese del hecho ilícito, reparación y, en su caso seguridades y garantías de no repetición.

a) Objeto: Inducir al Estado infractor a que cumpla con la obligación violada y al pago de la reparación pertinente; b) Finalidad: Lograr la reanudación del cumplimiento de la obligación violada; c) La contramedida adoptada debe ser limitada en el tiempo: hasta la cesación del ilícito o cuando se someta la controversia a un tribunal con facultades para dictar una decisión vinculante; d) Debe ser proporcional al perjuicio sufrido y a la gravedad del hecho ilícito. Si bien el Estado facultado para adoptar las contramedidas es el Estado directamente lesionado, el proyecto autoriza en casos especiales a terceros Estados (art.48) a invocar a la responsabilidad internacional del Estado infractor²⁸ para reclamar la cesación del ilícito, obtener garantías de no repetición y obligarlo a cumplir con la obligación de reparar; incluso ha quedado inserta en la resolución, lo que se denomina como “cláusula de salvaguardia” (art.54), por la que se deja a salvo el derecho de cualquier Estado, facultado de conformidad al citado art.48, a tomar medidas lícitas contra el Estado infractor para asegurar la cesación de la violación y el pago de la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.²⁹

c) **Arreglo Pacífico de Controversias.** Si bien, de conformidad a lo establecido por la Corte Internacional de Justicia en el *asunto de las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, la obligación general de los Estados de solucionar pacíficamente sus controversias ya contaba con diversos antecedente convencionales³⁰, constituye un principio de derecho internacional general consuetudinario, la misma se encuentra establecida en la Carta de las Naciones Unidas en sus artículos 1, apartado 1 (como un propósito), 2 apartados 3 y 4 (traducidos en dos obligaciones:

²⁸ En los casos en que la obligación violada exista con relación a un grupo de Estados del que el tercer Estado forme parte o que la obligación violada exista con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

²⁹ Algunos autores afirman que estas disposiciones consagran una especie de acción pública internacional (*actio popularis*), ya que se legitima a Estados no directamente lesionados en sus derechos subjetivos por el ilícito, para invocar la responsabilidad del Estado responsable y solicitar el cese de la violación, el otorgamiento de garantías de no repetición que cumpla con su violación de reparar (en interés del Estado lesionado y de los beneficiarios de la obligación violada). Téngase presente que esta legitimación no sólo se otorga en caso violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas (lo que en el proyecto original se denominaban como “crímenes internacionales”), sino también en los casos de violaciones de obligaciones colectivas o con la comunidad internacional en su conjunto.

³⁰ Los antecedentes de esta obligación se encuentra fundamentalmente en Las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907; el Pacto de la Sociedad de las Naciones y el Acta General para el arreglo pacífico de las controversias internacionales de 1928, vinculado al Tratado de París del mismo año conocido como el Tratado Briand Kellog.

la primera, donde consta concretamente el deber del arreglo pacífico, y la segunda, referente a la prohibición del uso de la fuerza), y 33 (donde se enumeran los distintos medios de solución pacífica). El principio de la obligación del arreglo pacífico de las controversias internacionales también se encuentra contemplado en la Resolución 2625 (XXV), del que se pueden extraer las siguientes conclusiones: a) Constituye una obligación de todos los Estados la de solucionar pacíficamente las controversias, a fin de no poner en peligro la paz, la seguridad y la justicia; b) El arreglo pacífico se basa en dos principios: 1) Igualdad soberana de los Estados y, 2) Libre elección de los medios. En este sentido, las partes son libres para elegir cualquier medio que resulte adecuado a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia (negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial, recursos previstos en los organismos regionales, etc.). De ello se deduce que este deber constituye una obligación de comportamiento, no de resultado, regida por el principio de la buena fe³¹. Por lo tanto, la circunstancia de no lograr un acuerdo por los medios elegidos, no desobliga a los Estados de seguir comprometidos al arreglo de la controversia por otros medios pacíficos, ya que en definitiva los Estados tienen la obligación de no agravar la situación conflictiva a fin de no poner en peligro la paz y seguridad internacionales. Una controversia internacional significa un desacuerdo (grave) entre dos o más sujetos internacionales sobre un punto de derecho o de hecho que revela una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos sujetos de derecho internacional. En la práctica es común que las controversias jurídicas entre Estados se presenten en un contexto político, ya que *“a menudo representan sólo un elemento de un diferendo político más vasto y existente de larga data”*³².

Los Procedimientos de arreglo pacífico se encuentran enumerados en la Carta de la ONU y en la Resolución 2625: negociación, buenos oficios, mediación, investigación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial. Salvo la negociación, en los restantes medios de solución siempre interviene un tercero. La solución propuesta al diferendo sólo es obligatoria para las partes en conflicto en los casos de arbitraje y arreglo judicial; de tal forma, a estos medios

³¹ El Prof. Julio Barboza entiende que se trata de “una obligación sui generis de un contenido especial cuyo cumplimiento se basa enteramente en la buena fe de las partes... una obligación de tratar de llegar a un acuerdo de buena fe..., pero no de alcanzar ese acuerdo...”. Derecho Internacional Público, Zavalía, 2008.

³² CIJ, asunto del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán. Reports 1979/1980.

de solución se los clasifica en jurisdiccionales (los dos últimos nombrados) y no jurisdiccionales, designación reservados a los restantes.

Los medios jurisdiccionales presentan los siguientes caracteres: a) Intervención de un tercero imparcial; b) La jurisdicción o sometimiento a este medio se basa en el consentimiento o voluntad de los Estados; c) La solución tiene que estar fundada en derecho, salvo que las partes expresamente convengan la cláusula *ex aquo et bono*; d) El procedimiento tiene carácter contradictorio; e) La decisión del tribunal (laudo, fallo o sentencia) es obligatoria para las partes.

Dos son los medios clásicos jurisdiccionales para resolver las controversias: el arbitraje y el arreglo judicial. Las distinciones entre ambos consisten fundamentalmente en lo siguiente: a) El arbitraje es un medio especial y puntual para un conflicto concreto, mientras que en el arreglo judicial el tribunal que decide la controversia le es preexistente; no ha sido creado para decir ese conflicto en particular, sino para resolver litigios en general. b) En el arbitraje, el tribunal es nombrado (generalmente) por los propios Estados en conflicto; lo que no sucede en la constitución del órgano judicial. c) En el arbitraje las propias partes litigantes son las que hacen frente a los gastos que supone la constitución y funcionamiento del tribunal arbitral, cosa que no ocurre con el órgano judicial. d) El órgano judicial, por su carácter estable y permanente, puede desarrollar una jurisprudencia firme y continuada, lo que refuerza el principio de seguridad jurídica en el orden internacional.

El arbitraje tiene por objeto que las partes designen árbitros para la solución de un diferendo para que éstos, sobre la base del derecho, den una solución al conflicto. Si bien no existe una obligación jurídica de someter una cuestión a arbitraje –salvo la existencia de una cláusula arbitral o compromiso arbitral–, una vez aceptado, la solución emitida por el árbitro es obligatoria y debe ser cumplida de buena fe. En definitiva, tanto el recurso al arbitraje como la jurisdicción del tribunal, se basan en el consentimiento y la voluntad de los Estados. Siempre se arriba al arbitraje mediante un compromiso arbitral que, en algunos casos, puede obedecer a la aplicación de una cláusula arbitral preexistente. La cláusula arbitral, previa al diferendo, puede encontrarse ya sea en un tratado específico de arbitraje, o en cualquier otra clase de tratados, que establece que cualquier controversia que surja entre las partes con motivo de la interpretación o aplicación del tratado, será sometida a arbitraje; incluso, en esta clase de cláusula, puede de antemano estar designado el árbitro que entenderá en la cuestión. La práctica más reciente muestra una renovación del arbitraje internacional con relación a las controversias relacionadas con las inversiones, y en

particular con las controversias entre Estados y sociedades de inversión de capitales. Generalmente los tribunales arbitrales se crean en forma circunstancial y para un caso determinado, desapareciendo una vez finalizado su cometido. El procedimiento puede ser determinado por las propias partes o por el tribunal arbitral. Por ejemplo, en el caso del Arbitraje en el CIADI³³ se debe tener en cuenta que las controversias son arbitradas por tribunales *ad hoc*, lo que posibilita que cada tribunal ponga su sello particular a su pronunciamiento en base a una interpretación del derecho que puede alejarse de los antecedentes jurisprudenciales. Por otra parte, no debemos olvidar que este medio de solución es el preferido por los Estados, entre los medios de solución jurisdiccionales, debido a la posibilidad que tienen las partes de elegir cada una de ellas un árbitro que responda mejor a su posición. Por otra parte, los arbitrajes ante el CIADI ha permitido la intervención de nuevos sujetos (empresas, compañías e inversionistas). En tal sentido, el invertir en un país extranjero constituye un proceso de naturaleza compleja que involucra varios sujetos en juego: el inversionista, el Estado receptor, la transferencia de capital hacia ese Estado y el Estado nacional del inversionista. Cuando intereses contrapuestos de las partes entran en pugna, entre el inversionista y el Estado receptor surge una controversia. En circunstancias normales, esa disputa ha de ser resuelta según las leyes y los mecanismos del Estado receptor. En el pasado, cuando un conflicto debía ser resuelto inexorablemente según los mecanismos del Estado receptor, los inversionistas solicitaban la protección diplomática de los Estados de su nacionalidad. Sin embargo, esta eventualidad quitaba al inversionista el control de la disputa y hacía que las controversias pudiesen ser resueltas según los intereses del Estado de su nacionalidad y no según los intereses del inversionista.

7. FRAGMENTACIÓN. APLICACIÓN Y EFECTOS.

En la aplicación de la norma especial, el derecho general no queda excluido sino simplemente mantiene su efecto y aplicación en un segundo plano.

³³ El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones es un tribunal arbitral dependiente del Banco Mundial, especializado en resolver controversias entre las partes firmantes de los tratados bilaterales. Es una institución internacional autónoma establecida en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, o Convenio de Washington. Se abrió a la firma el 18 de marzo de 1965 y entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

En las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos, general y particular, juega un papel importante el principio de la *Lex Specialis*³⁴ que se relaciona estrechamente con la idea del derecho internacional como sistema jurídico. Este principio tiene como objeto armonizar las normas en conflicto mediante el establecimiento entre ellas de relaciones de primacía definidas³⁵.

Existen dos maneras de examinar la relación entre una norma particular con una general: a) La norma especial como aplicación, profundización o actualización de una norma general; b) La norma especial como modificación, reformulación o exclusión de la norma general (es decir, como excepción).

Pero conviene recordar que una norma nunca es especial o general en abstracto, sino en su relación con otra norma: a) conflicto entre dos disposiciones, una especial y una general, dentro de un mismo instrumento; b) conflicto de normas existentes en dos instrumentos diferentes; c) conflicto entre un tratado y una norma no convencional; d) conflicto entre dos normas no convencionales. En estos casos, si bien no existe una jerarquía formal entre las fuentes del derecho, sí existe una informal³⁶, que se sirve en forma pragmática de un razonamiento jurídico: antepone la norma especial a la más general.

Lo importante, pues, es determinar las soluciones y técnicas que ofrece el derecho internacional tradicional para encontrar las relaciones entre normas y principios jurídicos generales o especiales entre sí, con el objeto de determinar cómo deben aplicarse a un conflicto determinado.

³⁴ Constituyen una subcategoría de ley especial, los llamados regímenes autónomos. Esta expresión se utiliza en tres sentidos diferentes: a) En sentido amplio (disposiciones convencionales que versan sobre una misma cuestión); b) En sentido restringido, hace referencia a un conjunto especial de normas secundarias (por ejemplo las normas sobre derecho diplomático), cuya primacía se invoca sobre las normas generales sobre la responsabilidad del Estado relativas a las consecuencias de un hecho ilícito; c) En sentido académico, como forma de describir esferas completas de especialización funcional en el sentido de aplicación de normas y técnicas especiales de interpretación y administración (Ej. Derechos humanos, derecho humanitario, OMC, etc.)

³⁵ El principio, constituye una excepción al derecho general. Es un principio tradicional y ampliamente aceptado como regla de interpretación jurídica y técnica de solución de conflictos de normas.

³⁶ Si bien existen motivos fundados para distinguir entre la jerarquía de las normas jurídicas y la jerarquía de las fuentes del derecho, con respecto a estas últimas no existen una jerarquía formal ni informal. Si habitualmente se da primacía a un tratado sobre una costumbre general no es debido a una jerarquía de derecho, sino simplemente de dar efecto a la voluntad de las partes; no puede excluirse que con el mismo motivo una costumbre especial puede tener primacía sobre un tratado general.

En la aplicación de la norma especial, ya sea con otra norma especial o de naturaleza general, se hace necesario determinar la relación existente entre ellas, cuando ambas son válidas y aplicables a una misma situación. En tal caso puede resultar: a) Que la norma sirva como elemento de interpretación de la otra; b) Que su aplicación produzca como efecto decisiones incompatibles, en cuyo caso se hace necesario escoger entre ellas.

En dichos casos se hace necesaria una interpretación, situación que está reglada por la CV69 sobre el Derecho de los Tratados, a la cual acuden todos los tribunales internacionales en sus resoluciones, como, en numerosos casos, a los principios generales del derecho.

Entre estos últimos tiene una especial importancia el "*lex specialis derogat legi generali*". La preferencia en la aplicación de la ley especial sobre la general tiene su fundamento que la primera es más específica o concreta que la segunda, y puede ser aplicada en cualquier clase de conflicto de normas de distintas o igual naturaleza: La fuente de la norma no es decisiva para la determinación o aplicación de la norma especial.

En cuanto a **los efectos o funciones de la ley especial**, la misma puede ser aplicada para interpretar o modificar la ley general; es más discutible si una norma especial puede dejar sin efecto una general (no puede derogar una norma imperativa o violar el art.103 de la Carta). En efecto, en principio la ley general sigue siempre plenamente válida y será de aplicación en los casos no previstos en la especial. Más aún, la especial tiene siempre su fundamento en una general. Los acuerdos parciales reciben su fuerza obligatoria por referencia a normas o principios generales (válidos y obligatorios) exteriores a él y que son de aplicación supletoria. El derecho internacional general siempre se encuentra subyacente tras las normas y regímenes particulares.

Constituyen un caso de particular estudio los llamados Regímenes Especiales o Autónomos, como supuestos de Ley especial. Una determinada cuestión puede constituir un régimen especial y ser aplicable como ley especial. Estos regímenes especiales, generalmente compuestos por una serie o sistema de normas, pueden reglamentar cuestiones específicas: La utilización de un río o bien una materia determinada: (Derecho del Mar, del Medio Ambiente, Derecho mercantil, Derechos humanos), o en forma más compleja una región determinada. Pueden tener como base uno o varios tratados, como así también prácticas consuetudinarias (tanto generales como particulares). Como la ley especial, estos regímenes autónomos pueden prevalecer sobre la ley general. Cumplen las siguientes funciones: a) Llenar lagunas, es decir, regular relaciones o casos no contemplados por el derecho general; b)

Regular relaciones específicas que hacen a los intereses propios de la materia o Estados involucrados.

8. INTERPRETACIÓN.

La interpretación como medio de aplicación de la ley especial, hace de imprescindible aplicación principios de derechos internacional general que se encuentran contemplados en la CV69 sobre el Derecho de los Tratados, a la cual acuden todos los tribunales internacionales en sus resoluciones. La interpretación de los tratados es fundamental para determinar el sentido, alcance y aplicación de las normas convencionales, ya que la función esencial de todo tratado es la de crear derecho, ya sea a través de una norma general o particular. Por ello, las normas y reglas de la CV69 sobre interpretación de los tratados son importantes no sólo para la aplicación de los tratados, sino también para su redacción. Los métodos mas generalizados a los fines de interpretación de una norma jurídica y particularmente de los tratados internacionales son: el método objetivo, textual o gramatical (se basa en el texto del tratado); el método teleológico (consideración del objeto o fin del tratado) y el método subjetivo (verificar la verdadera intención de las partes).

8.1. Art.31. Regla general de interpretación.

1. *El tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*
2. *Para los efectos de interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:*
 - a) *todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;*
 - b) *todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.*

Del párrafo 1 se destacan las siguientes pautas de interpretación:

- a) **El principio de la Buena fe.** La buena fe, que desde el punto de vista ético se traduce en una actitud de honradez, lealtad, rectitud, en el cumplimiento de obligaciones recíprocas, denota la confianza que una de las partes del tratado espera de la actitud leal de la otra u otras partes. La buena fe en derecho internacional es un principio general del derecho y

un principio general de derecho internacional, que es aceptado como tal por la comunidad internacional en su conjunto, y que ha sido receptado en numerosos textos convencionales³⁷. El principio de la buena fe impregna toda la Convención. Por ello, tanto en materia de cumplimiento (Pacta Sunt Servando: los tratados deben cumplirse de buena fe) como en la interpretación de los mismos, es indispensable para una correcta aplicación, observar la disposición de que los tratados deben interpretarse de buena fe.

- b) **El Sentido corriente de los términos.** Esta expresión como regla de interpretación hace referencia a que los términos de un tratado deben interpretarse con el significado usual, normal, natural y espontáneo que poseen en el lenguaje corriente relacionados en el contexto en que se encuentran utilizados y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado. Esta es la regla general que debe utilizarse a menos que, la interpretación de esa forma efectuada, conduzca a resultados irrazonables o absurdos. En tal sentido la jurisprudencia internacional ha establecido que para aceptar una interpretación que no sea la reflejada por el sentido normal y corriente de los términos, es necesario que exista una razón o prueba decisiva en tal sentido. Por ello, la parte que alega una excepción a la utilización del sentido natural de los términos, debe soportar la carga de la prueba, debe demostrar en forma convincente que los términos usados han sido utilizados en un sentido especial, diferente a los corrientes; tal es lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 31: *“se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”*.
- c) **Los términos del tratado en el contexto de éstos.** Significa que los términos de las disposiciones de un tratado no deben ser interpretados en forma separada sino considerando al tratado como un todo, ya que determinadas palabras, si se disocian del contexto, pueden tener más de un sentido o conducir a resultados irrazonables o absurdos. El artículo 31 aclara lo que debe entenderse por contexto de un tratado: a) *El texto del tratado propiamente dicho*; b) *El Preámbulo*; c) *Los Anexos*; d) *Todo acuerdo celebrado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado*; e) *Todo instrumento formulado por una o más partes y aceptado por las demás con motivo de la celebración del tratado, como instrumento referente al tratado*.
- d) **Teniendo presente el objeto y fin.** Objeto y fin, gramaticalmente significan finalidad, propósito, objetivo o intención. El objeto y fin del tratado

³⁷ Carta de la ONU; Resolución 2625; Carta de la OEA, etc.

generalmente se encuentran consignados en su preámbulo, sin perjuicio de ubicarlos en cláusulas particulares del mismo o en otros acuerdos que puedan considerarse dentro de su contexto. En este sentido, la consideración del objeto y fin del tratado respondería al método de interpretación textual o gramatical. Sin embargo, no hay que olvidar que objeto y fin, gramaticalmente significan finalidad, propósito, objetivo o intención. En este sentido, es indudable que sería de aplicación el método teleológico ya que estaría íntimamente vinculado al propósito o fin que guió a las partes a celebrar el tratado. En este sentido la jurisprudencia, con mayor frecuencia al decidir sobre el sentido de cláusulas insertas en tratados constitutivos de organizaciones internacionales, ha establecido que sólo cuando se conoce lo que las partes intentaron hacer y el propósito que tuvieron al contratar, es posible interpretar el sentido corriente de los términos del tratado. Debemos recordar que el objeto y fin del tratado son los elementos esenciales que las partes han tenido en cuenta para celebrarlo.

Agrega el artículo 31: 3. *Juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta:*

- a) *Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación o de la aplicación de sus disposiciones;*
 - b) *Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;*
 - c) *Toda norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*
- e) **Interpretación “auténtica”.** Los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 31 consignan lo que se denomina una interpretación “auténtica” del tratado, es decir, aquella que realizan las propias partes del tratado, ya sea por un acuerdo o comportamiento posterior a su entrada en vigor a los fines de su interpretación o aplicación. La práctica ulterior cuando es uniforme, coherente y seguida por la mayoría de las partes, constituye un elemento decisivo para determinar el sentido y alcance de los términos del tratado. Constituye una prueba del consenso de las partes sobre la interpretación del tratado y cumple el mismo fin que un acuerdo sobre tal interpretación. El consentimiento colectivo para que equivalga a una verdadera interpretación auténtica del tratado, puede manifestarse no solamente mediante un obrar positivo, sino también manifestarse

tácitamente, ya sea mediante la aquiescencia o bien por la ausencia de protesta ante la conducta seguida por la mayoría de las partes.

- f) **Interpretación “sistémica”**. El apartado c) del párrafo 3 del artículo 31, al establecer que a los fines de la interpretación debe tenerse en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicables a las relaciones entre las partes”, fija una regla de interpretación esencial a la hora de promover la armonización y otorgar garantías para la unidad del orden jurídico internacional. Es lo que parte de la doctrina denomina “interpretación sistémica”, es decir, que aplicación se efectúa cuando las disposiciones del tratado de que se trata no son suficientes o son imprecisas o confusas; entonces se recurre a otras normas convencionales, consuetudinarias o a principios generales del derecho, tal es el objetivo de la interpretación sistémica. La interpretación textual de esta disposición permite extraer las siguientes conclusiones: 1) No circunscribe las normas de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes a las convencionales. En efecto, cuando la disposición se refiere a *toda norma pertinente de derecho internacional*, no descarta la aplicación de otras fuentes del derecho internacional, como el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho; 2) En consecuencia, la interpretación de un tratado debe tomar en cuenta todas las normas pertinentes de derecho internacional (no sólo las convencionales sino también las generales) vigentes entre las partes en el momento en que haya que interpretarse el tratado. Las convencionales son especialmente importantes cuando las partes en el tratado que es objeto de interpretación, son también partes en otro tratado; 3) No está limitado en lo temporal. La aplicación de la disposición es intemporal en su relación con la determinación del momento en que puede proceder a aplicar otras normas de derecho internacional; d) También puede interpretarse esta disposición en el sentido que las partes no han querido celebrar un convenio contrario al derecho internacional; es decir, que el criterio de esta regla es que debe interpretarse el texto de un tratado en el sentido de que busca producir efectos de conformidad con el derecho existente y no violándolo.

- g) **Interpretación “complementaria”**. Se encuentra reflejada en el artículo 32.

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios.

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31,

o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad al artículo 31:

- a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Los medios de interpretación establecidos en este artículo, como lo dice expresamente su título, son además de complementarios, condicionados a que se compruebe la imposibilidad de conciliar los términos del tratado dentro de su contexto, ya sea por oscuridad de sus expresiones ya porque la aplicación textual de las mismas conduzcan a resultados irrazonables o absurdos. También cabe precisar que los medios complementarios citados – trabajos preparatorios³⁸ y circunstancias de su celebración³⁹-, no son taxativos, ya que la propia redacción de la disposición “...medios de interpretación complementarios en particular...”, refleja que existen otros medios aparte de los expresamente señalados, fijando que quizás los más apropiados son los consignados. Las condiciones determinadas para utilizar estos medios complementarios significa que no pueden utilizarse para interpretar el texto de un tratado que es suficientemente claro. Únicamente se podrá acudir a estos medios si después de interpretar los términos de un tratado de conformidad a las pautas del artículo 31, todavía persistieran dudas ciertas sobre su sentido y alcance. Los medios complementarios constituyen una excepción a las reglas de interpretación de los tratados y, por ende, deben ser de utilización restrictiva.

- h) Interpretación en la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.** Se encuentra legislado por el artículo 30, disposición que resulta de necesario análisis teniendo en cuenta que involucra materias importantes como responsabilidad, interpretación e incluso modificación o enmiendas a los tratados, que se encuentran contempladas en otros artículos de la Convención, y constituye un tema corriente

³⁸ El término “trabajos preparatorios” constituye una expresión global que se hace referencia a todos los documentos que sirvieron de base para la redacción del tratado, tales como acta de las sesiones o reuniones, memorandos, proyectos del tratado, declaraciones oficiales de los Estados, etc.

³⁹ Las circunstancias históricas de la celebración de un tratado alude a las circunstancias, condiciones y marco histórico en que los Estados celebraron el tratado. Algunos denominan este medio como “interpretación histórica”, ya que hace referencia al momento histórico en que el tratado se celebró resaltando el significado que los términos tenían en esa oportunidad, aunque la doctrina sostiene que la expresión es amplia y abarca no sólo los antecedentes históricos sino también las circunstancias contemporáneas.

como consecuencia de la expansión de cooperación internacional para atender a las nuevas necesidades surgidas en el seno de la comunidad internacional.

Artículo 30. Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

1. *Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y obligaciones de los Estados Partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.*
2. *Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.*
3. *Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.*
4. *Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:*
 - a) *en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;*
 - b) *en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.*
5. *El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.*

h.1. Principio de Jerarquía. El párrafo 1, del referido artículo, consagra el Principio de Jerarquía al establecer la primacía de lo dispuesto por el

artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas con relación a cualquier otro tratado: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”, ratificando en este sentido que el derecho internacional otorga a las normas y obligaciones emanadas de la Carta de las Naciones Unidas primacía sobre otras normas⁴⁰.

h.2. Principio de Ley Posterior. El párrafo 2 afirma el principio de la *lex prior*, remitiéndose a lo establecido en cada tratado, ya se encuentre subordinado a otro (anterior o posterior) o bien que lo establecido en ese tratado no sea incompatible con lo dispuesto en otro.

h.3. El principio de la *lex posterior deroga legi priori*. Está confirmado para los supuestos contemplados en el párrafo 3 y el apartado a) del párrafo 4 del artículo 30. El párrafo 3 establece que, cuando todas las partes en un tratado anterior sean las mismas que en un tratado posterior, sólo se aplicarán las disposiciones del tratado anterior en cuanto no sean incompatibles con las del tratado posterior. Esta norma es la expresión del Principio de que la “*la ley posterior deroga la ley anterior*”. El apartado a) del párrafo 4 instituye que en el caso de dos tratados sucesivos en que las partes no sean las mismas, las relaciones entre los Estados Partes que lo sean en ambos tratados, se regirán por lo dispuesto por el tratado posterior, aplicándose las normas del tratado anterior sólo en el supuesto que no sean incompatibles con el posterior.

i) Interpretación de la aplicación de tratados sucesivos *inter se*. El problema más grave en la aplicación de tratados sucesivos se manifiesta en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que lo sea en sólo uno de ellos. El apartado b) del párrafo 4, establece en este caso, que los derechos y obligaciones recíprocos entre ambos Estados en ese supuesto, se regirá por el tratado en el que los Estados sean Partes.

Sobre este particular caben las siguientes acotaciones: a) En materia de responsabilidad: La mera celebración de un tratado posterior incompatible con uno anterior, no da lugar *per se* a una violación del derecho internacional. Esta

⁴⁰ La primacía de las normas de la Carta obliga a reflexionar sobre el tema de jerarquía de normas, y, especialmente, la jerarquía existente entre las normas de la Carta y las normas *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*.

violación sólo se produciría en el supuesto de **aplicación** del tratado posterior. b) El apartado b) del párrafo 4 no regula una cuestión de validez de dos tratados incompatibles, sino sólo una cuestión de **prioridad** entre esos tratados. c) Las disposiciones del artículo 30 tienen carácter supletorio, no imperativo, no regulando cuestiones de suspensión o terminación de los tratados. d) Para interpretar esta disposición deben tomarse en cuenta dos principios: 1. *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (un tratado no puede crear obligaciones ni derechos para un tercero sin su consentimiento – art.34 CV69-) y 2. *Prior tempore, potior jure* (quien es primero en el tiempo es primero en el derecho).

j) Interpretación de disposiciones de tratados pertenecientes al mismo o distinto “régimen”. El principio de la ley posterior es aplicable para resolver conflictos entre normas que forman parte de tratados institucionalmente conexos o que tienen por objeto alcanzar objetivos análogos (Por ej. ALADI, MERCOSUR, UNASUR). En cambio si existe controversia sobre normas de tratados de distinto régimen, la determinación de cuál de ellos es posterior no entrañará necesariamente ninguna presunción de prioridad entre ellos.

k) Modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente.

Sin perjuicio de las consideraciones precedentes, la disposición del art.30 debe ser necesariamente relacionada con lo dispuesto por los arts. 41 y 31 de la CV69. El primero de tales dispositivos, regula los acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente. Esta clase de acuerdos da lugar a dos clases de relaciones jurídicas: a) Unas relaciones “generales”, aplicables a todas las partes en el tratado multilateral; y b) unas relaciones “especiales” aplicables sólo a dos o más partes en el acuerdo *inter se*. Este último acuerdo modifica la aplicación del tratado anterior original sin enmendarlo. La relación entre el acuerdo general anterior y el particular, posterior, es análoga a la que existe entre la ley general y la ley especial.

Los acuerdos particulares entre dos o más Estados que son partes en un tratado multilateral, si bien están permitidos, deben respetar la coherencia del tratado original anterior. En este sentido, las condiciones para celebrar un acuerdo posterior son: a) La preservación de los derechos e intereses de las demás partes y del objeto y fin del tratado original⁴¹ (art.41, 1.b) i y ii); b) la no

⁴¹ Las condiciones de admisibilidad de los tratados particulares posteriores deben estar en consonancia con los principios generales del derecho de los tratados tendientes a salvaguardar la integridad del tratado.

imposición de obligaciones adicionales a las partes en el acuerdo original; c) El deber de notificación del acuerdo particular a las demás partes del tratado original (art.41, 2.).

9. CONCLUSIONES A MODO DE INTERROGANTES.

El derecho internacional particular refleja la expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos, constituyendo muchos de estos regímenes especiales la expresión de preocupaciones legítimas para establecer normas sobre el desarrollo económico, la protección de los derechos humanos, del medio ambiente y el regionalismo. Además, la norma especial regula la materia que trata de forma más eficaz y eficiente, y refleja mejor la voluntad de las partes.

Pero es indudable que la fragmentación crea el peligro de que surjan normas, principios o prácticas incompatibles entre sí o con el derecho internacional general. Ocasiona, sin duda, conflictos entre normas que pueden, y lo hacen, menoscabar la aplicación efectiva del derecho. El surgimiento de normas especiales (regímenes autónomos) y de sistemas de tratados limitados geográfica o funcionalmente crea problemas de coherencia en el derecho internacional. El derecho de los derechos humanos, el penal internacional, el del medio ambiente, el derecho mercantil, tienen normas propias que a veces no coinciden con normas de derecho internacional general, o especial de otros regímenes.

Ello nos lleva a plantear las siguientes interrogantes:

¿El principio de ley especial menoscaba la seguridad, la previsibilidad jurídica del orden internacional y el principio de igualdad jurídica de los sujetos de derecho?

¿Significa la fragmentación del derecho internacional general, una erosión a la homogeneidad y jerarquía del sistema jurídico internacional?

Lo que parece cierto es que la fragmentación produce conflictos entre las normas del derecho internacional general y particular, divergencias que deben solucionarse mediante la interpretación que debe realizarse entre los propios sujetos o terceros intervinientes. En tal sentido, las orientaciones de la CV69 en esta materia constituyen un instrumento idóneo para hacer frente a la colisión de normas generales y regímenes particulares.

EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA: Concordancias y divergencias con los de América Latina.

SAMUEL FERNÁNDEZ ILLANES¹

INTRODUCCIÓN:

Toda referencia a la Unión Europea (U.E.), establecida el 1° de noviembre de 1993 al entrar en vigor el Tratado Constitutivo (Maastricht), se basa en la Comunidad Económica Europea (CEE), que a su vez nació en los Tratados de Roma de 1957, y se perfeccionó en el Acta Única de 1986. Constituye una de las etapas más avanzadas en el proceso de integración que se conocen, hasta ahora. Para ello, se han debido sortear innumerables condicionantes, no sólo históricas, dados los recurrentes enfrentamientos bélicos de los siglos pasados; sino aquellas que la comunidad internacional presenta hoy, plagada de intereses en pugna, tanto estatales como particulares, dentro de la interrelación global y su principal efecto: la mundialización.

Como todo proceso progresivo y en continua evolución, a cada meta superada hay que sumarle nuevos retos y crecientes complicaciones, tanto teóricas como prácticas, además de la adecuación necesaria a un escenario siempre cambiante en las relaciones internacionales en todos sus campos de acción: el político, económico-financiero, tecnológico, social, humanitario, medio ambiental o de cualquier otra índole. Ello no es más que el reflejo de un mundo acelerado y muchas veces contradictorio, donde, no obstante los progresos notables, subsisten sin resolver grandes áreas y carencias que igualmente crecen a la par de los avances. Un nuevo desafío para cada logro, como si la búsqueda no terminara jamás.

No sólo la Unión Europea ha debido enfrentarlos, por sobre sus aciertos, sino que todavía en mayor medida, otras regiones del mundo que no han

¹ Abogado, Licenciado de la Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. Embajador (R), Profesor de Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales e Integración Económica.

alcanzado tal institucionalidad. Es el caso de nuestra región latinoamericana, que bajo diversas fórmulas integradoras y desde hace largo tiempo ha procurado seguir el camino de la U.E., aunque de manera propia y posiblemente, en comparación, con resultados menos alentadores.

El sistema de la Unión Europea:

Es posible diferenciar de manera esencial el sistema de la Unión de los demás existentes. Se le considera un ejemplo de configuración multidimensional del poder, que se entiende como resultado de un proceso de integración diferenciado en el que interactúan distintos sistemas jurídicos. Y la clave se encuentra en que los Estados han transferido a los órganos comunitarios muchas de sus competencias y en diversos ámbitos. De esta manera, han renunciado a buena parte de sus atributos jurídicos que les son inherentes. Todo lo cual continúa perfeccionándose, sin que por ello dejen de subsistir, igualmente, descoordinaciones y hasta desacuerdos, que han obligado a no pocos esfuerzos y a sortear muchísimas dificultades, pero sin abandonar los grandes objetivos originarios. Ha sido la respuesta de la Unión, que se mantiene en la actualidad, lo que posiblemente continuará diferenciándola.

Otras experiencias, como por ejemplo las de nuestra región, no obstante sus avances en ciertas áreas, en particular en el campo de los intercambios económicos y comerciales, todavía sigue férreamente apegada a los derechos esenciales que se derivan de la soberanía estatal, de los que no hay señales claras de que deseen desprenderse. Por el contrario, hay casos evidentes de que se realizan todavía más, ante toda acción multilateral que contenga elementos de supranacionalidad, ya que sigue siendo considerada como una intromisión ilegítima en las sacrosantas competencias internas. De ahí que nuestra característica dominante sea el modelo intergubernamental. Lo que tampoco resulta perjudicial, pues todo intento integrador requiere privilegiar las coincidencias por sobre las divergencias, las que hoy parecen revelarse muy claramente entre varios países de Latinoamérica. Nos basta una breve mirada a nuestro entorno para constatarlo.

Las Etapas integradoras y el Derecho Comunitario:

Resulta indispensable analizarlas en primer lugar, ya que constituyen la base jurídica en que se fundamentan. Desde el punto de vista del Derecho de la Integración, en todo proceso se debe recorrer un largo camino y variadas etapas. Desde los simples Acuerdos Preferenciales, constituidos por Acuerdos de Complementación Económica (ACE), o Acuerdos de Alcance Parcial (AAP), o Tratados de Libre Comercio (TLC). Son normalmente bilaterales y las partes se otorgan ventajas recíprocas en el comercio (por lo general arancelarias) y

en otros campos, como los intercambios de bienes, servicios y factores productivos. Luego se avanza hacia fases de mayor compromiso. Entre ellas, las Zonas de Libre Comercio, bilaterales o multilaterales; las Uniones Aduaneras y los Mercados Comunes; hasta alcanzar la etapa de Unión, en lo político, y de Comunidad en lo económico, como lo es la UE. Una última fase es conocida como Unión de Estados, mediante federaciones entre estados independientes, que pasan a ser considerados internacionalmente como un todo. En la actualidad es el caso de los Emiratos Árabes Unidos.

Los avances integradores, por su parte, contemplan múltiples aspectos y compromisos que tipifican cada uno de ellos. Las Zonas de Libre Comercio normalmente lo liberan entre sus miembros, así como en variados otros rubros, pero sólo vigentes al interior de la Zona. Fuera de ella, cada Parte mantiene una total autonomía respecto a otros países. En la Unión Aduanera así como en los Mercados Comunes, las ventajas concedidas entre sus integrantes, además, implican actuar como un todo respecto de terceros Estados, coordinadamente en sus políticas económicas u otras pactadas, y con un Arancel Externo Común (AEC), que rige respecto a los demás.

Sin embargo, es en lo institucional donde el Derecho Comunitario se manifiesta con mayor amplitud. En los Acuerdos Preferenciales, si se crean órganos entre las partes, sólo tienen una labor de seguimiento y coordinación, pero siguen siendo esencialmente intergubernamentales. Por lo tanto, nada se acuerda sin el respectivo consentimiento legal y por las autoridades constitucionales de cada Estado Parte. En las Uniones Aduaneras o en los Mercados Comunes, los órganos creados, pueden en cambio, tener poder decisorio, para decidir materias según sus competencias que hagan avanzar el proceso, sin que el régimen constitucional de cada Estado deba intervenir en la creación normativa. Vale decir, tienen la facultad de crear el Derecho Comunitario, paralelamente a los poderes legislativos de cada Estado Miembro. Son, en la práctica, colegisladores.

La Organización Mundial de Comercio (OMC) autoriza y fomenta tales procesos, pues profundizan la liberalización del comercio internacional, su principal objetivo.

Es así como el Derecho Comunitario distingue tres clasificaciones:

- El Derecho Originario: que emana de los textos o tratados constitutivos básicos, anexos, protocolos, notas reversales u otros acuerdos, según la etapa de que se trate, suscritos entre los Estados Miembros.
- El Derecho Derivado: que emana de los órganos con poder decisorio; y

- El Derecho Complementario: que emana de los acuerdos con terceros Estados ajenos al modelo integrador.

El Derecho Originario determina, mediante Tratados Marco, las competencias que sus miembros acuerden a los órganos responsables del proceso, así como y de manera especial, el valor jurídico otorgado al Derecho Derivado que produzcan.

El Derecho Comunitario en Latinoamérica y Europa:

En el caso de los procesos integradores de la Región Latinoamericana, como en el MERCOSUR (Mercado Común del Sur) o la CAN (Comunidad Andina de Naciones), sus órganos con poder decisorio, si bien pueden crear el Derecho Derivado, éste sigue siendo esencialmente competencia intergubernamental, y cada Miembro adquiere el compromiso de incorporarlo a su respectivo ordenamiento interno, según sus propios procedimientos legislativos, o de conformidad con alguno que se pacte (caso del MERCOSUR y la incorporación simultánea). En cambio, en la Unión Europea, sus órganos con poder decisorio, crean un Derecho Derivado supranacional, que, según los casos, puede regir en los Estados Miembros, sin requerir la incorporación legislativa interna. Lo dicho ha sido establecido en los Tratados de la UE, y por el concepto de otorgamiento de competencias, en el Artículo 1 del Tratado de Maastricht, que expresa: “Por el presente Tratado, las Altas Partes Contratantes constituyen entre sí una Unión Europea, a la que los Estados Miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes...”.

Las competencias de la Unión Europea:

Son variadas y también difíciles de precisar. Se pueden agrupar en: 1. Normativas; 2. Administrativas; y 3. Jurisdiccionales. En todas ellas se ha facultado a la Comunidad para que adopte actos o normas al cederle competencias que eran propias de los Estados Miembros.

1. Normativas: Habilitan a la Comunidad para adoptar actos obligatorios generales aplicables en todos los Estados Miembros. Suelen corresponderle al Consejo de la Unión Europea (antes llamado Consejo de Ministros), que representa a los Gobiernos. Es el principal órgano legislativo y de toma de decisiones, el cual posee atribuciones administrativas que pone en conocimiento de la Comisión Europea. La Comisión es el órgano ejecutivo, políticamente independiente y que representa y defiende los intereses de la Unión en su conjunto. Propone la legislación, las políticas y programas de acción. Es responsable de aplicar las decisiones del Parlamento Europeo y del Consejo. Excepcionalmente, también se le

otorgan competencias normativas, diferentes en cada ámbito (por ejemplo, en cultura es limitada, sin embargo, en política comercial es absoluta). La transferencia de competencias no significa exclusividad, sino que también se puede actuar en forma conjunta con los Estados Miembros.

2. Administrativas o de ejecución: Son escasas las que constituyen un Derecho Comunitario. Por lo general el poder de ejecución administrativa se le atribuye a la Comisión, pero su desarrollo compete a las administraciones públicas nacionales (por ejemplo las ayudas públicas).
3. Competencias jurisdiccionales: Se les atribuyen al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE o llamado Tribunal de Luxemburgo), con determinadas funciones las cuales ejerce individualmente o de forma compartida con órganos jurisdiccionales nacionales. La regla general es la competencia de los Tribunales de cada Estado, quienes resuelven conflictos entre particulares y entre éstos y el Estado. El TJCE no tiene competencias jurisdiccionales propiamente tales, sino un control de validez del Derecho Comunitario, que prima sobre los derechos internos.

Los órganos de la Unión Europea, hasta ahora y en virtud del procedimiento de co-decisión, pueden adoptar sus acuerdos de conformidad a las siguientes formas jurídicas:

Reglamentos: que se aplican directamente en todos los países sin necesidad de medidas nacionales para llevarlos a efecto.

Directivas: que obligan a los Estados Miembros en cuanto a los objetivos que persiguen, pero delegan en las autoridades nacionales la decisión sobre la forma y los medios para conseguirlos. Requieren, por tanto, una incorporación y un desarrollo en la legislación nacional.

Decisiones: obligatorias en todos sus aspectos para los Estados Miembros, empresas o personas a los que vayan dirigidas.

Recomendaciones y Dictámenes, que no tienen carácter vinculante.

Todo lo cual se publica en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas en todos los idiomas oficiales.

La incorporación del Derecho Derivado:

Se distingue entre la Aplicabilidad Inmediata y la Directa. En la Inmediata, la norma comunitaria adquiere automáticamente el estatuto de derecho

positivo en el orden interno. Si una ley nacional la contradice, sería “inaplicable de pleno derecho”. Así lo ha reconocido la Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. La Aplicabilidad Directa crea por sí misma derechos y obligaciones, inclusive para los particulares. Si es Exclusiva, sólo rige ésta. Si hay Supremacía, se aplica con prelación a toda norma interna. Ambas coexisten en el Derecho Comunitario Europeo.

El sistema de la Unión Europea:

Rige el Principio de atribución de competencias: La CE es una organización interestatal con poder limitado atribuido por los tratados que la constituyen. Más allá no puede actuar, y no hay una lista de competencias propiamente tal. Están contempladas en numerosos artículos, lo que dificulta su determinación. El Tratado de Amsterdam intentó un catálogo, pero no prosperó. Asimismo, la base jurídica se ha ampliado paulatinamente (por ejemplo a las políticas europeas de empleo y medio ambiente).

Las competencias se rigen por el método funcional, es decir, se otorgan en función de los objetivos a alcanzar, de manera genérica e indeterminada. Se aplica una interpretación finalista, según el objetivo a lograr, y se interpretan de manera amplia. Las señala el Artículo 308 del Tratado de la Comunidad Europea, de gran importancia. Según este artículo, dicho método:

- a. Es una cláusula residual de atribución de competencias. Cuando la acción de la CE sea necesaria y no exista base jurídica, el Consejo puede adoptar una medida o disposición por unanimidad.
- b. Por lo anterior, si existe otra base jurídica, el citado Artículo no se puede utilizar. Actúa el Consejo si no hay base expresa. Si hay norma, ésta se aplica.
- c. Se utiliza el Art. 308 si se requiere alcanzar uno de los objetivos de la Comunidad. En caso contrario no procede.
- d. Su consecución ha de ser necesaria para el funcionamiento de la Comunidad, es decir, el Artículo tiene un límite y no se puede acudir a él para ampliar las competencias que no tiene atribuidas en virtud del Tratado.

Los poderes implícitos:

En el campo externo, la Comunidad tiene competencia para celebrar acuerdos internacionales. Están comprendidas en el Segundo Pilar: la Política

Exterior y Seguridad Común (PESC). Los organismos comunitarios no solamente tienen aquellas expresamente otorgadas, sino las que resultan necesarias para realizar sus funciones y lograr los objetivos asignados por el Tratado. Esto es el llamado “Principio de los poderes implícitos”, que ha sido utilizado (y para algunos abusado) como norma de Derecho Internacional Público aplicable al Derecho Comunitario, y desarrollado por sentencias del Tribunal Europeo. Consisten en aquellos derechos derivados de la atribución de competencias necesarias expresas. Es decir, toda competencia implícita tiene su razón de ser en una explícita (a diferencia de las del Artículo 308 que sólo se aplican cuando no hay otras). Su campo de aplicación es no sólo externo sino interno, y así lo ha sostenido el Tribunal, deduciendo la existencia de un paralelismo entre ambas, al afirmar que una competencia externa de la Comunidad, en aquellos ámbitos con base jurídica concreta en el Tratado, también le otorga una competencia interna; dado que el reconocimiento para celebrar un acuerdo internacional se hace necesario para el cumplimiento de los fines jurídicos para que resulte eficaz (Sentencia 1971. Asunto AETR).

Los Poderes Implícitos, entonces, se definen como aquellos en virtud de los cuales una organización internacional dispone de las competencias que le resultan necesarias para el ejercicio de sus funciones y la obtención de sus objetivos; toda vez que estas funciones y objetivos encuentran su fundamento en un precepto del Tratado Constitutivo del que se desprenden implícitamente. El Tribunal de Justicia está sujeto a la interpretación teleológica de “objetivos a alcanzar o del efecto útil”, aplicable para todo Tratado.

La Comunidad es titular de estas competencias por haberle sido atribuidas expresa o implícitamente, pues no le son inherentes. Es por ello que el Tribunal de Justicia ha afirmado sistemáticamente la existencia de competencias derivadas, razonablemente necesarias para el ejercicio de las competencias, y sin las cuales éstas perderían su sentido de aplicación, revelándose como inútiles.

El Tratado Constitutivo reconoce 6 ámbitos de competencia: Estos son: La cooperación al desarrollo; la política comercial; los acuerdos de asociación; la investigación al desarrollo; el medio ambiente; y los acuerdos para fijar el tipo de cambio de la Moneda Europea, el Euro. Todas se han transferido, y tiene competencia expresa la Comunidad. Pero aquellas no expresamente transferidas por los Estados Miembros y no reguladas taxativamente por el Tratado, pueden también ser competencias de la Comunidad a partir del referido principio de los poderes implícitos. Si hubiere conflicto, decidirá el Tribunal de Justicia Europeo, quien ha sostenido que la Comunidad podrá celebrar tratados internacionales, cuando:

- a. Se le reconozca la competencia en los 6 ámbitos mencionados;
- b. Pueda desprenderse de otros preceptos del Tratado en los que la Comunidad tenga competencia interna. Sólo en los casos en que la Comunidad haya adoptado por tal competencia disposiciones que hayan regulado suficientemente la materia o se han transformado en reglas comunes.
- c. La celebración del acuerdo internacional sea necesaria para conseguir el objetivo de la competencia interna, y sin requerir reglas comunes. Por dos Dictámenes, se decidió que la Comunidad no tiene competencia externa implícita cuando ha sido ejercida en su mínimo (carácter “de minimis”, o ejercido un poco); sino sólo cuando se ha ejercido plenamente (carácter máximo. Dictamen 2/91). Y para que la Comunidad tenga competencia implícita para la celebración del tratado internacional, no basta que dicte normas comunes en dicho tratado, sino que se precisa que la materia regulada por el acuerdo, lo haya sido específicamente (Dictamen 1/94).

En el analizado caso de las competencias externas, los fundamentos jurídicos de su exclusividad se basan en el objetivo de preservar la unidad de la acción exterior comunitaria. Por cuatro razones principales:

1. La exclusividad es inherente a la naturaleza de la actividad sobre la cual se proyectan las prerrogativas de la Comunidad y se comparten por las Competencias internas y externas.
2. El efecto útil ya señalado, se justifica porque prima el Derecho Comunitario sobre el Nacional, y por la cooperación leal.
3. Una competencia externa implícita puede ser exclusiva si se ejerce simultáneamente con una competencia externa transferida.
4. En los casos de actos de Derecho Derivado, reserva expresamente la celebración de acuerdos internacionales a la Comunidad.

La adopción de Decisiones:

Además de la competencia de la Comunidad según el Tratado, se dan normas sobre el procedimiento para adoptar decisiones en los diferentes ámbitos de actuación. Estos varían de una competencia a otra, distinguiéndose según las instituciones que la adoptan, y si la regla es la mayoría cualificada o la unanimidad.

El problema se torna todavía más difícil si se suman al modelo de competencias de la Unión Europea, las competencias del Segundo Pilar (Política Exterior y Seguridad Común, PESC) y del Tercer Pilar (Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia Interior), que son ámbitos de cooperación intergubernamental en los que los Estados Miembros asumen la obligación de concertarse; sea en el seno del Consejo de la Unión, o en su caso en el Consejo Europeo, con la finalidad de adoptar posiciones comunes u otros acuerdos. Las Decisiones se adoptan por unanimidad, y el recurso a la mayoría cualificada varía, así como también el papel que asumen la Comisión Europea o el Parlamento Europeo.

Paralelamente, existe una tipología de actos propia de cada uno de estos dos Pilares, lo que en definitiva hace que la Unión esté dotada de un sistema de competencias único.

Cabe recordar aquí que el Primer Pilar está constituido por las Comunidades Europeas.

Competencias exclusivas:

Esta atribución de competencias a la Comunidad Europea en el Tratado, es el eje principal sobre el que se organiza el orden constitucional comunitario que define y determina la relación de poder entre la Comunidad y los Estados Miembros.

Se aplican los principios de la Competencia de Atribución (o Principio de la Especialidad o Principio de Poderes de Acción Limitados), ya que la Comunidad tiene atribuidas sólo las competencias limitadas que les son cedidas por los Estados Miembros en el Tratado Constitutivo de la Unión. Son de naturaleza "sui generis", normativas o administrativas.

Excluyen totalmente y desde su inicio, la actuación de los Estados Miembros, que las pierden en variados ámbitos de actuación, tanto en el plano interno como externo. Además, son irreversibles (ni siquiera en el supuesto en que la Comunidad no la ejerza, pueden los Estados suplir su inacción), con una excepción: que se otorgue una autorización expresa por la Comunidad a los Estados Miembros en los ámbitos exclusivos de la Comunidad.

Competencias compartidas:

Coexisten con las competencias de los Estados Miembros y se aplica el Principio de Subsidiariedad, en su ejercicio, bajo condición de determinados criterios. Es la naturaleza funcional la que determina la conveniencia de tal

ejercicio por la Comunidad (criterio de necesidad), porque la actuación de los Estados Miembros resulta insuficiente y la Comunidad puede lograr de mejor manera el fin perseguido (criterio de eficacia). Requiere de un elemento de supranacionalidad que tenga implicancia para los objetivos comunes. Por tratarse de criterios indeterminados jurídicamente, las instituciones comunitarias disponen de un amplio margen de apreciación, el que a la postre lo determina el Tribunal de Justicia. Ante dicho Tribunal proceden los recursos de anulación, omisión o de cuestión prejudicial, únicamente; pues no procede recurso alguno en caso de utilizarse criterios de oportunidad política. El Tratado Constitutivo tiene un Protocolo Anexo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

El Principio de Proporcionalidad exige que en el ejercicio de cualquier competencia comunitaria, las medidas adoptadas no excedan lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido. Si hay varias opciones, primará la menos onerosa. El Tribunal aplica, por lo tanto, un criterio flexible si le corresponde decidir sobre el control del derecho nacional, cuando implementa el derecho comunitario y hay un margen de discrecionalidad en su adaptación. El control del respeto al Principio de Proporcionalidad corresponde a los Tribunales Nacionales.

Competencias Concurrentes:

- a. Tienen plena competencia tanto los Estados Miembros como la Comunidad. En este caso, en principio, los dos pueden actuar plenamente, hay una actuación provisional paralela, en tanto y en cuanto la Comunidad no legisla al respecto.
- b. Una vez que la Comunidad legisla en este ámbito, la competencia estatal queda desplazada y tiene preferencia la norma comunitaria sobre la nacional. Esta figura se denomina “ocupación de campo o pre-emption”. No es exclusiva porque actúan ambos.
- c. El Tribunal de Justicia ha interpretado esta doctrina extensamente, en el sentido de que toda competencia comunitaria ejercida parcialmente por la Comunidad en un campo determinado, excluye la estatal concurrente en el mismo campo; es excluida siempre que el ejercicio de la Comunidad tenga un mínimo de consistencia.
- d. El principio de subsidiariedad es un límite a la actuación de la Comunidad, pues ésta es siempre subsidiaria.

- e. Las competencias concurrentes pueden llegar a ser competencias exclusivas de la Comunidad. En tal caso, serían competencias exclusivas sobrevinientes.
- f. Hasta el momento en que actúa la Comunidad, los Estados Miembros no pueden actuar discrecionalmente, sino que están obligados a cumplir el principio de lealtad comunitaria por respeto a los Tratados Constitutivos.

Como puede apreciarse, no obstante lo explicado, hay coincidencia entre los analistas para calificar de “indeterminadas” las competencias atribuidas a la Comunidad, y con mayor razón las competencias compartidas. Por ello, hay tendencia a aplicar el principio “pre-emption”, dependiendo del alcance e intensidad de la acción comunitaria.

Competencias Complementarias:

- a. La actuación de la Comunidad no sustituye a la de los Estados Miembros; ambas co-existen de forma plena. La Comunidad fomenta y complementa la actuación de los Estados Miembros.
- b. Actúan dos principios que rigen la competencia: El Principio de la Subsidiariedad y el Principio de la Proporcionalidad.

El de la Subsidiariedad actúa en el ámbito de las competencias compartidas, determinándola. Es aplicable a todas las instituciones comunitarias y depende de la motivación del acto, que no atribuye competencias, sino determina cómo deben ejercerse. La Comunidad actúa en dos situaciones: cuando los objetivos no puedan ser abordados por los Estados Miembros y cuando éstos puedan lograrse eficazmente por la Comunidad o por los Estados Miembros. En caso de conflicto, decidirá el Tribunal.

El de la Proporcionalidad actúa para que ninguna acción de la Comunidad exceda el ejercicio de máxima para alcanzar los objetivos. Se aplica a todas las competencias exclusivas o compartidas. Responde a qué intensidad y motivación debe dar la Comunidad a su acción. Estos actos también son controlados por el Tribunal de Justicia.

Competencias económicas:

Señalamos al inicio que la Unión Europea constituye la etapa más desarrollada de los procesos de Integración Económica, hasta ahora.

El Mercado Interior:

Los Estados Miembros entre sí han instalado, igualmente, un mercado interno dentro de un espacio único que, conforme a sus características integracionistas, asegura la libre circulación de los factores productivos en condiciones de libre competencia. En consecuencia, se han coordinado y armonizado las economías, a través de políticas comunes y comunitarias. Están basadas en la libre competencia y la armonización de legislaciones nacionales dispares. Para lo cual ha sido menester transferir a la Comunidad competencias para reglamentar las relaciones comerciales con terceros países. De conformidad a la etapa de Mercado Común del proceso, también está dotado de un Arancel Externo Común (AEC).

Para garantizar el Derecho Comunitario de la Libre Competencia, hay un Acuerdo específico sobre el “Derecho de la Competencia”, que establece normas que prohíben las restricciones causadas al comercio intracomunitario en razón de comportamientos no competitivos. Dicho acuerdo distingue entre aquellas aplicables a empresas públicas, privadas o ayudas otorgadas por los Estados.

La Comunidad tiene competencia exclusiva y normativa, y también administrativa. Los Reglamentos o Directivas del Consejo son monitoreados en su aplicación por la Comisión. Los Reglamentos se aplican directamente en todos los países sin incorporación legal nacional. Las Directivas obligan a los Estados Miembros en cuanto a sus objetivos, pero delegan en las autoridades nacionales cómo conseguirlos, y requieren de incorporación y desarrollo en las respectivas legislaciones nacionales.

Para el funcionamiento del Mercado Interior, la Unión dispone de competencias exclusivas, así como de políticas y acciones comunitarias para realizar acciones de apoyo, coordinación o complemento en ámbitos de la industria, turismo, educación, juventud, deporte y formación profesional; y en la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común.

En cuanto a la Unión Económica y Monetaria interior, ésta se refiere a la moneda común única: el Euro. A los Bancos Centrales les corresponde la ejecución descentralizada de las decisiones de política monetaria acordadas por la Comunidad, las operaciones de divisas y los sistemas de pago. El Banco Central Europeo define la cantidad de dinero circulante y la política monetaria. Respecto a la Moneda Única, dicha competencia es exclusiva. Sin embargo, la coordinación de las políticas económicas nacionales sigue siendo de competencia de los Estados Miembros; sólo se supervisan multilateralmente las recomendaciones del Consejo.

Situación actual:

El sistema europeo, a pesar de sus imprecisiones, proliferación de normas y enorme complejidad de llevarlas a la práctica, funciona, evoluciona y prospera. Sin embargo, no todo es tan perfecto. Posiblemente con razón, se le acusa de haberse burocratizado en extremo y de mantener un contingente administrativo que crece aceleradamente, y por cierto todo ello, con costos gigantescos. Se le acusa también de haber incorporado tantos países (ya son 27, más otros que postulan), por lo cual las asimetrías entre ellos hacen que los menos adelantados sean un peso, a veces muy grande, para los más desarrollados.

Se argumenta que por ello deberían contemplarse diferenciaciones esenciales entre unos y otros, no sólo en las mayorías cualificadas necesarias para las decisiones comunitarias, sino en las responsabilidades de cada miembro. Todas estas críticas son valederas y tal vez hay muchas más que podrían ser mencionadas.

Por lo tanto, los líderes europeos decidieron que, en vista de las tendencias disociadoras, el malestar de la población y la negativa impresión del proceso, la solución debía ser no retroceder, sino por el contrario, avanzar hacia una mayor integración y de ser posible, otorgar mayores atribuciones institucionales a los órganos de la Unión. Todo lo cual se intentó en las iniciativas posteriores al Tratado de Maastricht de 1992, y cuyo esfuerzo más significativo lo constituyó el Tratado por el cual se estableció una Constitución para Europa. Como se conoce, esta línea de acción tropezó con la no aprobación del proyecto constitucional por Francia y por Países Bajos, a pesar de los empeños gubernamentales.

Todo lo cual obligó a revisar la estrategia, a fin de hacerla coincidir con las nuevas tendencias e interpretar más correctamente las voluntades ciudadanas, sin sacrificar los avances alcanzados por la Unión.

Ello se ha visto materializado en un nuevo Tratado, el de Lisboa (diciembre de 2007), que contiene cambios estructurales, modifica ciertas instituciones y competencias, y en algunos casos, contempla adecuaciones progresivas. Posiblemente haya sido la mejor solución posible, ya que no se sacrifican ni comprometen los grandes objetivos comunitarios, sino que se atenúan y diseñan de mejor manera, para ponerlos en concordancia con las aprehensiones y principales críticas hechas por las poblaciones nacionales.

El Tratado de Lisboa:

Comienza por introducir un cambio significativo, al suprimir la estructura en Pilares creada por el Tratado de Maastricht. La nueva Unión integra las normas de funcionamiento y las competencias del actual Primer Pilar (la Comunidad Europea), así como el Tercer Pilar (espacio de libertad, seguridad y justicia), más un procedimiento de toma de decisiones de derecho común. Es el objetivo del llamado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o Tratado de Reformas o de Lisboa.

Las cuestiones de política exterior y defensa siguen reguladas por procedimientos específicos, y la Unión queda dotada de Personalidad Jurídica propia. Actualmente sólo la tiene la Comunidad Europea. Como el Tratado de Lisboa entrega las competencias de la Comunidad a la Unión, al fusionarse las dos entidades, es lógico dotarla de dicha personalidad para que pueda funcionar de manera autónoma.

El Tratado de Lisboa distingue tres categorías de competencias:

Las exclusivas de la Unión: en ámbitos en los cuales podrá legislar y adoptar actos jurídicos vinculantes, mientras que los Estados Miembros sólo podrán hacerlo si son facultados por la Unión para aplicar actos comunitarios. Permanecen sin cambios, y como se recordará, éstos son la Unión Aduanera; las normas para el establecimiento de un Mercado Interior; la Política Monetaria de los Estados y su moneda, el Euro; la Conservación de los Recursos Biológicos Marinos, en el marco de la Política Pesquera Común; y la Política Comercial Común (PCC).

Se aplicará el voto de mayorías cualificadas para estas competencias, según el Tratado de Lisboa. Constituye una novedad respecto a las reglas actuales (si bien en el Proyecto de Constitución se contemplaba igualmente), con dos excepciones: los servicios culturales y audiovisuales, más los servicios sociales de educación y salud, que requerirán de unanimidad. Y de igual manera (unanimidad), la celebración de acuerdos internacionales cuando estén previstos por un acto jurídicamente vinculante de la Unión o bien pueda afectar a normas comunes o alterar su alcance.

Las compartidas: en ámbitos en que tanto la Unión como los Estados Miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes. Los Estados ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya o haya decidido dejar de hacerla. Estas son: las relativas al mercado interior; política social (en ciertos aspectos); cohesión económica y territorial; agricultura y pesca (excepto la conservación de recursos

biológicos, que sigue siendo exclusiva); medio ambiente; protección de los consumidores; transporte; redes transeuropeas; energía; espacio de libertad, seguridad y justicia (ex-Tercer Pilar ahora refundido); asuntos comunes en materia de investigación, desarrollo tecnológico y espacio; cooperación al desarrollo y ayuda humanitaria.

El Tratado de Lisboa, de características más simplificadas, deja a un lado el proyecto Constitucional y revisa los ya existentes, en vista de las dificultades encontradas. Su fuente ha sido la Conferencia Intergubernamental convocada para elaborar dichas reformas, según el mandato del Consejo de Europa de 26 de junio de 2007. Un mandato preciso, que en la práctica renuncia al proyecto Constitucional. Asimismo, se ha abandonado la idea de sustituir todos los textos actuales por uno único, optándose por enmendarlos. Las disposiciones relativas a las Políticas sufren pocas limitaciones, mediante dos cláusulas para modificar el Tratado que creó la Comunidad Europea, el que pasará a llamarse: "Tratado sobre el funcionamiento de la Unión", dotándola, como se mencionara, de personalidad jurídica. Desaparecen los símbolos de la Unión Europea (bandera, himno, divisa) que contenía el proyecto Constitucional. Igualmente, el proceso de reformas se modera y se limita, como asimismo se diluyen los términos para la creación de una Gran Estado Europeo. El Encargado de los Asuntos Exteriores de la Unión (o Ministro) se convertirá en "Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad" (a petición del Reino Unido).

Se abandonan los conceptos perentorios de "Ley o Ley Marco", que se proyectaban, manteniéndose las denominaciones actuales de "Reglamento, Directiva y Decisión". La primacía del Derecho de la Unión sobre el de los respectivos Estados Miembros, si bien se mantiene como base jurídica de la Unión, ya no figurará en un Artículo único, sino en una Declaración en que se recordará la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la que reitera esta primacía, lo que en definitiva nada cambia. (Esta nueva fórmula de la Declaración dirá: "*La Conferencia recuerda que, con arreglo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y la legislación adoptada por la Unión sobre la base de los Tratados, primará sobre el Derecho de los Estados Miembros, con arreglo a las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia*"). Si se observa con atención, es cierto de que todo sigue igual, pero ya no en virtud de una disposición expresa, sino en razón de los compromisos adquiridos por los Tratados o por la jurisprudencia respectiva. En otras palabras, porque así se ha hecho siempre y no porque sea la manifestación de la voluntad actual de los Estados. Demás está decir que si hubiere ocurrido lo contrario, la Unión carecería de su principal característica jurídica.

Dentro de los objetivos de la Unión, no figurará la competencia libre y no falseada (a petición de Francia y una de las causas del No francés a la Constitución), si bien sigue siendo un principio clave de la política europea, aunque modificada. Hay que recordar que en el Protocolo Anexo al Tratado de Lisboa, el mercado interior incluye un sistema que garantiza el que no se falseará la competencia, por lo que no es más que una modificación cosmética. Otro tanto ocurre con la Carta de Derechos Fundamentales, que no se incluirá en el Tratado, por oposición de algunos países, pero que estará presente mediante una referencia en el Artículo relativo a tales Derechos con carácter vinculante y según el mandato para este ámbito de aplicación. (El Reino Unido, que se opuso al reconocimiento vinculante de la Carta, estará exento de aplicarla en cuanto a los derechos que no son reconocidos por su legislación. Tal fue su condición para aprobar el Tratado de Lisboa).

Respecto al marco de las relaciones entre la Unión y los Estados Miembros, las competencias también sufren restricciones. La Unión actuará exclusivamente dentro de los límites de las competencias que los Estados Miembros le atribuyan en el Tratado, el que será mucho menos detallado que en el Proyecto de Constitución. El objetivo primario es impedir que la Unión usurpe competencias estatales, e inclusive, que los Estados recuperen algunas. (Textualmente se dice: *“Los Estados Miembros volverán a ejercer su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya”*). Ello consta en la Declaración sobre Delimitación de Competencias. A iniciativa de uno o varios de sus miembros, el Consejo podrá pedir a la Comisión que presente propuestas de derogación de un acto legislativo para garantizar los principios de Proporcionalidad y Subsidiariedad. El Tratado prevé un mecanismo que se ha denominado “freno de emergencia”, que permitirá suspender un proceso legislativo. Por ejemplo, si un Estado considera que una propuesta perjudicará aspectos importantes de su sistema de seguridad social, como su ámbito de aplicación, costos o estructura financiera, entonces podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, suspendiéndose. Otro tanto en el ámbito del Derecho Penal.

En cuanto al funcionamiento de las Instituciones, las mayorías cualificadas que estableció el Tratado de Niza, hubo acuerdo en seguir aplicándolas hasta el 11 de noviembre de 2014, fecha en la cual surtirá efecto el sistema de votación de doble mayoría que fuera previsto en el Proyecto Constitucional, aunque con algunos límites, durante un período transitorio que concluirá el 2017. Si un cierto número de Estados se opone a la aprobación por el Consejo de un acto, por una mayoría cualificada, éste deberá deliberar para intentar “una solución satisfactoria para responder a sus preocupaciones”, vale decir, deberá alcanzar una solución por consenso. De la misma manera, hay modificaciones a la descripción general del sistema institucional y a

los artículos específicos para cada institución. Por ejemplo, el Parlamento Europeo tendrá una nueva composición y poderes reforzados, especialmente gracias a la extensión del ámbito de la decisión conjunta y el procedimiento presupuestario. El Consejo Europeo creará el cargo de Presidente (aunque no de la Unión como se ha interpretado), con mandato de dos años y medio. La Comisión Europea limitará el número de Comisarios y fortalecerá el papel de su Presidente.

Como vimos, se mantienen innovaciones en el campo de la Política Exterior Común y de la Seguridad Común, mediante su Alto Representante, permaneciendo su carácter intergubernamental y con más precisiones respecto a las competencias de los Estados, basada en el consenso y la creación de un Servicio Diplomático especializado. Se redactará al respecto una Declaración, sin perjuicio de las responsabilidades de los Estados Miembros, como es en la actualidad, para la formulación y dirección de su política exterior, las representaciones nacionales en terceros países y organismos internacionales. (En el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, el Tratado exime al Reino Unido de aplicar los capítulos sobre la cooperación policial y judicial en materia penal).

Si lo desean, los Estados pueden iniciar una cooperación más estrecha sobre una cuestión determinada gracias a un nuevo mecanismo.

Se mantiene la pertenencia a la Unión y se renuevan las disposiciones del Tratado Constitutivo sobre sus requisitos, procedimiento de adhesión, valores, compromisos, informes al Parlamento y requisitos de membresía al Consejo Europeo, y permanece sin cambios el retiro voluntario.

El 18 de octubre de 2007 los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión, acordaron adoptar el Proyecto de Tratado de Reformas, o Tratado de Lisboa, el cual se firmó el 13 de diciembre del mismo año.

CONCLUSIÓN:

Debemos resaltar que la complejísima trama de disposiciones que rigen el funcionamiento de la Unión Europea, hasta ahora, se ha intentado simplificarlas en la medida de lo posible, y de preferencia mediante el Tratado de Lisboa que hemos reseñado. De esta manera, la Unión Europea ha sorteado, de manera pragmática, múltiples condicionantes que muchas veces comprometieron su vigencia; y procurado resolver el revés que significó la no adopción unánime del Proyecto Constitucional. Es posible que los Líderes europeos extremaran la confianza en que la ciudadanía mantendría un papel más bien pasivo y resignado, ante los avances indiscutibles del proceso. Sin

embargo, no fue así. Una nueva percepción de inconformidad se ha plasmado insistentemente en los últimos años, los que no han estado exentos de intentos autonómicos, segregacionistas y hasta voces que desean terminar con la Unión. Había que hacerles frente y escucharlas, aunque no fueran mayoritarias. Se ha encontrado una solución aceptable, mediante el reforzamiento de las identidades nacionales, aunque sin modificar la esencia comunitaria, la que en casos particulares ha mermado su avance forzado hacia la casi sustitución estatal. Se intentó avanzar más rápidamente que lo que los europeos realmente deseaban. No cabía otra alternativa que desandar parte del camino recorrido, para reiniciarlo sobre bases más seguras. En síntesis, se ha retrocedido un paso, para avanzar dos.

Estas experiencias, tal vez, y a pesar de las enormes diferencias jurídicas y sistémicas del proceso integracionista europeo con los vigentes en nuestra región latinoamericana, nos sirvan de ejemplo de cómo siempre será preciso interpretar acertadamente y sin lirismos inspiradores, ni voluntarismos a veces demagógicos o extremadamente politizados, nuestros intentos de imitar lo que posiblemente no sea factible, por ideal que pareciere. Asimismo, es necesario destacar que el proceso europeo se ha caracterizado, además, por su persistencia, constancia y visión de futuro de sus actores, aunque anclados firmemente en la voluntades de sus integrantes y en una auténtica representación ciudadana. Con sus defectos y virtudes, en todo caso, resulta difícil encontrar un modelo de integración más acabado.

Su característica distintiva ha sido el completar plenamente las etapas antes de pasar a otra posterior más avanzada, consolidándola sobre bases reales. Tal vez una de las diferencias fundamentales con nuestros procesos latinoamericanos, que sin concluir una etapa se procura pasar a otra, casi siempre más ambiciosa, sólo por coincidencias ocasionales en las inspiraciones políticas; y con el consecuente fracaso.

Lo demostró la Unión Europea cuando intentó una Constitución no suficientemente basada en la realidad, con su frustración resultante.

En definitiva, un ejemplo digno de ser analizado y del cual es posible sacar conclusiones irremplazables.

ANTECEDENTES CONSULTADOS:

- “La distribución de competencias económicas de la Unión Europea” Aplicabilidad de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”. Irene Blázquez Navarro. www.revistasice.com

- “Competencias de la Unión Europea” Poderes. Sistema competencial comunitario. Adopción de decisiones. Flexibilidad y cooperación. www.rincondelvago.com
- “Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. Jurisprudencia”.
- “Las competencias europeas en el Tratado de Lisboa” www.eurogersinfo.com
- “La Unión Europea”. www.agendaempresa.com

COMENTARIOS SOBRE LA PROCEDENCIA DE COMUNICAR LA DECISIÓN DE NO PERSEVERAR POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, SIN QUE LA INVESTIGACIÓN ESTÉ CERRADA Y FORMALIZADA DE ACUERDO A LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 229 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO¹

NICOLÁS ORELLANA SOLARI²

RESUMEN

Este trabajo nace con la finalidad de mostrar caminos para superar la contradicción que presenta el proceso penal chileno al reconocerle a la víctima el derecho a la acción penal, pero limitando su ejercicio al no permitírsele al querellante forzar la acusación sin que exista formalización previa. Con esto, se está declarando que quien tiene la llave procesal para que la víctima pueda forzar la acusación y subrogarse en los derechos del Ministerio Público no es el Juez sino el propio Fiscal. Ello afecta, a nuestro parecer, el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada Constitucionalmente.

¹ Este trabajo esta construido sobre la base de un informe en derecho realizado por el autor en el año 2006.

² Abogado, licenciado en ciencias jurídicas por la Universidad Católica del Norte, egresado de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Actualmente es profesor Asistente Adjunto de la Universidad Bernardo O'Higgins y profesor de derecho procesal en la escuela de derecho de la Universidad de Las Américas.

Se plantea la improcedencia de la práctica procesal del Ministerio Público de comunicar la decisión de no perseverar en la investigación sin que exista formalización previa de la misma. A su vez, la resolución que tiene por comunicada la decisión de no perseverar en una investigación desformalizada, es una resolución que hace imposible la continuación del procedimiento, y al ocasionar un perjuicio para el querellante, es susceptible de recurso de apelación.

Términos claves: *forzamiento acusación - no perseverar - sin formalización previa.*

COMMENTS ON THE RELEVANCE OF DISCLOSING THE NON PERSEVERANCE DECISION BY THE PUBLIC MINISTRY BEFORE CLOSING AND FORMALIZING THE INVESTIGATION PURSUANT TO THE STIPULATIONS OF ARTICLE 229 OF THE CHILEAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT

This paper was created with the purpose to show ways to overcome the contradiction presented by the Chilean criminal process by recognizing the victim the right to prosecute, but limiting their exercise by not allowing the plaintiff to force the prosecution with no prior formalization. With this, it is declaring that who has the procedural key to force the victim to the indictment and subrogated to the rights of the Public Ministry is not the judge but the prosecutor, this affects, in our believe, the right to a constitutionally guaranteed effective judicial protection. This raises the inappropriateness of the procedural practices of the Public Ministry to communicate the decision not to pursue the investigation without any prior formalization of it. In turn, the resoluteness that has communicated the decision not to pursue a non formalized investigation is a resolution that makes impossible the continuation of proceedings, to cause injury to the plaintiff, is likely to appeal.

Key words: *not persevere without prior formalization - forcing prosecution.*

DECISIÓN DE NO PERSEVERAR.

Luego de cerrada la investigación, el Fiscal tiene la opción de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento por la insuficiencia de los antecedentes para fundamentar la acusación. Esta facultad se encuentra

establecida en el artículo 248 del Código Procesal Penal, que señala: *“Cierre de la investigación. Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes: ... c) Comunicar la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación”*.

La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido.

Esta facultad no estaba incluida en el proyecto del Código Procesal Penal que el ejecutivo envió al congreso. El proyecto del Código contemplaba la posibilidad de sobreseimiento temporal por falta de antecedentes para fundamentar la acusación. Se planteaba la hipótesis de una investigación que por esta falta de pruebas no podía seguir adelante en forma inmediata, habiendo, no obstante, motivos para esperar el surgimiento de nuevos antecedentes con posterioridad. Se establecía una especie de sobreseimiento temporal por falta de antecedentes³. Sin embargo, el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en discusión particular del artículo 318 del proyecto: *“...incluyó una tercera opción para el Fiscal, consistente en que comunique la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido antecedentes suficientes para fundamentar una acusación. En todo caso, por consiguiente, no se decretará sobreseimiento, sino que, al igual que ocurre con la formalización de la investigación, se tomará conocimiento de una decisión del Ministerio Público, sobre la cual no le corresponderá pronunciarse al Juez de Garantía, sin perjuicio de la ulterior revisión que de ella pudiere efectuarse.”*⁴ Como apreciamos, el legislador dejó establecido en la historia de la ley que la decisión de no perseverar, no es una medida definitiva que produzca los efectos de cosa juzgada de la instrucción o una renuncia absoluta y terminante por parte del Ministerio Público en su ejercicio de la acción penal pública, sino que por el contrario, es un reconocimiento que con los antecedentes que se han recopilado, no se encuentra en condiciones de sustentar una acusación

³ . Horvitz, María Inés y López Julián, “Derecho procesal penal Chileno” tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 2004, p 585.

⁴ Maturana Miquel, Cristian y otros, “Reforma procesal penal, génesis, historia sistematizada y concordada”, tomo II, Edit. Jurídica, Santiago de Chile año 2004, p. 346

en un juicio oral y público, pero ello no excluye la posibilidad que reunidos nuevos antecedentes el Ministerio Público pueda reabrir su investigación, formalizar ésta por los mismos hechos y acusar al imputado.^{5 6}

La facultad de no perseverar o abandono de la investigación puede producirse una vez que el Fiscal cierra la investigación y después de haberla formalizado en contra de algún imputado, por no haberse podido recopilar los antecedentes necesarios para acusarlo, ni tampoco concurren las causales para decretar el sobreseimiento.

El profesor Alex Carocca señala como presupuestos procesales para tener por comunicada la decisión de no perseverar, los siguientes:

- Debe haberse iniciado una investigación en contra de un imputado determinado, la que debe haberse formalizado. Es evidente que si no se ha formalizado no rige el plazo de cierre de la investigación, ni tiene sentido adoptar esta decisión.
- El Fiscal no ha reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundamentar una acusación, según las exigencias del propio Código Procesal Penal.
- La decisión debe ser adoptada por el fiscal y comunicada al Juez de Garantía.⁷

FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN COMO EJE PRINCIPAL DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO EN EL PROCESO PENAL.

Sabemos que el proceso penal se puede iniciar por denuncia, querella o de oficio por parte del Ministerio Público⁸. El procedimiento ordinario se caracteriza porque requiere de una investigación previa por parte del ente

⁵ Si se formalizara por hechos distintos, se imputa un delito desigual, o se atribuye participación a nuevas personas, no estaríamos precisamente frente a una reapertura de la investigación no perseverada, sino en verdad se presentaría una nueva investigación. Ahora bien, esta posibilidad que tiene el fiscal de reiniciar la investigación, estimo, pugna con el derecho que tiene el imputado al juicio previo y única persecución.

⁶ En el sentido expuesto SCA Coyhaique, Rol Corte 120-2006, con fecha 13 de noviembre del año 2006.

⁷ Carocca, Alex. "Manual el nuevo sistema procesal penal", tercera edición, Edit. Lexis-Nexis, Santiago de Chile, año 2005, p.206.

⁸ Artículo 172.- "Formas de inicio. La investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito podrá iniciarse de oficio por el ministerio público, por denuncia o por querrela".

persecutor para esclarecer el delito respecto del cual se ha tenido noticia⁹. Distingo en la investigación que realiza el Fiscal, en el marco de un procedimiento penal ordinario, dos grandes etapas. La primera, constituida por la instrucción preliminar, la cual es completamente desformalizada y tiene una naturaleza administrativa. En este periodo, la actividad del Fiscal y la policía se desarrollan sin ningún apego a ritualidades establecidas normativamente y por lo general sin intervención del imputado, quien incluso puede no estar enterado acerca de la existencia de la investigación que se sigue en su contra. La ventaja de esta etapa para el órgano de persecución penal radica en la mayor flexibilidad que tiene para llevar adelante su investigación, ya que ésta se puede desplegar en forma secreta y no existe por sobre todo un plazo máximo de investigación al cual debe regirse. En esta etapa, por regla general, el Ministerio Público se encuentra imposibilitado para realizar diligencias o solicitar medidas cautelares que puedan afectar derechos constitucionales de los investigados¹⁰. Es por ello que cuando dicha investigación requiere la adopción de diligencias o medidas que signifiquen afectación de los derechos de los imputados y que por consecuencia requieren de autorización judicial previa, se deberá producir una actuación formal, que es la formalización de la investigación, la cual tiene como efecto central un cambio en el régimen de la etapa de instrucción.¹¹

Dentro de esta etapa de la investigación anterior a la formalización, podemos distinguir una sub etapa que llamaremos investigación judicializada desformalizada.¹². Esta sub etapa nace en el momento que el Juez de Garantía interviene de alguna forma en la investigación, iniciada por denuncia o de ofi-

⁹ No sucede lo mismo en el procedimiento simplificado del libro IV título I del Código Procesal Penal, ya que por regla general se inicia directamente con el requerimiento Fiscal, pidiendo se cite a audiencia.

¹⁰ La excepción la contempla el Artículo 236.- "Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado. Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9º requirieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal requiriere que ellas se lleven a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito. Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia".

¹¹ Duce Mauricio y Riego Cristian, "Introducción al nuevo sistema procesal penal", Edit. UDP, Santiago de Chile, año 2004, p. 219.

¹² También es llamada por algunos autores, Horvitz y López, como investigación con control jurisdiccional a propósito de la referencia que se realiza en el encabezado del artículo 169 del Código procesal penal.

cio¹³, o porque dicha investigación fue impulsada en virtud de una querrela declarada admisible por el Juez de Garantía y remitida a la Fiscalía. Los efectos de la judicialización de la investigación son, por una parte, que el Fiscal no podrá terminar la investigación por archivo provisional¹⁴, y, por la otra, que tampoco podrá finalizarla utilizando la facultad de no iniciar investigación¹⁵. Lo mismo ocurre en el caso de interposición de una querrela, al existir control judicial, el Fiscal en este caso tampoco podrá aplicar los mecanismos de oportunidad o discrecionalidad contemplados en el nuevo proceso penal, como son el principio de oportunidad y los ya mencionados archivo provisional y la facultad de no inicio de la investigación¹⁶.

Como lo expresa claramente el inciso segundo del artículo 169 del Código Procesal Penal, si el Juez admite a tramitación una querrela, el Fiscal deberá seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales. Pues bien, corresponde preguntarse entonces ¿a qué “*reglas generales*” se refiere el legislador?. Estimo que el Código se refiere a las reglas generales de un procedimiento ordinario con investigación formalizada. En este sentido, si entendemos que la formalización de la investigación tiene como efecto central un cambio en el régimen en la etapa de instrucción, desde una investigación sin formalidades a una con sujeción al control del Juez de Garantía, la cual tiene mayor regulación normativa en el nuevo Código Procesal Penal, necesariamente debemos arribar a la respuesta que he dado precedentemente, pues a

¹³ Pensemos por ejemplo, en una autorización judicial urgente que requiera el fiscal para entrada a un inmueble de propiedad del imputado, ya que hay peligro que se pueda alterar el sitio del suceso.

¹⁴ Artículo 167.- “Archivo provisional. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Si el delito mereciere pena aflictiva, el fiscal deberá someter la decisión sobre archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional.

La víctima podrá solicitar al ministerio público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del ministerio público”.

¹⁵ Artículo 168.- “Facultad para no iniciar investigación. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía”.

¹⁶ Artículo 169.- “Control judicial. En los casos contemplados en los dos artículos anteriores, la víctima podrá provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querrela respectiva.

Si el juez admitiere a tramitación la querrela, el fiscal deberá seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales”.

partir de la formalización se pueden adoptar decisiones fundamentales para el curso del proceso, tales como la presencia de un abogado defensor para el imputado si éste hasta ese momento no contase con uno de su confianza; la procedencia de medidas cautelares; la fijación de un plazo al Ministerio Público para finalizar su investigación; la modalidad del proceso en juicio inmediato; el acuerdo de proceder conforme al procedimiento abreviado; solicitar suspensión condicional del procedimiento o bien acuerdos reparatorios, sobreseimientos, facultades de no perseverar, etc. Recordemos finalmente que la formalización de la investigación es el acto de garantía por excelencia que tiene el imputado y los intervinientes en esta etapa, donde se informa que actualmente se sigue una investigación precisa y determinada en contra del primero¹⁷.

Como se aprecia, la regla general del proceso ordinario será entonces que la investigación se desarrolle dentro del marco de una investigación formalizada, ya que es esa investigación la que entrega mayores garantías para los intervinientes y que permite formas de término del proceso.¹⁸

Así podemos decir que en la etapa de investigación desformalizada, el Fiscal puede poner término al proceso mediante los mecanismos discrecionales de selección de casos como son el archivo provisional, el no inicio de la investigación y el principio de oportunidad. Si pretende aplicar otras formas de término, como el juicio oral, acuerdos reparatorios, suspensiones condicionales, sobreseimientos, comunicación de no perseverar, necesariamente

¹⁷ Creo que en este punto hay que hacer una precisión sobre el contenido de la formalización. Se podría estimar que la formalización tiene un contenido de imputación, entonces esta tendría que tener un correlato con el resultado de la investigación, ¿qué pasaría entonces si de los antecedentes de la investigación resulta que el hecho no existe, se ha extinguido la responsabilidad penal o se acredita una eximente de responsabilidad penal? No parece razonable exigirle al Fiscal que formalice la investigación. Sin embargo sostengo, para darle coherencia hermenéutica al Código Procesal Penal, que la formalización debe ser interpretada como un acto de comunicación sobre la realización de una investigación, que tiene independencia de cualquier contenido imputativo.

¹⁸ El Menaje del ejecutivo N° 110-331 de 1995, Título "Contenido del proyecto", subtítulo, 3, instrucción, señalaba a propósito de la formalización de la investigación que: "... Se trata de una institución procesal que obliga a formalizar y judicializar la instrucción, con el fin de otorgar garantías al imputado en cuanto al conocimiento de la existencia y contenido de la persecución penal que se dirige en su contra, a permitir su declaración judicial como medio de defensa frente a esa imputación y a dar lugar a la intervención del juez para el control de la actividad de investigación y las eventuales medidas cautelares". Código procesal penal y código de procedimiento penal, Editorial Lexisnexis, año 2003, p 16. Como se aprecia desde la propia historia de la ley, el control e intervención del Juez de Garantía presuponía, por regla general, la existencia de formalización de la investigación como partida de la actuación jurisdiccional.

tendrá que seguir la investigación de acuerdo a las reglas generales, formalizando la investigación y luego tomando las decisiones que estime conveniente para en el ejercicio de la acción penal. Con esto, no negamos que la decisión del Ministerio Público de provocar intervención judicial por medio de la formalización es una facultad discrecional y eminentemente estratégica. Nadie puede obligar al Ministerio Público a formalizar investigación (salvo la facultad del imputado establecida en el artículo 186 del Código Procesal Penal). Sin embargo, si adopta soberanamente la decisión de poner término al proceso mediante un juicio oral, procedimiento abreviado, salida alternativa, sobreseimiento o decisión de no perseverar, deberá formalizar necesariamente la investigación. Si ha existido control judicial y a pesar de ello no decide formalizar, seguirán corriendo los plazos de prescripción y la defensa en su oportunidad, conforme lo establece el artículo 93 letra f) del Código Procesal Penal, podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa¹⁹.

Siendo la formalización de la investigación el eje principal del nuevo proceso penal, los casos en que el Ministerio Público puede pedir intervención del Juez de Garantía sin que exista formalización constituirán una excepción²⁰, ya que la regla general será que el Juez de Garantía ejerza su labor con mayor intensidad una vez que la investigación esté formalizada. Los casos en que el Juez puede intervenir en el proceso, a petición del Fiscal, sin que exista formalización, están expresamente señalados en la ley, y son los siguientes:

- Control de detención²¹. Artículo 132 inciso primero Código procesal penal.
- Ampliación de la detención²². Artículo 132 inciso segundo Código procesal penal.

¹⁹ Artículo 93.- "Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial, tendrá derecho a:

f) Solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare".

²⁰ La parte final del artículo 230 del Código procesal penal, contempla como excepcionales las intervenciones del Juez de Garantía antes de la formalización de la investigación, de hecho utiliza la frase " Exceptúense los casos expresamente señalados en la ley".

²¹ Artículo 132.- "Comparecencia judicial. A la primera audiencia judicial del detenido deberá concurrir el fiscal o el abogado asistente de fiscal. La ausencia de éste dará lugar a la liberación del detenido".

²² Artículo 132.- "Comparecencia judicial". Inciso segundo "En la audiencia, el fiscal procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedieren, siempre que contare con los antecedentes

- Solicitud de citación al imputado para comparecencia a una audiencia²³. Artículo 123 Código procesal penal.
- Orden de detención solicitada por el Fiscal²⁴. Artículo 127 Código procesal penal.
- Diligencias que afectan derechos establecidos en la Constitución de conformidad a lo señalado en el artículo 9 del Código procesal penal, en relación al artículo 236 del mismo cuerpo legal²⁵.

El problema de la solicitud del Fiscal de comunicar la decisión de no perseverar, sin que exista previamente formalización de la investigación.

Estimamos que resulta improcedente por parte de la Fiscalía comunicar la decisión de no perseverar en la investigación sin que previamente exista una formalización. Reconocemos, sin embargo, que ésta es una práctica habitual en los Tribunales de Garantía, porque constituye una salida para el Ministerio Público con la cual pone término al proceso de manera expedita, forma que es aceptada por la defensa ya que no genera un perjuicio para el imputado.

necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado. En el caso de que no pudiere procederse de la manera indicada, el fiscal podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida”.

²³ Artículo 123.- “Oportunidad de la citación judicial. Cuando fuere necesaria la presencia del imputado ante el tribunal, éste dispondrá su citación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33”.

²⁴ Artículo 127.- “Detención judicial. Salvo en los casos contemplados en el artículo 124, el tribunal, a solicitud del ministerio público, podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada. También se decretará la detención del imputado cuya presencia en una audiencia judicial fuere condición de ésta y que, legalmente citado, no compareciere sin causa justificada”.

²⁵ Artículo 236.- “Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado. Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9º requirieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal requiriere que ellas se lleven a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito. Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia”.

El problema se presenta cuando existe querellante en el proceso, ya que a éste puede ocasionarle un perjuicio esta forma de comunicar la decisión de no perseverar en la investigación, en la medida que al no estar formalizada la misma se podría poner en duda su derecho al forzamiento de la acusación. Ello se puede generar en razón de lo establecido en el artículo 259 del Código Procesal Penal, que indica que la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, con lo cual se podría alegar que para que proceda forzamiento de la acusación necesariamente debe existir formalización previa, so pena de infringir el principio de congruencia que debe existir entre la formalización – acusación - y sentencia. Vemos entonces, el detrimento que puede ocasionar al querellante la resolución del Juez de Garantía que tiene por comunicada una decisión de no perseverar sin formalización de la instrucción.

Si apreciamos la estructura del Código Procesal Penal, llegamos a la conclusión que el legislador al momento de referirse al cierre de la investigación (paso previo a ejercer la decisión de no perseverar en la investigación) en el párrafo 7 del libro II título I, *“Conclusión de la investigación”*, lo está haciendo sobre la base que el Ministerio Público ha formalizado la investigación. Así el inciso primero del artículo 247 del Código Procesal Penal, señala: *“Trascurrido el plazo de dos años desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el Fiscal deberá proceder a cerrarla”*. Este artículo contempla el plazo legal de investigación que es de dos años a partir de la formalización, plazo que en conformidad a lo establecido en el artículo 234 del Código Procesal Penal, podría ser reducido por el Juez de Garantía, el cual, a cuyo vencimiento, producirá los mismos efectos establecidos en el artículo 247.²⁶

Todo el tenor del artículo 247 del Código Procesal Penal, está fundamentado entonces en la idea que para que proceda el cierre de la investigación necesariamente el Fiscal debe haber formalizado investigación. El inciso 4 del referido artículo, a propósito del allanamiento del Fiscal para el cierre, indica que: *“...si el fiscal se allanare a la solicitud de cierre de investigación, deberá formular en la audiencia la declaración en tal sentido y tendrá el plazo de diez días para deducir acusación.”* Pues bien, si puede el órgano investigador

²⁶ Artículo 234.- “Plazo judicial para el cierre de la investigación. Cuando el juez de garantía, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes y oyendo al ministerio público, lo considerare necesario con el fin de cautelar las garantías de los intervinientes y siempre que las características de la investigación lo permitieren, podrá fijar en la misma audiencia un plazo para el cierre de la investigación, al vencimiento del cual se producirán los efectos previstos en el artículo 247”.

formular acusación en este caso, es porque antes necesariamente debió formalizar la investigación.

El artículo 248 del Código Procesal Penal es otro ejemplo de presupuesto de formalización para el cierre de la investigación. Esta disposición en su inciso primero establece: *“Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá dentro de los diez días siguientes...”*. Como se aprecia, el plazo de los diez días siguientes es el plazo que hace referencia el artículo 247 en su inciso cuarto y quinto, normativa que presupone la existencia de formalización, ya que el Ministerio Público no puede acusar sin haber antes formalizado.

A primera vista se puede utilizar como argumento contrario a lo expuesto precedentemente, que el artículo 248 del Código Procesal Penal es una hipótesis independiente del artículo 247, ya que esta norma regula las investigaciones donde existe formalización. En cambio, el artículo 248 del Código Procesal Penal contemplaría hipótesis de investigaciones tanto formalizadas como desformalizadas, fundado ello en que el encabezado del artículo 248 *-Cierre de investigación-* sólo contempla como presupuesto de cierre el que se hayan practicado por parte del Ministerio Público todas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible, sus autores, cómplices y encubridores, no distinguiendo entre investigación formalizada y desformalizada²⁷.

Este argumento no lo compartimos, en la medida que la interpretación sistemática del propio artículo 248 nos lleva nuevamente a entender que las posibilidades procesales que tiene el Fiscal luego de cerrar investigación se generan sólo respecto de una investigación formalizada. Señalamos ello, porque a lo menos las letras b) y c), del mencionado artículo, esto es, formular acusación y comunicación de no perseverar están redactadas en términos que presuponen la existencia de una formalización previa. Así la letra b) del artículo 248, señala que el Fiscal podrá formular acusación, *“cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma”*, es decir, para acusar hay que formalizar previamente. La letra c), por su parte, del artículo 248, razona en el mismo sentido. El Fiscal, dentro del plazo de diez días, podrá comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, por no haber reunido durante la investigación antecedentes suficientes para fundar

²⁷ Criterio del Oficio del Fiscal Nacional del Ministerio Público, N° 099, de fecha 28 de febrero del año 2005, www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/Minpu/Selección%20de%20casos/099.doc (visita 15.06.09)

su acusación. Fíjese “por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar su acusación”. Necesariamente cuando el legislador se refiere en esta parte a “la investigación”, está pensando en la investigación formalizada, ello por una cuestión lógica, no ha podido reunir antecedentes para sustentar su acusación, acusación que presuponía necesariamente la existencia de una formalización.

Este argumento referido a que la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal, sólo puede ser ejercida por el Fiscal en el marco de una investigación formalizada, se ve reforzado por el inciso final del propio artículo, el cual indica que la comunicación de la decisión de no perseverar dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que se revoquen las medidas cautelares que se hubieren decretado y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido. Como se aprecia, si se deja sin efecto la formalización con el no perseverar comunicado, es por que ésta se produjo durante el proceso.

Existe una tesis en contrario que indica que el inciso final del artículo 248 del Código Procesal Penal, tendría aplicación sólo para los casos en que existió formalización²⁸. Sin embargo, discrepamos de ello en la medida que el legislador sólo se refiere a investigaciones formalizadas y no utiliza frases como “en su caso” o “para el caso que haya procedido formalización”. El legislador no distinguió, por lo que no correspondería diferenciar.

Otra consecuencia de la comunicación de no perseverar es que deja sin efecto las medidas cautelares decretadas. Pues bien, en conformidad a lo establecido en los artículos 230 inciso segundo del Código Procesal Penal²⁹, artículo 140 del Código procesal penal³⁰ y artículo 155 inciso final de mismo

²⁸ Oficio Fiscal Nacional, N° 099, de fecha 28 de febrero del año 2005.

²⁹ Artículo 230.- “Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial.

Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. Exceptúense los casos expresamente señalados en la ley”. (el subrayado es nuestro)

³⁰ Artículo 140.- “Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del ministerio público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acreditare que se cumplen los siguientes requisitos...”. (el subrayado es nuestro)

cuerpo legal³¹, sólo procede decretar medidas cautelares cuando se ha formalizado investigación. Nuevamente se aprecia que si se alzan las cautelares como efecto de la comunicación de no perseverar, es por que antes existió necesariamente una formalización.

El último efecto de la comunicación de no perseverar es que continúa corriendo la prescripción de la acción penal como si nunca se hubiera interrumpido. Como sabemos, la formalización de la investigación tiene como efecto, entre otros, que suspende el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal.³² Así, en principio, sólo la formalización de la investigación suspende la prescripción de la acción penal³³. Por consiguiente, si la comunicación de no perseverar tiene como efecto que continuará corriendo el plazo de prescripción de la acción penal, es porque presupone que existió una formalización previa que suspendió el curso de la prescripción. Nuevamente concluimos que para que se pueda comunicar la decisión de no perseverar debe existir formalización.

Como se señaló es una práctica habitual que el Ministerio Público comunique su decisión de no perseverar en el marco de una investigación administrativa desformalizada y que además no exista oposición de la defensa. Esta práctica se ha establecido por diversas razones, entre la cuales encontramos las metas de gestión anuales de conclusión de causas que tiene el Ministerio Público, por lo que la salida de no perseverar sin formalizar permite rápidamente terminar con las investigaciones³⁴. Por su parte, dicha práctica también favorece a los Tribunales de Garantía quienes reducen su número de audiencias y mejoran sus estándares de gestión, amen que para la defensa es incuestionable el beneficio que entrega la decisión de no perseverar, ya que con ello el Ministerio Público renuncia a su actividad persecutoria. Sin

³¹ Artículo 155.- inciso final: "La procedencia, duración, impugnación y ejecución de estas medidas cautelares se regirán por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este Párrafo".

³² Artículo 233.- "Efectos de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación producirá los siguientes efectos:

- a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal;
- b) Comenzará a correr el plazo previsto en el artículo 247, y
- c) El ministerio público perderá la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento".

³³ Hay sentencias de Cortes de Apelaciones que indican que la interposición de la querrela también suspende la prescripción. SCA de San Miguel, Rol Corte N° 412-2009, de fecha 21 de abril del año 2009

³⁴ De lo contrario tendría que tener la investigación administrativa abierta hasta que se cumplan los plazos de prescripción.

embargo, desde el punto de vista normativo y de acuerdo a una interpretación sistemática, el Fiscal no está facultado para comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento sin que antes haya formalizado la investigación. En estricto rigor, antes de la formalización el Ministerio Público sólo realiza una investigación de tipo administrativa, respecto de la cual puede o no haber existido intervención judicial (se interpuso querrela o se pidió alguna autorización judicial en una actividad investigativa), pero no ha iniciado una investigación formal en contra de algún sujeto. Por consiguiente, no podría cerrar judicialmente una investigación que nunca se ha abierto formalmente. Entonces, si el Fiscal no puede cerrar formalmente una investigación, no existen facultades para los sujetos procesales de sobreseer, acusar o comunicar su decisión de no perseverar, porque el legislador creó dichas instituciones desde la mirada de la conclusión de una investigación formalizada y no del tipo administrativa.

Ahora bien, si el fiscal no tiene facultades para cerrar la investigación sin que exista formalización previa, pero tampoco el ente jurisdiccional puede obligarlo a formalizar la misma, el hecho quedará en estado de investigación administrativa y los plazos de prescripción seguirán corriendo. Ello trae aparejado en principio otro problema procesal y es que si el fiscal no formaliza la investigación, el querellante no podría forzar la acusación conforme lo permite el artículo 258 del Código Procesal Penal, con lo cual se le estaría, por una decisión del Ministerio Público, limitando el ejercicio de la acción penal de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 83 inciso segundo de la Constitución Política de la República³⁵.

IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL JUEZ DE GARANTÍA QUE TIENE POR COMUNICADA LA DECISIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE NO PERSEVERAR EN LA INVESTIGACIÓN.

Hay que tener presente que el Código Procesal Penal disminuye la procedencia del recurso de apelación, por cuanto no es compatible con un siste-

³⁵ Sobre este punto de pronuncia el Tribunal Constitucional en Rol 815-2007-INA, de fecha 19 de agosto del año 2008, a propósito de la inaplicabilidad del artículo 230 inciso primero del Código Procesal Penal. Sin embargo estimo que el problema procesal no quedó resuelto por el fallo, en la medida que no se le ordena al Ministerio Público formalizar la investigación, (es discutible además si el T.C. tiene esa facultad), ni tampoco hay un pronunciamiento en el sentido de facultar al querellante a forzar la acusación sin formalización previa. <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/996> (visita 15.06.2009)

ma oral la existencia de recursos que buscan alterar los hechos establecidos en las audiencias³⁶.

El Código instaura la improcedencia de la apelación respecto de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Juicio oral en lo penal y estableció que las resoluciones dictadas por el Juez de Garantía serían apelables sólo en los siguientes casos:

- Cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o lo suspendieren por más de treinta días.
- Cuando la ley lo señalare expresamente³⁷.

La decisión de no perseverar, es una facultad privativa del Ministerio Público. Una vez que el Fiscal adopta dicha decisión deberá comunicársela al Juez de Garantía, quien dictará la siguiente resolución: "Téngase por comunicada la decisión del Ministerio Público de no perseverar en la investigación"³⁸.

La resolución que tiene por comunicada esta decisión, en principio es inapelable. Se estima esto, porque al ser exclusiva la ponderación de la suficiencia de los antecedentes de la investigación por parte del Fiscal para sustentar su acusación, ni el Juez de Garantía, ni la Corte de Apelaciones podrían entrar a discrepar sobre la idoneidad de los antecedentes para la sustentación con resultados de éxito de una acusación en un juicio oral. Si hicieran ello, se inmiscuirían en ámbitos que son propios del Ministerio Público. Ello pareciera ser innegable. Es por esto que la mayoría de las apelaciones que se han interpuesto por los querellantes en contra de la resolución que tiene por comunicado la decisión de no perseverar, no han llegado a buen puerto³⁹. Cuestionar en la apelación que sí son suficientes los antecedentes para acusar, porque se encuentra acreditada en la investigación la existencia del delito o porque hay antecedentes que demuestran la participación de los imputados, nos lleva necesariamente a discutir la valoración de suficiencia que ha realizado el Ministerio Público, negando la discrecionalidad tantas

³⁶ P Correa Selamé, José, "Recursos procesales penales", Edit. Lexisnexis, Santiago de Chile, 2005, p. 46.

³⁷ Artículo 370 del Código Procesal Penal.

³⁸ González García Hernán, "El recurso de apelación del código procesal penal". Santiago de Chile, Edit. Lexisnexis, 2005, p. 119

³⁹ En este sentido SCA de Temuco Rol Corte 78-2005, de fecha nueve de febrero del año 2005; SCA de Concepción, rol de Corte 526-2004, de fecha 15 de noviembre del año 2004; SCA de Rancagua Rol N°77-2007 de fecha 13 de marzo del año 2007.

veces señalada que posee el órgano persecutor en nuestra legislación. En suma, este cuestionamiento ha producido la declaración de inadmisibilidad o rechazo del recurso.

De hecho, la mayoría de la doctrina plantea que es improcedente el recurso de apelación en contra de la decisión de no perseverar que tiene el Ministerio Público, fundado en que la ponderación de los antecedentes de investigación no puede ser revisada por Tribunal Superior.

Sin embargo, la línea argumentativa que propone este trabajo, permite que, en cierto caso, la resolución que tendría por comunicada la decisión de no perseverar sea susceptible de apelación.

Veamos el contexto en que se presentaría la posible apelación de la resolución. El Ministerio Público informó su decisión de no perseverar en la investigación. El Tribunal rechazó nuestras alegaciones de improcedencia de esta decisión, que se fundamentaban que en este caso no se daban los presupuestos procesales del cierre de investigación porque la investigación no estaba formalizada. Solicitamos forzamiento de la acusación. Este es negado por el Tribunal de Garantía fundado en que no está formalizada la investigación y por el principio de congruencia no puede dar lugar a la acusación particular.

Sabemos que no podemos apelar de la resolución que rechaza el forzamiento ya que existe norma expresa que lo prohíbe⁴⁰. Sin embargo, con este rechazo se ha hecho imposible la continuación del proceso, porque el Fiscal no presentará acusación, ni tampoco se ha permitido al querellante acusar particularmente. Aquí vemos que nace el fundamento de la apelación en cuanto a la naturaleza de la resolución que se impugnará y al perjuicio que ésta trae al querellante⁴¹.

Entonces se puede decir que la resolución que tiene por comunicada la decisión de no perseverar en una investigación desformalizada es una resolución que hace imposible la continuación del procedimiento, y al ocasionar

⁴⁰ Artículo 258 inciso final, código procesal penal: “La resolución que negare lugar a una de las solicitudes que el querellante formulare de conformidad a este artículo será inapelable, sin perjuicio de los recursos que procedieren en contra de aquella que pusiere término al procedimiento”.

⁴¹ Recordemos que el perjuicio es fundamental para impugnar una resolución judicial. Así lo establece el Artículo 352.- “Facultad de recurrir. Podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el Ministerio Público y los demás intervinientes agraviados por ellas, sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley”.

un perjuicio para el querellante, imposibilitándolo de forzar la acusación, es susceptible de recurso de apelación.

La apelación debe estar fundada, como se ha señalado en este trabajo, no sobre si la decisión está correctamente fundamentada por el Fiscal, sino porque como no se dan los presupuestos de cierre de la investigación sin la formalización de la misma, resulta improcedente por parte del Juez de Garantía tener por comunicada el abandono de la investigación y siempre y cuando no se dé lugar al forzamiento de la acusación por falta de formalización de la investigación⁴².

POSIBILIDAD DE FORZAR LA ACUSACIÓN SIN QUE EXISTA FORMALIZACIÓN PREVIA

Reconocemos que todas las disquisiciones que se presentan en este trabajo nacen de la antinomia que presenta el proceso penal chileno al reconocerle a la víctima el derecho a la acción penal, pero limitando su ejercicio al no permitírsele al querellante forzar la acusación sin que exista formalización previa. Con esto, se está declarando que quien tiene la llave procesal para que la víctima pueda forzar la acusación y subrogarse en los derechos del Ministerio Público no es el Juez sino el propio Fiscal. Ello afecta, a nuestro parecer, el derecho a la tutela judicial efectiva de la cual goza la víctima en nuestra legislación⁴³.

Para el desarrollo de este tema, debemos situarnos en la hipótesis que el Tribunal de Garantía ha rechazado nuestras argumentaciones referidas a la imposibilidad de cerrar la investigación y tener por comunicada la decisión de no perseverar sin que exista formalización previa.

Así, habiéndose comunicado la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público y siendo ésta aprobada por el Tribunal de Garantía, el querellante podrá solicitar al Juez de Garantía, en la misma audiencia en que se comunica y aprueba la decisión de no perseverar y acto seguido, que le autorice a formular la acusación correspondiente⁴⁴, de la misma forma que

⁴² En este sentido SCS Rol N° 6742-2008, de fecha 26 de febrero de 2009.

⁴³ Sobre los alcances del derecho a la tutela judicial efectiva, ver resolución del Tribunal Constitucional, Rol 1244-2008, INA, de fecha 2 de junio del año 2009, considerando decimonoveno del voto disidente.

⁴⁴ Sobre el requisito sine qua non de autorización judicial para el forzamiento de la acusación, SCA de Talca, Rol 427-2006, de fecha 17 de Noviembre de 2006.

lo haría el Ministerio Público (art. 258 CPP), pudiendo llegar a juicio oral⁴⁵. De esta forma, el Juez de Garantía al pronunciarse sobre la petición del querellante debe hacer un juicio de mérito acerca del valor probatorio de los antecedentes reunidos y si ellos resultan o no suficientes para fundar un juicio penal, pues difícilmente aceptará que el querellante acuse si estima que no existe delito o no existen indicios serios de participación del imputado, razón por la que dentro de la argumentación del querellante se deberán acreditar estos presupuestos, con los antecedentes de la investigación que se encuentren en la carpeta del Fiscal⁴⁶.

Ahora, analicemos los argumentos que puede sostener el Ministerio Público⁴⁷ y la defensa para oponerse a la pretensión del querellante, y algunos argumentos que se pueden dar para hacerse cargo de ellos:

Se podrá invocar como obstáculo para que el querellante pueda acusar, la falta de formalización, aduciendo que al no haber formalización no se produciría la congruencia que requiere el artículo 259 inciso final del Código Procesal Penal, entre ésta y la acusación⁴⁸. Sin embargo, expresamente el artículo 248 inciso final del Código Procesal Penal, creamos, resuelve en parte el tema, al establecer como uno de los efectos de la decisión de no perseverar, precisamente, que *“se dejará sin efecto la formalización de la investigación”*. Por consiguiente, siempre que se apruebe la decisión de no perseverar, nunca existirá formalización y en consecuencia, el principio de congruencia se limita, en este caso, al que deberá existir entre la acusación particular y la sentencia definitiva, como lo exige el inciso primero del artículo 341 del Código Procesal Penal.

⁴⁵ A modo de ejemplo: causa RUC 0510016418-5 RIT 32-2006, Tribunal de juicio oral en lo Penal de Copiapó; causa Ruc 0700158730-1, RIT 27-09, Tercer Tribunal de juicio oral en lo penal de Santiago. En estos procesos, la parte querellante obtuvo autorización judicial para sostener la acusación y llegó a juicio oral, sin existir formalización previa.

⁴⁶ Por ello, es conveniente entregar todos los antecedentes y pruebas al Fiscal, con anticipación a la realización de la audiencia.

⁴⁷ Los argumentos que podrá sostener el Ministerio Público se encuentran en oficio N° 024 de fecha enero 15 de 2004, referido al forzamiento de la acusación, en el cual el Fiscal Nacional entrega instrucciones a los fiscales regionales y adjuntos de todo el país www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/.../024%202004.doc. (visita 15.06.2009)

⁴⁸ Este es el primero de los dos argumentos entregados por el Fiscal Nacional en el oficio ya citado. El segundo no se refiere a la actuación del querellante, sino a la imposibilidad de que el Fiscal sea forzado por el Juez de Garantía a formalizar la investigación, cuestión que no presenta mayores conflictos.

También se podrá aducir que siendo la formalización una garantía para el imputado y al no existir ésta en forma previa se estaría afectando su derecho a conocer el contenido cierto y determinado de los hechos investigados. Estimo que este es el argumento más fuerte para minar la tesis que se presenta en este trabajo. Sin embargo, creo que en ciertos casos cuando la querrela es contra persona determinada y por hechos circunstanciados y precisos, ésta puede hacer las veces de vehículo comunicador de la imputación que es sujeta de investigación. Si se aprecia, la querrela tiene requisitos similares a la formalización, en ambas deben contener los hechos que constituyen el delito y la forma de participación del imputado. Ahora bien, la acusación particular deberá comprender los hechos contenidos en la querrela.

Por último, resultaría contradictoria una oposición a la pretensión del querellante, basada en que no existe formalización previa, puesto que este hecho no ha sido considerado para cerrar la investigación, ni para decidir sobre la procedencia de no perseverar.

En consecuencia, aprobada la facultad de no perseverar, sin haberse formalizado la investigación, *“nace, consecencialmente para el querellante, el derecho establecido en el artículo 258 inciso 4° del Código Procesal Penal”*⁴⁹, es decir, la posibilidad de presentar y sostener la acusación.

La figura del forzamiento de la acusación tiene su origen en una norma similar contemplada en la Ordenanza Procesal Alemana, denominada “procedimiento para forzar la acusación” (Parágrafos 172-177 StPO)⁵⁰. La razón de nuestro legislador para establecer esta figura de forzamiento de la acusación fue sin duda la de proteger a la víctima y *“es la cabal demostración de que en Chile el Ministerio Público no tiene el dominio de la acción penal, es decir, él no decide en forma libre si lleva adelante o no el juicio, puesto que esta facultad la comparte con el Juez de Garantías, que puede obligarle a llevar a juicio a alguien contra su voluntad”*⁵¹. En este mismo sentido, en la discusión de la ley se señaló: *“En este caso, ha parecido que la voluntad de la víctima u otro interesado habilitado, con la disposición de asumir la carga de la acusación, más la opinión favorable del juez, deben imponerse sobre la del fiscal. La solución contraria podría generar una sensación muy fuerte de*

⁴⁹ SCA de La Serena, Rol 364-2005, Ruc 0410009605-1, de fecha 10 de enero de 2006.

⁵⁰ Gómez Colomer, Juan Luis, “El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas”. Edit. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, p. 154 y ss.

⁵¹ Carocca, Alex y otros, “Nuevo Proceso Penal”, Edit. Jurídica Conosur, Santiago de Chile, año 2000, p. 189.

*frustración respecto del sistema y constituir un exceso de poder en manos del ministerio público*⁵².

Luego, dentro de los principios generales que inspiraron el nuevo proceso penal, destaca el de *“relevar la posición de la víctima... considerándose adicionalmente la posibilidad de que el querellante pueda incluso forzar una acusación, contra la opinión del fiscal, cuando a juicio del juez de control de la instrucción exista mérito suficiente para ello”*⁵³.

Sin embargo, me atrevería a señalar que la jurisprudencia mayoritaria⁵⁴ establece como requisito para que el querellante pueda solicitar que se lo faculte a subrogarse en los derechos del Fiscal y poder ejercer la acción penal pública, formulando la respectiva acusación, que debe estar primeramente formalizada la investigación por parte del Ministerio Público. Esta exigencia provoca, como se señaló, la imposibilidad de aplicar el artículo 258 inciso segundo del Código procesal penal, ya que el Ministerio Público es el único órgano que puede formalizar una investigación penal. Entonces se le está exigiendo a la parte querellante que para poder ejercer un derecho constitucional, como es que el juez lo faculte a continuar con el ejercicio de la acción penal pública, deba esperar que un órgano autónomo decida formalizar la investigación en contra del imputado. El problema en esta interpretación, se evidencia en razón que ningún particular ni órgano del Estado puede obligar al Ministerio Público a formalizar una investigación, porque es sin duda una atribución exclusiva del órgano persecutor en nuestra legislación. Pues bien, si no se puede obligar al Fiscal a formalizar investigación, nunca un querellante podrá ejercer el derecho de subrogarse en los derechos del Ministerio Público conforme lo establece el artículo 258 inciso 2 del Código Procesal Penal, sin que intervenga el consentimiento del Fiscal, con lo cual su posibilidad de forzar la acusación, estará supeditada a la decisión discrecional del Ministerio Público de formalizar previamente la investigación. En otros términos, si el Ministerio Público no formaliza la instrucción porque entiende que bajo su visión autónoma e impugnada no hay antecedentes suficientes para comunicar una imputación determinada a través de la formalización, y

⁵² Cámara de Diputados, Publicación Oficial. Redacción de Sesiones, año 1998, p. 190 y 191.

⁵³ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que Inicia un Proyecto de Ley que Establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal, “2) Principios básicos”, 9 de Junio de 1995.

⁵⁴ De hecho el mismo Tribunal Constitucional en Rol 815-2007-INA, de fecha 19 de agosto del año 2008, es del parecer que la formalización es requisito para forzar la acusación. De forma clara, SCA de Temuco, Rol N° 934-2002, de fecha 3 de septiembre del año 2007.

luego comunica su decisión de no perseverar en la investigación, el querellante jamás podrá continuar con el ejercicio de la acción pública que ha sido abandonada por el Fiscal, ya que se le exige el cumplimiento de un requisito que no depende ni directa ni indirectamente de su actuar como interviniente en el proceso, ni tampoco depende de algún órgano jurisdiccional que examine si hay arbitrariedad o no en la decisión adoptada por el Ministerio Público, por lo que se verá doblemente afectado: 1) Porque el Ministerio Público determinó abandonar el ejercicio de la acción penal; 2) Porque al abandonar el Ministerio Público la acción penal pública sin formalizar la investigación, se impide al querellante continuar con la acción penal pública en forma autónoma.

Entonces, de acuerdo a esta interpretación normativa, queda en manos del Ministerio Público el ejercicio del derecho del querellante a forzar la acusación, mediante la decisión de formalizar o no la investigación que se sigue en curso; así pues, si el órgano persecutor estima que es pertinente que el querellante continúe adelante con la acción, formalizará la investigación⁵⁵ y luego comunicará su decisión de no perseverar en la investigación. En este caso, el querellante podrá acusar según el criterio del Juez; caso contrario, si el Fiscal estima que no es adecuado que el querellante continúe sólo con el ejercicio de la acción penal, no formalizará nunca la investigación y comunicará su decisión de no perseverar en la investigación sin formalizar.

Es evidente que por imagen pública al Ministerio Público le incomoda que el querellante continúe en forma individual con la acción penal pública, ya que puede verse expuesto a las críticas de los ciudadanos, si el querellante consigue sentencia condenatoria en un juicio oral y público y el órgano que estaba encargado de la persecución penal prefirió no perseverar en la investigación porque estimaba que no habían suficientes antecedentes para sustentar una acusación que terminara en una sentencia condenatoria, dejando con ello de manifiesto su errada decisión.

Recordemos que la decisión del Ministerio Público de comunicar su decisión de no perseverar en la investigación, no puede ser cuestionada en cuanto al fondo porque es una atribución autónoma. Es por ello que no existen controles jurisdiccionales que determinen si está debidamente fundada la decisión de abandonar la acción, de modo que si decide arbitrariamente el Ministerio Público no perseverar y no se ha formalizado, también dicha

⁵⁵ La circunstancia que el Fiscal formalice la investigación y enseguida cierre y comunique la decisión de no perseverar, podrían constituir argumentos para sustentar una reclamación ante el Fiscal Regional por formalización arbitraria.

decisión arbitraria afectaría la posibilidad que la víctima y su querellante puedan continuar con la acción penal pública.

Ahora, en caso que se acepte la solicitud del querellante y se le autorice a presentar acusación, éste lo hará en los mismos términos que el Código establece para el Ministerio Público, es decir, tendrá el plazo de 10 días para presentar acusación a contar de la fecha de la autorización (art. 247 CPP), la que deberá contener los elementos señalados en el artículo 259 del Código Procesal Penal. Una vez presentada, el Juez de Garantía ordenará su notificación a todos los intervinientes y citará, dentro de las 24 horas siguientes, a la audiencia de preparación de juicio oral (art. 260 CPP).

Por otra parte, debemos recordar que en caso que se niegue lugar a la solicitud del querellante, en cuanto a sostener la acusación, dicha resolución es inapelable (art. 258 CPP). No obstante lo anterior, estimamos que es procedente el recurso de apelación respecto de la resolución que acepta la decisión del Ministerio Público de no perseverar, toda vez que, como se dijo, hace imposible su prosecución (art. 370 CPP).

BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. Carocca, Alex y otros, *“Nuevo Proceso Penal”*, Edit. Jurídica Conosur, Santiago de Chile, año 2000. 588 p.
2. Carocca, Alex. *“Manual el nuevo sistema procesal penal”*, tercera edición, Edit. LexisNexis, Santiago de Chile, año 2005. 289 p.
3. Correa Selamé, José, *“Recursos procesales penales”*, Edit. Lexisnexus, Santiago de Chile, 2005. 444 p.
4. Duce Mauricio y Riego Cristian, *“Introducción al nuevo sistema procesal penal”*, Edit. UDP, Santiago de Chile, año 2004, 360 p.
5. Gómez Colomer, Juan Luis, *“El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas”*. Edit. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1985.
6. González García Hernán, *“El recurso de apelación del código procesal penal”*. Santiago de Chile, Edit. Lexisnexus, 2005. 166 p.
7. Horvitz, María Inés y López Julián, *“Derecho procesal penal Chileno”* tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 2004. 638 p.

8. Maturana Miquel, Cristian y otros, *“Reforma procesal penal, génesis, historia sistematizada y concordada”*, tomo II, Edit. Jurídica, Santiago de Chile año 2004. 731 p.

Códigos

1. Código procesal penal y código de procedimiento penal, Editorial Lexinexis, Santiago de Chile año 2003.

Páginas Web

1. Fiscal Nacional del Ministerio Público, Oficio N° 099, de fecha 28 de febrero del año 2005, (visita 15.06.2009) www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/Minpu/Selección%20de%20casos/099.doc.
2. Fiscal Nacional del Ministerio Público Oficio del N° 024 de fecha enero 15 de 2004. (visita 15.06.2009) www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/.../024%202004.doc
3. Tribunal Constitucional, sentencia Rol 815-2007-INA, de fecha 19 de agosto del año 2008, (visita 15.06.2009) <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/996>

LOS PRINCIPIOS EN LA LEY 19.947: ANÁLISIS Y DESARROLLO

ERIKA MARLENE ISLER SOTO¹

“Un derecho sin principios será un derecho desalmado, desanimado y en fin muerto”².

Francisco Puy

I. INTRODUCCIÓN.

Con fecha 17 de mayo del año 2004, comenzó a regir la Ley 19.947 que introduce en nuestra legislación un estatuto nuevo y trasgresor en materia de matrimonio.

El contrato regulado se vuelve disoluble, se amplían las causales de nulidad del mismo, aparece la institución de la compensación económica, se reconoce la validez del matrimonio religioso –aunque con efectos jurídicos limitados- y se consagran expresamente derechos fundamentales en una norma de familia de carácter legal.

Lo anterior da cuenta de una verdadera revolución imperante en el Derecho de Familia contemporáneo que dista mucho de la realidad social inspiradora del Código Civil.

De esta manera, se produce un importante distanciamiento entre los principios tradicionales cristianos que inspiraron a Bello en esta materia³, de

¹ Abogado - Universidad Austral de Chile. Candidata a Magíster en Derecho, mención Derecho Privado – Universidad de Chile

² Puy Francisco, “Sobre los principios generales del derecho”, en Estudios de Deusto, segunda época, volumen 37/2, fascículo 83, julio-diciembre, Bilbao, 1989, p. 444.

³ En este sentido: Lira Urquieta, Pedro, “El Código Civil y el Nuevo Derecho, Imprenta Nascimento, 1944, p. 17 y ss; Figueroa Yáñez, Gonzalo:” El pacto de convivencia: una alternativa al pacto de matrimonio”, en Jornadas Derecho Civil, 2005, Lexis Nexis, Santiago, 2005, pp. 427 y 428.

aquellos otros contemplados en el capítulo I de la Ley⁴ y que son desarrollados en sus posteriores artículos.

Esta circunstancia ha llevado al profesor RODRÍGUEZ GREZ a sostener que si bien la nueva Ley de Matrimonio Civil fortalece la familia, da cuenta de un debilitamiento del vínculo conyugal⁵.

En otro orden de cosas, se advierte en los principios de la ley en comento, la presencia de dos modernas tendencias jurídicas, cuales son la descodificación y la constitucionalización del Derecho Civil.

En efecto, la Ley 19.947 consagra y desarrolla verdaderos principios constitucionales “que exigen su lectura e interpretación en el contexto del nuevo sistema matrimonial”⁶.

La importancia de ellos radica en que cumplen una función integradora⁷, limitadora de la extensión de la norma⁸, interpretativa⁹, así como inspiradora de modificaciones legislativas, puesto que los principios –salvo naturalmente los constitucionales- no obligan al legislador.

Tal como lo señala RODRÍGUEZ GREZ, la enunciación de principios contemplada en la ley 19.947 “tiene por objeto darle una aplicación finalista, esto es, una interpretación que privilegie los objetivos que se ha planteado el nuevo estatuto. En otros términos, los jueces deberán aplicarla en la perspectiva de lograr los fines que se proyectan, dando a cada una de sus disposiciones el sentido que mejor cuadre con aquéllos”¹⁰.

⁴ En adelante, cuando no se señale cuerpo legal, se entiende que la referencia se remite a la Ley 19.947.

⁵ Cfr. Rodríguez Grez, pablo: “Ley de Matrimonio Civil” en “Curso de Actualización Jurídica, Nuevas Tendencias en el Derecho Civil, Ediciones Universidad del Desarrollo, 2004, p. 14.

⁶ Barrientos grandón, javier y Novales alquézar, arànzazu: “Nuevo derecho matrimonial chileno”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. XVII.

⁷ Valencia Restrepo, Hernán: “Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho”, Editorial Temis S.A., Santa fé de Bogotá, 1993, p. 416.

⁸ Esto, pues la analogía “no puede extenderse indefinidamente, estando ligada por su naturaleza a los términos de los cuales procede y entre los que desenvuelve: la afinidad de hecho y la identidad de razón” en Del Vecchio, giorgio: “Los principios generales del derecho”, Editorial Bosch, Barcelona, 1978, p. 47.

⁹ Esto se encuentra expresamente contemplado en el parágrafo 7 del Código Civil Austríaco respecto de los principios del derecho natural.

¹⁰ Rodríguez Grez, Pablo: Op. Cit., p. 2.

El presente trabajo tiene como misión explorar la Ley 19.947, con el fin de identificar los principios que la inspiraron y la informan, así como determinar sus manifestaciones en la misma ley y proponer su ámbito de aplicación.

II. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN LA LEY 19.947.

Corresponde ahora revisar en concreto los principios de la actual Ley de Matrimonio Civil que sirven de base al sistema matrimonial chileno:

a) *Principio de la trascendencia social:*

El profesor RODRÍGUEZ GREZ es quien le da el nombre a este principio¹¹ consagrado en la primera parte del Art. 1, que dispone “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*”.

Su ubicación, puerta de entrada y carta de presentación de la legislación matrimonial, da cuenta de que esta verdadera declaración de principios constituye la columna vertebral del Derecho de Familia chileno, lo que se ve reforzado, como veremos, con su consagración constitucional.

De esta manera, no obstante su importancia, no constituye novedad alguna, puesto que ya el constituyente del 80 decidió plasmarlo en el Art. 1 inc. 2° de nuestra carta fundamental¹², incluyéndolo nada menos que dentro de las bases de la institucionalidad.

Por otra parte, este principio se entiende pertenecer a la Carta Fundamental, en aplicación del Art. 5 inc. 2° de dicho cuerpo legal, toda vez que también es recogido por distintos instrumentos internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes, producto de lo cual su protección y respeto constituyen además una limitación a la soberanía del Estado¹³.

¹¹ Grez, Pablo: Op. Cit., p.2.

¹² Otras Constituciones que consagran este principio: Costa Rica, Art. 51: “La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad”; Brasil, Art. 226: “La familia, base de la sociedad”; Ecuador, Art. 22 “El Estado protege a la familia como célula fundamental de la sociedad”; Portugal, Art. 67: “La familia, como elemento fundamental de la sociedad”.

¹³ Sobre la conveniencia de la aplicación de los tratados internacionales sobre materias constitucionales, Vide. Kemelmajer, Aída: “El derecho constitucional del menor a ser oído”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Separata N°7, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1996, pp. 158 a 160.

En efecto, la fuente mediata de la inclusión del principio de trascendencia social en nuestra legislación, se encuentra en el Art. 16 N° 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que señala, con una sutil pero relevante diferencia, “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad*”¹⁴.

El instrumento señalado, ha sido acompañado en este postulado por el Art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, el Art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Art. 17 N° 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Según la profesora PÍA MOSCOSO, la anterior circunstancia permite inferir que en nuestra legislación existe un verdadero derecho fundamental “a la familia”, que trasciende al mero *ius connubii* contemplado en forma expresa en la Ley 19.947, tal como se verá más adelante¹⁵.

I. LA FAMILIA COMO NÚCLEO FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD:

Si bien el vigor de este principio en nuestra legislación es indiscutido, distinto ha sido el contenido y alcance que le ha otorgado la doctrina.

Los profesores BARRIENTOS Y NOVALES, tomando como referencia el sentido literal de las palabras, señalan que la familia constituiría “el principio y cimiento en que estriba y sobre el que descansa la sociedad, de manera que se constituye en su raíz, principio y origen, sin el cual no puede subsistir”¹⁶.

La familia es entonces, el sostén y mantenimiento de la sociedad, de modo que en ella se ve a un cuerpo, por sí mismo destinado a su conservación¹⁷. En atención a lo anterior, es que nuestra Carta Fundamental le impone al Estado la obligación de protegerla y propender a su fortalecimiento (Art. 1 CPR)¹⁸.

¹⁴ El constituyente – y posteriormente el legislador civil- evitó utilizar el término “elemento” de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “porque se estimaba que el elemento natural y fundamental de la sociedad era el hombre, mientras que la familia era la comunidad básica de la sociedad”. Cfr. Barrientos y Novales: Op. Cit., p. 24.

¹⁵ Cfr. Moscoso, Pía: “Sida y sus principales desafíos jurídicos en el Derecho de Familia chileno”, Jornadas Derecho Civil, 2005, Lexis Nexis, Santiago, 2005, pp. 458 y 459.

¹⁶ De acuerdo a las definiciones que la Academia da a la voz “fundamento”. Barrientos y Novales: Op. Cit., p. 13.

¹⁷ Cfr. Barrientos y Novales: Op. Cit., p. 14.

¹⁸ La protección de la familia se encuentra contemplada también en legislaciones comparadas. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el Art. 233 del Código Civil peruano, que, aunque con rango legal, establece la protección jurídica de la familia.

La expresión “núcleo”, por su parte, hace alusión a un ente complejo, organizado y asociado, que hace referencia “a una cierta “comunidad”, (...) de manera que ésta no puede ser entendida como una simple sumatoria de “elementos” o de individuos aislados, sino asociados naturalmente en la familia.

De lo anterior se sigue que la familia es precisamente, uno de los “grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad que el Estado reconoce y ampara y, en este caso concreto, además organiza a la sociedad toda”¹⁹.

La profesora PÍA MOSCOSO, por su parte, fundamenta el principio en comento, señalando que es “donde se educa al ser humano en sus primeras etapas, dentro de los esquemas de convivencia social”²⁰.

II. QUÉ ENTIENDE LA LEY 19.947 POR FAMILIA:

Determinar cuándo un grupo de personas vinculadas entre sí conforman una familia supone determinar qué es lo que constituye el núcleo fundamental de la sociedad y además –en sede constitucional– qué es lo que el Estado debe proteger y promover, conforme al Art. 1 CPR²¹.

La Ley de Matrimonio Civil, al igual que su antecesora, no nos da un concepto de familia, sin perjuicio de que, como veremos más adelante, otorga ciertos indicios que permiten inferir que no se está refiriendo precisamente a lo que Bello entendía por tal, ni a la noción que tuvo en vista el constituyente del 80 a la hora de consagrar el principio de trascendencia social. Esta circunstancia conlleva necesariamente la pregunta acerca de si el resto del ordenamiento jurídico suple este vacío, a efecto de integrar las demás normativas, conforme a los principios de supletoriedad y jerarquía.

De la revisión del Código Civil resulta que éste no contempla una definición omnicompreensiva de lo que se debe entender por familia, sin perjuicio de que su Art. 815 la define a propósito del derecho de uso o habitación, señalando que comprende al cónyuge, los hijos, los sirvientes necesarios para

¹⁹ Barrientos y Novales: Op. Cit., p. 24.

²⁰ Moscoso, Pía: Op. Cit., p. 454.

²¹ En este sentido Figueroa yañez, Gonzalo quien además sostiene que la protección constitucional debe otorgarse a cualquier tipo de familia. En Figueroa Gonzalo: Op. Cit., pp. 430, 432 y 434. A mayor abundamiento, ver del mismo autor: “Estatuto Jurídico de la pareja informal” en “Instituciones modernas de Derecho Civil”, Editorial Jurídica Conosur Ltda, Santiago 1995, pp.120 y siguientes.

la familia, así como las personas que vivan con el habitador a la fecha de la constitución del derecho y a quienes se deban alimentos²².

El Código Penal, por su parte, en su Art. 411 y respecto del delito de homicidio y ciertos casos de lesiones señala que “se entiende por familia todas las personas que tienen derecho a pedir alimentos al ofendido”²³.

Más modernamente la Ley 19.325 sobre Violencia Intrafamiliar, si bien no define el término en comento, su Art. 1 establece su ámbito de aplicación, en relación a la edad del ofendido. Así, si éste es mayor de edad constituirá familiar para efectos de determinar la existencia de un acto de violencia intrafamiliar, su ascendiente, cónyuge o conviviente; en tanto que de tratarse de un menor de edad o discapacitado, los que tengan a su respecto la calidad de descendiente, adoptado, pupilo, colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive, o esté bajo el cuidado o dependencias de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo.

La doctrina no se muestra conforme en orden a determinar el criterio que se debe utilizar para establecer la existencia de una familia. Tales serían, a modo de ejemplo, la procreación, la existencia de hijos, el matrimonio, la vida bajo el mismo techo y la vida ensamblada.

No cabe duda de que en la época de dictación del Código, se utilizó como parámetro la existencia del vínculo conyugal, criterio que también tuvo en consideración el constituyente del 80 a la hora de consagrar el principio en comento. Este modelo de familia, según el profesor GONZALO FIGUEROA, requiere la celebración del contrato de matrimonio, sin el cual la familia no puede llegar a existir o deviene en una institución de segunda clase²⁴.

Lo anterior no obsta a que hoy en día la concepción jurídica al respecto haya variado enormemente, puesto que si bien el constituyente tuvo en vista

²² En contra, la profesora Moscoso estima que el Art. 815 C.C. define el término familia, reconociendo eso sí, que tal definición fue incluida en el Libro “De los bienes”, en lugar de el Libro “De las personas”, donde sí se definió un tipo especial de familia, cual es el matrimonio. Cfr. Moscoso, Pía: Op. Cit., p. 456.

²³ La vinculación del derecho de alimentos a la noción de familia, ha sido criticada por el profesor Vodanovic, quien se cuestiona acerca de si el legislador tuvo en mente a la hora de legislar, a aquella persona extraña que, por haber hecho una donación cuantiosa al ofendido, se hace merecedora de alimentos, conforme al Art. 321 N° 5 del Código Civil. En Vodanovic Haklicka, Antonio: “Derecho de Alimentos”, 4° Edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2004, p. 91.

²⁴ Cfr. Figueroa Yáñez, Gonzalo: “El pacto de convivencia: una alternativa al pacto de matrimonio”, en Jornadas Derecho Civil, 2005, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 431.

el modelo de familia matrimonial, dicha circunstancia, aunque constituyendo parte de la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución, no fue incluida finalmente en la Carta Fundamental.

En este sentido, cabe señalar que la realidad socio-jurídica ha cambiado a lo largo de los años, de tal manera que la concepción tradicional de la familia monógama y patriarcal, ha mudado hacia otra que no tiene necesaria vinculación con el contrato de matrimonio²⁵. Se torna factible entonces, que leyes actuales, tales como la Ley de Matrimonio Civil o de Violencia Intrafamiliar, bajo la vigencia de la misma Constitución, se basen en modelos diferentes a los que inspiraron al constituyente²⁶.

En otro orden de cosas, se advierte que “la realidad familiar, por una parte, ha tendido a desplazarse desde la ‘familia extensa’²⁷ a la ‘familia nuclear’²⁸, y, por otra, también ha visto aparecer y crecer el número de familias ‘monoparentales’²⁹, sin olvidar el incremento de personas que viven solas”³⁰.

Una regulación eficiente de la familia, por tanto, debe tener en consideración los antecedentes fácticos de la sociedad, de tal manera que se puedan disminuir, en la medida de lo posible, las lagunas legislativas.

VALENTÍN LETELIER, desde un punto de vista más sociológico que jurídico, estima que el término familia hace alusión a una agrupación de individuos que viven juntos, cohabitan, se reproducen, se separan, crían a sus hijos y les transmiten sus formas y modos de vida (los educan y culturizan)³¹.

²⁵ En este sentido Moscoso, Pía: Op. Cit., p. 458 y Figueroa Yáñez, Gonzalo: Op. Cit., pp. 427 y 428, quien además sostiene que la supuesta crisis de familia, de la que tanto se habla actualmente, no es tal, puesto que lo único que se encuentra en crisis es la concepción tradicional y matrimonial de la familia.

²⁶ Para la evolución del concepto de familia, Vide: Valentín Letelier, Génesis del Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967, pp 1 y siguientes; Figueroa Yáñez, Gonzalo: Op. Cit., pp. 424 a 446 y Corral Talciani, Hernán: “Concepto y reconocimiento legal de la familia de hecho”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 17, Santiago de Chile, 1990, pp. 36 y siguientes.

²⁷ Padre, madre, sus hijos, y otros parientes por consanguinidad y afinidad. Esta es la concepción adoptada, tal como vimos, por la la Ley 19.325, el Código Civil, y el Código Penal.

²⁸ Aquella formada por el padre, la madre y los hijos comunes.

²⁹ “Aquellas integrada únicamente por uno de los padres y sus hijos menores o aún incapaces de sustentarse por sí mismos”, Barrientos y Novales: Op. Cit., p. 6.

³⁰ Barrientos y Novales: Op. Cit., p. 4.

³¹ Letelier, Valentín: “Génesis del Derecho”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967, pp. y ss. Citado por Figueroa Yáñez, Gonzalo: Op. Cit., p. 424.

CASTÁN TOBEÑAS, más tradicional en su concepción, estima que familia es el “conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco, a las que la ley les reconoce un efecto jurídico”³².

Según GONZALO FIGUEROA, acertadamente a mi juicio, en la familia no existen necesariamente vínculos biológicos, genéticos o jurídicos, mas sí de afectividad y preocupación mutuas. De esta manera, la familia monógama, patriarcal y biológica constituye sólo un tipo de familia³³.

Ahora bien, una vez que hemos advertido que la Ley de Matrimonio civil no contempla un concepto de familia, corresponde preguntarnos si podemos hacerle aplicable supletoriamente alguno de los conceptos legales de familia señalados y presentes en nuestra legislación. La respuesta no puede sino ser negativa en razón de los siguientes argumentos:

- 1.- Los conceptos de familia establecidos por el legislador son aplicables sólo a aquellos ámbitos específicos para los cuales fueron creados, de tal manera que su extensión a otras instituciones puede acarrear efectos jurídicos adversos. Así, es de toda lógica deducir que el legislador, al establecerlos, tomó precisamente en consideración la especial naturaleza de las instituciones que regulaba.

En este sentido, no es posible sostener que la actual Ley de Matrimonio Civil considere que el donante de una donación cuantiosa y su donatario constituyen la célula básica de la sociedad; ni que la protección de la relación jurídica entre un trabajador dependiente que vive en la casa de su empleador, con éste, constituya una base de la institucionalidad.

- 2.- De la lectura de los artículos de la Ley, queda claro que la propia legislación matrimonial actual reconoce la existencia de otro tipo de familias, cuyo fundamento no radica en el vínculo conyugal.

En contra de la opinión antes expuesta se pronuncia el profesor GONZALO FIGUEROA, quien estima que la Ley de Matrimonio Civil pareciera adoptar el modelo de familia matrimonial, al establecer en su Art. 1 que “el matrimonio es la base principal de la familia”. La anterior disposición, si bien no rechaza las uniones no matrimoniales, le da al matrimonio el sitio de ser la principal

³² Castán Tobeñas, José: “Derecho Civil Español Común y Foral”, Tomo V, Vol I, p. 28 citado por Moscoso, Pía: Op. Cit., p. 457.

³³ Cfr. Figueroa Yáñez, Gonzalo: Op. Cit., pp. 433 y 434.

fuerza de la familia, lo que habría sido ampliamente superado por la realidad social actual³⁴.

b) Matrimonio como base principal de la familia:

Tal como se adelantara, el mismo Art. 1 señala “el matrimonio es la base principal de la familia”. Lo anterior implica realizar tres deducciones: considerar al matrimonio como la principal fuente de la familia, reconocer legislativamente la existencia de familias no matrimoniales y reconocer la existencia de ventajas que tiene la familia matrimonial por sobre la familia no matrimonial.

En este sentido pareciera pronunciarse RODRÍGUEZ GREZ, quien estima que para el legislador “el matrimonio es (...) el contrato más importante en el orden civil y que la familia puede tener otro origen, en todo caso, de menor entidad jurídica”³⁵.

1. LA FAMILIA MATRIMONIAL CONSTITUYE LA PRINCIPAL FUENTE DE LA FAMILIA.

Desde la época indiana y continuando en la República, el sistema jurídico chileno ha considerado al matrimonio como el único origen y fundamento de la familia, derivado de la realidad social del momento, lo que era seguido por la jurisprudencia y la doctrina de la época³⁶.

Producto de lo anterior, es que el Código Civil no vaciló en admitir al matrimonio monógamo e indisoluble como la base única de la familia³⁷, puesto que dicha institución era “a los ojos de los chilenos de ese tiempo (...), la piedra angular del edificio social y había que defenderlo y protegerlo”³⁸.

No obstante esta concepción, según los profesores BARRIENTOS Y NOVALES, aumentaron las uniones de hecho por la inexistencia de un divorcio vincular³⁹.

Con posterioridad, en 1930, la legislación continúa estimando que el matrimonio constituye una fuente del derecho de familia más deseable que

³⁴ Cfr. Figueroa Yáñez, Gonzalo: Op. Cit., p. 431.

³⁵ Rodríguez Grez, Pablo: Op. Cit., p. 2.

³⁶ Cfr. Barrientos y Novales: Op. Cit., p. 15.

³⁷ Cfr. Lira Urquieta, Pedro: Op. Cit., p. 63.

³⁸ Lira Urquieta, Pedro: Op. Cit., p. 65.

³⁹ Cfr. Barrientos y Novales: Op. Cit., p. 8.

las uniones de hecho. Así la ley 4808 sobre Registro Civil estableció en su Art. 51 inc. 1° que “*Los Oficiales del Registro Civil visitarán su respectiva comuna o sección, en la forma que determine el reglamento, a fin de procurar la celebración del matrimonio del hombre y la mujer que, haciendo vida marital, tengan hijos comunes*”.

Con posterioridad, el constituyente de 1980 también lo consideró así⁴⁰, sin perjuicio de que no existe claridad en torno a si el matrimonio se consideró como la “única” causa posible de familia⁴¹.

II. RECONOCIMIENTO DE LAS FAMILIAS NO MATRIMONIALES.

La Ley 19.947, al señalar que el matrimonio es la base “principal” de la familia, reconoce asimismo la existencia de otras familias que se extrapolan a la realidad matrimonial.

De esta manera, poco a poco se han ido introduciendo en nuestra cultura jurídica otras fuentes, tales como la adopción, las uniones de hecho tanto heterosexuales como homosexuales, las familias monoparentales originarias o derivativas y la consanguinidad, entre otras.

Ahora bien, es lógico que el legislador estime que la forma más deseable de constituir una familia es el matrimonio, puesto que en tal caso le serán aplicables las reglas que él mismo dicta. Esta preferencia se ve reflejada también en otras normas, tales como las de adopción, normas sucesorias y de seguridad social.

La jurisprudencia en forma progresiva ha hecho lo suyo, reconociendo efectos jurídicos a las uniones de hecho, cada vez en distintos ámbitos⁴².

⁴⁰ En este sentido Barrientos y Novales: Op. Cit., p. 15: “Es también indiscutible que la Constitución Política de la República de 1980 asumió la citada concepción, pues la historia fidedigna del establecimiento de su artículo 1 (...) presupone al matrimonio como causa generadora de la familia”.

⁴¹ Esto no fue objeto de debate expreso de la “Comisión de Estudios” de la Constitución, aunque hubo algunas opiniones aisladas de ciertos miembros de dicha comisión que se referían a este tópico. Dichas opiniones, en todo caso, fueron desarrolladas con posterioridad a la promulgación de nuestra carta fundamental. Cfr. Barrientos y Novales: Op. Cit., p. 16.

⁴² - Corte Suprema, 29.06.04, Sentencia publicada en la Semana Jurídica N° 196, p. 5: “(...) no obstante no estar regulada en nuestro ordenamiento jurídico la convivencia ente un hombre y una mujer no casados, es una realidad que no puede pasar inadvertida ni ignorarse, que produce efectos no sólo entre los concubinos, sino también respecto de terceros”.

De la misma manera, distintos instrumentos internacionales han reconocido las diferentes formas de establecer una familia, como por ejemplo el considerando 31 de La Declaración de Compromiso en la Lucha contra el Sida, suscrita por Chile ante las Naciones Unidas en el 2001 y el Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cabe señalar que este reconocimiento no ha sido unánime, puesto que existen autores que no le reconocen naturaleza de familia a las uniones de hecho⁴³.

III. VENTAJAS DEL MATRIMONIO POR SOBRE LAS PAREJAS DE HECHO.

Distintas han sido las ventajas que se han señalado de las que goza el matrimonio, por sobre las uniones de hecho, siendo las más importantes, las que siguen:

- 1.- El matrimonio garantiza de mejor manera el derecho a la identidad de los hijos, puesto que el Art. 184 establece una presunción conforme a la cual se presumen hijos del marido a aquéllos que hayan nacido con posterioridad a la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo o separación judicial.

Lo anterior se justifica, puesto que “el concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción debe ser probado”, en tanto que “la presunción de paternidad del marido, (...) opera automáticamente por la sola celebración del matrimonio”⁴⁴.

- 2.- Otorga una mayor protección a los terceros contratantes. Esto pues, el matrimonio goza de una publicidad que carece la unión de hecho. De esta manera un tercero que quiera contratar con una persona casada, puede concurrir al Registro Civil a objeto de investigar su estado civil y régimen patrimonial en su caso. No ocurre lo mismo respecto de

⁴³ En este sentido Corral Talciani, para quien la familia de hecho no constituye familia, puesto que al basarse en la “mera espontaneidad no comprometida (...) carece de organicidad y de las vinculaciones de justicia que distinguen a la familia propiamente tal”. Corral Talciani, Hernán: “Familia y Derecho”, Ediciones Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, 1994, pp. 36 a 38 y 71.

⁴⁴ Kemelmajer, Aída, “Lineamientos del régimen de filiación biológica en Argentina y en la reciente reforma al Código Civil chileno”, citado por López Rivera, Gissella: “El nuevo estatuto filiativo y los derechos esenciales”, Editorial Conosur, Santiago de Chile, 2001, p. 167.

las uniones de hecho, puesto que “la publicidad de la relación no es elemento del concubinato”⁴⁵.

A esto debemos sumar la circunstancia de que en nuestro país, a diferencia de otras legislaciones como la francesa, no existe un registro que de cuenta de las uniones de hecho formalizadas, de tal manera que un tercero al contratar con una persona no casada, no podrá saber si se encuentra frente a un concubino o no. Esto se torna cada vez más peligroso, en atención a que tanto el legislador como la jurisprudencia están otorgando en forma progresiva efectos jurídicos diversos a las uniones de hecho.

- 3.- En el matrimonio, el *affectio familiaris* se presume por la sola existencia del vínculo jurídico, lo cual no ocurre en el caso de las familias de hecho⁴⁶.
- 4.- El matrimonio heterosexual permite la procreación, la que puede ser actual o potencial⁴⁷ y con ello permite la preservación y desarrollo de la sociedad. Esta es una ventaja sobre las uniones de hecho homosexuales, más que heterosexuales.
- 5.- Da origen al parentesco por afinidad, a diferencia de las uniones de hecho, las que al ser presupuestos fácticos no dan origen a parentesco alguno, salvo la filiación.
- 6.- En caso de que existan hijos, existe mayor probabilidad de que éstos se críen y desarrollen con la presencia de ambos progenitores, lo que se ve reforzado por el derecho-deber de los cónyuges de vivir juntos, establecido en el Art. 133 del Código Civil.
- 7.- Otorga una seguridad jurídica que no puede ser brindada por las uniones de hecho. Esto, pues los individuos, antes de contraer matrimonio, saben, o al menos debieran saber, los efectos jurídicos que ello produce, no siendo esto posible respecto de uniones no reguladas.

⁴⁵ Ramos Pazos, René: “Derecho de Familia”, Tomo II, Quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 622.

⁴⁶ Cfr. Corral Talciani, Hernán: “Familia y Derecho”, Ediciones Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, 1994, p. 39.

⁴⁷ Cfr. Barrientos y Novales: Op. Cit., p. 22.

8.- Garantiza el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, de una manera más eficaz que las uniones de hecho. Tal como se señaló, los contrayentes, antes de la celebración del matrimonio, pueden conocer los alcances jurídicos del mismo, lo cual no ocurre respecto de las uniones de hecho, particularmente, pues la jurisprudencia les ha reconocido distintos y desiguales efectos.

c) Principio de no discriminación:

El Art. 19 N°2 de la Constitución establece: *“La Constitución asegura a todas las personas: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. (...) Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*.

Este principio, aporte del Derecho Constitucional al Derecho de Familia, obedece a “una nueva forma de entender el papel de las Constituciones modernas, las que ya no se preocupan sólo de organizar el poder y los equilibrios de un régimen político, sino que entran directamente en el reconocimiento y garantía de principios y derechos que dicen relación con las personas y con los cuerpos intermedios en los que se estructura la sociedad civil”⁴⁸.

Una de las manifestaciones de este principio la encontramos en el Art. 13 de la Ley, conforme al cual las personas pertenecientes a una etnia indígena pueden solicitar la manifestación, información y celebración del matrimonio en su lengua materna, lo que se realizará mediante la utilización de un traductor.

El artículo en comento, señala que tal regla se aplicará tanto en este caso, como cuando uno o ambos contrayentes no conocieren el idioma castellano o fueren sordomudos que no pudieren expresarse por escrito, solución que ha sido recogida también por legislaciones comparadas, tales como el Código Civil italiano (Art. 101) y el Código Civil peruano (Art. 268).

De esta manera, quedan además incluidos en esta solución, los extranjeros que no hablen el idioma español, lo que se encuentra en sintonía con el Art. 57 del Código Civil, conforme al cual la ley no reconoce diferencias

⁴⁸ Corral Talciani, Hernán: “El artículo 78 del Código Civil y la Muerte Encefálica”, Jornadas Derecho Civil, 2005, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 409.

entre el chileno y el extranjero, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regula dicho Código⁴⁹.

Otro aspecto a considerar, desde el punto de vista del principio de no discriminación, consiste en determinar si la exigencia de la diversidad de sexos como requisito de celebración del matrimonio, es arbitrario o no, lo cual será analizado en su oportunidad.

d) Reconocimiento del *ius connubii*:

El *ius connubii* corresponde a una terminología heredada del derecho romano, que si bien en un principio tuvo otra significación, con posterioridad pasó a designar el derecho universal a contraer matrimonio.

El Art. 2 inc. 1° de la Ley lo consagra por primera vez entre nosotros, al declarar que *“La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello”*. De esta manera, se reconoce al matrimonio como *“una realidad abierta a todo ser humano que reúna un mínimo de condiciones”*⁵⁰.

Se trata, pues, de un derecho fundamental⁵¹, natural⁵², inherente a la persona humana y por lo tanto universal.

Producto de lo anterior, *“la incapacidad para el ejercicio de ese derecho no puede ser circunstancial, ni neutra, ni voluntaria”*⁵³. Por consiguiente, debe proceder sólo en casos graves y justificados, siendo además una materia de regulación legislativa obligatoria e interpretación restrictiva.

⁴⁹ No olvidemos que a la época de dictación del Código, éste regulaba el matrimonio mediante la remisión a las normas canónicas sobre la materia, por lo que el Art. 57 C.C. se aplica también a la legislación matrimonial.

⁵⁰ S. Panizio Orallo, *“Normalidad/anormalidad para consentir en el matrimonio”*, en CDMPX X (Salamanca, 1992), p. 17. citado por Ferrary, José Manuel, *“Incapacidades y anomalías en el consentimiento matrimonial”*, Editorial Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2007, p. 27.

⁵¹ En este sentido, Bañares, José Ignacio: *“Consentimiento matrimonial e inmadurez afectiva. Presentación del VI Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta”* en Bañares, Juan Ignacio y Bosch, Jordi, Editores: *“Consentimiento Matrimonial en Inmadurez afectiva”*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona 2007 y Ferrary, José Manuel: Op. Cit., p. 27.

⁵² En este sentido Ferrary, José Manuel: Op. Cit., p. 27.

⁵³ Bañares, José Ignacio: Op. Cit., p. 25.

A diferencia del principio de trascendencia social, además de ser una declaración, presenta, en la misma Ley, caracteres operativos. Ejemplo de esto lo encontramos ya en el inciso segundo de la misma disposición, que faculta al juez para tomar las providencias que estime conveniente, destinadas a posibilitar el ejercicio legítimo del *ius connubii*, cuando sea negado o restringido por acto de autoridad o de un particular. Esto se ve reforzado por la circunstancia de que cualquier persona es legitimado activo para recurrir ante el juez, no siendo necesario que sea uno de los futuros contrayentes o sus familiares.

Así, la ley instituye una verdadera acción popular que puede ejercerse en el sólo interés de la ley para salvaguardar el derecho a contraer matrimonio.

Lo anterior ha llevado a RODRÍGUEZ GREZ a estimar que a partir de la vigencia de esta ley, se relativizó el derecho que el artículo 107 del Código Civil confiere a los ascendientes para autorizar el matrimonio de sus descendientes menores de edad (mayores de 16 años y menores de 18), puesto que no cabe “negar o restringir arbitrariamente” el derecho a casarse.

Deben entenderse, entonces modificados los artículos 114 y 1208 N°2 del Código Civil, conforme a los cuales se sancionaría a aquella persona que, siendo menor de edad, se casare sin el consentimiento de quien corresponda, privándolos de pleno derecho del 50% de sus derechos hereditarios y haciendo posible su desheredamiento por cualquiera de los ascendientes, incluso por aquellos que no han sido llamados a prestar autorización⁵⁴.

Al igual que en los principios anteriormente expuestos, distintos instrumentos internacionales han hecho suyo el *ius connubii*, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 16), la Convención Europea de los Derechos del hombre (Art. 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 23 N°2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 17 N°2) y la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (Art. 16 N°1).

Este principio no es privativo de nuestra legislación, habiéndose contemplado también por legislaciones comparadas, tales como el Código Civil español en su Art. 44, y el Código de Derecho Canónico en su canon 1058.

⁵⁴ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo: Op. Cit., p 3.

e) Principio de autonomía de la voluntad:

Se trata de un legado del Derecho Civil tradicional que defiende la máxima de que toda obligación descansa en la voluntad del individuo⁵⁵, entendiéndose a ésta última, como “la facultad que nos permite hacer o no hacer lo que deseamos”⁵⁶.

Según los defensores de esta doctrina, el reconocimiento de la autonomía de la persona en el ámbito contractual –y por ende del matrimonio-, se fundamenta en la circunstancia de que la voluntad contiene en sí todos los demás requisitos de existencia del contrato⁵⁷.

1. DOCTRINA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA LEY 19.947.

Tradicionalmente se ha entendido que el principio de autonomía de la voluntad tiene una vigencia limitada en el Derecho de Familia, lo que ha llevado incluso a sostener a un sector de la doctrina que esta rama del Derecho se ha independizado del Derecho Civil para pasar a constituir una rama autónoma⁵⁸. En efecto, la actividad volitiva del individuo se traduce, por regla general, en la posibilidad de actuar o no actuar, pero una vez que ha surgido el hecho o negocio jurídico, el contenido de éste es determinado por el derecho.

En oposición a la tesis señalada, el profesor BARRIENTOS estima que hoy en día, el principio en cuestión, lejos de no tener aplicación en el Derecho de Familia, va en aumento⁵⁹. En efecto, la progresiva disminución de la regulación estatal en esta materia, deja a la voluntad de las personas, la fijación y establecimiento de ciertos ámbitos anteriormente vedados para ello⁶⁰.

La Ley 19.947, junto con establecer que el vínculo matrimonial descansa en la voluntad soberana de los contrayentes, se apresura en asegurar,

⁵⁵ Esto, pues aún las normas legales provienen también de la voluntad popular.

⁵⁶ León Hurtado, Avelino: “La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 33.

⁵⁷ Cfr. León Hurtado, Avelino: Op. Cit., p. 33.

⁵⁸ Esto se ve reforzado por la dictación de Códigos de la Familia, tal como ha ocurrido en Panamá, Honduras, Cuba y Marruecos.

⁵⁹ La misma consideración respecto del Derecho de Menores en Barcia Lehmann, Rodrigo: “Naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad del niño, niña o adolescente en la Convención de ONU sobre Derechos del Niño”, *Semana Jurídica* N°379, 2008, p. 6.

⁶⁰ Barrientos y Novales: Op. Cit., p. 12.

dentro de las posibilidades del legislador, que la decisión de las partes sea libre⁶¹ y espontánea.

De esta manera, se debe propender a que la celebración del contrato de matrimonio sea un acto de la voluntad y de la inteligencia, por lo que se requiere que haya un adecuado uso de razón⁶², conocimiento aunque sea mínimo de la sustancia del matrimonio⁶³, capacidad para valorar los fines y obligaciones del matrimonio y voluntad libre y espontánea.

Producto de lo anterior, la Ley limita el ejercicio del *ius connubii* a aquellas personas que tengan edad para ello (Art. 2 inc.)⁶⁴, constituye al consentimiento libre y espontáneo como un requisito del matrimonio (Art. 4), establece impedimentos para contraer matrimonio respecto de las personas que no pudieren tomar tal decisión (Art. 5), consagra los vicios del consentimiento (Art. 8)⁶⁵, instituye las formalidades de manifestación e información que permiten una toma de decisión más pausada y fundamentada (Art. 9 y 10), incorpora la institución de los cursos de matrimonio (Art. 10 inc. 3° y 11 inc. 1°)⁶⁶ y consagra la preferencia del acuerdo conyugal por sobre la decisión judicial, si el primero respeta las normas de orden público presentes en la Ley (Art. 21 y 27).

⁶¹ “No hay promesa sin libertad” estima Murillo, José Ignacio en Bañares, Juan Ignacio y Bosch, Jordi: *Op. Cit.*, p. 34. En el mismo sentido Del Vecchio: Nadie duda que la libertad de obligarse deriva lógicamente del poder que cada individuo tiene sobre sí, es más, es una de las expresiones supremas de tal poder. Cfr. Del Vecchio, Giorgio: *Op. Cit.*, p. 95.

⁶² En este sentido Art. 2 de la Ley 19.947 y Canon 1095 del Código de Derecho Canónico.

⁶³ En este sentido Arts. 5 N°4 y 10 –entre otros- de la Ley 19.947 y Canon 1096 del Código de Derecho Canónico.

⁶⁴ Esto no se encuentra exento de problemas, toda vez que cualquier frontera biológica que se establezca, puede ser arbitraria. Prueba de lo anterior, es que cada país establece su propio parámetro de edad para atribuirle capacidad a una persona. En este sentido se pronuncian José Ignacio Murillo para quien “la distinción tan neta que se suela hacer entre niños y adultos, implica subordinar excesivamente la personalidad humana a los avatares de la biología” en Murillo, José Ignacio, *Op. Cit.*, p. 45. En el mismo sentido Yanguas, José María en Bañares, Juan Ignacio y Bosch, Jordi: *Op. Cit.*, p. 53.

⁶⁵ El Art. 8 consagra expresamente tanto el error sobre la identidad de la persona del otro contratante, como en sus cualidades personales, así como la fuerza proveniente de actos humanos o de una circunstancia externa. El dolo no fue contemplado en forma expresa por el legislador, sin perjuicio de que pudiera sostenerse que un presupuesto de error dolo se identifica con él, puesto que la mala fe es el único elemento que hace la diferencia entre ambos vicios del consentimiento.

⁶⁶ No obstante, sería conveniente que los cursos de preparación fuesen obligatorios, quedando la elección de la institución relatora, al arbitrio de los contrayentes. De esta manera, los contrayentes tomarían una decisión informada, en especial en lo que dice relación con la comunidad de vida y los regímenes patrimoniales del matrimonio.

II. *EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DEL MATRIMONIO.*

Uno de los aspectos fundamentales de la aplicación de la tesis de la autonomía de la voluntad al contrato conyugal, radica en entender al consentimiento como causa del matrimonio, ya sea eficiente o formal. Como causa eficiente se entiende que el matrimonio en concreto proviene del consentimiento a modo de causa-efecto. Como causa formal se entiende que el consentimiento constituye un elemento de la esencia del matrimonio⁶⁷.

La doctrina tradicional y moderna se ha manifestado sostenidamente a favor de esta consideración, conforme a la cual *consensus facit nuptias*⁶⁸.

Para la Ley 19.947, según la profesora ASSIMAKÓPULOS, “son los mismos esposos quienes hacen nacer el vínculo conyugal, al prestar el consentimiento matrimonial”⁶⁹, justificándose la exigencia de elementos jurídicos externos para la validez del matrimonio por la importancia social que reviste este acto. Continúa la profesora sosteniendo que “al reconocer efectos civiles al matrimonio religioso, la legislación sigue esta lógica. Es el consentimiento de los contrayentes el elemento constitutivo del matrimonio, por lo tanto, sólo es necesario prestarlo una sola vez, sea ante el Oficial del Registro Civil o ante el ministro de culto de la religión de los contrayentes”⁷⁰.

En relación a este tema, no se puede dejar de mencionar la cuestión acerca de si, en el divorcio por mutuo consentimiento, la voluntad de las partes constituye la causa de éste o requisito de procedencia del mismo⁷¹, cuestión que es objeto de otra investigación.

Cabe señalar por último, que en atención a la importancia del consentimiento como generador del vínculo conyugal, es que éste sólo puede ser

⁶⁷ Cfr. Ferrary, José Manuel: Op. Cit., p. 39.

⁶⁸ En este sentido, Assimakópulos Figueroa, Anastasia, “La recepción del matrimonio canónico en el Derecho Civil Chileno”, en Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan, (coordinadores) Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia 2005, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 395; J.J. García Failde en “Trastornos psíquicos y nulidad del matrimonio”, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1999, p. 31, citado por Ferrary, José Manuel: Op. Cit., p. 39; Ruano Espina, Lourdes, en prólogo a Salinas Aranedo, Carlos, “El error en el matrimonio”, Tomo I, Ediciones Universidad Central de Chile, Santiago, 2005, p. 19; Ferrary, José Manuel: Op. Cit., p. 25 y 39, Bianchi, Paolo: “¿Cuándo es nulo el matrimonio?”, Editorial EUNSA, Pamplona, 2005, p. 31 y 70.

⁶⁹ Assimakópulos Figueroa, Anastasia: Op. Cit., p. 403.

⁷⁰ Assimakópulos Figueroa, Anastasia: Op. Cit., p. 403.

⁷¹ A mayor abundamiento, Vide Barrientos y Novales: Op. Cit., pp. 381 y ss.

prestado de manera expresa, no cabiendo por tanto ni la manifestación de voluntad tácita, ni menos aún el silencio.

f) Principio de buena fe:

Este principio, legado también del Derecho Civil tradicional, impone a los contrayentes la obligación de actuar conforme a ciertos parámetros jurídicos o morales determinados (buena fe objetiva), o a actuar teniendo la conciencia de actuar de una manera correcta (buena fe subjetiva).

No señala la Ley si sus exigencias se refieren a la buena fe objetiva o subjetiva, sino que se limita a consagrar ciertas manifestaciones de este principio, las que son expuestas a continuación:

- i. Establece el impedimento que sufre el cónyuge sobreviviente para contraer matrimonio con el imputado contra quien se hubiere formalizado una investigación por el homicidio de su marido o mujer o con aquella persona que hubiese sido condenada en calidad de autor, cómplice o encubridor de dicho delito (Art. 7).

Este impedimento, compartido en general por las legislaciones comparadas⁷², tiene por objeto desincentivar el homicidio de una persona casada para que su cónyuge pueda contraer un nuevo vínculo.

- ii. La buena o mala fe constituye uno de los criterios para determinar la procedencia o cuantía de la compensación económica (Art. 62).

La ley no señala sobre qué debe recaer la buena o mala fe de las partes. A este respecto, HERNÁN CORRAL sostiene que la buena o mala fe dice relación con la creación de la situación de menoscabo económico. De esta manera, aquella persona que solicita el divorcio, se encontraría impedido de demandar compensación económica, puesto que por ese solo hecho, estaría creando su propia situación de merma patrimonial. La profesora SUSAN TURNER, por su parte, estima que la exigencia de la buena o mala fe, dice relación con la creación o agravamiento de la situación del otro cónyuge⁷³.

⁷² Soluciones similares las encontramos en el Código Civil italiano (Art. 88) y Código Civil peruano (Arts. 242 N°6 y 274 N°7).

⁷³ Cfr. Turner Saelzer, Susan: "Las circunstancias del Art. 62 de la nueva Ley de Matrimonio Civil: Naturaleza y función", en Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan, (coor-

Por otra parte, la misma autora advierte que en la discusión particular del proyecto, se argumentó que el concepto de buena fe se encuentra vinculado a materias contractuales y su traslado a materias matrimoniales implica subjetivizar la compensación económica⁷⁴.

- iii. Establece la exigencia de la buena fe como requisito de procedencia para que opere el matrimonio putativo (Art. 51).

En este punto, cabe traer a la palestra el Art. 52, el cual establece que la buena fe se presume, debiendo probarse y declararse la mala fe en juicio. Esto no deja de tener importancia, puesto que con anterioridad a la dictación de la Ley, la presunción de buena fe se encontraba consagrada sólo en el Art.707 del Código Civil en materia de posesión, siendo ampliada a las demás materias por la doctrina y la jurisprudencia.

- iv. Establece la culpa de uno de los cónyuges como causal de separación judicial y divorcio (Arts. 26 y 54).
- v. El Art. 8 de la Ley permitiría reconocer al error doloso como vicio del consentimiento. Nos encontraríamos frente a esta hipótesis, en aquellos casos en los cuales el contrayente no afectado por el vicio, conociendo su existencia, así como la circunstancia de que la consideración errada es causa principal o relevante de la manifestación de voluntad del otro contrayente, no sacare a este último de su yerro. Si bien este supuesto podría configurar un supuesto de dolo por omisión, catalogarlo como error lo haría aplicable a nuestra legislación matrimonial, que no acepta al dolo como vicio del consentimiento.
- vi. Según el Art. 62, en caso de divorcio por culpa, el juez podrá negar o disminuir la compensación económica a aquel de los cónyuges que dio lugar a la causal.

dinadores), Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia 2005, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 498.

⁷⁴ Cfr. Turner Saelzer, Susan: Op. Cit., p. 498.

g) Disolubilidad/ Indisolubilidad del matrimonio:

El art. 102 del Código Civil, al definir el contrato de matrimonio, señala que los cónyuges “se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida”⁷⁵, estableciendo la indisolubilidad del matrimonio. Dicha expresión, según LIRA URQUIETA, si bien parece “enteramente inspirada en la doctrina católica, fue tomada del artículo 44 del Código Austríaco”⁷⁶.

El carácter indisoluble del matrimonio proviene ya del Derecho Romano⁷⁷ y encuentra raigambre en el Derecho Canónico, para el cual, el divorcio no tiene cabida.

En Francia, por su parte, a la época de dictación del *Code*, el divorcio vincular ya había sido erradicado de las leyes francesas y no volvería a aparecer sino hasta 1884, por efecto de la ley Nacquet⁷⁸.

La Ley 19.947 establece tres formas de disolución del vínculo, a saber, nulidad, divorcio y muerte de uno de los contrayentes, no siendo ésta última, materia del presente trabajo.

La nulidad ya se encontraba contemplada en la antigua Ley de 1884, constituyendo sí novedad de la nueva Ley, la ampliación de sus causales⁷⁹.

⁷⁵ “Para algunos es una frase redundante e inútil, pues, si la propia definición dijo que la unión era indisoluble, ya estaba dicho que debía ser por toda la vida. Otros, en cambio, creen que la expresión fue colocada intencionalmente por el legislador, a fin de que los contrayentes mediten sobre la trascendencia del acto que van a ejecutar”. Somarriva Undurraga, Derecho de Familia, Santiago, 1963, p. 18. Citado por Salinas Araneda, Carlos: Op. Cit., p. 49.

⁷⁶ “Cuando dos personas de sexo diferente contraen matrimonio, declaran por este mismo hecho su intención de vivir en sociedad indisoluble, de procrear hijos, y de prestarse una asistencia mutua”.

⁷⁷ “Dos textos del Corpus Iuris de Justiniano nos sitúan en materia: uno atribuido al jurista Modestino y contenido en el Digesto, según el cual “el matrimonio es la unión de hombre y mujer en plano consorcio de su vida y comunicación del derecho divino y humano”. Parece más famosa sin embargo, otra definición atribuida esta vez a Ulpiano y contenida en las Instituciones de dicho Corpus, según la cual “Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens”. Citado por Salinas Araneda, Carlos: Op. Cit., p. 52.

⁷⁸ Cfr. Lira Urquieta, Pedro: Op. Cit., p. 64.

⁷⁹ Críticas a las nuevas causales de nulidad, Vide Tapia, Mauricio: “Nulidad y divorcio en el proyecto de nueva ley de matrimonio civil”, en Estudios Públicos, Editorial Centro de Estudios Públicos, N° 86, Otoño, 2002, Santiago de Chile, pp. 230 a 232.

En este sentido, se declara incapaces a quienes carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio (Art. 5 N°4), incapacidad que fue tomada del canon 1095 N°2 del Código de Derecho Canónico.

Por otra parte, consagra nuevos vicios del consentimiento tales como la fuerza ocasionada por una fuerza externa (Art. 8 N°3)⁸⁰ y el error en las cualidades personales de alguno de los contrayentes que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para contraer el vínculo (Art. 8 N°2)⁸¹.

Una segunda forma de terminación de vínculo matrimonial la constituye el divorcio, que procede respecto de un matrimonio que no adolece de vicios en su celebración, pero que producto de circunstancias sobrevinientes, se ha tornado la vida en común intolerable.

Las legislaciones comparadas han establecido distintos sistemas de disolución por divorcio que van desde aquellas que contemplan sólo el divorcio por culpa⁸², hasta aquellas otras que suman además el divorcio remedio por cese de la convivencia⁸³.

⁸⁰ Mauricio Tapia, en el año 2002, cuando la Ley era aún proyecto, criticaba esta inclusión, señalando que "Resulta difícil vislumbrar el límite entre presiones socialmente tolerables y aquellas que acarrearán la nulidad. Por lo demás, la creencia de que se contrajo matrimonio a causa de una presión constituye generalmente un simple pretexto que intenta justificar tardíamente el fracaso de la vida en común" en Tapia, Mauricio: Op. Cit., p. 229.

⁸¹ Esta inclusión ha sido criticada por un sector de la doctrina, entre los cuales se encuentran Mauricio Tapia y René Ramos Pazos puesto que, en su concepto, después del fracaso matrimonial son pocas las cualidades personales que no se transforman en defectos insuperables. De esta manera la alegación de la existencia del error en las cualidades personales puede ocultar el interés de atribuir la responsabilidad del quiebre al otro cónyuge. Cfr. Tapia, Mauricio: Op. Cit., p. 229 y Ramos Pazos, René: "Derecho de Familia", párrafo 17 citado por Mauricio Tapia en la misma página.

⁸² Así Holanda (Ley 290 de 6 de mayo de 1971) y Suecia (Ley de reforma de 1973).

⁸³ Alemania (Ley de 14 de junio de 1976, que reforma el BGB), Argentina (Ley 23.515 de 12 de junio de 1987), Bélgica (Ley de 1 de julio 1974, modificada por la ley de 2 de Diciembre de 1982), Canadá (Divorce Act de 1985, modificada en 1986, 1990, 1992, 1993 y 1997), Dinamarca (Act 256 on the Formation and Dissolution of Marriage de 1969), España (Ley 30/1981 de 7 de julio), Francia (Ley 75-617 de 11 de julio de 1975), Inglaterra (Matrimonial Causes Act de 23 de mayo de 1973), Italia (Ley 898 de 1 de Diciembre de 1970 modificada por la ley 74 de 1987), México (C.C.), Paraguay (Ley 45 de 1 de Octubre de 1991), Perú (C.C. de 1984).

Nuestra legislación contempla tanto el divorcio por cese de la convivencia –unilateral y bilateral- como el divorcio por causa imputable a uno de los cónyuges⁸⁴

Ahora bien, cabe preguntarse si las disposiciones de la Ley derogan tácitamente la definición de matrimonio, contemplada en el Art. 102 del Código Civil.

Cabe señalar a este respecto que, si bien la inclusión de la institución del divorcio claramente atenta contra su indisolubilidad, en la discusión parlamentaria se decidió mantener la citada definición, estimando que la regla general es que el matrimonio sea indisoluble, en tanto que el divorcio tendrá sólo un carácter excepcional. En razón de lo anterior, resulta conveniente establecer tiempos de espera que faciliten una decisión madura y responsable⁸⁵.

Los profesores BARRIENTOS Y NOVALES, por su parte, estiman que el matrimonio continúa siendo intrínsecamente indisoluble, sólo que se ha agregado una indisolubilidad extrínseca. Explican que los cónyuges no pueden disolver el contrato por sí solos (indisolubilidad intrínseca), sino que deben recurrir ante un Tribunal, para que sea éste quien lo declara (disolubilidad extrínseca)⁸⁶.

h) Preservación del vínculo:

Este principio se encuentra íntimamente relacionado con la indisolubilidad intrínseca y la disolubilidad extrínseca del matrimonio.

En efecto, según el Art. 3 inc. 2º, el juez debe procurar preservar y recomponer la vida en común cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada.

“Este deber implica que el juez debe adoptar un papel activo al entrar a conocer un conflicto conyugal, a fin de predisponer a los cónyuges a un entendimiento que mantenga y reconstruya la vida común. No debe, por ende, limitarse a oír a las partes sin desplegar un esfuerzo que conduzca a la

⁸⁴ Inconvenientes de la inclusión del divorcio por culpa, Vide Tapia, Mauricio: Op. Cit., pp. 223 a 245.

⁸⁵ Cfr. Boletín N° 1759-18, p. 9 citado en Informe sobre el divorcio, Instituto de Ciencias de la Familia, Facultad de Derecho, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de los Andes, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2002, Cuadernos de extensión N°3, p. 19.

⁸⁶ Cfr. Barrientos, Javier y Novales, Aranzazú: Op. Cit., p. 164.

reconciliación o avenencia. Esta finalidad se expresa, además, en las normas sobre conciliación, mediación y plazos consagrados en la ley como requisitos del divorcio⁸⁷.

Otras legislaciones le han otorgado distintos grados de discrecionalidad al juez, conforme a los cuales tiene una gama de potestades que van desde la facultad de suspender el divorcio, hasta la imposibilidad de denegarlo⁸⁸.

En nuestra legislación tal discrecionalidad del juez no existe, limitándose a cumplir con el precepto legal con el llamado obligatorio a conciliación.

i) Protección del interés superior del niño.

Con fecha 27 de septiembre de 1990 se publicó en el Diario Oficial la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por nuestro país el 26 de enero del mismo año.

Conforme a los Arts. 3 y 4 de dicha Convención, el Estado de Chile se compromete a proteger el interés superior del niño también en la actividad legislativa⁸⁹.

La razón de ser de esta exigencia radica en que el menor es un ser especialmente débil, que en justicia requiere especial protección, lo que hace necesarias captaciones normativas con carácter propio⁹⁰.

Si bien el contenido de este principio ha sido objeto de discusión, entenderemos para estos efectos al interés superior del niño como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona

⁸⁷ Rodríguez Grez, Pablo: Op. Cit., p.4.

⁸⁸ Para revisar experiencias comparadas, Vide. Informe sobre el divorcio, Instituto de Ciencias de la Familia, Facultad de Derecho, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de los Andes, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2002, Cuadernos de extensión N°3., p. 11.

⁸⁹ Otros instrumentos internacionales vigentes en Chile que establecen obligaciones similares: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU), suscrito por Chile en 1966, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU 1969), suscrito por Chile en el mismo año, Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en 1969 y publicada en 1991).

⁹⁰ Cfr. Ciuro Caldani: “La noción de autonomía material en el mundo jurídico y el derecho de menores”, comunicación al I Congreso Argentino de Derecho de Menores, Rosario, 1991, citado por D’Antonio, Daniel Hugo: “Derecho de Menores”, Editorial Astrea, 4 edición, Buenos Aires, 1994, p. 5.

y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto⁹¹.

La Ley 19.947 da cumplimiento al mandato internacional –y por tanto constitucional- consagrando en su Art. 3 inc. 1º que las materias de familia reguladas por dicha ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos.

La Ley no se queda en la mera directriz judicial, estableciendo otros imperativos que hacen operativo este principio.

Los Arts. 27 y 55 establecen como requisito para solicitar conjuntamente el divorcio o la separación judicial, la presentación de un acuerdo completo y suficiente que regule las relaciones mutuas de los cónyuges y para con los hijos.

Dichos requisitos se cumplen en la parte que interesa a este punto, si se regulan las materias señaladas en el Art 21 y si el acuerdo resguarda el interés superior de los hijos.

Se trata de una materia de regulación obligatoria, por lo que en caso de desacuerdo entre las partes, deberán ser resueltas por el juez competente (Art. 31).

Por su parte, el Art. 55 inc. 3 niega la acción de divorcio a aquel de los cónyuges que adeudare alimentos pudiendo haberlo hecho⁹².

Los artículos mencionados tienen por objeto no sólo la protección del interés superior del niño, sino que además respetar el derecho a la vida, consagrado en el Art. 19 N°1 de nuestra Constitución, específicamente en lo que dice relación con el cumplimiento de la obligación alimenticia⁹³.

⁹¹ Pettiagiani, Eduardo, en “El interés superior del menor ¿es superior a todo otro interés?”. Ponencia realizada para el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, p. 18, citado por López Rivera, Gissella: Op. Cit., p. 106.

⁹² Jurisprudencia: CA Chillán, 7.12.07, “Patricio Castro Rojas con Rosa García Carvajal”, Rol 5703-2007, ID Lexis Nexis 37847, Redacción de Ministro Guillermo Arcos Salinas. 12º Que, encontrándose probado en autos que el actor incumplió reiteradamente su obligación de alimentos, al tenor del inciso tercero del artículo 55 de la Ley 19.947, constatada la situación fáctica anotada, la demanda principal no puede prosperar.

⁹³ Para la relación entre el derecho de alimentos y el derecho a la vida, Vide Vodanovic Haklicka, Antonio: Op. Cit., pp. 3 y 4.

Por su parte, el Art. 53 señala que el divorcio no afectará la filiación ya determinada de los hijos, protegiendo además el derecho a la identidad de los hijos.

De esta manera, la Ley 19.947 regula el matrimonio en plena concordancia con otras normas de nuestro ordenamiento jurídico que constituyen manifestaciones de la protección del interés superior del niño, tales como los Art. 222 inc. 2 y 242 inc. del Código Civil.

El profesor RODRÍGUEZ GREZ independiza del principio de la protección del interés superior del niño, el principio de lo que él llama como la continuidad en el ejercicio de los derechos y deberes que nacen de la filiación⁹⁴.

Conforme a este principio, el juez debe resolver las cuestiones que se susciten a propósito de la nulidad, separación o divorcio, conciliando sus decisiones con los efectos de la filiación. En aplicación de este principio, el juez debe cuidar que no se genere un menoscabo que pueda perjudicar a los hijos comunes y procurar que la ruptura no altere la vida familiar y que ésta sea compatible con la nueva situación⁹⁵. A mi juicio, este principio se encuentra por regla general contenido en la protección del interés del niño, salvo que los hijos sean mayores de edad y subsistan efectos jurídicos, tales como la obligación de alimentos del hijo mayor de edad.

j) Protección del cónyuge más débil.

Otro principio proteccionista de la Ley lo encontramos en su Art. 3 inc. 1º que establece la obligación del juez de fallar protegiendo al cónyuge más débil.

Dicha norma no señala qué debe entenderse por cónyuge más débil siendo identificada comúnmente como a aquel de los cónyuges que tenga una situación económica desmedrada en relación al otro.

RODRÍGUEZ GREZ, en forma más amplia, estima que corresponde a aquel que se encuentre en una posición económica, psíquica, emocional o fisiológica desmedrada, puesto que si la norma no limitó el concepto, debe hacerse extensivo a cualquier hecho o circunstancia que comparativamente deje a uno de los cónyuges en posición de desventaja respecto del otro⁹⁶.

⁹⁴ Rodríguez Grez, Pablo: Op. Cit., p. 4.

⁹⁵ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo: Op. Cit., 4.

⁹⁶ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo: Op. Cit., p. 3.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que las manifestaciones de este principio contempladas en la Ley se refieren precisamente a materias de orden patrimonial.

Así por ejemplo, la protección del cónyuge más débil inspira la institución del acuerdo completo y suficiente sobre las relaciones mutuas de los cónyuges y que debe acompañar a una solicitud conjunta de separación judicial o divorcio por mutuo consentimiento (Arts. 27 y 21). Éste debe procurar no sólo aminorar el menoscabo económico ya producido con la ruptura, sino que además establecer relaciones equitativas hacia el futuro.

Otro ejemplo lo encontramos en la institución de la compensación económica, introducida en nuestra legislación con el objeto precisamente de resarcir un daño patrimonial ocasionado al cónyuge más débil. Se justifica esta inclusión legislativa, toda vez que el matrimonio al ser un contrato personal, que no puede producir efecto tras su disolución una vez que ésta se ha producido, no puede ser fuente de derecho de alimentos a favor del cónyuge alimentario.

k) Principio de concentración y solución integral.

Conforme a este principio, se deben concentrar los distintos conflictos que surjan con posterioridad a una intervención judicial en materia de familia, los que deben ser resueltos por un solo juez y por la misma sentencia.

Los Arts. 21, 24, 23, 27, 31, 55 y 89 se encuentran inspirados en la consideración anterior, lo que se encuentra en total concordancia con el Art. 11 de la Ley 19.968, que establece expresamente el principio de concentración.

El fundamento de este principio se encuentra en la economía procesal, en la necesidad de dar una solución integral a los conflictos de familia y en la conveniencia de evitar a las partes concurrir a distintos juicios con el costo emocional que conllevan generalmente los conflictos de índole familiar.

La importancia de la concentración radica en el hecho de que la dispersión u omisión de estas materias pueden ocasionar a los cónyuges e hijos un daño de magnitud, si los acuerdos son contradictorios o no cubren toda la problemática que surge con ocasión de la ruptura matrimonial⁹⁷.

⁹⁷ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo: Op. Cit., pp. 4 y 5.

A tal extremo acoge la Ley este principio, que el Art. 31 autoriza al juez para liquidar el régimen patrimonial del matrimonio, aun no mediando acuerdo de las partes⁹⁸.

l) Diversidad de sexos.

Que el matrimonio proceda sólo respecto de individuos de distinto sexo ha sido objeto de una larga y progresiva discusión por parte de la doctrina, así como la cuestión acerca de si constituye o no una discriminación arbitraria.

El Código Civil, al definir el contrato de matrimonio, sostiene que se trata de un contrato solemne por el cual se unen un hombre y una mujer, lo cual es recogido por la Ley 19.947 en sus Arts. 54 inc. 2 N°4 y 80. El primero de ellos señala que la conducta homosexual de uno de los cónyuges constituye causal de culpa en el divorcio, en tanto que el segundo exige, para que un matrimonio celebrado en el extranjero tenga validez en Chile, que sea celebrado entre un hombre y una mujer.

Esta solución ha sido también la adoptada por el Código Civil peruano (Arts. 234, 277 N°5, 333 N°9), así como por la Constitución de California, entre otras legislaciones.

Según CORRAL TALCIANI, la exigencia de la diversidad de sexos no sólo debe aplicarse a las uniones conyugales, sino que también a las familias de hecho⁹⁹.

m) Recepción del matrimonio religioso.

Según SALINAS ARANEDA, la regulación civil del matrimonio tiene su origen en la Holanda del siglo XVI, a raíz de ciertos problemas jurídicos que comenzaba a plantear la división religiosa de Europa¹⁰⁰.

En general se puede decir que la relación del matrimonio civil con el religioso ha sido bastante estrecha, pues los legisladores civiles, al regular primeramente esta institución, tomaron como fuente la regulación canónica de la misma, toda vez que para ese entonces, el derecho canónico matri-

⁹⁸ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo: Op. Cit., p. 5.

⁹⁹ Cfr. Corral Talciani, Hernán: "Familia y Derecho", Ediciones Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, 1994, pp. 44 y 49.

¹⁰⁰ Cfr. Salinas Aranedo, Carlos: Op. Cit., p. 25.

monial había alcanzado un importante desarrollo¹⁰¹. De esta manera, “los encargados de regular el matrimonio en sede civil no hicieron sino una lectura en clave laica del matrimonio canónico, eliminando aquellos aspectos que mostraban su carácter religioso sacramental”¹⁰².

Con el correr del tiempo, de la práctica legislativa han surgido distintos sistemas matrimoniales que no son más que “las soluciones dadas por el derecho positivo de una nación a la realidad conyugal”¹⁰³ y en particular a la recepción del matrimonio religioso.

De esta manera encontramos legislaciones que le niegan validez al matrimonio religioso¹⁰⁴, otras que se lo otorgan¹⁰⁵ y otras que le confieren efectos limitados.

En cualquier caso, el reconocimiento por parte de la legislación del matrimonio religioso constituye una aplicación del Derecho a la Libertad de Pensamiento, que es precisamente una verdadera proyección del Derecho Fundamental de la Persona¹⁰⁶.

El Art. 20 de la Ley 19.947 acoge por vez primera la tesis de la recepción atenuada de los distintos matrimonios religiosos celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de Derecho Público, otorgándoles efectos civiles sólo si han sido ratificados ante un Oficial de Registro Civil dentro de los ocho días siguientes a su celebración, de tal manera que de no cumplir con este requisito, no producirá efecto alguno.

III. CONCLUSIONES FINALES.

- 1.- La Ley 19.947 establece un nuevo estatuto matrimonial, que rompe con el sistema imperante hasta su entrada en vigencia.
- 2.- Conforme a nuestro sistema matrimonial, del que la Ley 19.947 es piedra angular, la familia constituye el fundamento y cimiento de la sociedad toda.

¹⁰¹ Cfr. Salinas Araneda, Carlos: Op. Cit., p. 25. En el mismo sentido Assimakópulos Figueroa, Anastasia: Op. Cit., p. 395.

¹⁰² Salinas Araneda, Carlos: Op. Cit., p. 25.

¹⁰³ Assimakópulos Figueroa, Anastasia: Op. Cit., p. 394.

¹⁰⁴ Tal como ocurría con nuestra antigua Ley de Matrimonio Civil de 1884.

¹⁰⁵ En algún sentido encontramos aquí a las legislaciones españolas e italianas, con la consagración de los matrimonios concordatarios.

¹⁰⁶ Cfr. Del Vecchio, Giorgio: Op. Cit., p. 89.

- 3.- La actual Ley de Matrimonio Civil no contempla una definición del término "familia", sin perjuicio de que da cuenta de una nueva concepción de ella, distinta a la que inspiró a Bello y al constituyente del 80.
- 4.- Para la Ley 19.947, si bien el matrimonio es la forma general y más conveniente de formar una familia, reconoce la existencia y legitimidad de las uniones de hecho.
- 5.- La Ley 19.947 da cuenta de la constitucionalización e internacionalización del Derecho de Familia, al consagrar en sus artículos principios que presentan tal carácter.
- 6.- El consentimiento es la causa del matrimonio, por lo que la legislación debe asegurar su otorgamiento pleno y consciente.
- 7.- La Ley 19.947 contiene manifestaciones del principio de buena fe, aunque no indica su carácter objetivo o subjetivo.
- 8.- El contrato regulado en la Ley es intrínsecamente indisoluble y extrínsecamente disoluble.
- 9.- La Ley 19.947 es una ley proteccionista, lo que se refleja en la exigencia de la protección del interés superior del niño y del cónyuge más débil.
- 10.- El matrimonio religioso es reconocido por nuestra legislación, aunque con efectos jurídicos limitados y subordinados del orden civil.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

Legislación Nacional.

Constitución Política de la República

Código Civil.

Código Penal.

Ley 19.325 sobre Violencia Intrafamiliar.

Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil.

Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia.

Legislación Comparada.

Código Civil de Austria.

Código Civil de Italia.

Código Civil de Perú.

Código de Derecho Canónico.

Instrumentos Internacionales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Europea de los Derechos del hombre.

Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Declaración de Compromiso en la lucha contra el Sida.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Doctrina Nacional.

ASSIMAKÓPULOS FIGUEROA, ANASTASIA, “La recepción del matrimonio canónico en el Derecho Civil Chileno”, en VARAS BRAUN, JUAN ANDRÉS y TURNER SAEZ, SUSAN, (coordinadores), Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia 2005, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005.

BARCIA LEHMANN, RODRIGO: “Naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad del niño, niña o adolescente en la Convención de ONU sobre Derechos del Niño”, Semana Jurídica N°379, 2008.

BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU: “Nuevo derecho matrimonial chileno”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN: “Concepto y reconocimiento legal de la familia de hecho”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 17, Santiago de Chile, 1990.

- CORRAL TALCIANI, HERNÁN: "Familia y Derecho", Ediciones Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, 1994
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN: "El artículo 78 del Código Civil y la Muerte Encefálica", VARAS BRAUN, JUAN ANDRÉS y TURNER SAELZER, SUSAN, (coordinadores), Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia 2005, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005.
- FIGUEROA YÁNEZ, GONZALO: "El pacto de convivencia: una alternativa al pacto de matrimonio", VARAS BRAUN, JUAN ANDRÉS y TURNER SAELZER, SUSAN, (coordinadores), Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia 2005, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005.
- LEÓN HURTADO, AVELINO: "La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
- LIRA URQUIETA, PEDRO, "El Código Civil y el Nuevo Derecho, Imprenta Nascimento, 1944.
- LÓPEZ RIVERA, GISELLA: "El nuevo estatuto filiativo y los derechos esenciales", Editorial Conosur, Santiago de Chile, 2001.
- MOSCOSO, PÍA: "Sida y sus principales desafíos jurídicos en el Derecho de Familia chileno", VARAS BRAUN, JUAN ANDRÉS y TURNER SAELZER, SUSAN, (coordinadores), Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia 2005, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005.
- RAMOS PAZOS, RENÉ: "Derecho de Familia", Tomo II, Quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
- RODRÍGUEZ GREZ, PABLO: "Ley de Matrimonio Civil" en "Curso de Actualización Jurídica, Nuevas Tendencias en el Derecho Civil, Ediciones Universidad del Desarrollo, 2004.
- SALINAS ARANEDA, CARLOS, "El error en el matrimonio", Tomo I, Ediciones Universidad Central de Chile, Santiago, 2005.
- TAPIA, MAURICIO: "Nulidad y divorcio en el proyecto de nueva ley de matrimonio civil", en Estudios Públicos, Editorial Centro de Estudios Públicos, N° 86, Otoño, 2002, Santiago de Chile.
- TURNER SAELZER, SUSAN: "Las circunstancias del Art. 62 de la nueva Ley de Matrimonio Civil: Naturaleza y función", en VARAS BRAUN, JUAN ANDRÉS

y TURNER SAELZER, SUSAN, (coordinadores), Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia 2005, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005.

VODANOVIC HAKLICKA, ANTONIO: "Derecho de Alimentos", 4º Edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2004.

Doctrina Extranjera.

BAÑARES, JOSÉ IGNACIO: "Consentimiento matrimonial e inmadurez afectiva. Presentación del VI Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta" en BAÑARES, JUAN IGNACIO y BOSCH, JORDI, Editores: "Consentimiento Matrimonial en Inmadurez afectiva", Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona 2007.

BIANCHI, PAOLO: "¿Cuándo es nulo el matrimonio?", Editorial EUNSA, Pamplona, 2005.

D'ANTONIO, DANIEL HUGO: "Derecho de Menores", Editorial Astrea, 4 edición, Buenos Aires, 1994.

DEL VECCHIO, GIORGIO: "Los principios generales del derecho", Editorial Bosch, Barcelona, 1978.

FERRARY, JOSÉ MANUEL, "Incapacidades y anomalías en el consentimiento matrimonial", Editorial Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2007.

KEMELMAJER, AIDA: "El derecho constitucional del menor a ser oído", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Separata N°7, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1996.

PUY FRANCISCO, "Sobre los principios generales del derecho", en Estudios de Deusto, segunda época, volumen 37/2, fascículo 83, julio-diciembre, Bilbao, 1989.

RUANO ESPINA, LOURDES, en prólogo a SALINAS ARANEDA, CARLOS, "El error en el matrimonio", Tomo I, Ediciones Universidad Central de Chile, Santiago, 2005.

VALENCIA RESTREPO, HERNÁN: "Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho", Editorial Temis S.A., Santa fé de Bogotá, 1993.

Estudios.

Informe sobre el divorcio, Instituto de Ciencias de la Familia, Facultad de Derecho, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de los Andes, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2002, Cuadernos de extensión N°3.

MERCADOS DE EMISIONES

JUAN PAULO VERA MONTERO¹

INTRODUCCIÓN

Para abordar cualquier tema de derecho ambiental, se requiere, en primer término, definir su ámbito de aplicación global y aquí se plantea el primer problema: los temas ambientales son multidisciplinarios, de gran amplitud, cuyo análisis requiere de metodologías multicriterio.

Es así que el derecho ambiental, en su aspecto normativo, por ejemplo la ley 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, representa la culminación de un proceso en fases, tanto material como conceptualmente. Es así que se debe partir por la identificación de problema ambiental o la preocupación ambiental, que desde luego es técnico y corresponde a otras disciplinas identificar tales como a la biología, antropología, los ingenieros hidráulicos, químicos, doctores y un largo etcétera. Luego, el estudio, análisis y la solución corresponderán a la definición de criterios técnicos y metodologías, las cuales son multicriterio. En tercer lugar, dado los cursos de acción o probables soluciones, corresponderá a la autoridad (gobierno) definir las políticas ambientales más adecuadas (sistema mando-control), dentro de un marco legal que debe ser, en su implementación, eficiente (resultados al menor costo) y eficaz (solucionar el problema propuesto). Lo anterior se traduce en normativas de naturaleza reglamentaria basados en una legislación que debe recoger los grandes principios ambientales.

Sin embargo, hoy el análisis de cualquier tema ambiental no puede carecer de un examen económico, tanto desde el punto de vista coste-beneficio de la empresa, sino que además desde el ángulo de las políticas ambientales. Es así que las mallas curriculares de pre grado de las Facultades de Derechos

¹ El autor es abogado, licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Central de Chile y Magíster en Derecho Ambiental de la Universidad de Chile.

o de post grado, deben incorporar no sólo un examen hermenéutico de la ley ambiental y sus reglamentos de aplicación, sino que, para dimensionarla, se debe incorporar el análisis económico y político ambiental. A vía de ejemplo, hoy ya no basta con un examen y estudio de conformidad de los títulos de propiedad y los derechos de uso de suelo, para materializar una compra venta, sino que el abogado debe ser capaz de incorporar en algunos casos y en su matriz de decisiones, la necesidad de recomendar el medir eventuales contaminantes del suelo del predio que se adquiere, o ser capaz, por ejemplo, de discriminar cuando una actividad requiere una Evaluación de Impacto Ambiental o Declaración de Impacto Ambiental. Del mismo modo anterior, además, debe ser capaz de comprender aquellos temas fundamentales de los instrumentos de la economía ambiental o de los recursos ambientales y su aplicación traducida en políticas ambientales, lo que demuestra que el sólo examen de la norma no es suficiente, pues ésta es interdependiente de los factores anteriores.

Una demostración de lo anterior es la compleja trama jurídica internacional de los Mercados de Emisión, objeto de este breve y resumido esquema que se presenta. Es complejo, pues en ella se visualiza aspectos de Derecho Internacional Ambiental y Común, políticas públicas ambientales extra continentales pero con repercusiones directas e indirectas en nuestro país. En el mismo sentido anterior, los mercados de emisión parten de supuestos económicos (bonos transables) y funcionamientos de mercados y creación de éstos, utilizando los instrumentos de mercado. Resulta interesante la discusión que se da entre la utilización de mecanismos de mando y control sea por vía de la fiscalidad (ejemplo el plan de descontaminación de Santiago) sea por impuestos a la contaminación en base a la imposición de límites cuantitativos o cualitativos singulares de emisión y, por la otra, la implementación de estímulos e incentivos económicos para emitir menos por parte de las empresas. Se debe señalar al respecto que los sistemas clásicos de mando y control se pueden contextualizar dentro de los mercados de emisión, pero de una manera ya diferente y no monopólica por parte de la autoridad, en definitiva de un modo mixto.

Desde luego, el tema que abordamos representa un verdadero reto esquematizarlo en pocas líneas. Nuestro interés, en estas paginas, es presentar el problema y cómo se pretende solucionarlo en dos ámbitos bien definidos; ámbito del Protocolo de Kioto y los mercados de emisión de CO₂ de la Unión Europea. Desde ya, debemos hacer presente que no se abordan todos los problemas que conlleva implantar un sistema de mercado de emisiones, sino que se presentarán sólo algunos aspectos, considerados más importantes, dejando la inquietud al lector por profundizar tales materias.

PRIMERA PARTE

ASPECTOS GENERALES DEL CAMBIO CLIMÁTICO

1. EL CALENTAMIENTO GLOBAL

Actualmente se podrían señalar que son cuatro los problemas globales, sin que la lista sea definitiva:

- el calentamiento global,
- la pérdida de la capa de ozono,
- la pérdida de diversidad biológica y
- el agotamiento y contaminación de los recursos de los mares extracontinentales.

Sólo en relación al calentamiento global, el informe GEO-4, 2007 (por sus siglas en inglés *Global Environment Outlook*) del PNUMA señala que los cambios atmosféricos tienen importantes implicaciones para el bienestar humano. Agrega que, desde que el informe “*Nuestro Futuro Común*” tomara en consideración la cuestión del cambio climático, se ha producido un intenso y continuo aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) y de su concentración en la atmósfera. Así, el cambio climático (incluido el calentamiento mundial) está en marcha, y ya se registró en el siglo pasado un aumento de la temperatura promedio de 0,74 °C. Esta tendencia es prácticamente cierta. A modo estadístico de los 12 últimos años (1995-2006), 11 figuran entre los 12 años más cálidos desde 1850.

Ahora bien, los impactos son ya evidentes e incluyen cambios en la disponibilidad de agua, la propagación de vectores de enfermedades transmitidas por el agua, la seguridad alimentaria, el aumento del nivel del mar y el deshielo de la capa de hielo ártico y antártico, siendo las emisiones antropogénicas de GEI (fundamentalmente dióxido de carbono, CO₂) las principales fuerzas motrices.

El aumento previsto en la frecuencia e intensidad de las olas de calor, las tormentas, las inundaciones y las sequías afectarán de manera drástica a muchos millones de personas. El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) prevé un aumento de la temperatura mundial de entre 1,8 y 4 °C para finales del siglo XXI. Esto provocará consecuencias potencialmente masivas, especialmente para las poblaciones más vulnerables,

pobres y desfavorecidas, quienes contribuyen en menor medida al cambio climático. Señala este informe que, incluso, si se estabilizaran hoy las concentraciones atmosféricas de GEI, las temperaturas de la tierra y los océanos seguirían aumentando durante décadas y los niveles del mar se incrementarían durante siglos.

En la reciente cumbre en *L'Aquila* (Italia), que concluyó el viernes 10 de julio de 2009, lamentablemente los miembros del G-8 y del G-5 no arribaron al necesario consenso respecto de una reducción del 50% de los GEI antes del año 2050, aplazando tal propuesta para fines de este año (2009). Sin embargo, hubo acuerdo en fijar en 2 grados Celsius el límite del calentamiento global en base a la evidencia que más allá de dicho límite sería un desastre cataclísmico. Sin embargo, en dicha cumbre no se adoptó ninguna medida concreta para no superar el umbral acordado. Se necesita esperar un tiempo para ver si en la próxima cumbre, a celebrarse en Copenhague (diciembre del 2009), se arriba a acuerdos sobre los límites de GEI como también se asuman compromisos radicales de limitación de éstos como fue la propuesta del G-8 en cuanto a comprometerse a reducir en un 80% sus gases de efectos invernaderos.

2. *CONVENCIÓN MARCO DE LA ONU SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO (1992)*

La regulación jurídica sobre el cambio climático parte en 1992 con la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (en adelante CMNUCC)² en el contexto de la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro, entrando en vigor el 21 de marzo de 1994. El precedente internacional es la Resolución 43/53 de la AG de la ONU de 1988, la cual da cuenta de los problemas ambientales del cambio climático, iniciando con ello las negociaciones para culminar con la Convención Marco.³

Para los efectos de esta exposición, se analizarán los aspectos más sustantivos de dicha convención que inciden en los principios y postulados que informan la normativa internacional sobre los mercados de derechos de emisión actuales.

El artículo 3 establece los principios que informan la convención, siendo, entre otros, las responsabilidades comunes pero diferencias tanto para

² También se conoce por sus siglas en inglés UNFCCC "United Nations Framework Convention on Climate Change"

³ Chile ratificó el Convenio Marco en diciembre de 2004.

las generaciones presentes como futuras, la obligación de las Partes de tomar medidas de precaución para prevenir o, en su caso, reducir al mínimo las causas que originan el cambio climático y que las políticas y acciones que tiendan a la protección del sistema climático de naturaleza antropogénico sean apropiadas a las particulares condiciones de las Partes integradas a sus planes y programas. Lo anterior dentro del contexto del desarrollo sostenible y el deber de promoverlo.

En relación a las responsabilidades comunes pero diferenciadas tanto para las generaciones presentes como futuras, se hace sobre la base de la equidad. En tal sentido, cabe recordar el principio Séptimo de la Declaración de Río que señala:

“Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen” (lo destacado es nuestro).

Por ende, los presupuestos de contribución diferenciada a la degradación del medio ambiente y el reconocimiento de aquello conllevan a la necesidad de establecer tales diferencias como también en lo atinente a las responsabilidades, pues, en el fondo, se debe proteger a los países subdesarrollados, los cuales, naturalmente, cuentan con menos recursos como también, en sus políticas, tienen otras prioridades como el combate contra la pobreza.

Atento a lo anterior, la CMNUCC se divide en dos partes; la primera referida a compromisos generales para todas las Partes, y, en segundo término, aquellos compromisos específicos para los países desarrollados, teniendo presente para ello, además, que la CMNUCC contiene dos anexos de listado de países. Los del anexo I corresponden a aquellos que son miembros de la OCDE, la Comunidad Económica Europea y los países que están en proceso de transición a una economía de mercado (Europa de este). Por su parte, los países signados en el anexo II corresponden a los miembros de la OCDE y la Comunidad Económica Europea.

En relación al principio de precaución o precautorio, baste con indicar que no es necesaria la certeza científica absoluta sobre las actividades del

hombre en los factores del clima, como tampoco esperar las externalidades negativas que de ello se desprendan. De lo anterior deriva que de este principio se deduzca el de prevención, pues muchos de los daños ambientales podrían ser irreparables.

En el artículo 3 de la Convención Marco se encuentra extraordinariamente claro este principio al expresar:

“Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas.”

a. Los compromisos

Derivado del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, la Convención Marco se divide en dos anexos como se señaló anteriormente. Es así que en cuanto a los compromisos generales (países Partes y países anexos I y II) apuntan a la promoción, desarrollo, aplicación y difusión de tecnologías y prácticas que reduzcan las emisiones antropogénicas de los GEI. Por otro lado, existen compromisos específicos (países del anexo I) y compromisos extras para los Estados signados en el anexo II.

b. Compromisos generales.

Los compromisos generales señalados en el artículo 4 N°1 de la CMNUCC, se centran en la programación, elaboración y actualización de inventarios nacionales de las emisiones antropógenas por las fuentes y de la absorción por los sumideros de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal (gases que afectan la capa de ozono). También se consideran las acciones de promoción y apoyo, el desarrollo, la aplicación y la difusión, incluida la transferencia, de tecnologías, prácticas y procesos que controlen, reduzcan o prevengan las emisiones antropógenas

de GEI, utilizando metodologías comparables que habrán de ser acordadas por la Conferencia de las Partes.

Se debe tener presente que estos compromisos consideran las prioridades nacionales de desarrollo particulares de cada Estado, por lo cual deben entenderse que éstos están dados dentro de un marco de mayor flexibilidad.

En relación a los inventarios de emisión, en Chile existe un “*Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes*” (RETC) que, conforme a su página web⁴, constituye un catálogo que contiene información sobre las emisiones y transferencia al medio ambiente de sustancias químicas potencialmente dañinas, identificando la naturaleza y cantidad de estas emisiones o transferencias.

c. *Compromisos específicos de los Estados Partes considerados en Anexo I.*

Están establecidos en el artículo 4 N° 2 y disponen la obligación de limitar las emisiones de GEI y la creación y preservación de sumideros naturales de tales gases. En el mismo sentido, los países pertenecientes a este anexo se comprometen al financiamiento y transferencia tecnológica para tales fines hacia los países en vías de desarrollo. Tales transferencias, conforme se señala en el Convenio Marco, deben ser tecnologías ecológicamente racionales que no generen desechos.

Resulta importante resaltar, para efectos de los mercados de bonos de carbono, el compromiso asumido por los Estados del anexo I en cuanto a tomar la iniciativa, en el marco de sus políticas de cada país para “...*modificar las tendencias a más largo plazo de las emisiones antropógenas de manera acorde con el objetivo de la presente Convención.*” En otras palabras, el mensaje es que los países sean proactivos en estas materias, con el objeto de limitar sus propias emisiones. La CMNUCC no excluye que estas políticas y las correspondientes medidas se adopten en el marco de organizaciones regionales de integración económica como lo es la UE.

Con directa incidencia en los mercados de emisiones, se encuentra el compromiso asumido en el artículo 4 N° 2 literal b) que en suma expresa que dichos países se comprometen a estabilizar las emisiones de GEI para el año 2000 (Protocolo de Montreal) en el nivel de 1990, naturalmente sobre la base del principio de responsabilidad compartida. Sin embargo, ya en la primera Conferencias de las Partes (en adelante COP) se arribó al consenso

⁴ <http://www.conama.cl/retc/1279/channel.html>

que reducir las emisiones de GEI al nivel propuesto en el año 2000 no sería posible. Fue así que aquello motivó a los Estados a estudiar y adoptar medidas de mitigación para implementar en forma posterior al año 2000, siendo éste el impulso del que luego sería el Protocolo de Kyoto y el incentivo para la creación de un mercado de emisiones internos de la UE.

d. Compromisos específicos de los Estados Partes considerados en Anexo II.

Como se indicó, los países del anexo II son aquellos desarrollados y que corresponden a los Estados pertenecientes a la OCDE. Sus compromisos inciden en materias de financiamientos y transferencias de tecnologías destinadas a los países en desarrollo para que éstos puedan cumplir sus obligaciones dimanantes de la Convención Marco. Deben ofrecer, además, su apoyo a los países especialmente vulnerables por los efectos adversos del cambio climático.

SEGUNDA PARTE

LOS MERCADOS DE EMISIONES

1. EL MERCADO INTERNACIONAL DEL CARBONO

En general, se define el mercado internacional del carbono como un sistema de comercio en el cual los gobiernos, empresas o individuos pueden vender o adquirir reducciones de emisiones de GEI.

A modo general, existen dos tipos de transacciones que se realizan en este mercado; aquellas transacciones basadas en proyectos mediante los mecanismos flexibles establecidos por el Protocolo de Kyoto y el Comercio de Derechos de Emisión cuyo referente es aquel implementado en la Unión Europea y están diseñados para cumplir con las obligaciones y límites de emisión del instrumento de Kyoto pero que no son derivadas de éste.

2. PROTOCOLO DE KYOTO

La CMNUCC en su artículo 7 estatuye La Conferencia de las Partes, las cuales tienen por misión, entre otras, examinar regularmente la aplicación de la Convención Marco, disponiéndose al efecto sesiones periódicas cada un año (sesiones ordinarias). Es así que se han celebrado desde 1995 en adelante las COP, siendo la COP 3 de 1997, celebrada en Kyoto, Japón, donde se adopta el Protocolo de Kyoto (PK) y entró en vigor en 2004.

La tardía entrada en vigor del PK se debió a que hubo reticencia por parte de los EE.UU y Rusia para ratificarla, debiendo considerar que ambos países representan más del 50% de las emisiones mundiales de CO₂. Sarasíbar (*Sarasíbar Iriarte, Miren, Régimen Jurídico del Cambio Climático. Editorial Lex Nova, 1º Edición, diciembre de 2006, 112 p.*) señala que, en lo concreto, en los EE.UU. se trata de un 36,1% de CO₂ y en Rusia de un 17,4% de CO₂. De esta manera, teniendo presente el artículo 25 del PK, éste entraría en vigor al nonagésimo día contado desde la fecha en que fueran depositados sus instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión de no menos de 55 Partes en la Convención (CMNUCC), entre las que se cuenten Partes del anexo I cuyas emisiones totales representen por lo menos el 55% del total de las emisiones de dióxido de carbono de las Partes del anexo I, correspondiente a 1990. Fue así que al ratificar Rusia el PK, se rebasó el 55% de las emisiones.

A modo muy general, el PK no impone nuevos compromisos a los países desarrollados enumerados en el anexo B (equivalente, en la CMNUCC, al anexo I), sino que, conforme al artículo 3 del PK:

“Las Partes incluidas en el anexo I se asegurarán, individual o conjuntamente, de que sus emisiones antropógenas agregadas, expresadas en dióxido de carbono equivalente, de los gases de efecto invernadero enumerados en el anexo A, no excedan de las cantidades atribuidas a ellas, calculadas en función de los compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones consignados para ellas en el anexo B y de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, con miras a reducir el total de sus emisiones de esos gases a un nivel inferior en no menos de 5% al de 1990 en el período de compromiso comprendido entre el año 2008 y el 2012.”

En otras palabras, los países desarrollados no podrán excederse de sus emisiones de los GEI señalados en el anexo A del PK, siendo éstos *Dióxido de Carbono (CO₂)*, *Metano (CH₄)*, *Óxido nitroso (N₂O)*, *Hidrofluorocarbonos (HFCs)*, *Perfluorocarbonos (PFCs)* y *Hexafluoruro sulfúrico (SF₆)*, en relación a la asignación de las cuotas señaladas en el mismo anexo B. Las cantidades asignadas oscilan entre un 8% y un 10%. La Comunidad Económica Europea (CEE) asume el compromiso de un 8% parejo de reducción, que es el compromiso global de reducción de la Comunidad denominado “acuerdo comunitario de reparto de carga”. Esta asignación es de suma importancia, pues lo que hace el PK es establecer objetivos cuantificados de reducción a los países desarrollados (sólo anexo B) excluyendo a los otros países (países partes no anexo B), lo que incide directamente en la creación y establecimiento de mercados de emisiones diferenciados del mismo PK para cumplir con las obligaciones emanadas de la CMNUCC, como se verá.

3. LOS MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD

Con el propósito de dar cumplimiento a los objetivos y compromisos del PK, se establecen los mecanismos de flexibilidad, los cuales se pueden clasificar en internos y externos.

Los mecanismos de flexibilidad internos tienen dos variantes. La primera que se refiere al total de varios GEI (anexo A) sumándolos en equivalencias de CO₂ [CO₂-e ó CO₂-eq], dado que se requiere establecer valores homogéneos de los diferentes GEI y así poder comparar los efectos y magnitudes de reducción de las emisiones. Por ejemplo, (considerando los GEI anexo A) una (1) unidad de CH₄ es equivalente a 21 unidades de CO₂ para fines de reducción de emisiones en toneladas. Esto permite que cada país pueda, según su propia realidad, implementar una combinación eficiente de qué y cuáles GEI puede reducir a un coste más bajo. Por su parte, la segunda variante consiste en considerar los cambios en el uso de la tierra, habida cuenta de que los sumideros (bosques) permiten la captura o secuestro de CO₂, pudiendo implementar una política de reforestación para aumentar la captura y, en definitiva, reducir las emisiones. Desde el punto de vista de la flexibilidad, y siempre desde el ángulo de las realidades de cada país, para algunos será más fácil cumplir con sus propias metas de reducción de GEI, reforestando, para otros, implementando nuevas tecnologías (tecnologías verdes o ecoeficientes).

4. LA MONEDA VERDE

El Panel Intergubernamental Para el Cambio Climático (IPCC), en 1994 estableció el Concepto de Potencial del Calentamiento Global (PCG) de diferentes gases de GEI cuya referencia base es el CO₂, expresados en equivalentes de carbono (CO₂-e), siendo ésta la moneda común (monedas verdes) para efectuar transacciones en los mercados de emisión.

GEI (ANEXO A)	EQUIVALENCIA EN CO ₂ -e
Dióxido de Carbono (CO ₂)	1-e
Metano (CH ₄)	21-e
Óxido Nitroso (N ₂ O)	310-e
HidrofluoroCarbonos (HFC)	740-e
Perfluorocarbonos (PFC)	1.300-e
Hexafluoruro de azufre (SF ₆)	23.900-e

(Es así, a modo de ejemplo, que una Unidad de PCG de CH₄ equivale a 21 Unidades de CO₂-e).

Ahora bien, desde el punto de vista de la flexibilidad externa, el PK adoptó tres mecanismos, siendo éstos el comercio de derechos de emisión, la aplicación conjunta y el mecanismo de desarrollo limpio.

A. Comercio de derechos de emisión.

El artículo 17 del PK es la única referencia que se hace a este mecanismo y está dirigido a los países del Anexo B. La idea central es que el país que logre emitir menos GEI que la cuota comprometida que aparece en el mencionado Anexo, pueda vender dicha diferencia a otros países que no puedan cumplir con tal compromiso o que hayan sobrepasado tales rangos. De este modo, un país (Δ) en vez de reducir sus emisiones de GEI en su propio territorio lo haga en el país (), luego (Δ) paga a () por el derecho a contaminar, pero dentro del diferencial de emisiones que (Δ) logró, creando con ello un mercado. En definitiva, lo que se comercia es el exceso de cumplimiento del compromiso asumido de la cuota asignada en el Anexo B del PK.

Este sistema comenzó a funcionar a partir de 2008, sin embargo, los países miembros de la CEE implementaron un sistema diferente de mercado de emisión que es anterior a éste.

Ahora bien, como una forma de evitar que las Partes del Anexo B del PK vendan, en exceso, los diferentes tipos de unidades (Anexo A) y no puedan cumplir con sus compromisos, los países del Anexo I de la CMNUCC deben obligatoriamente crear la denominada "Reserva del Período de Compromiso", que consiste en la obligación de mantener un nivel mínimo de unidades de emisión de GEI, los cuales quedan excluidos del Comercio de Emisiones. Si así no se hace, el país queda prohibido de vender unidades hasta que restaure los montos de dicha reserva, dentro del plazo de 30 días.

B. La aplicación conjunta de acción o iniciativa conjunta.

El mecanismo de aplicación conjunta es tratado en el artículo 6 del PK, afecta a los países del Anexo I (desarrollados) de la CMNUCC y consiste en que tanto el país inversor como el receptor asumen el compromiso de reducción de CO₂ materializando proyectos de inversión mancomunados. Generalmente ambos países adoptarán políticas conjuntas para proteger sumideros y depósito de CO₂, planes de reforestación, etc. De esta forma, el país inversor prestará asistencia tecnológica o financiera para el desarrollo de proyectos o acciones conjuntas de mitigación, con el objeto de bajar los niveles de los GEI, incrementando los sumideros o la capacidad de secuestro de GEI del país beneficiado.

Este mecanismo permite que entre los países desarrollados o de economías en transición puedan crear, adquirir y transferir, entre sí, las “Unidades de Reducción de Emisiones” (Ures)⁵, que son producidas por la creación de proyectos de reducción de emisiones antropógenas por las fuentes o también incrementar la captura o secuestro de GEI por los sumideros.

Para implementar este mecanismo se exigen 4 requisitos⁶:

- Aprobación del proyecto por las Partes partícipes de forma voluntaria.
- Adopción del acuerdo y marco de aplicación de modo suplementario respecto de cualquier medida de carácter nacional desarrolladas o entre las Partes.
- La Parte inversora debe conocer sus propias emisiones antropógenas y debe haber establecido sus inventarios de emisiones y de absorción.
- El proyecto debe permitir reducir las emisiones de GEI o incrementar la absorción de los sumideros de forma adicional, comparando la situación en un antes y después, esto es, con la implementación del proyecto y sin éste. En el fondo, se tiene que demostrar la utilidad y eficiencia del proyecto.

C. Mecanismos para un desarrollo limpio (MDL)⁷.

Los MDL están tratados en el artículo 12 del PK y su ámbito de aplicación son los países incluidos y no incluidos en el Anexo I de la CMNUCC, y tienen parecido al mecanismo de aplicación conjunta puesto que los países desarrollados (Anexo I) pueden financiar proyectos de desarrollo en países en vías de desarrollo y atribuirse para sí reducciones de emisión.

Conceptualmente hablando, los MDL persiguen dos objetivos que se imbrican, ya que, por un lado, el Estado receptor (país en vías de desarrollo) obtiene financiamientos adicionales y tecnologías verdes para desarrollar

⁵ En Inglés “ERUs” Emission Reduction Units.

⁶ Para participar el Estado debe ser parte de la CNUCC y PK naturalmente.

⁷ Se debe tener presente que en la COP.7 de Marrakech, se adopta la normativa de los mecanismos de flexibilidad formada por cuatro Decisiones: una, común, sobre el ámbito y los principios generales de estos mecanismos (Decisión 15/COP.7). las otras tres, relativas a las reglas de funcionamiento de los mecanismos de Aplicación Conjunta (Decisión 16/COP.7), Mecanismos de Desarrollo Limpio (Decisión 17/COP.7) y Comercio de Emisiones (Decisión 18/COP.7).

proyectos MDL que reducen las emisiones de GEI y, por su parte, el país inversor (país desarrollado) podrá añadir reducciones de GEI a sus correspondientes cuotas de emisiones. Así, al ser evaluado el proyecto implementado, se hará una cuantificación traducida en unidades denominadas Certificados de Reducción de Emisiones (CREs)⁸, expresada en toneladas de CO₂-e y el Estado inversor (Anexo I) podrá utilizarlo para el cumplimiento de sus compromisos de reducción. En suma, se debe probar que los beneficios ambientales sean reales, medibles, verificables y de largo plazo. Se debe comprobar además, que los CREs sean adicionales a lo que habría ocurrido en ausencia de la actividad, concepto de capital importancia como veremos.

Ahora bien, el sistema de créditos CREs están basados en mercados *baseline and credit* cuya característica más importante consiste en que son mercados sin techo global, con asignación de cuotas individuales de permisos de emisiones previamente asignadas. De este modo, las empresas beneficiadas serán aquellas más eficientes pues podrán vender la diferencia de los derechos de emisión no utilizados.⁹ A este respecto, la COP7 en su Decisión 17/CP.7, “Modalidades y Procedimientos del MDL”¹⁰, definió “La Base de Referencia de un proyecto del MDL” señalando que:

“es el escenario que representa de manera razonable las emisiones antropógenas por fuentes de GEI que se producirían de no realizarse el proyecto MDL propuesto. La base de referencia abarcará las emisiones de todas las categorías de gases, sectores y fuentes enumeradas en el Anexo A del Protocolo de Kioto dentro del ámbito del proyecto”.

Unido a lo anterior, un aspecto fundamental del proyecto es demostrar la adicionalidad¹¹ del mismo, esto es, que la reducción conseguida de las emisiones antropógenas de GEI no se hubiera producido de no realizarse el proyecto registrado.

⁸ También se les denomina en la literatura como “Reducciones Certificadas de Emisiones” (RCE) o “Certificado de Emisiones Reducidas” (CERs). Nosotros utilizaremos la abreviatura “CREs.”

⁹ Diversos autores señalan que este método es útil para reducir costes en el control de la contaminación por parte de la autoridad, pero no sería útil para restringir la propia contaminación, ya que los nuevos agentes entrantes incrementarán siempre el volumen máximo de emisiones, al no tener asignado un techo global o burbuja como lo es el sistema “cap and trade” utilizado en los mercados de la CEE.

On (sistema mano y control)

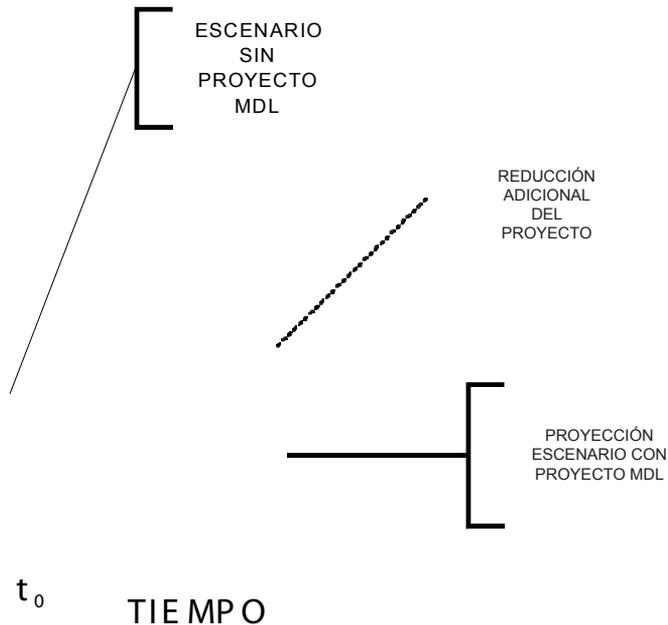
¹⁰ NACIONES UNIDAS (2001): Decisión 17/CP.7 y Anexo: Modalidades y procedimientos de un mecanismo para un desarrollo limpio FCCC/CP/2001/13/Add.2.

¹¹ Decisión 17/CP.7 de la séptima Conferencia de las Partes, integrada en los Acuerdos de Marrakech, párrafo 43.

Ahora bien, los conceptos de adicionalidad y línea base están relacionados, pero se debe tener en cuenta que ambos se refieren a diversos ámbitos en el contexto de un mismo proyecto MDL. Es así que para la demostración de la adicionalidad cabe despejar la interrogante de si la reducción de emisiones se hubiera logrado sin la implementación del proyecto. Siendo la respuesta negativa, el proyecto es adicional y a contrario *sensu*, el proyecto no es adicional. Luego, para que el proyecto sea adicional, se requiere que las emisiones con implementación del proyecto sean menores a la línea base y que como resultado de la implementación del proyecto MDL, se reduzcan las emisiones, o sea, de no existir MDL no se hubiera implementado aquél. Lo último que cabe destacar es el hecho de que tal concepto no se asocia a volúmenes de reducción, como podría estimarse, sino que a la pertinencia del implementar el MDL como presupuesto necesario de reducción.

En el siguiente gráfico, se plantea la adicionalidad de un proyecto MDL y su relación a la línea base.¹²

¹² Se debe considerar que la empresa hará su propio cálculo para evaluar si el proyecto es rentable o no desde el ángulo del costo-beneficio. De este modo, hará los cálculos del Valor Actual Neto (VAN) y la Tasa Interna de Retorno (TIR). La VAN (que define el valor actual de sus entradas por ganancias futuras de la empresa), es un método económico que permite medir el valor neto de la empresa (riqueza de la empresa) estableciendo la diferencia entre un escenario con y sin proyecto. Así, si debe tomar préstamos para realizar el proyecto, la VAN da una diferencia, debiendo cuantificar su límite mediante fórmulas matemáticas. Por su parte la TIR se define como el tipo de interés con el que se lograría que la VAN de un proyecto fuese igual a cero. Al tipo de interés cero, para la empresa es indiferente realizar el proyecto o no ya que no modifica su VAN (valor neto de la empresa). Ahora la TIR refleja la rentabilidad bruta del proyecto por período, pudiendo calcular, en definitiva, cuál tendría que ser el tipo de interés para no afectar el valor neto de la empresa (VAN). Luego, si la TIR es superior al interés real, el proyecto es rentable, si es igual a cero, es indiferente realizar el proyecto y si es inferior al tipo de interés se reduce la VAN de la empresa.



Este tipo de mercado, que parte de un punto de referencia (volúmenes de emisiones previamente asignados), tiene el inconveniente que el nivel de emisiones es evaluado *ex post*, esto es, al final del período. Luego, si cumple, se expide un crédito (CREs) permitiendo con ello su negociación en el mercado de carbono al inversor. De más está decir que al no tener un límite máximo de emisiones, éstas podrían aumentar en la medida que entraran más agentes al mercado.

D. La transacción de certificados CREs.

En forma muy esquemática, la transacción de los créditos de carbono generadas a partir de proyectos MDL son emitidos por la Junta Ejecutiva de la CMNUCC una vez que un organismo denominado Entidad Operacional Designada (EOD), verifica y certifica la reducción de emisiones de GEI. Cada crédito corresponde a una tonelada de CO₂-e calculado en base al PCG y este crédito se transa en el mercado de carbono correspondiente.

5. COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN

La UE puso en marcha, mediante la Directiva 2003/87, lo que se denomina el mercado europeo de emisiones o mercados de derechos de emisión, el cual no está inserto en el artículo 17 del PK pero es complementario. El marco de referencia de esta iniciativa comunitaria parte de la necesidad

del cumplimiento de la obligación de reducir, por parte de los países miembros de la OCDE y algunos estados del Este europeo, el 8% de las emisiones (que, como indicáramos, se denomina “Acuerdo Comunitario de Reparto de Carga”). Pues bien, teniendo presente que sólo los Estados del Anexo I CMNUCC tienen objetivos cuantificados de reducción de emisiones al contrario de aquellos países en vías de desarrollo, la meta de reducción se estimó lejos de poder cumplirse si no se adoptan acuerdos comunitarios de reducción. Fue así que en 1998 el Consejo de la UE estimó este problema asumiendo determinadas conclusiones cuya formalización legal se contiene en la Decisión 2002/358/CE que aprueba el PK y asume el cumplimiento conjunto –y destaco *CONJUNTO*–, de los compromisos asumidos, lo que da lugar a una reasignación interna (dentro de la UE) de aquellas reducciones comprometidas, en base a la idea de que si se alcanzan los objetivos trazados, los Estados miembros de la UE han cumplido sus compromisos.

De lo anterior nace, en el 2003, la Directiva 2003/87 que establece el mercado de emisiones de la UE diversa al artículo 17 del PK y, a la vez, complementaria a dicho instrumento internacional. Es así que mediante el artículo 17 del PK sólo establece un mercado de emisiones entre Estados. En cambio, el mercado de emisiones de la UE es más amplio, pues tal mercado deja la puerta abierta tanto a emisores como también a personas naturales, jurídicas y de derecho público.

Otra diferencia con el mercado del PK es que internamente la UE impone, de forma obligatoria a las Empresas, la necesidad de reducir las emisiones. Se hace la prevención, y es una tercera diferencia, que el mercado europeo de emisiones sólo está dado, por ahora, a la reducción de CO₂ dejando marginados los demás GEI. Por tanto, con propiedad se puede denominar que este mercado es un “Mercado Interno de Derechos de Emisión de CO₂”. Dicho mercado fue creado antes de la entrada en vigor del PK, lo que la hace un necesario referente si en el futuro se creara, en nuestro continente, un mercado similar.

6. *CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL MERCADO DE DERECHOS DE EMISIÓN DE LA UE.*

Este mercado establece un tope global de derechos de emisión (allowances) que son los mercados de “techo o comercio” comúnmente denominados “cap and trade”, aspecto que lo aleja del sistema de mercado del PK basado en el sistema *“baseline and credit.”* Los mercados *cap and trade* se caracterizan por establecer cuotas con un techo máximo denominado “burbuja global” dentro de la cual se realizan las transacciones. Se debe indicar que no se establecen límites cuantitativos a las fuentes de emisión, pues, en su conjunto

no pueden superar el techo global previamente asignado. Lo contrario sucede con el sistema *baseline and credit*, pues, en este caso, a más agentes que ingresen, mayor será la contaminación, lo que se evaluará *ex post*. En cambio en los sistemas *cap and trade*, la evaluación es *ex ante*, pues asigna un techo de emisiones previo.

Los partícipes de este mercado son las empresas y no los Estados, incluso personas naturales, actuando, como señala la doctrina jurídica europea, “al lado” y “por cuenta” de la Comunidad.

La asignación de cuotas es inicialmente gratuita, sistema denominado “*grandfathering*”. Este sistema de asignación es en base a las emisiones históricas del agente y cuyo límite está dado por el principio ambiental “contaminador pagador.” En otras palabras, dado el establecimiento de un techo global de asignación de cuotas, la situación de emisiones se mantiene vigente, como era antes de la entrada en vigor del mercado de emisiones de la UE y así, las empresas no pagarán por tales derechos, sin embargo, deberán hacerlo por aquellas cuotas que no reciba, siempre en base a sus emisiones históricas. Como la autoridad reasigna internamente y tiene un techo, la emisión histórica podría ser mayor que la cuota asignada, la diferencia la debe comprar para no violar el principio “contaminador pagador.”

La titularidad de los derechos de emisión de CO₂ se fundamenta en la libre transferibilidad de la titularidad de las cuotas, y la autoridad debe garantizar la seguridad del tráfico de tales derechos, evitando confiscaciones.

Señalemos por último, la naturaleza jurídica de las cuotas de emisión dentro del esquema doctrinario de la UE. Al respecto, en una breve síntesis, se puede indicar que, en primer término, se encuentra aceptado que las cuotas de emisión constituyen derechos de uso no consuntivo sobre bienes ambientales comunes (en este caso la atmósfera) de carácter colectivo y de naturaleza transferible.

Sin embargo, aquí dejamos la inquietud para trabajos posteriores, respecto del interesante debate en cuanto a si tales derechos constituyen un uso privativo de la atmósfera, considerando a la atmósfera como un bien demanial. En otras palabras, si mediante este mercado existe una demanialización de la atmósfera. Lo que conlleva un análisis económico y jurídico de la naturaleza de los bienes públicos y bienes comunes, no sólo a la luz de Hardin o Coase, sino que además en el contexto de las nuevas tendencias del derecho administrativo sobre la materia.

Para España, la cuota es un derecho subjetivo de carácter transmisible, que se incorpora en el patrimonio del titular, desvinculándose de su origen administrativo (cuando la autoridad la asigna). Sus notas esenciales son la de ser irrevocable y la supresión de restricciones a las transacciones.

A MODO DE CONCLUSIÓN. LA DESCARBONIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y LAS CUENTAS AMBIENTALES

Si nuestros historiadores del futuro lejano tuvieran que identificar el siglo XX y tal vez el siglo XXI, no cabría duda alguna que sería llamado la “era del carbón” pues nuestras economías y, en definitiva, nuestro desarrollo descansan en los combustibles fósiles, con las consiguientes emisiones de CO₂ a la atmósfera.

En este sentido, para enfrentar el calentamiento global se pueden dar, por parte de la especie humana, tres posibles respuestas: la adaptación, la compensación y la mitigación. Al respecto, la primera respuesta conlleva al desastre, pues se adapta la especie humana pero no el mundo vegetal ni animal.

En cuanto a la compensación, son en esencia medidas cuyo objeto es causar cambios climáticos opuestos a la acumulación de GEI en la atmósfera como por ejemplo “poner en órbita dispositivos que hagan desviar la radiación solar hacia el espacio” (*Common & Stagl*, Economía Ecológica, Edit. Reverté S.A., 2008, 496 p.).

Por último, en el ámbito de la mitigación, ésta se presenta como una respuesta más adecuada -no la única-, pero adelantando su complejidad. Es así que en este ámbito, la disminución de las emisiones de CO₂ a la atmósfera y en general de los otros GEI, pasa por replantearse el sistema económico en general y, en particular, sobre el crecimiento, desarrollo, la valorización de los bienes y servicios ambientales para determinar la capacidad de absorción de los sumideros o captura de CO₂, considerar cuentas ambientales de emisiones antropogénicas, incorporarlas en las cuentas nacionales, en el balance nacional, modificar las políticas públicas sobre demografía, entre otros aspectos. Como se puede apreciar, los instrumentos económicos son un factor relevante al momento de definir las políticas sobre reducción de emisiones de GEI, cuyo estudio requiere mayor detención.

Sin embargo, hemos querido dejar para el final el tema de las cuentas ambientales, pues el presente trabajo no sería completo sin una breve referencia a ello.

Desde el punto de vista de las cuentas nacionales, el Producto Interno Bruto (PIB) nos señala cuánto produce una economía midiendo el intercambio de riquezas, centrado en el producto final demandado en un país. Así, valorar el producto final implica considerar los factores de producción que han interactuado. Luego, desde el punto de vista de la mitigación, la reducción de emisiones de CO₂ por dólar del PIB es la descarbonización de la economía, si se quisiera plantear como un índice (naturalmente no completo pero referencial) para saber cuánto se debe reducir para mantener una curva de abatimiento de CO₂ constante o a la baja en un país determinado. Es así que el PIB resulta ser el mecanismo más idóneo para tomar la temperatura a una economía pues determina (localmente) el crecimiento económico de un país.

Si bien en Chile el PIB nos indica el **“cuánto”** se ha producido, éste índice (en Chile) no señala el **“cómo”** se ha producido. Para entenderlo, baste un ejemplo; talar un bosque y con los árboles construir 500 casas sociales puede significar una mejora de vida de una parte de la población. Sin embargo, si consideráramos que ese bosque es un sumidero de CO₂ con una importante cuantificación de captura de tal GEI, en razón de conocer su servicio ambiental tal vez no se cortarían. El conflicto es, entonces, parte del paradigma del concepto de desarrollo sostenible y se puede comprender, además, que países como el nuestro y, en general, aquellos no obligados a reducir emisiones por la CMNUCC y el PK, tengan otras prioridades, como los aspectos sociales antes que los ambientales, por ejemplo.

De lo anterior se extraen algunas conclusiones. Así, una economía con alto PIB y con bajas emisiones de CO₂, es necesariamente una economía eficiente en términos medioambientales. Por el contrario, si la economía tiene un alto PIB pero con grandes presiones a la diversidad biológica (pesca por ejemplo), esa economía no es eficiente en términos ambientales. Entonces, el PIB es un buen índice para medir la riqueza siempre y cuando mida el **“cómo se produce”** y no sólo se centre en el **“cuánto se ha producido”**. En el caso chileno debemos señalar que el PIB nacional no mide actualmente la **“huella ecológica”**. Por poner un ejemplo, si consideramos la necesidad de tener que medir cuánto CO₂ se ocupa en el transporte de manzanas hacia los puertos. En el ejemplo propuesto, Chile tiene una ventaja comparativa, pues la media en kilómetros desde los centros agrícolas y los puertos es de aproximadamente 150 kilómetros en comparación con otros países, lo que implica menos CO₂ a la atmósfera.

LA STIPULATIO.

Características generales

CARLOS PÉREZ BRAVO¹

Es Gayo quien trata el tema de la clasificación de las fuentes de las obligaciones². En sus Instituciones nos dice que las obligaciones nacen, ya sea de un contrato o un delito.

Esta primera concepción de las fuentes se verá extendida en las *res cotidianae*, del mismo autor, quien manifiesta que las obligaciones también pueden tener su origen en una fuente distinta a las mencionadas. Será Justiniano quien sostendrá que las obligaciones nacen, ya sea de un contrato, un delito, un cuasidelito o un cuasicontrato, proporcionando una visión cuatripartita de las obligaciones, a las que posteriormente se agregará la ley.

En este panorama general de las fuentes de las obligaciones, es donde encontramos a la estipulación como un tipo especial de contrato.

La doctrina contractual romana se explica en gran medida desde la presencia misma de la *Stipulatio*. Su gran capacidad para amoldarse a los distintos tipos negociales de su época harán de este instituto el vehículo perfecto para llevar adelante el desarrollo de las obligaciones contractuales, no sólo respecto de los ciudadanos romanos entre sí, sino también entre éstos y quienes no lo son.

Es común encontrar la opinión entre los romanistas, en cuanto a que la estipulación es el contrato más difundido entre el pueblo romano. Su primitiva sencillez la hace partícipe de ser utilizada con los más variados fines y

¹ Profesor Derecho Romano Universidad Bernardo O'Higgins

² GAYO 3.88 Nuc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractus nascitur vel ex delicto. Trad: Pasemos ahora a las obligaciones, cuya principal división abarca dos clases: pues toda obligación o nace de un contrato o nace de un delito.

propósitos. De esta manera, la teoría del contrato y el negocio jurídico moderno lo proporcionan, entre otros, textos alusivos a la *stipulatio*³.

De aquí entonces, el interés por tener una aproximación a los orígenes, desarrollo y ocaso de esta forma de contratar, figura central alrededor del cual se construye el derecho romano de las obligaciones.⁴

Gayo en sus *Instituciones* y posteriormente Justiniano en las *Suyas*, tratan sobre la exposición de la *stipulatio*. En ambas obras se puede distinguir ya una futura doctrina general de las obligaciones.

Por otro lado, el empleo de términos que tienen por objeto abrir el campo de aplicación para crear obligaciones nacidas *verbis*, llevan a formalizar el tráfico negocial entre los ciudadanos romanos y peregrinos.

Es necesario tener presente y resaltar, que si bien la *stipulatio*, aunque sirve de base y complementa numerosos contratos y negocios jurídicos, no dejó de ser tratada como una figura independiente de aquellas a las cuales sirvió.

ORÍGENES

No está del todo claro el origen de la *stipulatio*, se cree que su aparición se debería al tránsito que arrancarían desde la *sponsio*, la que a su vez, sería originalmente un procedimiento de caución.⁵

Esta forma verbal de la *sponsio* habrá de ser utilizada con el tiempo, como un modo general de vinculación contractual.

Sin perjuicio de esta afirmación, la *stipulatio* se diferencia de la *sponsio*, por cuanto esta última es un acto perteneciente al *ius civile*, y por tanto, sólo accesible a los ciudadanos romanos, en cambio la *stipulatio* es considerada *ius gentium*, y por lo mismo los peregrinos podían tener acceso a ella. Por otro lado, la *sponsio* es un acto de carácter eminentemente religioso, mientras que la *stipulatio* lo es de carácter civil. En otro sentido, la *sponsio*, como todo

³ Arias Ramos, Derecho Romano, Editorial Revista de Derecho Romano, Madrid 1966, pág. 601

⁴ Castresana, Amelia, La estipulación, en Derecho Romano de Obligaciones Homenaje a José Luis Murga Gener, Madrid 1994, Pág. 439

⁵ García Garrido Manuel, Derecho Privado Romano, 6º edición, Editorial Dykinson, Madrid 1995 Pág. 506

acto formal en Roma, requiere el pronunciamiento de ciertas y determinadas palabras cuya inobservancia lleva a la inexistencia del acto, en cambio, si bien la *stipulatio* también es un acto oral y formal, no está necesariamente sujeta al pronunciamiento de una única palabra en términos tan rigurosos.⁶

Así se desprende de Gayo en 3.93

“Sed haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes hominensives cives romanos sive peregrines...”

*“Lo que se hace diciendo TE COMPROMETES A DAR? ME COMPROMETO, es propia de los ciudadanos romanos, mientras que las otras formas son de derecho de gentes y por eso valen entre todos los hombres tanto romanos como extranjeros...”*⁷.

La utilización del verbo *spondere* es una forma de carácter secular que obliga en el ámbito religioso. Dicha secularización, introducida en la esfera jurídica, la encontramos en la Ley de las XII Tablas respecto de deudas nacidas ex *–sponsione*, ejercitada por medio de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*; con esto queda en evidencia el carácter restringido de la *sponsio*⁸.

El proceso de secularización de la *stipulatio*, basado en conceptos como la *fides*,⁹ lleva a sostener que la *sponsio* pertenece al primitivo *ius civile* y al *ius gentium* la estipulación.¹⁰

Respecto de la etimología de la palabra *STIPULATIO*, es Varro¹¹ quien sostiene que ésta derivaría del término *STIPS*, que sería una pequeña e insignificante moneda y que ligaría a las partes mediante la promesa de dar una cierta cantidad de dinero. Critica Biondi esta hipótesis, por cuanto dice que no se explicaría cómo del significado material de *stipare* se llega a un

⁶ Biondi Biondo, *Contratto e Stipulatio*, Editore A. Giuffrè, Milano 1953 Pág. 283 y ss

⁷ Texto traducido AAVV, *Textos de Derecho Romano*, Arandazi 2002 Pág 162.

⁸ Castresana Amelia, *Op. Cit*, Pág 441

⁹ La *fides* vinculaba al hombre con una sanción religiosa estricta destinada a mantener la palabra empeñada.

¹⁰ Castresana, Amelia *Op Cit* Pág 442.

¹¹ De *Lingua Latina*5, 182. En el mismo sentido se refiere un texto de D.16.27.1 “*Stipendium a stipe appellatum est, quod per stipes id est modica aera colligatur.*”

concepto jurídico y que tampoco se explica cuál es la función de la *stips* en el contrato.¹²

Por otro lado, hay quienes opinan que *stipulatio* tiene sus orígenes en el término *stipes*, el cual significaría estaca, tallo o caña, que se empleaba para formalizar un compromiso, de este modo cada partícipe del acto se quedaba con un trozo de este tallo como prueba de lo acordado y una vez cumplida la promesa, las partes volvían a unir los trozos para formar nuevamente la estaca o tallo.¹³

REQUISITOS

La *stipulatio* es un contrato verbal, abstracto, formal y auténticamente romano, que no tiene paralelo en los demás sistemas jurídicos de su época.¹⁴

Los efectos que de este instituto nacen, dependerán de la pronunciación de ciertas palabras contenidas en una pregunta y en una respuesta. De esta manera, mediante un esquema sencillo y preciso se puede dar nacimiento a una infinidad de obligaciones.

Se perfecciona por tanto por la palabra, en donde a la pregunta o interrogación hecha por una de las partes, que recibe el nombre de estipulante, se sigue la respuesta de la otra llamada *promissor*, la que debe ser en los mismos términos y con el mismo verbo empleado en la pregunta: *PROMETES DARME CIENTO? –PROMETO.*

GAYO 3.92: "Verbis obligatio fit ex interrogationes et responsione, velut DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS?, DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIVBES? FIDEIVBEO, FACIES? FACIAM."

"El contrato verbal se hace mediante una pregunta y una respuesta, por ejemplo: ¿Te comprometes a dar?---Me comprometo, ¿Darás?---Daré, ¿Prometes?---Prometo, ¿Empeñas fielmente tu palabra?--- La empeño fielmente, ¿Te haces fiador?---Me hago fiador, ¿Harás?---Haré."

¹² Biondi, Biondo Op. Cit. Pág 285.

¹³ Castresana Op.Ct. Pág 442.

¹⁴ Schulz Fritz, Derecho Romano Clásico, Bosch, Barcelona 1960, Pág 454.

También lo encontramos en D. 45.1.5.1, en donde se define la estipulación como la concepción de palabras que por lo de uno, al que se dirige la pregunta, responde que hará o dará lo que se le pide.

El *promisor* es quien adhiere ante la interrogación que le ha sido comunicada por el *stipulante*, por tanto, es este último quien formalmente establece el objeto y las modalidades de la futura obligación, quedando el deudor sólo en condiciones de aceptar o rechazar.

Es lógico pensar que antes de la celebración del contrato hubo necesariamente negociaciones o tratos preliminares entre las partes, de modo que la celebración del acto de la *Stipulatio* sólo vendría a coronar y dar forma jurídica a un acuerdo de voluntades, que en principio carecía de poder vinculante.

Todas aquellas palabras que se encuentran en la pregunta, anteriores al verbo que la compone, constituyen *ipso iure* el contenido de la obligación,¹⁵ como por ejemplo condiciones, lugar del pago, cantidad, etc.

Destaca la sencillez de los requisitos exigidos para la celebración de la *stipulatio*, lo que seguramente fue un factor que ayudó en gran medida a la rápida expansión de ésta, sobre todo en el ámbito negocial entre romanos y peregrinos.

Así, entre los requisitos necesarios podemos señalar:

- 1.- La Oralidad.
- 2.- La unidad del acto
- 3.- La Presencia de las partes.
- 4.- La congruencia entre la pregunta y la respuesta.

Examinemos con más detalle cada uno de estos requisitos.

¹⁵ D'ors, Álvaro, Derecho Privado Romano, Eunsa, Pamplona, 1986 Pág.480.

1.-LA ORALIDAD

Ulpiano deja en claro que la celebración de la *stipulatio* requiere el pronunciamiento de palabras, de modo que un asentimiento con gestos o tácito respecto a la pregunta formulada no da nacimiento al contrato.

D. 45.1.1.2 ULP (48 AD SAB): "SI QUIS ITA INTERROGET DABIS? RESPONDERIT QUID NI?, ET IS UTIQUE IN EA CAUSA EST UT OBLIGETUR: CONTRA SI SINE VERBIS ADNUISSET. NON TANTUM AUTEM CIVILITER, SEC NEC NATURALITER OBLIGATUR, QUID ITA ADNUIT: ET IDEO RECTE DICTUM EST NON OBLIGARI PRO EO NEC FIDEIUSSOREM QUIDEM."

"Si una persona pregunta ¿darás? Y otro responde ¿cómo no? También así se puede una persona obligar, pero no si el promitente asintió sin palabras. No sólo no se obliga civilmente sino tampoco naturalmente y por eso se dice que no puede obligarse por él un fiador."

Ambas partes deben ser capaces de pronunciar los términos exigidos para su validez, y no sólo eso, sino además comprenderlos.

D.45, 1.1.pr.: "STIPULATIO NON POTEST CONFICI NISI UTROQUE LO QUENTE ET IDEO NEQUE MUTUS NEQUE SURDUS, NEQUE INFANS STIPULATIONEM CONTRAHERE POSSUNT"

Por tanto ni mudos, ni sordos, ni infantes podían en principio ser hábiles para contraer obligaciones verbis. A mayor abundamiento, Gayo nos dice:

GAYO 3.105: "MUTUM NEQAUE STIPULARI NEQUE PROMITTERE POSSE PALAM EST. IDEM ETIAM IN SURDO RECEPTUM EST; QUIA EST IS, QUI STIPULATOR, VERBA PROMITTENTIS, EST QUI PROMITTIT, VERBA STIPULANTIS EXAUDIRE DEBET".

"Es evidente que el mudo no puede estipular ni prometer. Lo mismo se admite respecto al sordo, porque el que estipula debe oír las palabras del promitente, y éste las del estipulante."

Si bien la oralidad es de la esencia de la *stipulatio*, se admitía una libertad restringida respecto del idioma empleado, así se permite que la pregunta

se pueda realizar en un idioma distinto del latín, como por ejemplo el griego, siempre y cuando el promisor entienda esta lengua:¹⁶

GAYO 3.93: “ SET HAEC QUIDEM VERBORUM OBLIGATIO DARI SPONDES? SPONDEO PROPRIA CIVIUM ROMANORUM EST; CETERAE VERO IURIS GENTIUM SUNT, ITAQUE INTER OMNES HOMINES, SIUE CIVES ROMANOS SIUE PEREGRINOS, VALENT. ET QUAMUIS AD GRAECAM VOCEM EXPRESSAE FUERINT, VELUT HOC MODO «DARAS HARAS, ETIAM HAE TAMEN INTER CIVES ROMANOS VALENT, SI MODO GRAECI SERMONIS INTELLECTUM HABEANT; ET E CONTRARIO QUAMUIS LATINE ENUMTIENTUR, TAMEN ETIAM INTER PEREGRINOS VALENT, SI MODO LATINI SERMONIS INTELLECTUM HABEANT, AT ILLA VERBORUM OBLIGATIO DARI SPONDES? SPONDEO ADEO PROPRIA CIVIUM ROMANORUM EST, UT NE QUIDEM IN GRAECUM SERMONEM PER INTERPRETATIONEM PROPIE TRANSFERRI POSSIT, QUAMUIS DICATUR A GRAECA VOCE FIGURATA ESSE”.

“La que se hace diciendo, ¿te comprometes a dar? Me comprometo, es propia de los ciudadanos romanos, mientras que las otras formas son de derecho de gentes, y por eso valen entre todos los hombres, tanto romanos como extranjeros. También valen entre los ciudadanos romanos aunque se hagan en griego, por ejemplo ¿darás? Daré, ¿prometes? Prometo, ¿empeñas fielmente tu palabra? La empeño fielmente, ¿harás? Haré. Esto siempre que entiendan la lengua griega. A su vez, aunque enuncie en latín valen también entre los extranjeros, siempre que éstos entiendan el latín. En cambio la forma ¿te comprometes a dar? Me comprometo, tan propia es de los ciudadanos romanos que no admite traducción, ni siquiera en griego, aunque dicen que se deriva de una palabra griega”.

No debe llamar la atención el uso del idioma griego, ya que éste era considerado superior a las otras lenguas bárbaras de la época. Después del latín el griego es el idioma de más importancia¹⁷.

Sin embargo, hay un sólo caso en que la obligación nace *verbis* por las palabras de uno solo que promete sin previa interrogación de otro, esto suce-

¹⁶ Respecto de la posibilidad de admitir interprete, véase D.45.1.1.6 (Ulp. 48 Sab)

¹⁷ La cancillería imperial desde la época de Claudio estaba dividida en dos secciones *Ab Epistulis Lattinis* y *Ab Epistulis Graecis*.

de cuando el liberto jura dar al patrono un regalo o hacer un trabajo o unos servicios¹⁸.

Otro aspecto relevante a considerar es el que dice relación con los verbos estipulatorios. En Gayo 3.92 y 3.93¹⁹, nos da ejemplos de verbos utilizados y al parecer el más usado suele ser *spondeo*, pero bien podría ser que dicho verbo se reserve para una *sponsio*. En cambio la *stipulatio* admitiría la utilización de otras formas verbales, dado el carácter de la enunciación de Gayo, que al parecer es a modo de ejemplo. Nada impediría pues, que se puedan utilizar otros verbos en la pregunta, siempre y cuando la respuesta a ésta se haga con la misma forma verbal. Así, en Gayo 3.92 es claro que las preguntas y respuestas allí contenidas son de carácter ilustrativo.

La oralidad pone en manifiesto que lo que se toma en cuenta en este tipo de contratos es la manifestación externa de la voluntad y se prescinde de averiguar las intenciones de los contratantes al momento de perfeccionar la *stipulatio*.

2.-LA UNIDAD DEL ACTO

Se exige la unidad del acto o acto continuo, en relación a que la respuesta debe seguir a la interrogación y el tiempo entre uno y otro dependerá de las circunstancias de cada caso en particular. Así se desprende de:

D.45.137:“CONTINNUSACTUSSTIULANTISETPROMITTENTESESSE DEBET (UTTAMENALIQUOTMOMENTUMNATURAEINTERVENIRE POSSIT) ET CONMMINUS RESPONDERI STIPULANTI OPORTET, CERTERUM SI POST INTERROGATIONEN ALIUD ACCEPERIT, NIHIL PRODERIT, QUAMVIS EADEM DIE RESPONDERIT”

De este texto se infiere que la respuesta debe ser continua y separada, se exige así un momento natural entre uno y otro. De este modo, más que una unidad temporal, lo que se exige es una continuidad del acto²⁰.

Sin embargo, la estipulación es inválida cuando el promitente da inicio a un nuevo negocio antes de responder.²¹

¹⁸ Gayo 3.96.

¹⁹ Ver supra.

²⁰ En este mismo sentido D.45.2.6.3 y D.45. 2.12.

²¹ García Garrido. Op. Cit. Pág. 509.

Justiniano suprime el requisito de la *unitas actus*, por tanto, ya no es necesario que la respuesta fuese hecha en forma inmediata a la interrogación, sino que se exige que el contrato se concluyese el mismo día en que comienza, de modo que lo que se requiere es que los intervinientes no realicen ningún acto que ponga de manifiesto una voluntad que se contradiga con la ya acordada.²²

D.45.1.65: "QUAE EXTRINSECUS ET NIHIL AD PRAESENTEM ACTUM PERTINENTIA ADIECERIS STIPULATIONI, PRO SUPERVACUIS HABEBUNTUR NEC VITIABUNT OBLIGATIONEM, VELUTI SI DACAS ARMA VIRUNQUE CANO SPONDEO NIHILUMINUSVALET"

"Si añades a la estipulación algo extraño y nada tiene que ver con el acto que se está haciendo, se tiene como superfluo y no invalidará la obligación; por ejemplo, si dices antes de "prometo" las palabras del comienzo de la Eneida de Virgilio "canto a las armas y al héroe" no deja por eso de valer la estipulación"

Como queda reflejado, el intervalo de tiempo en el que se realiza algo extraño a la estipulación, no por esto la invalida.

3.-PRESENCIA DE LAS PARTES

Gayo es claro en señalar que respecto a los contratos verbales, éstos no pueden celebrarse entre quienes no están presentes en el acto mismo.²³

GAYO 3.136: "...UNDE INTER ABSENTS QUOQUE TALIA NEGOTIA CONTRAHUNTUR, VELUTI PER EPISTULAM AUT PER INTERNUNTIIUM, CUM ALIOQUIN VERBORUM OBLIGATIO INTER ABSENTES FIERI NON POSSIT"

"...Este contrato es posible entre ausentes, por ejemplo por medio de una carta o por un mediador, mientras que el contrato verbal no puede ser entre ausentes".

Esta exigencia se irá atenuando con el tiempo, en principio la *stipulatio* se prueba con documentos, por ser de esta manera más práctico, al decir de Schulz, la presencia de las partes resulta ser un requisito difícil de cumplir en

²² Mayer Martínez, Federico, Los Pactos: Su eficacia jurídica en el derecho romano, Montevideo 1958, pág.107.

²³ Misma exigencia en Paulo D. 45 1.134.2

muchas ocasiones, ya que los romanos, en principio, no conocieron la institución de la representación directa y el haber sustituido este elemento destruiría la esencia de la *stipulatio*²⁴. A este hecho se suma que este contrato era demasiado extraño en Oriente para poder ser entendido y aplicado por la gran cantidad de nuevos ciudadanos romanos a partir de la Constitución Antoniana del año 212 y para desgracia, el emperador León, en el año 472 d.c., suprimió la solemnidad verbal en la *stipulatio* y posteriormente Justiniano admitió la impugnación del documento probatorio en que generalmente constaba la obligación, probando que las partes estaban en lugares distintos el día de la celebración de la *stipulatio*, esto confabulará a convertir este contrato en una promesa consensual²⁵.

INSTITUTAS 3.19.12: "ITEM VERBORUM OBLIGATIO INTER ABSENTES CONCEPTA UNUTILIS EST. SED QUUM HOC MATERIAM LITIIUM CONTENTIOSIS HOMINIBUS PRAESTABAT, FORTE POST TEMPUS TALES ALLEGATIONES OPPONENTIBUS, ET NON PRAESENTES ESSES VEL SE VEL ADVERSARIOS SUOS CONTENTENTIBUS IDEO NOSTRA CONSTITUTO PROPTER CELERITATEM DIRIMENDARUM LITIIUM INTRODUCTA EST; QUAM AT CESARIENSES, ADVOCATUS SCRIPCIMUS; PER CUAM DISPOSUIMOS, TALES SCRIPTURAS, QUAE PRAESTO ESSE. PARTES INDICANT, OMNIMODO ESSE CREDENDAS, NISI IPSE, QUI TALIBUS UTITUR IMPROVIS ALLEGATIONIBUS, MANIFESTISSINIS PROBATIONUBUS VEL PER SCRIPTURAM VEL PER TESTESIDONEOS APPROBAVERIS, IN IPSO TOTO DIE, QUO CONFICIEVATUR INSTRUMENTUM SESE VEL ADVERSARIUM SUUM IN ALIIS LOCIS ESSE".

"También es inútil la obligación contraída por palabras entre ausentes. Mas como esto daba materia para litigios a los hombres pleitistas, que después de algún tiempo oponían quizás tales alegaciones, sosteniendo que ellos o sus adversarios no se hallaban presentes, por ello, se introdujo para la rapidez en dirimir los litigios la constitución nuestra que dirigimos a los abogados de Cesárea; por el cual dispusimos que tales escrituras que indican que las partes estaban presentes deben ser en un todo creídas como salvo si el que se vale de tales poco honradas alegaciones hubiera probado con evidentísimas pruebas, ya por medio de escrituras, ya por testigos idóneos que todo aquel día

²⁴ Schulz Fritz Op.Cit Pág. 455.

²⁵ D'Ors, Alvaro Op. Cit. Pág. 429.

en que se hacía el instrumento él o su adversario se hallaba en otro lugar”.

Así con el tiempo, el documento escrito llegará a tener más importancia que la efectiva realización del acto oral de la *stipulatio*. De modo que, si se quería impugnar la realización del contrato, la única forma era probando la ausencia de las partes respecto del lugar en donde se celebró la obligación verbal.

En igual sentido se manifiestan las sentencias de Paulo 5.7.2²⁶

4.- LA CONGRUENCIA

De los requisitos expuestos hasta ahora, es natural llegar a la conclusión, que entre la pregunta y la respuesta, deben éstas tener una perfecta congruencia y correspondencia. Por tanto, más que las palabras o específicamente los verbos que se utilicen, lo que realmente importa es la perfecta mancomunidad entre lo que se pregunta y lo que se responde.

En época arcaica, dado lo sacramental y ritualista del Derecho, ésta congruencia es observada de manera rigurosa. Así se desprende de lo manifestado por Gayo 3.92²⁷.

Se concluye entonces, que no es necesario que el futuro deudor repita íntegramente la pregunta en su respuesta, sino solamente el verbo.

En un texto de Modestino, se hace referencia también a este requisito: D.44.7.52.2: *“VERBIS, CUM PRAECEDIT INTERROGATIO ET SEQUITUR CONGRUENS RESPONSIÓ”*.

En Gayo 3.102, se aprecia claramente una congruencia de carácter formal.

GAYO 3.102: “ADHUC INUTILIS EST STIPULATIO, SI QUIS AD ID, QUOD INTERROGATUS ERIT, NON RESPONDERIT, VELUT SI SESTERTIA X A TE DARI STIPULER, ET TU NUMMUM SESENTIUM V MILIA PROMITTAS, AUT SI EGO PURE STIPULER, TU SUB CONDICIONE PROMITTAS”

²⁶ D’ors Álvaro Op. Cit. Pág. 481.

²⁷ Ver Supra.

“También es inútil la estipulación cuando no responde exactamente a lo que se pregunta, por ejemplo si estipulo que me des 10 y tú me prometes dar cinco mil sestercios, o si yo estipulo sin condición y tú con ella”.

No obstante, en Gayo 3.103, frente a un problema de estipulación de quien hace prometer algo para sí y también un tercero, este autor expresa las opiniones de los sabinianos, quienes consideran válida dicha estipulación y la opinión de los proculeyanos, quienes la consideran válida sólo en la mitad.

GAYO 3.103: “PRAETEREA INUTILIS EST STIPULATIO, SI EI DARI STIPULEMUR, CUIUS IURI SUBIECTI NON SUMUS, UNDE ILLUD QUAE SITUM EST, SI QUIS SIBI ET EI, CUIUS IURI SUBIECTUS NON EST, DARI STIPULETUR, IN QUANTUM VALEAT STIPULATIO. NOSTRI PRECEPTORES PUTANT N UNIVERSUM VALERE ET PROINDE EI SOLI, QUI STIPULATUS SIT, SOLIDUM DE VERI, ATQUE SI EXTRANEI NOMEN NON ADIECISSET. SED DIVERSAE SCHOLAE AUCTORES DIMIDIUM EI DE VERI EXISTEIMANT; PRO ALTERA VERO PARTE INUTILEM ESSE STIPULATIONEM”

“Por lo demás, es inútil la estipulación cuando estipulamos que se dé a una persona bajo cuya potestad no estamos. De ahí que se dispute qué valor tiene la estipulación que se hace para sí y para una persona bajo cuya potestad no estamos. Nuestros maestros creen que valen por enteros, y que se debe tan sólo al estipulante, como si no se hubiese añadido el nombre de la persona extraña; pero los autores de la escuela contraria estiman que se debe la mitad, y que en la otra mitad la estipulación es inútil”.

He aquí entonces, donde la congruencia ya no es tan formal, por lo menos esa es la opinión de los sabinianos.

CARÁCTER ABSTRACTO

Se suele decir que la *stipulatio* es de carácter abstracto, así este contrato sugiere un acuerdo previo, que ésta viene a formalizar y a dar efectos jurídicos, transformando los contenidos vertidos en ellas como obligatorios. Sin embargo, la causa no debe ser probada para exigir los efectos de las obligaciones que nacen de este instituto.

Sin perjuicio de esta abstracción, es posible que las partes, por medio de una expresa mención hecha por el estipulante, puedan dejar sin efecto la mencionada característica²⁸.

Dado el carácter abstracto, que el acreedor no tenga que probar la causa no significa que ésta no se pueda impugnar por medio de una *exceptio doli*.

Es Caracalla quien tras pasa la prueba de la causa al estipulante, cuando el demandado mediante la *exceptio non numeratae pecuniae* la exigiera. Esta reforma convierte a la *stipulatio* de un negocio abstracto a uno causal²⁹.

Esta *exceptio* se limitó al plazo de un año, luego con Dioclesano se amplió a cinco y finalmente fue Justiniano quien la rebajó a dos años.

Al limitar el plazo para interponer la alegación de *non numerata pecunia*, hizo que una vez transcurrido los plazos señalados anteriormente, se transformará nuevamente la estipulación en un contrato abstracto.

Como manifiesta Schulz, dado que la *exceptio non numeratae pecunia* sólo podía ejercitarse una vez demandado el deudor, el acreedor bien podía dejar pasar el tiempo necesario sin ejercitar ninguna acción. Sin embargo, hasta antes de Justiniano, el deudor contaba aún, una vez transcurrido el plazo, con la defensa que le otorgaba la *exceptio doli*, pero al parecer el derecho Justiniano, por obra de los compiladores, habría fundido la *exceptio doli* con la *exceptio non numeratae pecuniae*, por tanto, transcurrido el plazo de dos años, el deudor quedaba nuevamente indefenso.³⁰

En otro orden de cosas, que dicen relación también con el carácter abstracto de este contrato, la obligación que surge puede extinguirse derechamente con otro acto también abstracto denominado *acceptilatio* o reconocimiento de cobro, en virtud del cual el acreedor responde al deudor que efectivamente ha recibido de éste lo que se le debía³¹.

FUNCIONES

Dada la sencillez y adaptabilidad, la *stipulatio* permitió las más variadas aplicaciones, las que se fueron desarrollando y perfeccionando en la medida

²⁸ D'ors, Álvaro Op. Cit. Pág. 479.

²⁹ D'ors, Álvaro Op. Cit. Pág. 485.

³⁰ Schulz, Firtz Op. Cit. Pág. 460.

³¹ D'ors, Álvaro, Elementos de Derecho Privado Romano, Eunsa, 1992, pág. 130.

que transcurre el tiempo y su aplicación se extiende no solamente entre los ciudadanos romanos. Influye también el genio del jurista romano, quien a través del análisis de los casos particulares va dando una forma cada vez más depurada a este contrato.

Así por ejemplo, se puede utilizar la *stipulatio* en promesa de dote y su restitución en la promesa de matrimonio, para asegurar la comparecencia de las partes en el proceso, en otorgar efectos jurídicos a las obligaciones de dar cualquier suma de dinero, a la constitución de garantías personales (*sponsio*, *fideipromissio*, *fideiussio*), en la novación, *delegatio*, para extinguir ciertas obligaciones verbales (*acceptilatio*, *stipulatio aquiliana*), la constitución de derechos reales limitados (por medio de *pactiones et stipulationes*), cauciones pretorias, estipulaciones que rodean a la compra-venta, la pena convencional (*stipulatio poenae*), etc.

STIPULATIO Y EVICCIÓN

De todas estas funciones se desarrollará en este trabajo la relacionada con la garantía en caso de evicción.

La responsabilidad por evicción la encontramos en estrecha relación con el contrato de compra-venta.³²

Sin entrar en un análisis específico respecto a la compra-venta, el cual no es el propósito de este trabajo, podemos señalar que es de la esencia de la compra-venta el acuerdo de voluntades, que debe recaer sobre la cosa y el precio.

La compra-venta, como todo contrato consensual, requiere del sólo consentimiento entre las partes en cuanto a la cosa y el precio. No obstante, esto no significa que fueran los únicos elementos que los contratantes tomaban en cuenta al momento de su celebración o su posterior ejecución.

³² Entre las diversas hipótesis que dicen relación con el origen de la compra-venta, se señala la teoría de la doble estipulación respecto de la cosa y el precio. Se trataría de la fusión de la doble estipulación que serían interdependientes, una a cargo del comprador quien prometería el precio y la otra a cargo del vendedor quien a su vez se obligaba a entregar la cosa. Sostenedor de esta tesis es, entre otros, Arangio Ruíz, basado en textos de Aulio Gelio "Noctes atticae" 4.4 y en D.45.1.35.2

En principio, los otros aspectos relacionados con la posesión pacífica de la cosa entregada era un tópico que no se consideraba como un elemento de la naturaleza de la compra-venta, por lo menos en sus orígenes.

La *stipulatio* viene a suplir o complementar aquellos vacíos que la compra-venta en un comienzo no satisfacía. De esta manera, los contratantes podían incorporar, mediante promesas, la garantía por evicción a favor del comprador³³.

Los primeros indicios y atisbos de la evicción los encontramos en la *mancipatio*, a propósito de la llamada *auctoritatis*³⁴ y la *actio de modo agri*³⁵, las que ya se mencionan en la Ley de las XII Tablas:

TABLA VI.3: "...USUS AUCTORITAS FUNDI BIENNIUM EST... CETERARUM RERUM OMNIUM... ANNUS EST USUS"

"El uso (para poder adquirir la propiedad) y la garantía de un fundo es de dos años...el uso de todas las demás cosas es de un año".

También encontramos dicha acción en:

D.21.2.76 (Venul.17 stip): "SI ALIENAM REM MIHI TRADIDERIS ET EANDEM PRO DERELICTIO HABUERO, OMITTI, AUCTORITATEM ID EST ACTIONEN PRO EDICTIONE PLACET"

"Si me hubieses entregado una cosa ajena, y la adquiriese yo por usucapión como abandonada, se estimó procedente que se perdiese la autoridad, es decir, la acción de evicción."

Al parecer, el comprador estaba protegido por evicción frente al vendedor. Dicha obligación de protección no nace del contrato consensual de compra-venta, sino en virtud de la ley³⁶.

³³ Castresana, Amelia Op. Cit. Pág. 453.

³⁴ La acción que emanan de la llamada auctoritas se denomina actio auctoritatis, denominación que se le otorga, ya que según Schulz su nombre clásico nos es desconocido.

³⁵ García Garrido Op. Cit. Pág. 596.

³⁶ García Garrido Op. Cit. Pág. 594.

Cuando la *mancipatio* pasa a ser un acto de carácter abstracto, se recurre entonces a las estipulaciones de garantía, y por tanto procede contra el vendedor la *actio –stipulatio*.³⁷

Las *auctoritas* eran usadas cuando se trataba de una *res Mancipi* (cosas auténticamente romanas). El vendedor debía asumir la asistencia al juicio llevado contra el comprador, por quien pretende reivindicar la cosa, y si finalmente el demandante tenía éxito en su intento, debía el vendedor pagar el doble del precio de la cosa al comprador evicto.

Sin embargo, la *actio auctoritatis*³⁸ no podría interponerse cuando en la transferencia del dominio de una *res Mancipi*, no se ha empleado la *mancipatio*. Luego, a fin de poder obtener una garantía que soporte la responsabilidad del vendedor por evicción, se recurría a las estipulaciones³⁹, pudiendo prometer el *mancipio dans* el doble del precio pagado, a esto parece referirse la *satisdatio secundum Mancipium*⁴⁰.

Las estipulaciones que dicen relación con la evicción son:

1.- *Stipulatio habere licere*, estipulación sobre la pacífica posesión. En este caso es el vendedor quien ante la pérdida de la cosa por parte del comprador, ya sea en manos del mismo vendedor, sus herederos o un tercero⁴¹, debe indemnizar.

También se invoca cuando el comprador es turbado en su dominio por un tercero, quien reclama sobre la cosa el ejercicio de un derecho real distinto del dominio en ella.

2.- *Stipulatio duplae*: Es la llamada estipulación por el doble del precio, utilizada generalmente en la compra-venta de cosas inmuebles o de elevado valor, respecto de la cual no se celebró la *mancipatio*. Así se desprende de D.21.2.37: “Conviene que el vendedor prometa el duplo al comprador, salvo que se acuerde otra cosa; pero no con garantía, sino se dijese que así especialmente se había determinado, sino que se prometa

³⁷ Se cree que el régimen de las *auctoritas* existió en algún momento con el de las estipulaciones de garantía.

³⁸ Según D’ors, Justiniano habría interpolado sistemáticamente “*actio de evictione*” donde los clásicos hablaban de *autóritas* de la *mancipación*. Véase D.21.2.76.

³⁹ Castresana Amelia Op. Cit. Pág. 453.

⁴⁰ D’ors Álvaro Op. Cit. Pág. 547.

⁴¹ Schulz dice que no procede en caso de evicción por una tercera persona, en cambio García Garrido opina que sí.

simplemente. Lo que hemos dicho de que ha de prometerse el duplo ha de entenderse el sentido de que no se refiere a todas las cosas, sino a aquellas que fueran más valiosas...”.

Según Schulz, las partes empleaban esta estipulación cuando no habían recurrido a la *mancipatio*, creando de esta manera una garantía similar a la emanada de esta forma de transferir el dominio, y además señala que esta estipulación se celebraba una vez pagado el precio de una cosa⁴².

A fines de la época clásica⁴³, es común estipular por evicción, de modo que la responsabilidad que se deriva de este instituto constituirá un elemento de la naturaleza de la compra-venta, y por lo tanto será la misma *actio empti* la que servirá para obligar al vendedor a responder por evicción sin necesidad de estipulación alguna. Sin perjuicio de esto, las partes pueden acordar no responder por evicción mediante el pacto de *non praestanda eviczione*⁴⁴

En D.19.1.11.8 Ulpiano manifiesta lo siguiente: “*Asimismo dice Neracio que está admitido por todos que aunque hubieras vendido un esclavo ajeno; tú debes responder de que se halla libre de responsabilidad por hurtos y daños, y que se da la acción de compra para que se garantice la pacífica posesión al comprador, pero también para que se entregue la posesión.*”

En D.20.5.12.1 se señala: “...puede responderse así si se vendió con la cláusula de no obligarse por evicción...”.

CONCLUSIONES

Dada las múltiples aplicaciones de la estipulación, a casi cualquier acuerdo previo que las partes quieran formalizar, este contrato constituye la columna vertebral sobre la cual se desarrolla el sistema contractual romano, y sienta las bases que permitirán la formación de la teoría general de las obligaciones.

La *stipulatio* clásica es un contrato verbal, solemne, abstracto, que exige la presencia de las partes, la unidad del acto y la congruencia entre la pregunta y la respuesta.

⁴² Schulz Op. Cit. Pág 511.

⁴³ Jurisprudencia a partir de Neracio durante el emperador Trajano.

⁴⁴ D'ors Op. Cit. Pás. 495.

Sin embargo, la estipulación post clásica perderá en algunos casos, y atenuará en otros, los requisitos primitivos recién mencionados; y será el documento en donde conste la obligación, el que pasará a ser esencial para probar la existencia del vínculo contractual.

De esta manera, la oralidad clásica de la estipulación va perdiendo importancia y es reemplazada lenta y progresivamente por los documentos en donde consta el vínculo. Justiniano, debido a su clara tendencia clasicista, intenta mantener a salvo la oralidad, pero no pudo impedir que la práctica terminara por desplazar esta obligación *verbis* transformándola en un contrato, en donde lo que pasa a ser sustancial es lo que está escrito en el documento.

Las distintas modificaciones legales, que dicen relación con la formación de la estipulación, llevarán a que ésta quede circunscrita al *animus stipulandi*.

Queda claro que la estipulación, si bien fue un contrato independiente, fue utilizada como complemento de otras formas de contratación. Es quizás esta subsumición la que puede haber influido en el hecho de que esta primitiva forma de contratar y de obligarse, no subsistiera en el tiempo como una manera de obligarse autónoma. No obstante, esto no significa que este instituto haya desaparecido por completo, sino que contribuirá de manera decisiva en el desarrollo de la teoría general de la clasificación clásica de las obligaciones.

BIBLIOGRAFÍA

Arias Ramos, Jorge. Derecho Romano, décima edición, Editorial Revista de Derecho Romano, Madrid 1966.

Bonafante, Pedro. Instituciones de Derecho Romano, tercera edición, traducción Luis Bacci y Andrés La Rosa, Instituto Editorial Reus, Madrid 1965.

Biondi, Biondo. Contratto e Stipulatio, Editore Antonino Giuffrè, Milán 1953.

Castresana, Amelia. La Estipulación en Derecho Romano de Obligaciones, homenaje al profesor José Luis Murga Gener, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1994.

Digesto de Justiniano. Tomo II y III, versión castellana, Editorial Aranzadi, Pamplona 1972.

- D'ors, Alvaro. Derecho Privado Romano, sexta edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1986.
- D'ors Álvaro. Elementos de Derecho Privado Romano, tercera edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1992.
- García Garrido, Manuel. Derecho Privado Romano, sexta edición, Editorial Dykinson, Madrid 1995.
- Guzmán Brito Alejandro. Para la Historia de la Formación de la Teoría General de Acto o Negocio Jurídico y del Contrato, III: Los Orígenes Históricos de la Teoría General del Contrato, Revista de Estudios Históricos Jurídicos N° 22, Valparaíso 2000.
- Mayer Martínez, Federico. Los Pactos y su Eficacia Jurídica en el Derecho Romano, publicaciones de la Facultad de Derechos y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo 1958.
- Ourliac, Paul y De Malafosse, J. Derecho Romano y Francés Histórico, traducción al español y anotaciones por Manuel Fairen, Editorial Bosch, Barcelona 1960.
- Schulz, Fritz. Derecho Romano Clásico, traducción José Santa Cruz, Editorial Bosch, Barcelona 1960.
- Wacke, Andreas. Los Presupuestos de la Responsabilidad por Evicción en Derecho Romano y en Derecho Comparado, en Seminarios Complutenses de Derecho Romano, Fundación de Derecho Romano Ursicino Alvarez, Madrid 1993.

SOBRE CHARLES TAYLOR Y ALGUNOS PROBLEMAS RELATIVOS A LA POLÍTICA DEL RECONOCIMIENTO

MATÍAS CORREA MOLINA¹

RESUMEN

El presente artículo introduce y expone la postura de Charles Taylor sobre la cuestión del reconocimiento político en contextos multiculturales. Nuestro trabajo, además, reconstruye ciertos supuestos propios del pensamiento de Taylor que, aunque siendo relevantes y atinentes a la cuestión del reconocimiento, no se hallan presentes en "La Política del Reconocimiento", artículo donde este autor desarrolla su posición respecto a la materia en cuestión. Finalmente, intentamos ampliar la solución que Taylor propone para uno de los problemas que suscita la política del reconocimiento entre comunidades cuyas identidades culturales difieren sustancialmente.

Palabras clave: *Reconocimiento, multiculturalismo, identidad, universalismo, políticas de la diferencia, liberalismo, trasfondo, horizonte de sentido.*

"Mira," me dijo casualmente, "esa polilla está muy lejos allá en lo alto [...] Desde aquí casi parece un ave en el cielo, si piensas el muro como el cielo. Probablemente así es como la polilla ve el muro, y solamente nosotros sabemos que está equivocada. Pero ella no sabe que sabemos. Ni siquiera sabe que existimos. Trata de comunicarte con ella, si puedes. ¿Acaso, puedes decirle algo, de modo que te entienda? ¿Acaso, puedes estar seguro de que ella te entiende completamente?" "No lo sé," contesté. "¿Puedes tú?" "Sí," dijo el viejo en voz baja, y dando un aplauso mató la polilla, tras lo cual exhibió el cuerpo

¹ Profesor de Lógica Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins. Artículo presentado para el programa de doctorado en filosofía de la Pontificia Universidad Católica de Chile

aplastado sobre la palma de una sus manos. “¿Crees tú que la polilla no entendió lo que acabo de decirle?”

Milorad Pavić

ASÍ ES COMO HACEMOS AQUÍ LAS COSAS

A ratos, Occidente parece tener la impresión de que el liberalismo se concibe a sí mismo como una isla donde (casi) todas las fantasías políticas pueden hacerse realidad. Esta exagerada proposición es burda y simplona, tanto que a fines de los setenta inspiró un programa de televisión no menos burdo y simplón. Veinte años después, Michel Houellebecq recontextualiza dicha tesis y escribe *Plataforma*, una novela que habla sobre los *resorts* hedonistas, una suerte de centros recreacionales triple equis, donde todas las fantasías (y no sólo las políticas) pueden hacerse realidad. Estos complejos turísticos aparecen en la novela como uno de los pocos lugares donde el moderno hombre occidental puede llenar sus vacíos existenciales. No obstante, el fármaco que el autor propone para subsanar las carencias de sentido que padece Occidente falla en cumplir su objetivo. Porque en las páginas finales del libro, uno de estos *resorts* hedonistas, precisamente uno que se halla situado más allá de los confines geopolíticos de Occidente, en el sudeste asiático, sufre un atentado por parte de un grupo terrorista musulmán con el cual muere la novia del protagonista y, de paso, se acaba la bacanal de los turistas.

Ahora, no me interesan tanto las especulaciones “existencialistas” sobre las cuales Houellebecq pretende llamar la atención del lector en *Plataforma*. Es la escena final del atentado lo que me importa. Porque son terroristas musulmanes quienes se indignan con las prácticas que los turistas occidentales llevan a cabo dentro de uno de esos *resorts* hedonistas y no en cualquier hotel, sino dentro de uno que se encuentra emplazado junto a comunidades de confesión islámica. Según Houellebecq (o, al menos, de acuerdo a su novela), a estos libidinosos hoteles entra todo quien ya no pueda encontrar algún sentido dentro de las fronteras que Occidente circunscribe. Por otro lado, la cultura occidental no puede oponer mayores reparos a industrias turísticas de esta índole. El Occidente que novela Houellebecq es un conjunto de comunidades liberales que se concibe a sí mismo como el espacio común dentro del cual todo hombre puede realizarse y darle sentido a su vida de la manera que mejor le plazca. Eso, claro, mientras no se pasen a llevar las normas regulativas de procedimiento que ordenan la convivencia cívica al interior de estos Estados o al interior de este fantástico archipiélago liberal, podríamos

decir. Porque a la luz de semejante paradigma político², este tipo de turismo sexual (dentro de los marcos legales preestablecidos) resulta inobjetable. Pero hay comunidades islámicas (e incluso Estados de confesión musulmana) que no están de acuerdo con tener que soportar dichos burdeles turísticos. De ahí que, una instancia de la (supuesta) plataforma de todas las plataformas político culturales, es decir, el liberalismo occidental, termine siendo bombardeado en la novela.

Es cierto, el ejemplo citado es pura literatura. No obstante, han habido otros atentados reales, semejantes a éste, que han ocurrido literal y no sólo literariamente (solamente por citar como ejemplo uno reciente: en junio de 2009 murieron once personas en el hotel Pearl Continental de Peshawar). Es cierto que actos tan reprobables como los atentados terroristas pueden explicarse de distintas maneras; a mí, sin embargo, solamente me interesa llamar la atención sobre un punto que contribuye a que culturas tan distintas como las de algunas sociedades liberales occidentales y las de otras musulmanas choquen con tanta violencia. Este punto tiene que ver con la cuestión del reconocimiento en contextos multiculturales.

A la luz de la propuesta de Charles Taylor, quiero defender la tesis de que el reconocimiento de una comunidad por parte de otra, y el respeto que se sigue de tal reconocimiento, no es un *datum* que surge sin mayor esfuerzo a partir de la mera interacción entre culturas distintas. Por el contrario, el reconocimiento debe ganarse y promoverse a través del intercambio de trasfondos de interpretación o, si se quieren ver las cosas desde una perspectiva más confrontacional, por medio de una lucha entre horizontes de sentido.³

² Pueden surgir reparos respecto a qué tan liberal es Occidente y también se pueden ofrecer argumentos a favor de la tesis de que el mundo anglo-americano (y los países que simpatizan con estas sociedades) son mucho más liberales que el resto del hemisferio, de modo tal que resultaría inadecuado rotular con una misma etiqueta política a todo el mundo occidental. No obstante, la cuestión parece ser sólo de grado y las críticas al liberalismo político apuntan, más bien, a una moderación de aquellos modelos más radicales, antes que a un cambio concreto y sustancial sobre los modos de organización cívico-social creo que este juicio vale, incluso, en cierto sentido, en lo que respecta al debate entre liberales y comunitaristas, pero esa ya es otra cuestión (vid. Taylor [1989] 1997). Como sea, admito que el punto es disputable y que la discusión respecto a la hegemonía de facto del liberalismo como paradigma político en Occidente sigue abierta la vigencia de esta polémica se aprecia con claridad tan sólo al atender a cómo ciertos gobiernos latino y centroamericanos se han esforzado a lo largo de la última década por instaurar, con mayor o menor éxito, nuevos paradigmas políticos para Occidente.

³ Entiendo por “trasfondo” u “horizonte de sentido” aquello “que descubrimos y que subyace a nuestras representaciones del mundo el tipo de cosas que formulamos, por ejemplo, en frases declarativas [algo que] ya no es representación, sino una cierta captación del mundo que tenemos en tanto que agentes en él. (Taylor [1987] 1997: 32)

Así pues, para que el reconocimiento entre comunidades se lleve a cabo felizmente hace falta que se amplíe el trasfondo a partir del cual una comunidad interpreta la identidad de otra, lo cual puede llevar incluso a modificar la interpretación que cada comunidad hace de su propia identidad. No obstante, cuando el reconocimiento no se lleva a cabo con éxito, la respuesta que suelen ofrecerse mutuamente las comunidades enfrentadas es un “Lo siento, pero así es como hacemos aquí las cosas” (cf. Taylor [1992] 1997: 325).

En otras palabras, sin ampliación de trasfondos o intercambio de horizontes de sentido no es posible que una comunidad reconozca la identidad de la otra sino enrostrándose mutuamente las peculiares maneras con que cada comunidad hace e interpreta las cosas, es decir, imponiéndose una sobre la otra. Pero este camino debe ser evitado, pues no está a la altura de la dignidad del ser humano. Tal reconocimiento es el que se da cuando nos relacionamos con un mosquito o una polilla dado que nos resulta imposible darle a entender al insecto que su aleteo o su picada nos afecta (o, más bien, nos molesta), lo aplastamos con la mano y de paso, por un breve instante, el bicho no puede evitar reconocernos ni nosotros a él. Y resulta terriblemente absurdo ver cómo, en no pocas ocasiones, ciertas comunidades se relacionan con otras como si estuviesen tratando con insectos. De modo que simplemente no podemos quedarnos impávidos cuando comunidades de seres humanos no encuentran alguna vía de reconocimiento distinta a ésta.

LA POLÍTICA DEL RECONOCIMIENTO

En su artículo “La Política del Reconocimiento” (*ibid.*), Charles Taylor enfrenta dos diferentes interpretaciones del discurso del reconocimiento, problematizándolas en contextos multiculturales. La relevancia de la discusión estriba en que dependiendo del significado que le demos al reconocimiento se abrirán distintas maneras de plantear (y de resolver) un cierto tipo de conflictos políticos contemporáneos, en especial aquellos relativos al trato y respeto que comunidades distintas se deben mutuamente para con la identidad del otro.⁴ La gama de conflictos relevantes para la presente discusión es

⁴ Según Ricoeur, “se reserva el término multiculturalismo a las demandas del respeto igualitario que proviene de culturas efectivamente desarrolladas dentro de un mismo marco institucional” (2006: 270). No tenemos nada que objetarle a esta definición, salvo, tal vez, que ella puede llegar a sugerir interpretaciones demasiado restrictivas del término; Ricoeur parece exigir que todo conflicto multicultural se dé dentro de un mismo marco institucional. Si por ‘marco institucional’ se entiende algo así como un entramado de prácticas y conductas sociales ya establecidas con anterioridad al surgimiento del conflicto entre culturas distintas, entonces no hay problema con la definición propuesta. Sin embargo, no es necesario que todo conflicto multicultural se sitúe en torno a alguna or-

vasta y muchos de éstos demandan con urgencia una solución. Algunos de ellos suelen darse dentro de Estados multinacionales, otros dicen relación con cuestiones de género, raza o estatus socioeconómico. Como sea, por razones de economía textual, cuando hablemos de problemas multiculturales de reconocimiento aludiremos a este tipo de conflictos en general. De modo que el caso al cual nos referimos pocas líneas más arriba, el del reconocimiento frustrado entre comunidades que no comparten ni amplían sus respectivos horizontes de sentido, es una instancia especial de este tipo de problemas. El propósito de estas páginas es evaluar si la solución que Taylor sugiere en las páginas finales de "La Política del Reconocimiento" para problemas de esta índole, incluso para aquellos casos límite⁵ como el de nuestro ejemplo, es adecuada o no.

Con fines expositivos, se puede trazar una panorámica de este artículo dividiéndolo en cinco momentos o secciones. El primero de estos da cuenta del rol que juega el reconocimiento para con la constitución de la identidad del sujeto. En líneas muy generales, en esta primera parte Taylor está interesado en justificar cómo es que el reconocimiento forja la identidad, tanto en el ámbito de la intimidad del sujeto como en la esfera pública de la comunidad. A continuación, Taylor bosqueja un esquema general de dos distintos significados que ha tenido el discurso del reconocimiento dentro de la esfera pública y presenta el conflicto que surge entre las interpretaciones en competencia: la lectura universalista que suponen ciertas teorías liberales y la que ofrecen las políticas de la diferencia. Luego, en un tercer momento del artículo, Taylor revisa dos modelos liberales de la interpretación universalista del reconocimiento, uno de los cuales tiene a Rousseau como paradigma, mientras que el otro se enfoca en liberalismos de inspiración kantiana. El objetivo de revisar estos modelos consiste en evaluar si, acaso, en algunas de sus formas, el liberalismo se salva de una grave acusación: la de ser incapaz

ganización u organismo educacional, gubernamental, estatal, internacional, etc. positivamente establecido o claramente definido como, por ejemplo, dentro de una universidad, una corte judicial, una asociación de Estados políticamente independientes, etc. si esto es lo que Ricoeur entiende por 'marco institucional' Porque, podemos preguntar, ¿dentro de qué marco institucional positivamente establecido o claramente definido se desarrolla el conflicto multicultural que existe entre ciertas comunidades, tales como las mal llamadas "tribus urbanas"? Estoy pensando en que es legítimo etiquetar como conflicto multicultural aquel que se da entre "pokemones" y "otakus", "flaites" y "cuicos", "metaleros" y "hip-hoperos"; aunque no resulta fácil indicar dentro de qué institución (en el sentido más rígido del término) se desarrolla el conflicto de reconocimiento, es innegable que entre las mismas "tribus urbanas" surgen problemas que atañen al mal reconocimiento de la identidad de algunas de estas "tribus" por parte de otras.

⁵ Vid pág. 9 y ss. del presente artículo.

de reconocer la identidad de aquellas comunidades no-hegemónicas dentro de una sociedad.

Las formas de liberalismo que hallan su inspiración en Rousseau, sentencia Taylor al finalizar el tercer momento de su argumentación, no escapan de esta acusación.⁶ Sin embargo, no ocurre lo mismo con algunas teorías liberales de corte kantiano⁷ y Taylor pretende ilustrar el punto recurriendo al caso de las demandas de autonomía por parte de Quebec. En miras a este objetivo, se describe la comunidad francófona de Quebec como una que intenta que su identidad sea reconocida por Canadá como la que le pertenece a una comunidad que difiere de la del resto de los canadienses. Así, en el cuarto momento de la exposición, el punto a demostrar es la consistencia de un liberalismo capaz de adquirir compromisos morales extra-procedimentales, es decir, compromisos sustantivos respecto a ciertas metas colectivas y bienes públicos.⁸ Semejante liberalismo, según Taylor, es posible: basta con

⁶ En último término, Taylor estima que “el pecado” que cometen los liberalismos de inspiración rousseauiana respecto al reconocimiento descansa en que, según este modelo político, “Todos debemos depender de la voluntad general, para que no surjan formas bilaterales de dependencia. Esta ha sido la fórmula para las más terribles formas de tiranía homogeneizadora, empezando por los jacobinos para terminar con los totalitarismos de nuestro siglo” (Taylor [1992] 1997: 315). La crítica de Taylor a Rousseau apunta a que, de acuerdo a éste último, es condición necesaria de toda sociedad libre el que sus miembros sean “iguales”, es decir, que las relaciones de poder entre éstos no sean asimétricas, que no haya diferencia entre los roles de los individuos y que todos compartan un mismo propósito común. Ciertamente, al menos, tal y como Taylor presenta su caso, parece difícil objetar que algún liberalismo simpatizante con el modelo adscrito a Rousseau permita algún espacio para el reconocimiento de la identidad cultural de comunidades que difieran sustancialmente de la comunidad hegemónica.

⁷ Son liberalismos kantianos, según Taylor, aquellos cuya “atención se limita a la igualdad de derechos otorgados a los ciudadanos” (ibid.). La idea de este tipo de liberalismos es que cualquiera de los estándares habituales de derechos básicos se pueda aplicar del mismo modo en distintos contextos culturales.

⁸ La distinción entre compromiso moral procedimental y sustantivo procede de Roland Dworkin (1978). Al adoptar un compromiso moral procedimental, los individuos buscan asegurar un trato recíproco, equitativo e igualitario, trato que debe ser respetado con independencia de cómo cada uno conciba el fin de la vida y lo que sea una buena vida. Por otro lado, cuando el compromiso moral es sustantivo, éste tiene como objeto el reconocimiento de los individuos a comprometerse en vistas a lo que constituye una vida buena, como también a defender y garantizar (de algún modo) los medios que han de ser promovidos para tender a la realización de este fin. Según Dworkin, el liberalismo se define por adoptar compromisos morales procedimentales, de lo que se seguiría -Taylor dixit- que “una sociedad liberal es la que no adopta ninguna concepción sustantiva particular acerca de los fines de la vida” (Taylor [1992] 1997: 320). Como veremos más adelante, Taylor objeta la tesis de que el liberalismo no pueda adoptar compromisos morales sustantivos.

que el compromiso sustantivo defendido por la comunidad consista en la supervivencia en el tiempo de su identidad.

Finalmente, en la quinta parte del artículo, Taylor aborda una arista todavía más compleja del problema del reconocimiento. Ahora la cuestión tratada no es si, acaso, dentro de un contexto multicultural las comunidades no-hegemónicas pueden exigir que se les reconozca su identidad o no. El conflicto radica, más bien, en el valor que recibe o se le otorga a la comunidad no-hegemónica, cuya identidad, en principio, exige ser reconocida. Entonces, ¿esto quiere decir que la identidad cultural de todas las comunidades son igualmente valiosas? La pregunta es legítima, puesto que si una cultura no es tan valiosa como la nuestra, ¿por qué habremos de reconocer su identidad como una que merece subsistir en el tiempo, como una cuya supervivencia incluso debe ser promovida? No obstante, por otro lado, si concedemos que Taylor ofrece buenas razones a favor del reconocimiento de comunidades no-hegemónicas, simplemente estamos obligados también a respetar la identidad que éstas tengan. Sin embargo, si adoptamos esta posición, veremos que debemos aproximarnos a todas las culturas como si tuviesen el mismo valor, lo que de hecho es falso.⁹ La situación, como podemos apreciar, no es fácil de resolver. Pero antes de presentar una solución, es necesario detenernos en el concepto de identidad y en cómo Taylor lo relaciona con el de reconocimiento.

IDENTIDAD Y RECONOCIMIENTO

“El reconocimiento debido no es una cortesía que debemos a la gente,” dice Taylor, “es una necesidad humana vital” (*ibid.*: 294). Como ya hemos adelantado, la suma relevancia de esta noción se encuentra en el rol que juega dentro de la formación de la identidad del sujeto. No obstante, si lo concebimos a éste en cuanto agente racional desvinculado del mundo y de su temporalidad, no se hace muy evidente, entonces, cómo es que ‘reconocimiento’ e ‘identidad’ se encuentran ligados. Pero adoptar una perspectiva así de descomprometida sería un error. Semejante equívoco nos llevaría a

⁹ Al menos, es difícil no conceder que han habido culturas más valiosas que otras, en tanto que algunas han contribuido a la humanidad con “tesoros culturales” de mayor valía que otros. ¿Pero cuáles son aquellos tesoros culturales que más valor tienen? Tal vez, la tarea de responder esta pregunta escapa del ámbito de la filosofía y debemos confiar en los estudios culturales multidisciplinarios para dar con una respuesta que nos satisfaga en algún grado. No obstante, no es osado declarar que resultaría absurdo, por ejemplo, objetar que la cultura griega del siglo IV a.c. ha hecho contribuciones más grandes a la humanidad que la cultura chilena del siglo XX. Esta opinión, creo, difícilmente podría ser objetada por cualquier defensor radical de las políticas de la diferencia.

imaginar al ser humano como un sujeto situado en “un punto de vista cero”, lo que sería como pensar al hombre emplazado en “una posición que es ninguna parte” y hacer de ese no-lugar el punto desde donde el ser humano tiene experiencia del mundo y de sí mismo, lo cual no sería sino la torcida expresión de un cierto afán calculador y positivista de la razón.¹⁰

Por el contrario, Taylor defiende la tesis de que el ser humano es un ser eminentemente hermenéutico, vale decir, que “nuestra comprensión de nosotros mismos es constitutiva de lo que nosotros somos” (Carrasco 2001: 29). Responder a la pregunta por lo que somos, es decir, dar cuenta de quiénes somos y de dónde venimos, significa remitirse a eso que constituye nuestra propia identidad. De este modo, que a cada uno de nosotros le importe (expresa o tácitamente) forjar su propia identidad no es un mero accidente, sino que se trata de algo que dice relación con el hecho (constitutivo) de que el ser humano es un ser que se interpreta a sí mismo.¹¹ Luego, sostiene Taylor que

Nos convertimos en agentes humanos plenos, capaces de comprendernos a nosotros mismos y por tanto de definir nuestra identidad, a través de nuestra adquisición de ricos lenguajes expresivos humanos. (Taylor [1992] 1997: 299)

Vale la pena subrayar una precisión no menor sobre este punto. Taylor emplea el término ‘lenguaje’ “en su sentido amplio, que abarca no sólo las palabras con las que hablamos, sino también los modos de expresión por medio de los cuales nos definimos y que incluyen los lenguajes del arte, del gesto, del amor, etc.” (*ibid.*).¹² Entonces, si adquirimos lenguajes para

¹⁰ En principio, hay muchos contextos teóricos en los cuales la perspectiva de un sujeto objetivo e imparcial es imprescindible. Casi es una perogrullada decirlo: muchos de los grandes logros de las “ciencias duras” han sido alcanzados, en parte, gracias a la adopción de este punto de vista. Sin embargo, el hombre no puede concebirse a sí mismo como un mero objeto de estudio científico, como si se tratara de “una cosa más” dentro del gran repertorio de objetos de estudio de las ciencias. El tratamiento que Taylor ofrece sobre la cuestión del objetivismo radical como “punto de vista cero” de una razón descomprometida se encuentra, por ejemplo, en “Lichtung o Lebensform: paralelismos entre Heidegger y Wittgenstein” (cf. Taylor [1991] 1997: 96 y ss.)

¹¹ Distintos autores, como Heidegger en *Ser y Tiempo* (vid. Taylor [1991] 1997) y Gadamer, en *Verdad y Método*, (vid. Taylor [1990] 1997) han sostenido posiciones semejantes y con las cuales Taylor simpatiza.

¹² Sólo para llamar la atención sobre el guiño wittgensteineano de Taylor en este punto, resulta interesante observar como en el sentido flexible en que éste emplea el término ‘lenguaje’ reverbera la noción de juego de lenguaje que Wittgenstein propone en el siguiente párrafo: “¿Pero cuántos géneros de oraciones hay? ¿Acaso aserción, pregunta y orden?—Hay innumerables géneros: innumerables géneros diferentes de empleo de todo lo que llamamos ‘signos’, ‘palabras’, ‘oraciones’. Y esta multiplicidad no es algo fijo,

expresarnos (o para expresar nuestras “formas de vida”), es *en y mediante* el lenguaje donde comprendemos, realizamos y constituimos nuestra identidad como agentes humanos. Además, de esta concepción peculiar del lenguaje se sigue que su dimensión dialógica es de gran importancia, ya que “aprendemos estos modos de expresión [o sea, estos lenguajes] a través de nuestro intercambio con los demás” (*ibid.*). ¿Pero qué significa que nos realizamos y comprendemos dialógicamente en el intercambio con los demás? En primer lugar, *no* significa que nuestras relaciones con los otros determinen o definan nuestra propia identidad.¹³ Lo que *sí* significa es que son estas relaciones las que posibilitan la autorrealización, es decir, el descubrimiento y la articulación de la auténtica identidad que potencialmente podemos desarrollar.¹⁴ De modo que la contribución de los otros a la formación de nuestra identidad no ha de verse como el mero puntapié inicial de la realización ésta, sino como el aporte con que el resto de los “jugadores sociales” con los que interactuamos pueden ayudarnos a tener éxito (o perjudicarnos y hacernos fracasar) en el juego de llegar a ser quienes auténticamente nos corresponde ser.¹⁵

De acuerdo a lo que hasta aquí hemos presentado, tenemos que la identidad se constituye en el ejercicio de un constante negocio dialógico con los otros (y conmigo mismo), en el cual el mutuo reconocimiento es una necesidad inexorable. Ahora bien, puesto que la identidad no llega a (¡ni puede!) forjarse monológicamente, desvinculada del mundo y de la temporalidad, resulta imposible que el reconocimiento que los demás individual y colectivamente le dan a nuestra propia identidad deje de ser relevante. Tanto el reconocimiento (como la falta de éste) contribuye a moldear la identidad.

dado de una vez por todas; sino que nuevos tipos de lenguaje, nuevos juegos de lenguaje, como podemos decir, nacen y otros envejecen y se olvidan. [...] La expresión ‘juego de lenguaje’ debe poner de relieve aquí que hablar el lenguaje forma parte de una actividad o de una forma de vida” (Wittgenstein [1958] 2008: § 23).

¹³ “Necesitamos las relaciones [con los otros] para realizarnos, no para definirnos”. (Taylor [1992] 1997: 300)

¹⁴ Sobre la relación entre ‘autenticidad’ e ‘identidad’ ahondaremos más adelante.

¹⁵ Siguiendo a Taylor, cabe subrayar que no podemos relegar la dimensión dialógica del lenguaje a la mera génesis de la constitución de la identidad. La identidad no es sólo la respuesta a preguntas como “¿Quiénes somos?”, “¿De dónde venimos?” y otras de la misma guisa, sino que ella también configura “el sustrato contra el cual nuestros gustos, deseos, opiniones y aspiraciones adquieren sentido” (*ibid.*: 300). En cierta medida, la identidad “es” o determina nuestro horizonte de sentido, un horizonte que precisa de instancias dialógicas para poder establecerse incluso, en casos límite, como el del ermitaño o el del artista solitario, hace falta alguna forma de diálogo, ya sea con Dios o con algún posible público futuro, respectivamente, para que la persona se realice (cf. *ibid.*).

Quien mayor fama se ha hecho llamando la atención sobre éste y otros aspectos del reconocimiento ha sido Hegel en especial, a cuenta de su dialéctica del amo y el esclavo.¹⁶ Ciertamente, si bien Taylor le debe mucho a los pasajes que dicho autor le dedica al reconocimiento, son pocas las referencias textuales a Hegel en “La Política del Reconocimiento”¹⁷; tal vez, la más explícita y relevante sea esta:

Hegel considera fundamental el hecho de que sólo podemos prosperar en la medida en que somos reconocidos. Toda conciencia busca el reconocimiento en otra, y ello no es signo de falta de virtud. [...] La lucha por el reconocimiento sólo puede hallar una solución satisfactoria, y ésta se encuentra en un régimen de reconocimiento recíproco entre iguales. (Ibid.: 314)

Al parecer, el punto de Hegel que a Taylor le interesa destacar dice relación con cómo (en el proceso de desarrollo dialéctico del espíritu) una autoconciencia llega a alcanzar su identidad como tal, en cuanto que individuo dentro de una comunidad de otros individuos. Esto ocurre cuando una autoconciencia, en su intento por ser reconocida, se enfrenta a otra autoconciencia. Según Hegel, la “prosperidad” a la que se refiere Taylor sólo se logra tras haber superado el enfrentamiento a una “lucha a muerte” por asegurar la independencia de su identidad respecto de la de un otro y su reconocimiento

¹⁶ Si bien es cierto que el discurso del reconocimiento ha adquirido notoriedad filosófica especialmente gracias a los pasajes sobre la dialéctica del amo y del esclavo, no obstante, hay quienes sostienen que “Lo esencial de la teoría hegeliana del reconocimiento no se encuentra, como suele pensarse, en la Fenomenología del Espíritu [...], sino en esbozos sistemáticos anteriores que permanecieron inéditos en vida de Hegel, como su Sistema de la Eticidad de 1802/03 y el Esbozo de Sistema de 1805/06, también conocido como Filosofía Real” (de la Maza 2003: 74). Si bien la cuestión de la exégesis hegeliana respecto de la noción de reconocimiento es relevante, ello no es esencial a la presente discusión. Sobre este punto, véase la siguiente nota a pie de página.

¹⁷ De hecho, Taylor alude a Hegel en no más de cuatro oportunidades a lo largo de “La Política del Reconocimiento”: en dos ocasiones el nombre de éste sólo es mencionado (cf. Taylor [1992] 1997: 294, 302); en otra, la referencia se emplea para explicitar la fuente del uso técnico de un par de expresiones (ibid.: 326); y, por último, apenas una vez Taylor se extiende sobre un bosquejo del reconocimiento de acuerdo a cómo Hegel lo presenta en la Fenomenología del Espíritu mediante la dialéctica del amo y el esclavo (ibid.: 314). Vale la pena notar, entonces, que en “La Política del Reconocimiento” la noción hegeliana de reconocimiento es problematizada instrumentalmente por Taylor en función de sus propias tesis. Con esta observación no estamos sugiriendo crítica alguna al tratamiento que Taylor le da a la cuestión del reconocimiento, sino, más bien, nos interesa notar que, dado el vasto conocimiento que el filósofo canadiense tiene de Hegel (cf. Taylor 1975, [1979] 1983), resulta extraño que en este artículo no se explaye sobre él con mayor profundidad.

por parte de éste. Porque superando la asimétrica relación entre amo y esclavo donde la identidad del primero sólo es reconocida impropriamente por un individuo jerárquicamente inferior del cual el amo depende, mientras que el amo, a su vez, reconoce la del segundo como la identidad cosificada del perdedor en la competencia (o lucha a muerte) por el honor¹⁸ de adquirir reconocimiento, las distintas autoconciencias llegan a reconocerse como individuos diferentes entre sí, pero dueños de una misma dignidad, en tanto que forman parte de un todo común en el cual se reconocen mutuamente, es decir, una comunidad donde “el yo es el *nosotros* y el *nosotros* es el yo” (Hegel [1952] 2004: 113).

Ahora, si bien el discurso del reconocimiento comienza a cobrar sentido a partir de Hegel, a Taylor le parece inevitable llamar la atención sobre ciertos cambios que han hecho de nuestra preocupación por el reconocimiento algo que la modernidad no puede descuidar. Dispuestos en dos ejes, estos cambios pueden articularse de la siguiente manera: por un lado, tenemos que al colapsar las jerarquías sociales, el concepto de dignidad adquiere preeminencia sobre el de honor; por otro, imbricado con el punto anterior, el reconocimiento adquiere un nuevo valor cuando la modernidad individualiza la noción de identidad.

La individualización de la identidad se da en la modernidad cuando la autenticidad, dice Taylor, comienza a instaurarse como ideal ético.¹⁹ Porque al hombre, además de serle propio su genérico modo de ser, le compete ser humano de acuerdo a su singular individualidad. De modo que yo, así como cada uno de nosotros en tanto que individuos, “estoy llamado a vivir mi vida de esta manera, y no imitar la de ningún otro. [...] De no serme fiel, me desví de mi vida; pierdo de vista lo que es ser humano para *mí*” (Taylor *op. cit.*: 297). El valor de la autenticidad como ideal ético sobreviene en virtud de un cierto desplazamiento del acento moral,²⁰ según el cual ‘bien’ y ‘mal’ dejan

¹⁸ En esta reconstrucción de inspiración tayloriana de la dialéctica del amo y el esclavo, tal vez, resulte imprecisa o inadecuada la mención al concepto de honor. Es, más bien, Rousseau antes que Hegel quien pone el acento en la cuestión del honor. Sin embargo, la lectura que Taylor hace del reconocimiento está teñida de influencias rousseauianas.

¹⁹ Con *La Ética de la Autenticidad* ([1991] 1994) Taylor dedica una obra a desarrollar íntegramente esta tesis.

²⁰ Taylor identifica a Rousseau y Herder como articuladores de este desplazamiento moral: “Nuestra salvación moral dependerá de la recuperación del contacto moral auténtico con nosotros mismos. Rousseau llega incluso a dar nombre a este contacto íntimo consigo mismo, contacto más fundamental que cualquier otra orientación moral, y que es fuente de gozo y contento: ‘le sentiment de l’existence’. [...] Herder introdujo la idea de que cada uno de nosotros tiene un modo original de ser humano: cada persona tiene su propia ‘medida’”. (Taylor [1992] 1997: 297).

de ser evaluados en función de un cálculo racional orientado por un sistema de premios y castigos instaurado por algún orden moral ya establecido. De este modo, los sentimientos, en tanto que dan cuenta de lo que a mí me importa, se tornan de suma relevancia para determinar y juzgar mis acciones. Por tanto, según Taylor,

“La importancia de este contacto consigo mismo se incrementa notablemente con la introducción del principio de originalidad: cada una de las voces tiene algo único que decir” (ibid.).

Me doy cuenta de la medida de mis acciones y de quién soy observando lo que siento. No se trata, ciertamente, de relativizar la ética en torno a la subjetividad de un agente egoísta, haciendo de mi ego un absoluto que opere como la medida de todas las cosas, sino de oponerse a esa concepción calculadora de la razón que sitúa al hombre como un agente neutral respecto de sus decisiones, las cuales, según la concepción recién criticada, habrían de estar enmarcadas por un orden ya establecido de antemano. Por el contrario, ser auténtico conmigo mismo me obliga a articular aquello que propia y originalmente me define como sujeto comprometido con (y vinculado a) un cierto trasfondo u horizonte (histórico, temporal, cultural, lingüístico, etc.) desde el cual mis sentimientos cobran sentido. Además, hay que notar que este trasfondo u horizonte sólo es posible si concebimos al individuo holísticamente situado en una comunidad que es algo bastante más complejo que la mera suma de los individuos que la integran. De esta manera, se torna perentorio que participemos de un diálogo con los otros para lograr articular el trasfondo a partir del cual mis sentimientos adquieren sentido y me permiten darle significado auténtico a mi identidad, la cual, dicho sea de paso, necesita ser reconocida por la comunidad de la que soy miembro y parte.

Ahora bien, en otro texto sostiene Taylor que en la modernidad

Vivimos en un mundo en que las personas tienen derecho a elegir por sí mismas su propia regla de vida, a decidir en conciencia qué convicciones adoptar, a determinar la configuración de sus vidas con una completa variedad de formas sobre las que sus antepasados no tenían control. [...] La gente solía considerarse [en tiempos premodernos] como parte de un orden mayor. En algunos casos, se trataba de un orden cósmico, una “gran cadena del ser” [...]. Este orden jerárquico se reflejaba en las jerarquías de la sociedad humana. La gente se encontraba a menudo confinada a un lugar, un papel y puesto determinados que eran estrictamente los suyos y de los que era casi impensable apartarse. La libertad moderna sobrevino gracias al descrédito de dichos órdenes. (Taylor [1991] 1994: 38)

La cita anterior nos da pie para observar que con el colapso de las jerarquías la noción de honor cae también. El honor es un concepto que tiene valor sólo dentro de un sistema de preferencias y diferencias; de ahí que dentro de sociedades organizadas jerárquicamente sea tan relevante la posición relativa que ocupe cada individuo, puesto que el lugar que tenga dentro del orden social determinará, en gran parte, su identidad. Así, por ejemplo, ser patrón dentro de una economía latifundista u obtener una condecoración dentro de una institución militar sólo puede ser valorado por los demás en virtud del hecho de que no todos satisfacen las condiciones o exigencias suficientes como para merecer el honor de ser condecorado o de ostentar el rango de patrón. Luego, la noción de dignidad, una que se acomoda bastante mejor a las modernas sociedades democráticas, pasa a adquirir una mayor relevancia, ya que si las jerarquías sociales colapsan, el valor de la identidad de cada individuo deja de ser relativo a tal o cual orden y, en vez, adquiere un carácter absoluto. La dignidad de cada individuo y su identidad, entonces, debe ser reconocida universalmente por los otros y por la comunidad en las sociedades modernas.

Ahora bien, si el mutuo reconocimiento es inexorablemente necesario para la formación de la identidad, ¿acaso esto significa que el discurso del reconocimiento es patrimonio exclusivo de la modernidad? En ningún caso. Ya en tiempos premodernos el reconocimiento era constitutivo de la identidad; la diferencia era entonces que “el reconocimiento general estaba integrado en la identidad socialmente derivada en virtud del hecho de que estaba basada en categorías sociales que todo el mundo daba por sentadas” (Taylor [1992] 1997: 301). En otras palabras, antes de que sobreviviera la modernidad, la pertenencia a una clase y/o el ejercicio de un rol social determinaba la identidad, a la vez que otorgaba el reconocimiento de ésta. En cambio, la identidad individual moderna

no goza de este reconocimiento a priori. Debe ganarse por medio del intercambio y el intento puede fracasar. Por ello ahora por primera vez se siente su necesidad. En la época premoderna, la gente no hablaba de ‘identidad’ y ‘reconocimiento’ no porque la gente no tuviera lo que denominamos identidades, o porque éstas no dependieran del reconocimiento, sino porque entonces eran demasiado poco problemáticas como para que fueran tematizadas como tales (Ibid.).

Así pues, la importancia del reconocimiento es admitida hoy universalmente de manera explícita, tanto en la esfera pública como privada. Gran parte de lo que hemos sostenido en esta sección vale tanto para el nivel íntimo como el social del reconocimiento. No obstante, en lo que sigue dejaremos de lado el discurso del reconocimiento en su dimensión personal para

concentramos en aquellos aspectos más propiamente políticos. Con todo, resulta evidente que al tratar esta cuestión ambos niveles, el íntimo y el social, se entrecruzan, pero esperamos que la exposición que hemos desarrollado haya servido para dar cuenta de aquellos puntos en común de mayor importancia.

DOS INTERPRETACIONES DE LA POLÍTICA DEL RECONOCIMIENTO

Como ya fue mencionado dentro de la segunda sección, en la esfera de lo público, según Taylor, el discurso moderno del reconocimiento puede recibir, al menos, dos distintas interpretaciones. Por un lado está la posición universalista, que aboga por que los mismos derechos y obligaciones civiles sean reconocidos por y para todos los individuos. Esta lectura del discurso del reconocimiento suele fraternizar con distintas formas de liberalismo político, a la vez que entra en conflicto con las políticas de la diferencia, las cuales generalmente son asociadas a posiciones comunitaristas, grupos minoritarios y ciertas formas de feminismo. Desde esta otra vereda, las políticas de la diferencia le imputan al universalismo el promover una asimetría socio-económica entre los miembros de una sociedad, asimetría que termina por instaurar ciudadanos de segunda categoría, condenados a una “pobreza hereditaria” de la que es muy difícil escapar. Con todo, a pesar de lo recurrente de esta objeción, el principio igualitario de ciudadanía se halla fuertemente enraizado en la sociedad moderna y ha llegado a ser universalmente aceptado por sus miembros, prácticamente sin excepciones.

Ahora, lo que les interesa a los defensores de las políticas de la diferencia es poner el acento en el reconocimiento de la identidad única y original que cada individuo y comunidad tiene. Por tanto, mientras que para la interpretación universalista el objeto de reconocimiento es algo así como una misma “canasta” de derechos civiles universales, según esta otra interpretación, el objeto del reconocimiento es la identidad distintiva y propia de cada quien, cuya integridad ha de protegerse para evitar que se vea homogeneizada por la identidad de aquellas comunidades hegemónicas.

Tal y como Taylor presenta la oposición entre estas interpretaciones, parece que, en el fondo, el conflicto se torna insalvable debido a una dicotomía entre dignidad y autenticidad. Ya que, por un flanco, se exige el reconocimiento de algo que no es universalmente reconocido (es decir, la distintiva identidad de ciertos individuos y comunidades), mientras que, por el otro, se replica que para que algo sea reconocido ello debe estar universalmente presente en la sociedad (como es el caso de, por ejemplo, la igualdad de derechos civiles en las repúblicas democráticas modernas). No obstante, la demanda por dignidad universal estimula el reconocimiento de la especificidad

de la identidad, ya que si *todos* poseen una identidad propia, ¿por qué no reconocer *universalmente* la peculiar identidad de cada quien? Este punto sirve para apreciar que las interpretaciones que hacen las políticas de la diferencia y el universalismo no son equívocas, puesto que la primera “brota orgánicamente” de la segunda, ya que “la exigencia universal impulsa la admisión de la especificidad” (*ibid.*: 305).

Pero esta relación no es unidireccional, puesto que la lectura por la cual las políticas de la diferencia abogan también puede dar lugar a una defensa de la interpretación universalista del reconocimiento. Resulta que la recurrente objeción contra el universalismo, aquella según la cual esta posición “ciega a las diferencias” tiende a instaurar ciudadanos de segunda categoría, también hiere a las políticas de la diferencia. Porque al promover un reconocimiento libre de dicha ceguera política ocurrirá que quienes no se vean beneficiados por ese “ajuste de cuentas” social que es la diferenciación orientada pueden resultar siendo menoscabados de un modo u otro. Pero, además, si se toma en cuenta que alentar un tipo de reconocimiento que discrimine positivamente suele defenderse a título de

medida temporal que eventualmente nivelará el campo de juego y que permitirá que las viejas “reglas ciegas” vuelvan sin que por ello discriminen a nadie (ibid. : 306),

entonces, quienes atacan la interpretación universalista del reconocimiento no pueden emplear este argumento. Porque, tal y como ella es presentada por Taylor, la discriminación positiva parece no hacer más que eliminar las diferencias, homogeneizando las identidades culturales de individuos y comunidades. Luego, si lo que le importa a las políticas de la diferencia es el reconocimiento de la original identidad de cada quien, en vez de intentar restaurar una sociedad “ciega a la diferencia”, ellas deberían esforzarse por buscar alguna forma de mantener y fortalecer la supervivencia de las diferencias culturales, de modo tal que éstas no terminen desapareciendo con el paso del tiempo (*cf. ibid.*).

Pero, según Taylor, el conflicto entre ambas interpretaciones no se limita meramente a una disputa sobre cuál sea el verdadero objeto del reconocimiento, porque si atendemos a las “intuiciones metafísicas”²¹ que subyacen a

²¹ En “Equívocos: El Debate entre Liberalismo – Comunitarismo” ([1989] 1997) Taylor propone distinguir entre cuestiones metafísicas [ontological issues] y cuestiones de defensa [advocacy issues]. Las primeras “tienen que ver con lo que se reconoce como los factores que se invocan para explicar la vida social. [...] tienen que ver con los términos últimos

cada una de ellas también se aprecia el fuerte antagonismo entre una y otra parte. Así, la interpretación universalista supone que cada individuo merece igualitariamente el mismo respeto en virtud de que todos los seres humanos somos agentes racionales que dirigen sus vidas de acuerdo a idénticos principios. Luego, se seguiría que hay un potencial de racionalidad común a todos, el cual “más que cualquier cosa que una persona haya hecho a partir de él, es lo que asegura que toda persona merece respeto” (*ibid.*: 307).

En lo que respecta a la intuición subyacente a las políticas de la diferencia, ésta también apuntaría a una potencialidad universal del ser humano, esta es, la de autodefinir la propia identidad, ya sea individual o culturalmente considerada. Aceptado este supuesto, con independencia de cuál sea la situación fáctica, todos los individuos y comunidades son merecedores del mismo respeto. Por tanto, opiniones que menoscaben el valor de otras culturas en función de su precario desarrollo o evolución como ésta, por ejemplo “Cuando los zulúes produzcan un Tolstoi, entonces los leeremos” (*ibid.*), deben ser desestimadas por atentar en contra de la dignidad humana.

Es evidente que ambas intuiciones metafísicas comparten una misma exigencia básica de igualdad de respeto, sin embargo, no por ello el conflicto ha desaparecido. Por un lado, la interpretación universalista del discurso del reconocimiento le imputa a la de las políticas de la diferencia la violación del principio de no discriminación, mientras que los defensores de esta última interpretación acusan a la otra parte de imponer la cultura de la comunidad hegemónica y homogeneizadora al resto de los grupos subalternos.

En todo caso, parece ser que la falta de la interpretación universalista es más grave, puesto que ella atentaría no sólo contra la autodeterminación de la identidad, sino que también incurriría en una suerte de discriminación, en tanto que al imponer la cultura hegemónica se discrimina la de aquellas otras comunidades minoritarias. Esto se debe, según Taylor, a que

que se aceptan en el orden de explicación” (*ibid.*: 239; las cursivas son mías). Las cuestiones de defensa, en cambio, “tienen que ver con la postura moral o los principios que se adoptan. Aquí hay una gama de posiciones que van desde conceder primacía a los derechos individuales y a la libertad y dar una más alta prioridad a la vida de la comunidad o a los bienes de las colectividades” (*ibid.*: 240; las cursivas son mías). Por tanto, queda claro que al referirnos a las “intuiciones metafísicas” supuestas por el universalismo y las políticas de la diferencia estaremos moviéndonos dentro del ámbito de las cuestiones de defensa. De este modo, fundamentalmente, lo que hace cualquier intuición metafísica que se pueda esgrimir a favor de una u otra interpretación del reconocimiento es dar cuenta de ciertas convicciones filosóficas válidas dentro del ámbito de lo político-moral.

el supuesto conjunto neutro de principios “ciegos a la diferencia” es de hecho el reflejo de una cultura hegemónica.²² Por tanto, sólo las culturas minoritarias o suprimidas son constreñidas a adquirir una forma ajena. De modo que la sociedad supuestamente respetuosa y ciega a la diferencia no sólo es inhumana (a raíz de las identidades suprimidas) sino también, de modo sutil e inconsciente, es altamente discriminatoria (Ibid.: 308).

Por tanto, en el mejor de los casos, una bien intencionada interpretación universalista del reconocimiento pecaría de inocente por concebir la posibilidad de que haya principios universales ciegos a la diferencia. Este viciado optimismo teórico ayuda a comprender los esfuerzos de algunas teorías liberales por definir y especificar aquellos principios universales. Como fuere, ya sea si la interpretación universalista es bien intencionada o no,

lo preocupante es que este sesgo pueda ser no sólo una debilidad contingente de todas las teorías [liberales] propuestas hasta ahora; que la propia idea de un liberalismo como éste pueda ser una especie de contradicción pragmática, un particularismo disfrazado de universalismo (Ibid.: 309).

La respuesta a si, acaso, todo liberalismo incurre en la recién señalada contradicción pragmática ya la adelantamos en las primeras páginas de nuestro artículo y es negativa. Según Taylor, es concebible una teoría liberal que no incurra en “un particularismo disfrazado de universalismo” si dicha teoría permite que la sociedad adscriba compromisos morales sustantivos²³, porque

Se podría argumentar que, después de todo, una sociedad liberal de procedimiento podría asumir un objetivo como la supervivencia. [...] Las políticas que defienden la supervivencia buscan activamente crear miembros de la comunidad [...]. De acuerdo a esta concepción, una sociedad liberal se caracteriza como tal por la manera como trata a las minorías, incluidos los que no comparten las definiciones públicas del bien, y sobre todo por los derechos que concede a todos sus miembros. [...] Una sociedad con aspiraciones colectivas importantes puede ser liberal, desde este punto de vista, a condición de que sea al mismo tiempo capaz de respetar la diversidad [...] y a condi-

²² Vid. n. 9 del presente artículo.

²³ Vid. n. 7 del presente artículo.

ción de que pueda ofrecer salvaguardas adecuadas para los derechos fundamentales (Ibid.: 321-322).

Por tanto, basta con que una sociedad adopte como compromiso sustantivo el respeto y la promoción de la supervivencia de las diversas identidades culturales que conviven dentro de ella para que el liberalismo se libre de la grave falta que Taylor le imputa a la lectura universalista del reconocimiento.²⁴ De este modo, un grupo minoritario que pretenda que la autonomía de su identidad sea reconocida y respetada por el resto de la sociedad como ocurre, por ejemplo, con la comunidad francófona de Quebec en Canadá o con algunas comunidades indígenas en Latinoamérica tendría derecho a que se satisfaga esta demanda, al menos, mientras la identidad del grupo no hegemónico y la meta colectiva de ésta para con su supervivencia cultural no atente contra los derechos fundamentales (ya sean estos sustantivos o procedimentales) de la sociedad.

De esta manera se abre una vía para resolver el conflicto entre las interpretaciones que los partidarios de las políticas de la diferencia y los defensores del universalismo hacen del discurso moderno del reconocimiento. La vía propuesta por Taylor es la de un liberalismo comprometido sustancialmente con ciertos fines colectivos, o sea, la de un liberalismo de vocación comunitarista. Podríamos decir ya que si políticamente una sociedad admite dicho compromiso, en principio, resulta ilegítimo que se le niegue a otra comunidad el derecho a comprometerse de igual modo respecto de la subsistencia de su propia identidad.²⁵ En lo que sigue, sin ahondar más en la solución tayloriana para el conflicto entre las interpretaciones del discurso del reconocimiento

²⁴ Una sociedad semejante es la que parece tener en cuenta el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en tanto que ahí se busca reconocer “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del un marco de los Estados en que viven”. (Organización Internacional del Trabajo 2006: 22)

²⁵ Michael Walzer, en un comentario a “La Política del Reconocimiento”, se refiere a la posición de Taylor como “Liberalismo 2”, por oposición a un “primer tipo de liberalismo (‘Liberalismo 1’) [que] está comprometido de la manera más vigorosa posible con los derechos individuales y, casi como deducción de esto, con un Estado rigurosamente neutral, es decir, un Estado sin perspectivas culturales o religiosas o, en realidad, con cualquier clase de metas colectivas que vayan más allá de la libertad personal y la seguridad física, el bienestar y la seguridad de sus ciudadanos. [...] El segundo tipo de liberalismo (‘Liberalismo 2’) permite un Estado comprometido con la supervivencia y el florecimiento de una nación, cultura o religión en particular, o de un (limitado) conjunto de naciones, culturas y religiones, en la medida en que los derechos básicos de los ciudadanos que tienen diferentes compromisos, o que no los tienen en absoluto, estén protegidos”. (Walzer [1992] 1993: 139-140)

que hemos tratado en la presente sección, en las secciones finales de nuestro artículo comenzaremos a retomar el caso que presentamos en las primeras páginas.

UNA ACUSACIÓN MÁS DIFÍCIL DE REBATIR

Ya hemos mostrado de qué manera Taylor concibe la posibilidad de que el liberalismo se salve de incurrir en el “pecado político” de homogeneizar las identidades culturales y, con ello, de eliminar los rasgos característicos de aquellas culturas minoritarias en una sociedad. No obstante, dice Taylor que hay “otra acusación que resulta más difícil de rebatir y, sin embargo, en esta forma tal vez no debiera ser rechazada” (*ibid.*: 324). Lo que esta nueva acusación le imputa al liberalismo es la incapacidad de constituirse como una plataforma política imparcial, es decir, como un terreno en el cual puedan coexistir armónicamente miembros pertenecientes a distintas culturas. En pocas palabras, el punto de Taylor consiste en hacerse cargo de la denuncia de que el liberalismo, tanto en sus versiones más neutrales como en aquellas comprometidas sustancialmente con ciertas metas colectivas, también “es un credo combatiente” (*ibid.*: 325). La pregunta, ahora, es si se puede defender no sólo la supervivencia de la identidad de un crisol de comunidades diferentes en contextos multiculturales, sino, además, si es posible exigir que todos reconozcamos igualmente el valor de cada una de ellas.

Esta cuestión, ciertamente, es de suma gravedad en el orbe globalizado y culturalmente permeable de nuestra era. En especial, porque necesariamente se han de trazar límites que excluirán ciertas culturas de una sociedad política toda vez que éstas manifiesten serias incompatibilidades con algunos derechos fundamentales básicos o ciertos compromisos sustantivos constitutivos de la comunidad hegemónica. La cuestión, entonces, tiene que llevarnos a preguntar por el valor que recibe o se le otorga a las comunidades subsidiarias, valor en virtud del cual dichas comunidades podrían demandar el reconocimiento de su identidad.

En “La Política del Reconocimiento”, Taylor emplaza esta discusión en dos focos relativos a la esfera de la educación. Estos son el de las facultades de humanidades dentro de las universidades donde las disputas se articulan en torno a la alteración o ampliación del “canon” y de los planes de estudio y el de las escuelas secundarias donde el debate dice relación con la implementación de programas culturalmente diferenciados. El punto de las posiciones simpatizantes con el “multiculturalismo” no consiste tanto en ampliar el repertorio cultural de la sociedad como un todo, sino, más bien, es permitir que los grupos marginados tengan la posibilidad de alcanzar un debido reconocimiento para garantizar, así, que la imagen que tengan ellos de su propia

identidad no se vea menoscabada por la concepción homogeneizadora que suele imprimir una educación ciega a las diferencias culturales. Un punto débil de esta demanda es la usual suposición de las políticas de la diferencia: que toda cultura es igualmente valiosa. Dicha suposición puede sostenerse, no obstante, por una suerte de “caridad multicultural”, al menos mientras no se cuente todavía con estudios que avalen o refuten el valor de la cultura minoritaria bajo evaluación.

Para llevar a cabo adecuadamente dichas evaluaciones del valor de una cultura, Taylor habla de una “fusión de horizontes”. Esto implica que, al investigar otra cultura (en miras a dar cuenta del valor que ésta pueda tener), debemos permitir que nuestros propios horizontes de sentido se amplíen en función de aquellos imbricados en la cultura a la cual nos aproximemos. De esta manera, aquello que en un principio se consideraba ya establecido desde nuestra propia perspectiva cultural tendrá, forzosamente, que verse modificado para intentar comprender el punto de vista del otro desde su peculiar horizonte de sentido. Así pues,

La fusión de horizontes opera mediante el desarrollo de nuevos vocabularios de comparación, a través de los cuales podemos articular estos nuevos contrastes. De modo que si llegamos o cuando finalmente llegamos a encontrar un apoyo sustantivo a nuestra presuposición inicial, lo hacemos sobre la base de una comprensión de lo que es valioso, comprensión de la que carecíamos al principio. Hemos llegado a formular este juicio en parte a través de una transformación de nuestros esquemas (Ibid.: 329).

Negarse a fundir y ampliar el propio horizonte de sentido implica negar la igualdad de respeto y valor de las culturas no-hegemónicas, lo cual fomentaría el falso reconocimiento y provocaría perniciosas consecuencias respecto de la formación de la identidad de una comunidad. Dado que de este modo se contraviene el principio de igual dignidad, se debe objetar la renuencia respecto de la fusión de horizontes, puesto que la fusión de horizontes se justifica al ser concebida como una ampliación de la política de la dignidad.

Con todo, más que estudios que avalen la pretendida hipótesis propuesta más arriba, lo que hace falta es que de hecho se apliquen en la práctica juicios de valor igualitario. La exigencia de igual valor y respeto de culturas distintas debe demandarse por las culturas marginadas, no tanto en base al mérito que tienen sus expresiones culturales, sino en virtud de que tales expresiones les pertenecen a su cultura y que mediante ellas se está exigiendo el reconocimiento de su peculiar identidad cultural. En este caso, la valoración

de una cultura marginal no es independiente de nuestra buena voluntad y una favorable predisposición. Pero, desde esta perspectiva, “carece de sentido exigir, como si se tratara de una cuestión de derecho, que lleguemos a concluir finalmente que su valor [el de las culturas no-hegemónicas] es grande o igual al de las demás” (*ibid.*: 330). Adoptar semejante actitud para con la cultura extraña implica, al menos, un gesto de condescendencia. Pero no es condescendencia lo que busca la cultura no-hegemónica, sino respeto. Si el juicio de valor respecto de la cultura del otro es apresurado, si no se ha dado ya una fusión de horizontes, ésta es valorada de acuerdo a criterios particularistas, lo que significa que el otro sólo tiene valor en tanto que se parece a mí.

Por tanto, aparentemente, en último término nos vemos obligados, o bien a adoptar una exigencia homogeneizadora en el reconocimiento de un mismo valor para toda cultura, o bien a enclaustrarnos en nuestros propios estándares etnocéntricos. La alternativa que Taylor propone para resolver esta dicotomía consiste en tomar el presupuesto del valor cultural igualitario sólo como “una posición que adoptemos [a modo de hipótesis] cuando emprendemos el estudio de los otros” (*ibid.*: 333). De acuerdo a esta “tercera vía”, finalmente, parece que el problema deja de ser político y se desplaza al ámbito de la moral, ya que

*Para aceptar esta suposición basta que asumamos el sentido de nuestra limitada participación en el conjunto de la historia humana. [...] lo que esta suposición nos exige [es] una disposición para abrirnos a un tipo de estudio cultural comparativo que desplazará nuestros horizontes hasta la fusión resultante. [...] Esto significaría romper con una ilusión a la que todavía se aferran muchos “multiculturalistas”, así como a sus más enconados oponentes (*ibid.*: 334).*

¿Pero nos satisface como respuesta sostener que conflictos de esta índole no se resuelven sin el concurso de una suerte de “caridad multicultural”? En cierta medida, la respuesta de Taylor es adecuada al diagnóstico ofrecido. Sin embargo, ¿qué pasa cuando, de hecho, nos topamos con comunidades que no están abiertas a ampliar sus horizontes o trasfondos de sentido? A modo de ilustración, en las primeras páginas de este artículo mencionamos un ejemplo que opera como caso límite de este tipo de problemas. ¿Qué salida podemos recomendar cuando, conviviendo de un modo u otro dentro de una misma esfera pública²⁶, identidades tan distintas como las de ciertas

²⁶ “¿Qué es una esfera pública? La describiré como un espacio común donde los miembros de la sociedad se encuentran, a través de una cierta variedad de medios de comunicación (impresos, electrónicos) y también en reuniones cara a cara, para discutir asuntos de in-

comunidades musulmanas y las de algunas occidentales no logran reconocerse mutuamente como es debido? ¿Qué tiene que decir Taylor respecto de casos como éste?

Según la corriente principal del islam, es imposible hablar de separar la política y la religión en la forma como hemos llegado a considerar razonable en la sociedad liberal occidental. El liberalismo no es un punto de encuentro posible de todas las culturas, sino la expresión política de un sector de culturas, además, bastante incompatible con otros sectores. De hecho, y muchos musulmanes lo saben, el liberalismo occidental no es tanto una expresión de la visión secular y posreligiosa que se ha popularizado entre los intelectuales liberales, como una evolución más orgánica de la cristiandad ([1992] 1997: 324).

Según lo sostenido en esta larga cita, y de acuerdo a lo que hemos afirmado hasta aquí, las posibilidades de reconocimiento entre culturas occidentales y musulmanas, como también entre otras cualesquiera que no estén dispuestas a (o para las cuales no sea factible) fusionar sus horizontes de sentido o significación, estarían condenadas a no alcanzar un adecuado reconocimiento mutuo. El liberalismo, ciertamente, resultaría insuficiente para sentar las bases de un terreno fértil para el reconocimiento. Lo mismo vale, por otro lado, para cualquier organización político-social fundada en un Estado confesional islámico. Entonces, ¿qué condiciones deberían cumplirse para alcanzar la fusión de horizontes que permitiría el debido reconocimiento en contextos multiculturales? En lo que sigue, intentaré bosquejar brevemente una respuesta a esta pregunta que atañe, especialmente, a los casos límites de reconocimiento, vale decir, a aquellos en los cuales la posibilidad misma del reconocimiento debido parece estar clausurada.

LIDIANDO CON CASOS LÍMITES DE RECONOCIMIENTO

Lo problemático de los casos límite de reconocimiento está en que, al no alcanzarse efectivamente siquiera la posibilidad de que la identidad de una o ambas partes sea reconocida, no se supera el momento de “lucha a muerte” por el reconocimiento;²⁷ esto conlleva, como ya dijimos, que el intento de

terés común y, de este modo, ser capaces de formar una opinión común entre ellos. Digo “un espacio común” porque, a pesar de que los medios sean múltiples, así como también los intercambios, que en ellos tienen lugar, se consideran, en principio, intercomunicables. [...] La esfera pública es un rasgo central de la sociedad moderna; tan central que, incluso donde está, de hecho, suprimida o manipulada, ha de ser fingida”. (Taylor [1995] 1997: 339)

²⁷ Vid. pág. 9 del presente artículo.

una comunidad por expresar su propia identidad sea acallado por aquella con la cual entra en competencia. En pocas palabras, lo que una parte le dice a la otra es: "Lo siento, pero así es como aquí hacemos las cosas". Las réplicas a respuestas como ésta pueden ser dramáticas: actos de terrorismo, persecución religiosa o política, conductas criminales, polvorines bélicos, bloqueos comerciales, etc. La cuestión, entonces, consiste en cómo hemos de preparar el terreno para, eventualmente, alcanzar el reconocimiento que se deben entre sí distintos grupos de seres humanos y, así, superar o amainar los eventuales conflictos.

Para cumplir con este objetivo, en primer lugar, como comunidad hemos de estar conscientemente al tanto de que las cosas se pueden hacer (y se hacen) de maneras distintas a cómo se hacen aquí, en *mi* comunidad; esta necesaria perogrullada no consiste sino en admitir que pueden haber diferentes trasfondos y horizontes de sentido. Luego, sería tarea de la comunidad completa adoptar la hipótesis tayloriana de la igualdad de valor cultural al momento de aproximarnos a culturas distintas. Pero exigir esto por parte de la gran mayoría de un grupo humano sería pecar de inocencia política o tener un voluntarismo multiculturalista excesivamente optimista. Eventualmente, semejante tarea es posible, pero exige esfuerzos prolongados en el tiempo por lograr que toda una comunidad adopte semejante caridad multicultural.²⁸

Como sea, dado que los horizontes de sentido son aquel marco o trasfondo desde el cual comprendemos nuestra relación con el mundo, los otros y nosotros mismos, es imperativo que una comunidad no desestime la tarea de articular sus propios horizontes. Porque sin un trasfondo nuestras relaciones carecen de sentido, ya que nuestras representaciones de las cosas [...] están basadas en la forma en que nos relacionamos con ellas. Tales relaciones están, en buena medida, inarticuladas y el proyecto de formularlas es esencialmente incoherente [cuando no se las contrasta con un trasfondo u horizonte de sentido], porque cualquier proyecto de articulación descansa

²⁸ Donald Davidson habla del principio de "caridad interpretativa" como condición necesaria para que el oyente pueda darle significado, es decir, interpretar, los enunciados proferidos por el oyente. El principio de caridad interpretativa hace que el oyente maximice las posibilidades de sentido en las preferencias del hablante; este principio le exige al oyente que éste le impute al hablante una máxima coherencia al sistema de creencias que el hablante ha de tener para que sus palabras no carezcan de sentido (vid. Davidson 1973). Así como el principio davidsoniano de caridad interpretativa es condición necesaria para que dos agentes puedan comunicarse, análogamente podríamos pensar que es necesaria también una suerte de "caridad multicultural" para que dos comunidades puedan reconocerse mutuamente como es debido.

en un trasfondo [background] u horizonte de compromiso no explícito en el mundo ([1987] 1997: 32).

Valga la redundancia, solamente si hemos intentado previamente articular nuestro propio trasfondo cultural, a partir del cual nuestra identidad adquiere un auténtico significado, podremos llegar a fusionar nuestros propios horizontes culturales con los de alguna otra comunidad. Pero, todavía más importante que esto, para que dos comunidades lleguen a reconocerse mutuamente es necesario que éstas y sus miembros interactúen de hecho entre ellos. En una era globalizada como la nuestra, en mayor o menor grado, podemos decir con seguridad que son muchas las culturas que entre sí interactúan ya sea dentro de la esfera pública, mediante la economía de mercado, a través de medios globales de intercambio de información, participando de redes virtuales organizadas en miras a intereses en común, etc., pero mientras los canales de interacción no se robustezcan lo suficiente, hasta llegar a cristalizarse en auténticas comunidades, tales relaciones entre individuos de diferentes culturas sólo serán de carácter instrumental. Relaciones meramente instrumentales como éstas no bastan para fertilizar un terreno común desde el cual pueda surgir la posibilidad de un debido reconocimiento entre culturas sustancialmente distintas. No obstante, si a partir de dichas relaciones entre individuos llegan a erguirse auténticas comunidades nuevas, con una identidad lo suficientemente fuerte como para traspasar las fronteras culturales de las comunidades originarias de cada quien, entonces sí que se abren posibilidades efectivas de que las barreras que impiden la fusión de horizontes de éstas últimas se debiliten o desplacen.

Ciertamente, una propuesta como ésta podría ser acusada de estar, o bien postulando la necesidad de minar las identidades culturales de aquellas comunidades originarias que entre sí constituyen casos límite de reconocimiento, o bien de contrabandear una homogeneización cultural a largo plazo. Pero no se trata de lo uno ni de lo otro. Más bien, lo que sostenemos es que semejante tipo de conflictos relativos al reconocimiento no pueden resolverse mientras persista por parte de una o ambas comunidades la monolítica obstinación por lograr una ortodoxa supervivencia de la propia identidad cultural. Ninguna comunidad puede ser concebida como si de una fantástica e imperturbable isla se tratase. Porque es tan implausible pensar que pueda haber una donde todas las culturas armónicamente convivan libres de todo conflicto, como también lo es imaginar que exista alguna que no vaya a ser transformada por las embestidas del tiempo, la historia y la interacción con otras culturas distintas a la suya. Por tanto, toda comunidad está obligada a concebir su propia cultura como estando moldeada por marcos flexibles. De lo contrario, no dejaremos de presenciar tristes y vergonzosos incidentes en los cuales los miembros de una comunidad tratan a los de otra como meros

insectos, cuya identidad cultural, en vez de ser reconocida como se debe, es aplastada sin remordimientos.

BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO, A. (2001). *Ética Y Liberalismo*. Santiago: RIL Editores.

DAVIDSON, D. ([1973] 1984). "Radical interpretation". *Inquiries Into Truth And Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.

DE LA MAZA, M. (2003) "El reconocimiento como estructura ética fundamental". *Seminarios de Filosofía*. Vol. 16. Santiago: Instituto de Filosofía, Pontificia Universidad Católica de Chile

DWORKIN, R. (1978). "Liberalism". *Public and Private Morality*. Cambridge: Cambridge University Press.

HEGEL, G.W.F. ([1952] 2004). *FENOMENOLOGÍA DEL ESPÍRITU*. Madrid: FCE.

HOUELLEBECQ, M. ([2001] 2002). *Plataforma*. Barcelona: Anagrama.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006). *Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Recuperado el 21 de julio de 2009, del sitio <http://www.oitchile.cl/pdf/Convenio%20169.pdf>

PAVIĆ, M. ([1984] 1988). *Dictionary Of The Khazars: A Lexicon Novel*. New York: Vintage International.

RICOEUR, P. ([2004] 2006). *Caminos Del Reconocimiento. Tres Estudios*. México: FCE.

TAYLOR, C. ([1995] 1997). "La política liberal y la esfera pública". *Argumentos Filosóficos: Ensayos Sobre El Conocimiento, El Lenguaje Y La Modernidad*. Barcelona: Paidós.

TAYLOR, C. ([1992] 1997). "La política del reconocimiento". *Argumentos Filosóficos: Ensayos Sobre El Conocimiento, El Lenguaje Y La Modernidad*. Barcelona: Paidós.

TAYLOR, C. ([1991] 1997). "*Lichtung o Lebensform: paralelismos entre Heidegger y Wittgenstein*". *Argumentos Filosóficos: Ensayos Sobre El Conocimiento, El Lenguaje Y La Modernidad*. Barcelona: Paidós.

- TAYLOR, C. ([1991] 1994). *La Ética De La Autenticidad*. Barcelona: Paidós.
- TAYLOR, C. ([1990] 1997). "Comparación, historia, verdad". *Argumentos Filosóficos: Ensayos Sobre El Conocimiento, El Lenguaje Y La Modernidad*. Barcelona: Paidós.
- TAYLOR, C. ([1989] 1997). "Equívocos: el debate liberalismo – comunitarismo". *Argumentos Filosóficos: Ensayos Sobre El Conocimiento, El Lenguaje Y La Modernidad*. Barcelona: Paidós.
- TAYLOR, C. ([1987] 1997). "La superación de la epistemología". *Argumentos Filosóficos: Ensayos Sobre El Conocimiento, El Lenguaje Y La Modernidad*. Barcelona: Paidós.
- TAYLOR, C. ([1979] 1983). *Hegel Y La Sociedad Moderna*. México:FCE.
- TAYLOR, C. (1975). *Hegel*. Cambridge: Cambridge University Press.
- WALZER, M. ([1992] 1993). "Comentario". *El Multiculturalismo Y "La Política Del Reconocimiento"*. México: FCE.
- WITTGENSTEIN, L. ([1958] 2008). *Investigaciones Filosóficas*. México: Crítica.

ALASDAIR MACINTYRE SOBRE LA VIRTUD Y LA JUSTICIA EN ARISTÓTELES

CARLOS ISLER SOTO¹

I.- INTRODUCCIÓN.

Alasdair MacIntyre es uno de los representantes actuales más importantes del neoaristotelismo en filosofía política y ética. Mérito suyo ha sido el revitalizar en gran medida la doctrina del Estagirita en el ambiente filosófico anglosajón, transformando así a Aristóteles en un genuino participante de los debates políticos y morales actuales.

El presente trabajo tiene por objeto exponer la interpretación que realiza Alasdair MacIntyre del tema de la virtud y la justicia en Aristóteles, así como sus presupuestos y antecedentes. A continuación, se hará breve referencia al quiebre moderno con la tradición aristotélica y sus consecuencias. En la conclusión se tratará sobre cómo el rescate realizado por MacIntyre del aristotelismo en filosofía práctica puede iluminar el debate ético y político contemporáneo, permitiendo superar el orden social liberal.

II.- LA DOCTRINA DE LA VIRTUD CON ANTERIORIDAD A ARISTÓTELES: LA SOCIEDAD HEROICA Y ATENAS.

Uno de los axiomas que MacIntyre utiliza en la interpretación de otros filósofos es que no se puede comprender la enseñanza de éstos al margen de la realidad social en que vivieron y de la tradición de la que procedían. Así, refiriéndose al Estagirita, afirma que “quiero tratarlo no sólo como un teórico individual, sino como el representante de una larga tradición, como alguien que articula lo que un número de antecesores y sucesores articulan

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Abogado. Magister en Filosofía con mención en Metafísica, Universidad de Chile. Profesor en las facultades de derecho de las Universidades Andrés Bello, Bernardo O'Higgins y Diego Portales.

también con un grado variable de éxito”². La tradición en la que un filósofo se enmarca hace inteligible su doctrina. De ahí la importancia en el tema que nos ocupa, de estudiar las concepciones griegas anteriores a Aristóteles sobre la virtud.

a) La sociedad heroica

Se debe partir, en consecuencia, por el estudio de la virtud en la sociedad griega heroica, cuya cosmovisión queda representada paradigmáticamente por la obra de Homero. Para comprender bien a Aristóteles, el estudio de la *Ilíada* y la *Odissea* se hace imprescindible.

Según MacIntyre, en la cosmovisión griega antigua, propia de la “sociedad heroica”, “cada individuo tiene un rol y status dado dentro de un sistema bien definido y altamente determinado de roles y estatus... En tal sociedad, un hombre sabe quien es al conocer su rol en tales estructuras, y al conocer esto conoce también lo que le debe y lo que se le debe por el que ocupa cualquier otro rol o estatus”³. Es decir, no se concibe al hombre como tal, hecha abstracción de su posición social: sólo se puede concebir a la persona encarnada en un rol determinado, como puede ser el rey, el guerrero, la esposa. No hay nada como un hombre “en sí” anterior a y desligado de todos sus roles.

Ahora bien para cada rol existe determinada socialmente una serie de privilegios y deberes y, en consecuencia, se juzgará al portador de tal rol por su capacidad para cumplir las acciones que se esperan del mismo. De ahí que “un hombre en la sociedad heroica es lo que hace... Juzgar a un hombre es juzgar sus acciones. Al realizar acciones de un particular tipo en una situación particular un hombre permite apreciar sus virtudes y vicios; pues las virtudes son precisamente aquellas cualidades que sostienen a un hombre libre en su rol y que se manifiestan en aquellas acciones que requiere su rol”⁴. Por ejemplo, la valentía será aquella cualidad que permitirá que un soldado cumpla adecuadamente su rol. La fidelidad será la virtud del rol esposa. La prudencia, la del rey.

Por tanto, no existen virtudes propiamente del hombre como tal. Cada virtud no es más que la excelencia propia que se le exige a cada rol particular.

² MacIntyre, Alasdair, “After Virtue”, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1984, pág. 146. En adelante, “AV”.

³ AV, pág. 122.

⁴ AV, pág. 122.

Dentro de las más importantes se encuentran la destreza física, la valentía y la inteligencia.

Para MacIntyre, todo lo anterior expresa que, en las sociedades heroicas, por la preponderancia del rol sobre el sujeto que lo ocupa, existe una imposibilidad del individuo de poner en cuestión la estructura social que le ha asignado un rol determinado: “el individuo de la edad heroica carece precisamente de aquella característica que hemos visto recién que algunos filósofos modernos consideran una característica esencial de la individualidad humana: la capacidad de desligarse de cualquier posición o punto de vista, de distanciarse, de algún modo, y mirar y juzgar tal posición o punto de vista exteriormente”⁵. El hombre de la sociedad heroica, inmerso en su rol, no tiene posibilidad alguna de criticar o escoger la estructura social dentro de la cual se encuentra su rol: “todas las posibilidades de elección surgen dentro del marco referencial; el marco mismo, por tanto, no puede ser elegido”⁶, y ello simplemente porque “el individuo, en las sociedades heroicas, deviene lo que es sólo por su rol; es una creación social, no individual”⁷.

Ahora bien, para MacIntyre, la importancia del estudio de la moralidad de la sociedad heroica no radica sólo en ser ésta un mero antecedente de la posición aristotélica. Más bien, él considera que podemos aprender de ella lecciones positivas sobre filosofía moral, a saber, “primero, que toda moralidad se encuentra, hasta cierto punto, vinculada a lo socialmente local y particular y que las aspiraciones de la modernidad a una universalidad libre de toda particularidad es una ilusión; y, en segundo lugar, que no hay modo de poseer las virtudes sino como parte de una tradición en las cuales heredamos éstas y nuestro entendimiento de las mismas de una serie de predecesores, serie dentro de las cuales las sociedades heroicas ocupan el primer lugar”⁸.

b) Las virtudes en Atenas

Ya en la época de oro de Atenas, se comienza a vislumbrar un cambio en el modo de concebir las virtudes: en primer lugar, aunque se sigue reconociendo que éstas sólo pueden ejercerse dentro de una comunidad moral, ésta ya no es tanto el reino, sino la polis, “y no meramente la ciudad-estado en general, sino la democracia ateniense en particular”⁹.

⁵ AV, pág. 126.

⁶ AV, pág. 126.

⁷ AV, pág. 129.

⁸ AV, págs. 126-127.

⁹ AV, pág. 132.

En segundo lugar, y esto es fundamental, “la concepción de la virtud se ha separado ahora considerablemente de la de cualquier rol social *particular*. Neoptólemo enfrenta a Philoctetes en el drama de Sófocles de un modo muy distinto a como su padre había enfrentado a Agammenón en la *Ilíada*. En Homero, la cuestión del honor es la cuestión de qué es lo debido a un rey; en Sófocles, la cuestión del honor se ha vuelto la cuestión de qué es lo debido a un hombre”¹⁰.

Esto tendrá una importancia realmente decisiva, precisamente porque se puede concebir al hombre al margen de cualquier rol social que ocupe, se podrá comenzar a analizar críticamente las distintas estructuras sociales que asignan tales roles. Esto llevará a una nueva manera de comprender la relación del individuo con la comunidad en la que se inserta. Como expresa MacIntyre, “mientras para el hombre Homérico no podía haber ninguna medida a la cual se pudiera hacer apelación que fuese externa a aquellas encarnadas en las estructuras de su comunidad, para el ateniense, el asunto es más complejo. Su comprensión de las virtudes le otorga medidas por las cuales puede cuestionar la vida de su propia comunidad e investigar si esta o tal práctica es justa. No es menos cierto que también reconoce que posee su comprensión de las virtudes sólo porque su membresía en la comunidad le otorga tal comprensión. La ciudad es guardián, padre, maestra, aun cuando lo aprendido de la ciudad pueda llevar a cuestionar esta o tal característica de su vida. De ahí que la pregunta por la relación entre *ser un buen ciudadano* y *ser un buen hombre* se vuelve central, y el conocimiento de la variedad de posibles prácticas humanas, tanto bárbaras como griegas, provee el trasfondo fáctico a tal pregunta”¹¹.

En esta época, y precisamente por esa capacidad de preguntarse lo que anteriormente se consideraba evidente, a saber, la justicia y conveniencia del marco social proveedor de los roles y de sus consiguientes concepciones de la virtud, comenzaron a producirse fuertes discusiones acerca de la naturaleza y alcances de las virtudes. Así, se recibe un catálogo de virtudes de la antigüedad antecedente: amistad, valentía, templanza, justicia. “Sin embargo existe un amplio desacuerdo respecto a qué requiera cada una de ellas y por qué sea contada como virtud”¹². Es la época en que los sofistas, por un lado, pretenden cambiar totalmente la concepción de las virtudes, y en que, por otro lado, aún se conservan vestigios de la moralidad tradicional que entra

¹⁰ AV, págs. 132-133.

¹¹ AV, pág. 133.

¹² AV, pág. 134.

en pugna con los innovadores. Se produce un conflicto serio entre tradición e innovación.

En este contexto, conviene analizar, por su importancia para la tradición posterior, dos respuestas al problema: la de los sofistas y la de Platón.

Los primeros serán los campeones del relativismo moral en aquella confundida Atenas. Para los sofistas, cuyo paradigma para MacIntyre es Trasímaco, el único *telos* de la acción debe ser el éxito mundano, sin que tengan importancia alguna la moralidad de los medios a utilizar para alcanzar tal éxito. De ahí que, para ellos, “la virtud es entonces, naturalmente, definida de modo adecuado como una calidad que garantice el éxito. Pero el éxito, para los sofistas, como para otros griegos, debe ser éxito en alguna ciudad particular. De ahí que la ética del éxito se vea combinada con cierto tipo de relativismo.

Ser exitoso es ser exitoso en una ciudad particular; pero en distintas ciudades puede haber distintas concepciones de las virtudes. Lo que se considera justo en la democrática Atenas puede ser distinto de lo que se considera justo en la aristocrática Tebas o en la militarizada Esparta. La conclusión sofista es que, en cada ciudad particular, las virtudes son tal como se las considera allí. No hay algo así como justicia-en-sí, sino sólo la justicia-como-es-entendida-en-Atenas, la justicia-como-es-entendida-en-Tebas y la justicia-como-es-entendida-en-Esparta”¹³.

Más aún: para MacIntyre, la figura del sofista Calicles reviste importancia especial, porque será quien llevará a su lógico extremo la concepción sofística. Para Calicles, la justicia consiste en la capacidad de cada uno de satisfacer sus deseos sin límite alguno, sin que importe la bondad moral de las acciones necesarias para ello.

Aquí entra en escena Platón, y precisamente cuestionará la relación entre deseos y moralidad que sostiene Calicles. Contrariamente a filósofos posteriores, como los estoicos y Kant, que considerarán que lo moral consiste en actuar *contra* las pasiones o deseos, Platón integrará tales pasiones y deseos y *los hará sedes de virtudes*. En esto consiste su genial aporte al problema: lejos de ser un impedimento para la actuación moral, los deseos y pasiones, cuando son correctamente educados, son causa del obrar moral correcto, en tanto son sedes de virtudes. Por todo ello puede sostener MacIntyre que la concepción platónica “es muy distinta de cualquiera de nuestras modernas

¹³ AV, pág. 139.

concepciones de la justicia, pese a que 'justicia' es el término usado por casi todos los traductores de Platón (para traducir *dikaiosune*)”¹⁴.

En segundo lugar, Platón deberá reformular la relación entre virtud y comunidad moral: “si para Calicles la satisfacción del deseo se encuentra en la dominación sobre una *polis*, en la vida del tirano, para Platón el deseo racional no puede ser genuinamente satisfecho en ninguna *polis* actualmente existente en el mundo físico, sino sólo en un Estado ideal con una Constitución ideal. De ahí que deban ser fuertemente separados el bien al que aspira el deseo racional y la vida actual de la ciudad-estado. Lo políticamente alcanzable es insatisfactorio, y lo satisfactorio es alcanzable sólo por la filosofía y no por la política... Sin embargo, el concepto de virtud permanece como un concepto político, pues el tratamiento de Platón del hombre virtuoso es inseparable de su tratamiento del ciudadano virtuoso. En realidad, es un sobreentendido que no hay modo de ser un hombre excelente que no implique la excelencia como ciudadano y *viceversa*. Pero el ciudadano excelente no se sentirá en casa en ninguna ciudad actual, ni en Atenas, ni en Tebas, ni siquiera en Esparta”¹⁵.

En tercer lugar, parte central de la doctrina platónica de las virtudes será la concepción de la unidad de éstas. La idea platónica es simple: si las virtudes son algo bueno, no pueden contraponerse unas a otras, pues lo bueno no puede oponerse a lo bueno. De ahí que la persona virtuosa no tenga conflictos internos, ya que éstos sólo pueden generarse por la pugna de distintas partes del alma. Sin embargo si cada parte del alma es sede de su correspondiente virtud (la razón de la prudencia, los deseos de la templanza y las pasiones de la fortaleza), y además la virtud de la justicia rige las relaciones entre las distintas partes del alma, entonces es imposible que el sujeto entre en conflicto consigo mismo. De ahí que, necesariamente, una virtud implique a las otras. Para Platón es inconcebible que alguien sea valiente y no sea simultáneamente prudente y templado. Esta doctrina platónica de las virtudes será tomada por la tradición posterior: como recuerda MacIntyre, se encuentra también en Aristóteles y Santo Tomás de Aquino.

En síntesis, los tres rasgos más importante de la doctrina platónica de las virtudes son la consideración de que deseos y pasiones pueden ser sede de virtudes, la reformulación de la relación virtud-comunidad moral y la unidad e implicancia recíproca de las virtudes.

¹⁴ AV, pág. 141.

¹⁵ AV, págs. 140-141.

Este será el punto de partida del tratamiento que haga Aristóteles sobre el tema.

III.- LA VIRTUD Y EL BIEN DEL HOMBRE EN ARISTÓTELES.

a) *El punto de partida: la búsqueda del bien.*

Para Aristóteles, así como todas las cosas tienen su bien propio, así debe haber necesariamente un bien propio del hombre. *El punto de partida del tratamiento aristotélico de la ética será la identificación del fin del hombre, de la vida buena para éste. El tratamiento de las virtudes será sólo secundario, y consecuencia de qué se haya decidido acerca de lo constitutivo del fin del hombre.* En otras palabras, *la pregunta originaria y fundamental en Aristóteles no es qué sean las virtudes, ni hacer un catálogo de ellas, sino en qué consiste para un hombre vivir bien.*

Es conocida la respuesta del Estagirita a tal pregunta fundamental. Primero, descarta distintos candidatos a tal bien: no puede ser el dinero, ni el placer, ni aun el honor. Qué sea el bien del hombre debe buscarse en su función propia. Ahora bien, “decimos que la función del hombre es una cierta vida, y ésta es una actividad del alma y acciones razonables, y la del hombre bueno estas mismas cosas bien y primorosamente, y cada una se realiza bien según la virtud adecuada; y, si esto es así, el bien humano es una actividad del alma conforme a la virtud, y si las virtudes son varias, conforme a la mejor y más perfecta, y además en una vida entera”¹⁶.

Ahora bien, ¿cuál será la relación entre tal vida buena y las virtudes? Para MacIntyre, la respuesta es clara: “lo que constituye el bien para el hombre es una vida humana completa vivida de la mejor manera, y el ejercicio de las virtudes es una parte necesaria y central de tal vida, no un ejercicio preparatorio para asegurar tal vida. Por ello no podemos caracterizar adecuadamente el bien para el hombre sin hacer referencia previa a las virtudes. Y dentro de un esquema aristotélico, la pretensión, por tanto, de que pueda haber algunos medios para alcanzar el bien para el hombre sin el ejercicio de las virtudes no tiene sentido”¹⁷.

En consecuencia, las virtudes son *medios* para lograr la vida buena. Sin embargo, conviene entender lo anterior correctamente: que sean medios

¹⁶ Aristóteles, “Ética a Nicómaco”, I, 1098 a10-17. En adelante, “EN”. Se ocupa la traducción de María Araujo y Julián Marías, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.

¹⁷ AV, pág. 149.

no significa que sean desechadas una vez alcanzado el fin. Al respecto, MacIntyre, siguiendo a Santo Tomás –quien sería el primero en hacer esta distinción–, distingue entre medios externos e internos: los primeros son externos al fin al cual se ordenan. Una vez alcanzado el fin, se puede prescindir de tales medios. Los segundos, en cambio, son parte constitutiva de su fin. Éste es el caso de las virtudes. De ahí que sea ilusorio pensar en una vida feliz para el hombre sin el ejercicio de éstas.

En segundo lugar, es importantísimo el papel que Aristóteles asigna a las pasiones y emociones en la moral, y en esto sigue la senda señalada por Platón, y ello porque “las virtudes no son sólo disposiciones a actuar de determinadas maneras, sino también a sentir de determinadas maneras. Actuar virtuosamente no es, como Kant llegaría a pensar posteriormente, actuar contra la inclinación: es actuar desde una inclinación formada por el cultivo de las virtudes. La educación moral es una ‘éducation sentimentale’”¹⁸. Tanta importancia tiene el sentimiento en la ética aristotélica, que el Estagirita distingue al virtuoso del meramente continente en que el primero, al actuar bien, goza con ello, mientras que el segundo no. Con ello queda más que manifiesto que la piedra de toque de la perfección moral está dada por el sentimiento. Ello lo sitúa en las antípodas de concepciones modernas como la de Kant.

De ahí que Aristóteles afirme expresamente que el dominio de la razón sobre las potencias inferiores nunca sea despótico, sino que siempre es político.

Ahora bien, el importante papel que tienen los sentimientos y pasiones en la ética aristotélica no disminuye el que juega la razón: ésta es la encargada de decidir qué acciones son buenas o malas, cuáles se ordenan al fin último del hombre y cuáles no. La razón ordena y dirige –con dominio político– a las potencias inferiores. Y, con ello, el Estagirita se encuentra en las antípodas de otra concepción moderna, esta vez la de Hume.

Por todo ello, puede decirse que la ética aristotélica articula dos elementos que en la Modernidad se escindieron: razón y sentimientos.

El hombre, en su vida práctica, se encuentra puesto siempre frente a la situación de elegir entre uno u otro curso de acción, debe escoger entre distintas alternativas. “Tales elecciones requieren un juicio, y el ejercicio de las virtudes requiere, consecuentemente, una capacidad de juzgar y de realizar la cosa adecuada en el lugar adecuado en el momento adecuado del modo

¹⁸ AV, pág. 149.

adecuado. El ejercicio de tal juicio no es una aplicación rutinaria de reglas. De ahí quizá la ausencia más obvia y sorprendente para cualquier moderno en el pensamiento de Aristóteles: hay relativamente poca mención de reglas en general en la *Ética*¹⁹.

En efecto: el lector moderno se ha acostumbrado a que la ética sea aplicación de reglas o máximas universalizables. Los distintos filósofos en la Modernidad intentaron descubrir y justificar cuáles serían tales máximas. En ello no diferirán entre sí utilitaristas, deontologistas o hedonistas. Todos ellos consideran que una acción moralmente correcta es consecuencia de la subsunción de un caso particular bajo una regla universal.

Sin embargo, en el Estagirita no es tal el caso. Con plena conciencia de la contingencia de la materia propia de la acción práctica, no intenta buscar una serie de reglas cuya aplicación mecánica asegure una acción moralmente buena. En Aristóteles, la pregunta por reglas es secundaria y derivada.

Sin embargo, ello no significa que no esté presente: existen en el Estagirita ciertas reglas que deben seguirse al actuar, pero ellas se refieren únicamente a los límites negativos de nuestra praxis, aquello que jamás debe realizarse, lo que la tradición posterior llamará "actos intrínsecamente perversos". "De ahí que sea parte crucial de la visión de Aristóteles el que ciertos tipos de acciones estén absolutamente prohibidas o proscritas sin importar las circunstancias o consecuencias. La visión de Aristóteles es teleológica, pero no consecuencialista. Más aún: los ejemplos que da Aristóteles de lo que está absolutamente prohibido recuerdan los preceptos de lo que, a primera vista, es un sistema moral de un tipo completamente distinto, el de la ley judía"²⁰.

¹⁹ AV, pág. 150.

²⁰ AV, pág. 150. Así, en "Justicia y Racionalidad", expresa que "estos son los tipos de acciones que habrán sido prohibidos en el código de leyes de cualquier legislador virtuoso; los juicios basados sobre ellos, bien sean de jueces o de ciudadanos corrientes, serán aplicaciones de esas reglas que generalmente, al menos, pueden hacerse sin la *epieikeia*": MacIntyre, Alasdair, "Justicia y Racionalidad", Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 1994, traducción de Alejo Sisón, pág. 129 (título original: "Whose Justice? Which Rationality", University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1988). En adelante, "JR".

Por tanto, MacIntyre considera que en Aristóteles existe una teoría de los llamados "actos intrínsecamente malos" o "absolutos morales". Ciertos comentaristas contemporáneos de Aristóteles –v.gr, Leo Strauss y W.F.R. Hardie - niegan tal, y sostienen que dicha doctrina surge recién con Santo Tomás.

Sin embargo, los términos empleados por el Estagirita son muy claros: "Sin embargo, no toda acción ni toda pasión admite el término medio, pues hay algunas cuyo mero nombre implica la maldad, por ejemplo, la malignidad, la desvergüenza, la envidia; y entre las acciones el adulterio, el robo y el homicidio. Todas estas cosas y las semejantes a ellas se

Son estos actos intrínsecamente perversos los que la comunidad debe reprimir en sus leyes. Así articula Aristóteles la moralidad de virtudes con la de los bienes. Ello, presupone, necesariamente, una concepción compartida en la ciudad de qué sea lo bueno para el hombre. De ahí que, mostrando la actualidad y el carácter paradigmático del modelo aristotélico, MacIntyre exprese que la solución aristotélica “sugiere que un modo de elucidar la relación entre las virtudes, por un lado, y una moralidad de leyes, por la otra, es considerar lo que estaría implicado en cualquier época al fundar una comunidad con el fin de desarrollar un proyecto común, para lograr algún bien reconocido como el bien común por los participantes del proyecto”²¹. Si en la actualidad se entiende a virtudes como algo ajeno a la comunidad, ello se debe al olvido de la concepción aristotélica de bien común.

b) La justicia en Aristóteles

A partir de las consideraciones anteriores, podremos entender claramente el lugar que ocupa la justicia en el Estagirita.

Ante todo, debe decirse que ella es *virtud*, no un *valor*, como tiende a concebirla en la modernidad. Que sea virtud significa que es una excelencia humana constitutiva del bien humano integral, y que no puede realizarse al margen de los otros seres humanos. De ahí que sólo pueda ejercerse en la comunidad.

Por ello no puede definirla sólo como el hábito de cumplir la ley, porque, como expresa MacIntyre, “saber cómo aplicar la ley es posible solamente para quien posee la virtud de la justicia. Ser justo es dar a cada persona lo que merece, y los presupuestos sociales para el florecimiento de la virtud de la justicia en la comunidad son, por consiguiente, dobles: que haya criterios racionales de merecimiento y que haya un acuerdo socialmente con-

llaman así por ser malas en sí mismas, no sus excesos ni sus defectos”. “Ética a Nicómaco”, II, 6, 1007 a 7-10. Y más adelante agrega esta expresión particularmente decidora: “Hay quizá cosas, sin embargo, a las que uno no puede ser forzado, sino que debe preferir la muerte tras los más atroces sufrimientos: así, resultan evidentemente ridículas las causas que obligaron al Alcmeón de Eurípides a matar a su madre”: III, 1, 1110 a 23-26. Por ello la interpretación de MacIntyre es la más plausible. En el mismo sentido de MacIntyre, cfr. sobre el tema, Finnis, John: “Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales”, en García Marqués, Alfonso, y García-Huidobro, Joaquín (eds), “Razón y Praxis”, Edeval, Valparaíso, 1994, págs. 319-336, donde se exponen las distintas interpretaciones sobre el punto.

²¹ AV, págs. 150-151.

solidado acerca de cuáles sean esos criterios”²². Por todo lo anterior, “en la perspectiva aristotélica, ley y moralidad no son dos ámbitos separados, como en la modernidad”²³.

Precisamente porque la virtud de la justicia es anterior a la ley, es porque el justo sabe también cuándo debe dejar de aplicarse la ley en un caso concreto en el cual su aplicación redunde en un resultado injusto. La teoría aristotélica de la *epieikeia*²⁴ es simplemente ininteligible en la concepción moderna, en la cual se tiende a pensar que justo es simplemente quien cumple con la ley. Para el Estagirita, siendo por esencia la virtud de la justicia anterior a la ley, y siendo el objeto de la virtud lo justo, sea natural, sea legal, el justo necesariamente dejará de aplicar alguna norma legal positiva cuando ello sea claramente inconveniente.

Ello requerirá sopesar cuidadosamente las características de los casos particulares, la letra de la ley, y la intención del legislador al estatuirlo. De ahí que el justo aristotélico tenga que poseer necesariamente *capacidad de juicio recto*: “el juicio tiene un rol indispensable en la vida del hombre virtuoso, rol que no tiene, ni puede tener en, por ejemplo, la vida del hombre meramente cumplidor de leyes o de reglas”²⁵.

De ahí la estrecha conexión de la justicia con la *prudencia* o sabiduría práctica, que es “una virtud intelectual, pero es aquella virtud intelectual sin la cual no pueden ser ejercidas ninguna de las virtudes del carácter”²⁶. Nótese bien: en Aristóteles hay una estrecha relación entre el intelecto y la moralidad, “es el ejercicio de la inteligencia lo que marca la diferencia fundamental entre una disposición natural de cierto tipo y la virtud correspondiente. A la inversa, el ejercicio de la inteligencia práctica requiere la presencia de las virtudes del carácter. De otro modo, degenera en o permanece como meramente cierta capacidad astuta para escoger medios para cualquier fin más que para aquellos fines que son bienes genuinos para el hombre”²⁷.

Y, nuevamente, con ello el Estagirita se encuentra en las antípodas de la concepción moderna, que separó moralidad y racionalidad: “la perspectiva

²² AV, pág. 152.

²³ AV, pág. 152.

²⁴ Término traducido generalmente como “equidad”. MacIntyre, por las razones que se exponen poco más adelante, considera que dicha traducción es engañosa, y que la mejor traducción es “lo razonable”.

²⁵ AV, pág. 154.

²⁶ AV, pág. 154.

²⁷ AV, pág. 154.

moderna se expresa, en cierto nivel, en banalidades tales como ‘sé buena, hermosa doncella, y deja tranquilo al ingenioso’, y en otro nivel, en profundidades tales como la distinción de Kant entre la buena voluntad, cuya posesión es necesaria y suficiente para la valía moral, y lo que consideraba un don natural bastante distinto, el saber cómo aplicar reglas generales a casos particulares, un don cuya carencia se llama estupidez. Así, para Kant, se puede ser al mismo tiempo bueno y estúpido, pero para Aristóteles, cierto tipo de estupidez impide la bondad”²⁸.

Para Alasdair MacIntyre, el tema de la *epieikeia* en Aristóteles tiene particular importancia. No se trata de un simple correctivo de la ley. No se trata solamente de mostrar que para el Estagirita hay una mayor flexibilidad en la aplicación de las normas positivas que en los modernos, que no existe en él el culto a la ley que llevará a fines de la Modernidad al positivismo jurídico normativista. No: el tema es más profundo. El recurso a la *epieikeia* no es propio del juez: *ella muestra más bien una característica de la racionalidad práctica en general, consiste en la actuación de la virtud de la prudencia en sede judicial*. “En esas situaciones, el juez tampoco tiene reglas y debería ejercer la *phronesis*, del mismo modo en que el legislador había hecho originariamente. El área en la que el juez se mueve al actuar de esa forma es la que Aristóteles llama *epieikeia*, la de un juicio razonable, aunque no reglamentado”²⁹. Por ello, “lo que un juez hace en un caso en el que no puede seguir y aplicar simplemente una regla proporcionada por un legislador, sino que tiene que ir más allá de esa regla de alguna manera, ejemplifica lo que en general cualquier *phronimos* debería hacer de vez en cuando; no sólo para ser justo sino también para poder ejemplificar cualquiera de las virtudes adecuadamente. Lo dicho acerca de la *epieikeia* en contextos puramente legales se mantiene en la vida práctica y en el razonamiento en general. Por eso, la discusión aristotélica del razonamiento implicado en ser justo ejemplifica su visión de la acción racional en general”³⁰. Todo ello muestra la continuidad de la filosofía jurídica de Aristóteles con su filosofía del hombre en general, y su dependencia de ella³¹: *se necesita la epieikeia por la misma razón por la cual el*

²⁸ AV, págs. 154-155.

²⁹ JR, pág. 128.

³⁰ JR, pág. 128.

³¹ Lo anterior nos permite concluir que es imposible tratar de la filosofía del derecho aristotélica sin hacer referencia a su concepción del hombre. Como expresa J. West, comentando el análisis de MacIntyre, “theories of justice and theories of reasoning (especially practical reasoning) are far more codependent than contemporary philosophers have generally been willing to admit”: West, J.L.A., “Impartiality and conceptions of the good: Brian Barry or Alasdair MacIntyre?”, en “Philosophical Forum”, vol XXXI, N° 1, 2000, pág. 31.

hombre necesita la prudencia. Se entiende, en consecuencia, que considere que la mejor traducción de dicho término griego sea “lo razonable” más que “equidad”, porque no se refiere a un simple correctivo de la ley aplicado en sede judicial, es más bien manifestación de la naturaleza de la razón práctica humana en general³².

Por consiguiente, la conclusión es clara: “uno no puede ser justo, según la perspectiva de Aristóteles, sin la capacidad de razonar en lo práctico... la *dikaiosune* requiere la *phronesis*”³³.

Ahora bien, existe una prioridad de la noción de *bien* sobre la noción de justicia. Sólo puede haber justicia allí donde existe un acuerdo entre los miembros de la comunidad acerca de qué sea lo bueno para el hombre. MacIntyre lo expresa muy bien a propósito de la justicia distributiva: “la justicia distributiva, entonces, consiste en la aplicación de un principio de merecimiento a una variedad de tipos de situaciones. Pero los conceptos de merecimiento tienen aplicación sólo en los contextos en que se satisfacen dos condiciones. Debe haber alguna empresa común en el logro de cuyas metas los que se consideran más merecedores han contribuido más que los que se consideran menos merecedores; y debe haber una opinión compartida tanto de cómo tales contribuciones han de medirse como de la manera en que las recompensas han de asignarse. Estas dos condiciones se satisfacen en la vida de la *polis*”³⁴.

³² Epeikeia, como se decía, es traducido normalmente por “equidad”. Así hacen María Araujo y Julián Marías, en la edición de la “Ética a Nicómaco” que ocupamos. Franz Dirlmeier traduce el término en alemán como “Güte”, sustantivo que puede significar, dependiendo del contexto bondad, benignidad o indulgencia. Con ello se aparta de la mayoría de los traductores alemanes, que traducen *epieikeia* como “Billigkeit” (equidad). Cfr: Aristóteles, “Nikomachische Ethik”, Akademie Verlag, Berlin, 1999), traducción y notas de Franz Dirlmeier, pág. 118 y ss, y pág. 432, donde explica su decisión: la traducción “(statt Billigkeit; Luther: Gelindigkeit) ist ein Versuch, um das abgegriffene ‘billig’ (à bon marché) heruzukommen.” En consecuencia, no se trata de que el término “equidad” sea incorrecto, sino de evitar usar “Billigkeit” porque su semejanza con “billig” (barato) puede inducir a confusiones. Dirlmeier reconoce la licitud de traducirlo en otros idiomas como “equidad”: “Die Engländer können aequitas verwenden: common law-equity”: *Ibíd.*

Richard Kraut, por su parte, expresa que *epieikès* es “a word that can be translated ‘decent’ or ‘equitable’, depending on the context”: “Aristotle: Political Philosophy”, Oxford University Press, Oxford, 2002, pág. 167.

Una traducción más cercana a la de MacIntyre es la que hace Alejandro Guzmán Brito, quien traduce como “lo conveniente”: Cfr, Guzmán Brito, Alejandro, “Historia de la Interpretación de las Normas en el Derecho Romano”, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereira, Santiago, 2000, pág. 295.

³³ JR, pág. 130.

³⁴ JR, pág. 118.

Vale decir que donde no hay acuerdo sobre el bien a perseguir, no puede haber genuina justicia distributiva. Y eso es lo que sucede en nuestras sociedades liberales contemporáneas: no existe un criterio compartido acerca de qué sea lo bueno para el hombre y, consiguientemente, el bien a perseguir en común por los ciudadanos. De ahí que no pueda hablarse en sentido estricto hoy de aplicación de justicia; más bien, lo que hoy existe es una transacción entre intereses privados.

La prioridad de la noción de bien sobre la de lo justo quedará bien clara en un ejemplo muy nimio, pero, al mismo tiempo, muy decidor: imaginemos un equipo de fútbol, incluyendo reservas, que se inscribe para un campeonato en una liga. Cada miembro del equipo ha debido pagar cierta cantidad de dinero como cuota de inscripción. Ahora bien, ¿qué será lo justo: que todos los miembros del equipo jueguen la misma cantidad de tiempo o que sólo jueguen los mejores? Los mejores jugadores podrían decir que es *injusto* que todos jueguen lo mismo, desde el hecho de que los más malos jueguen puede perjudicar el rendimiento del equipo. Los más malos pueden decir que es *injusto* que los mejores jueguen más, desde que todos han pagado la misma cuota de inscripción.

Si no existe un acuerdo previo acerca del bien perseguido por esta comunidad, el equipo de fútbol, el conflicto sólo se resolverá mediante una simple transacción entre ambas partes. Sin embargo, para que exista justicia distributiva debe haber habido un acuerdo previo entre los miembros del equipo acerca del bien perseguido: *si* lo que se persigue es ganar el campeonato, entonces lo justo es que jueguen más los mejores. *Si* lo que se persigue es, simplemente, participar y pasar un buen rato jugando, entonces lo justo es que todos jueguen lo mismo. Donde no haya acuerdo previo, surgirá inevitablemente el conflicto.

c) Amistad, política y libertad.

Para Aristóteles, no se puede ejercer la virtud si no es dentro de una comunidad política. Es imposible el ejercicio aislado de la virtud, razón por la cual el hombre requiere entrar en relación con otros para lograr su misma perfección intrínseca. Ello implicará, obviamente, que en tal comunidad deba existir acuerdo entre sus miembros acerca de qué sea lo bueno para el hombre. Los miembros de la *polis* intentan lograr en conjunto la excelencia humana. Son todos copartícipes de un proyecto común, y ello es el origen de aquella forma de unión que Aristóteles llama "amistad", "y la amistad es, ella misma, una virtud. El tipo de amistad que Aristóteles tiene en mente es

aquella que encarna el reconocimiento y búsqueda compartida de un bien”³⁵. De ahí que se entienda la frase del Filósofo cuando expresa que “cuando los hombres son amigos, ninguna necesidad hay de justicia, mientras que aun siendo justos necesitan además de la amistad”³⁶. Se trata de que “la justicia es la virtud de recompensar merecimientos y reparar faltas en la recompensa de merecimientos en una comunidad ya constituida. La amistad es necesaria para tal constitución inicial”³⁷. En otras palabras, para Aristóteles, *el fundamento de la comunidad es la amistad*. Ser ciudadano es ser amigo de los demás conciudadanos.

Nuevamente, el contraste con la concepción moderna liberal de la política es importante: “esta noción de la comunidad política como un proyecto común es extraña al mundo moderno liberal individualista. Así pensamos a lo más, a veces, de las escuelas, hospitales u organizaciones filantrópicas, pero no tenemos una concepción de una tal forma de comunidad relacionada, así como Aristóteles dice que la *polis* se relaciona, con la vida entera, no con este o aquel bien, sino con el bien del hombre como tal. No es nada de extraño que la amistad haya sido relegada a la vida privada y, con ello, debilitada en comparación con lo que era”³⁸.

De ahí que la amistad tenga un carácter muy distinto para el Estagirita y para nuestra concepción actual. Hoy se tiende a fundamentar la amistad en el *afecto*. En Aristóteles, la amistad “incluye afecto. Pero tal afecto nace dentro de una relación definida en términos de una lealtad común y una búsqueda común de bienes. El afecto es secundario, lo que no significa decir, en última instancia, que no sea importante. En una perspectiva moderna, el afecto es generalmente el asunto central; nuestros amigos son aquellos de quienes decimos que nos *agradan*, quizás quienes nos agradan mucho. ‘Amistad’ se ha vuelto la mayor parte de las veces el nombre de un tipo de estado emocional más que de un tipo de relación social y política. E.M. Forster recalcó una vez que si tuviera que elegir entre traicionar a su patria y traicionar a su amigo, esperaba tener el valor suficiente para traicionar a su patria. Desde una perspectiva aristotélica, quienquiera que pueda formular tal contraste no tiene patria, no tiene *polis*, es un ciudadano de ninguna parte, un exiliado interno dondequiera que viva. En realidad, desde un punto de vista aristotélico, una sociedad política liberal moderna puede aparecer sólo como una colección de ciudadanos de ninguna parte que se han reunido sólo para su

³⁵ AV, pág. 155.

³⁶ EN VIII, 1, 1155a 27-29

³⁷ AV, pág. 156.

³⁸ AV, pág. 156.

protección común. Ellos tienen a lo más aquella forma inferior de amistad que se fundamenta en la ventaja mutua. Por supuesto, el que carezcan de la unión de la amistad se relaciona con el admitido pluralismo moral de tales sociedades liberales. Han abandonado la unidad moral del aristotelismo, sea en su forma antigua o medieval³⁹.

El liberalismo ya no concibe que sea la amistad el fundamento de la comunidad, sino la simple búsqueda de ventajas individuales, compatibilizables al máximo con la búsqueda por parte ajena de ventajas individuales. El Estado se transforma en un verdadero mercado, un optimizador de recursos. Para MacIntyre, tal concepción subyace a las posiciones de dos autores tan disímiles como Rawls y Nozick.

Resta ver la relación de la libertad con la política en la concepción aristotélica. Se veía que para el Estagirita, el ejercicio de la virtud requiere la existencia de la política. Las virtudes no se pueden ejercer en solitario.

Pero sólo el hombre libre puede ser sujeto de relaciones políticas. “¿Qué son las relaciones políticas? Las relaciones de hombres libres entre sí, esto es, las relaciones entre aquellos miembros de la comunidad que tanto rigen como son regidos. El hombre libre es, simultáneamente, sujeto y soberano político⁴⁰”.

d) Nuevamente sobre el bien del hombre: ética y metafísica.

Se ha visto que las virtudes sólo pueden ejercerse en la polis, y que son medios necesarios para la perfección humana, consistiendo ésta en el ejercicio constante de las operaciones propias del hombre según la virtud.

MacIntyre se refiere a continuación a un tema que ha dado lugar a múltiples problemas de interpretación entre los intérpretes: el de la relación entre vida activa y contemplativa.

Como es sabido, en el libro I de la “Ética a Nicómaco”, Aristóteles establece que el fin último de la vida humana es la vida virtuosa activa. Consiguientemente, la ciencia suprema será la política.

³⁹ AV, pág. 156.

⁴⁰ AV, pág. 159.

Sin embargo, en el libro X del mismo libro, sostiene que el fin último de la vida humana, su actividad perfecta, es la contemplación. La ciencia suprema, en consecuencia, debería ser la metafísica.

¿Cómo se compatibilizan ambas aseveraciones?

El punto ha sido profusamente debatido por los intérpretes del Estagirita. Hay quienes ni siquiera toman en cuenta el libro X de la “Ética a Nicómaco” a la hora de exponer la ética aristotélica.

Por el contrario, hay otros que piensan que la doctrina ahí establecida es plenamente compatible con lo que Aristóteles sostiene en el libro I de la misma obra.

Alasdair MacIntyre considera genuinamente aristotélicos los pasajes del libro X de la “Ética a Nicómaco” que tratan de la vida contemplativa, y por eso llega a la conclusión de que “desde que tal contemplación es el *telos* humano definitivo, el ingrediente final esencial y completo en la vida del hombre que es *eudaimón*, hay cierta tensión entre la visión del hombre de Aristóteles como esencialmente político y su visión del hombre como esencialmente metafísico. Para llegar a ser *eudaimón* son necesarios prerequisites materiales y sociales. El hogar y la ciudad-estado hacen posible el proyecto metafísico humano, pero los bienes que ellos proveen son, aunque necesarios, y aunque ellos mismos sean parte de la vida humana completa, subordinados desde el punto de vista metafísico”⁴¹.

Sin embargo, que haya cierta *tensión* no implica en caso alguno *incompatibilidad*: como expresa en “Justicia y Racionalidad”, “la *polis*, al menos, el mejor tipo de *polis*, se dirige hacia el logro del bien sumo que haya de alcanzarse; lo que, en una vida individual, es aquello por lo cual todas las demás actividades se acometen –la *teoría* o una especie de entendimiento contemplativo-. Las actividades virtuosas que le capacitan a uno para servir bien a la *polis* se culminan y se perfeccionan en un logro intelectual que es interno a la actividad del pensamiento (*Política* VII, 1325b14-23).

Por tanto, no hay incompatibilidad entre la búsqueda de la virtud cívica y la búsqueda de la virtud individual. La virtud con la que el hombre bueno desempeña sus papeles sociales le lleva finalmente a perfeccionar su propia alma en una actividad contemplativa. Y los bienes internos a la actividad contemplativa –alcanzados cuando la inteligencia humana aprehende

⁴¹ AV, pág. 158.

aquello por lo cual todo lo demás en el universo existe y, por tanto, completa su propia actividad- son tales que a la luz de ellos, las excelencias logradas en el ejercicio del resto de las virtudes –las de la vida política, en la que la *dikaosune* y la *phronesis* son de una importancia primordial- se reconocen como secundarias”⁴².

Más aun, para Alasdair MacIntyre, la relación entre política y metafísica no termina ahí. No se trata sólo de que la política posibilite la actividad contemplativa. MacIntyre sostiene que la misma doctrina aristotélica de la política es reflejo de su metafísica, particularmente en lo relativo al problema de lo universal y particular.

Como se sabe, Platón había enseñado que los términos “universales” corresponden a Ideas existentes en un mundo distinto del sensible, y que los entes de este mundo sensible participan de tales Ideas. Reflejo de ello es, según MacIntyre, que haya considerado que la justicia no puede lograrse en ninguna ciudad terrena, sino sólo en una ciudad ideal.

En cambio, el Estagirita no concibe las formas como separadas de las cosas, sino como intrínsecas a ellas. De ahí que tampoco podía aceptar que la justicia no fuese alcanzable en este mundo o en una polis particular: “hay, por lo tanto, un paralelismo muy fuerte entre la revisión aristotélica de Platón con respecto a la versión de éste de la relación entre los universales y las formas con los particulares, y a su filosofía política y moral. Cuando Platón distingue la forma y el ámbito de los particulares, enfatizando su disparidad, Aristóteles comprende la forma como existente sólo en los particulares, aunque a menudo ejemplificada muy imperfectamente; cuando Platón distingue la ciudad ideal y el ámbito de los *poleis* actuales, enfatizando su disparidad, Aristóteles entiende el mejor tipo de *polis* como aquel que se conforma al criterio que ya está implícitamente incorporado y reconocido, al menos, de manera importante, en las prácticas de la política actual griega”⁴³.

Más aún, existe todavía otra relación entre la filosofía práctica del Estagirita y su filosofía especulativa: la comprensión aristotélica del hombre como tendiente a un *telos* propio, el cual consiste en su perfección, dentro de una *polis*, no es más que la aplicación a la filosofía moral de sus categorías más generales de potencia y acto, y de este último como perfección de la primera. En ese sentido, la visión aristotélica del hombre es reflejo de su más amplia visión del universo o, si se quiere, Aristóteles ve en el hombre los

⁴² JR, págs. 118-119.

⁴³ JR, pág. 105.

mismos principios que en el resto del universo: “Aristóteles comprendió el movimiento de la potencialidad humana a su actualización dentro de la *polis* como ejemplo del carácter metafísico y teológico de un universo perfectivo. Su universo se estructura de una manera jerárquica –por eso, la estructura jerárquica de las ciencias es apropiada para dar un relato realista de semejante universo- y cada nivel de la jerarquía proporciona la materia en la cual y por la cual las formas del nivel superior siguiente se actualizan y se perfeccionan. Lo físico proporciona la materia para la formación biológica, lo biológico la materia para la formación humana. Las causas eficientes y materiales sirven a las causas finales y formales”⁴⁴. Por ello, la doctrina ética y política del Estagirita se enmarca dentro de su entera cosmología: “no es solamente la *polis* sino el mismo *cosmos*, el mismo orden de las cosas, el que proporciona el contexto dentro del cual la justicia y la racionalidad práctica se relacionan”⁴⁵. Por tanto, no existe ninguna escisión entre su filosofía especulativa y práctica, como sí la habrá, por ejemplo, en la kantiana⁴⁶.

Ahora bien, para Aristóteles las relaciones políticas se ejercen fundamentalmente en la *polis*. La ciudad-estado es el *locus* donde se pueden ejercer tales relaciones, es el paradigma de la organización racional de la vida social humana. Y ello permite, precisamente, entender la posición aristotélica respecto de la esclavitud. Si la *polis* es el lugar idóneo para ejercer las relaciones políticas, y quien no entra en relaciones de tal tipo no es libre, se sigue que los pueblos que no han organizado su vida social según el modelo de la ciudad-estado no son libres. Para Aristóteles, el bárbaro no puede ser sujeto de virtudes. Pero “¿qué es un bárbaro? No sólo un no-griego (cuyo idioma suena a los oídos helenos como ‘ba, ba, ba’), sino alguien que carece de *polis* y, por ello, muestra –en la perspectiva de Aristóteles- que es incapaz de relaciones políticas”⁴⁷.

e) La limitación de Aristóteles.

Lo anterior permite entender las limitaciones de la teoría ética y política de Aristóteles. Para Alasdair MacIntyre, el Estagirita es, sin duda, un gran

⁴⁴ JR, pág. 111.

⁴⁵ JR, pág. 111.

⁴⁶ En efecto, es sabido que el filósofo de Königsberg consideraba imposible la metafísica y el acceso por la razón pura a nociones como Dios, alma o libertad. Ello quedaba reservado a la razón práctica, que debía postular a Dios como condición de posibilidad de la racionalidad de la moralidad. Sin embargo, en Aristóteles no sucede tal: el mismo Dios que es Primer Motor Inmóvil es el objeto de la contemplación metafísica, término de la vida práctica humana.

⁴⁷ AV, págs. 158-159.

filósofo moral, y él mismo no duda en calificarse como neoaristotélico. Sin embargo, tiene claro la gran carencia de la visión de Aristóteles, y tal es la ausencia en su filosofía del sentido histórico: “lo que probablemente nos choca –y con razón- es que Aristóteles hable de los no griegos, bárbaros y esclavos no sólo como quienes no tienen relaciones políticas, sino como incapaces de ellas”⁴⁸. Y ello se debe, precisamente, a su carencia de sentido histórico: “Aristóteles escribe como si tanto los bárbaros como los griegos tuviesen naturalezas fijas, y al pensar de tal modo nos muestra una vez más el carácter ahistórico de su comprensión de la naturaleza humana. Los individuos como miembros de una especie tienen *telos*, pero no hay historia de la *polis* o de Grecia de la humanidad moviéndose hacia un *telos*. Incluso la historia no es una forma de investigación acreditada”⁴⁹.

De ahí que Aristóteles haya considerado la *polis* como el modelo por excelencia de organización social racional. No se le podía pasar por la mente que, en otras épocas y lugares, pudiesen existir otros modos de organización tan racionales como la ciudad-estado. “Aristóteles no entendió el carácter transitorio de la *polis* porque tenía escasa o nula comprensión de la historicidad en general”⁵⁰.

Para MacIntyre, el tema de la historicidad de la existencia humana ingresará a la filosofía recién con el genio de San Agustín. Será él quien concebirá por vez primera la idea de una humanidad entera dirigiéndose hacia un fin.

Sin embargo, en un primer momento la tradición agustiniana se opondrá a la aristotélica, no viéndose modo de conciliar el interés del obispo de Hipona por el carácter histórico del hombre y la visión metafísica del mismo propia del Estagirita. Para Alasdair MacIntyre, la reconciliación entre ambos y, consiguientemente, de la visión histórica y metafísica del hombre, se producirá recién en el siglo XIII, por obra de Santo Tomás de Aquino.

⁴⁸ AV, pág. 159. Por supuesto que MacIntyre reconoce que tal concepción no era sólo propia de Aristóteles, sino de toda su cultura: “This blindness of Aristotle’s views was not of course private to Aristotle; it was part of the general, although not universal, blindness of his culture”: pág. 159.

⁴⁹ AV, pág. 159.

⁵⁰ AV, pág. 159.

IV.- EL QUIEBRE MODERNO.

a) El rechazo de la noción aristotélica de teleología

Se vio la concepción aristotélica de la ética y la justicia. Conviene ver, brevemente, en qué se diferencia ella de la que es propia de la Modernidad.

En lo relativo a la moral, la Ilustración estaba lejos de ser relativista. Los filósofos ilustrados buscaban todos un fundamento para la moral, y justificar así las normas morales consideradas válidas a la fecha. Sin embargo, se comienzan a producir una serie de quiebres de dimensiones de la vida humana que antes se encontraban enlazados –lo moral y lo teológico, lo ético y lo estético-, y hay una secularización de la vida efecto del protestantismo.

Se puede tomar como paradigma a Immanuel Kant. Éste, como la mayoría de los filósofos de su época, intentó buscar un nuevo fundamento a una serie de normas morales existentes en su sociedad. Como afirma MacIntyre, ni Kant ni ningún otro ilustrado pretendió poner en duda las normas morales tradicionales, sino sólo buscarles un nuevo fundamento incommovible, dado que el antiguo había sido rechazado.

Es capital aquí el rechazo ilustrado del antiguo modo de fundamentar la ética, que apelaba a la noción de teleología. Se rechaza, asimismo, la idea de que la moralidad de un acto pueda tener su origen en el mandato divino. Ello sería una moral heterónoma, indigna del hombre autónomo.

Sin embargo, MacIntyre sostiene que Kant falló lamentablemente en su intento de fundamentar la ética. Y lo que se dice de Kant, vale de Hume, Diderot o los otros filósofos ilustrados. Todos ellos intentaron buscar un nuevo fundamento a antiguas normas morales, y todos ellos fallaron.

¿Por qué? Por una razón muy simple: por el rechazo del modelo clásico de la ética. Según este modelo, que se inicia en la Grecia antigua y se extiende hasta la Edad Media y cuyo paradigma es Aristóteles, “hay un contraste fundamental entre el hombre-tal-como-es y el hombre-como-podría-ser-si-realizara-su-naturaleza-esencial. La ética es la ciencia que permite a los hombres entender cómo pueden hacer la transición del primer estado al segundo”⁵¹. Por ello, la ética presupone en este modelo las nociones aristotélicas de acto y potencia y una concepción de qué sea el bien humano.

⁵¹ AV, pág. 52.

Sin embargo, la Ilustración va a rechazar tanto la doctrina aristotélica como la idea de un bien humano dado por naturaleza, es decir, el modelo teleológico, y comenzará a considerar lo natural simplemente como lo fáctico. Ello se debe, en gran parte, al surgimiento del protestantismo y jansenismo, los cuales negaban que la razón humana pudiese alcanzar el fin último del hombre⁵². Ello quedaba reservado sólo a la fe. Y cuando la misma fe fuese puesta en duda, ya no habría manera de saber qué sea lo bueno para el hombre. Un buen ejemplo de la mentalidad jansenista es Pascal, para quien “la razón es calculadora; puede captar verdades sobre los hechos y relaciones matemáticas, pero nada más. En el reino de la praxis puede hablar, por tanto, sólo sobre los medios. Respecto de los fines debe callar”⁵³.

Entonces, los filósofos morales intentarán fundamentar la ética a partir de la naturaleza humana, pero no será ya la naturaleza teleológica de Aristóteles, sino una concepción reduccionista de la misma. Kant identificará la naturaleza humana con el carácter universal de la razón, Hume y Diderot pensarán que son las pasiones. Sin embargo, “sus desacuerdos sobre la naturaleza humana coexisten con considerables e importantes acuerdos, y esto es válido también para Diderot, Smith y Kierkegaard (antes hablaba de Pascal, Kant y Hume). Todos rechazan cualquier visión teleológica de la naturaleza humana, cualquier visión del hombre como teniendo una esencia que define su fin verdadero”⁵⁴.

En esas circunstancias, la noción de naturaleza en la que se basarán los filósofos morales, una noción unívoca y reducida a lo fáctico, no podrá en ningún caso otorgar una base para la moral, desde que la naturaleza humana, de hecho, tiende a no regirse por las leyes morales. “De ahí que los filósofos morales del siglo XVIII se embarcaron en lo que era inevitablemente un proyecto filosófico fallido, porque realmente trataron de encontrar una base racional para sus creencias morales sobre una particular concepción de la naturaleza humana, mientras que heredaban, por un lado, un conjunto de

⁵² Es importante el hecho, que MacIntyre recalca, del rechazo protestante de Aristóteles. Para Alasdair MacIntyre, dentro del campo cristiano hubo siempre una lucha entre los partidarios de Aristóteles y sus adversarios, representadas ambas posiciones, paradigmáticamente, por Santo Tomás y Lutero. Mientras primó la primera posición, hasta bien entrada la Edad Media, Occidente se siguió rigiendo por el modelo clásico de la ética aristotélica. Pero Lutero, que se oponía a la Iglesia y a su filósofo más importante, Santo Tomás, tenía que oponerse también a Aristóteles: “‘That bufoon who has misled the church’ said Luther of Aristotle, setting the tone; and when Hobbes explained the Reformation he saw it as partly due to ‘the fayling of Vertue in the Pastors’, but partly ‘from bringing of the Philosophy, and doctrine of Aristotle into religion’”: AV, pág. 165.

⁵³ AV, pág. 54.

⁵⁴ AV, pág. 54.

preceptos morales y, por otro lado, una concepción de la naturaleza humana expresamente diseñadas para ser discrepantes entre sí... Heredaron fragmentos incoherentes de un esquema de pensamiento y acción que en su momento fue coherente”⁵⁵.

MacIntyre muestra también cómo el rechazo de la visión teleológica de la naturaleza habría de tener efectos desastrosos para la ética tras la aparición de la falacia naturalista. Si se tiene una noción de naturaleza reducida a lo fáctico, no se podrá jamás fundar en ella un precepto moral. Por ello, poco a poco comenzará a surgir la creencia de que los juicios morales son irracionales. Ello se empieza a mostrar en Hume, aunque MacIntyre señala que éste “todavía expresa esta afirmación bajo la forma de una duda más que de una aserción positiva”⁵⁶.

Ahora bien, para MacIntyre la ética clásica puede enfrentar este tipo de objeciones, y lo hace mediante la utilización de lo que llama “conceptos funcionales”, esto es, que definen a un ente en relación al fin o propósito que debe alcanzar y, por tanto, en base a ese fin se podrán hacer juicios normativos. “Sin embargo, los argumentos morales, dentro de la tradición clásica aristotélica –sea en su versión griega o medieval-, envuelven al menos un concepto central funcional, el concepto de *hombre* entendido como teniendo una naturaleza esencial y un propósito o función esencial”⁵⁷. De ahí que, por corresponder o no a lo que conviene a la esencia humana así entendida, los juicios morales en la tradición clásica son susceptibles de verdad o falsedad.

Finalmente, fue Friedrich Nietzsche quien se atrevió a dejar muy claro el fallo del intento moderno de fundar la moral. Los filósofos modernos habían recibido un catálogo de normas morales y, tras haber rechazado el antiguo fundamento de las mismas –el dado por la filosofía aristotélica-, intentaron darle uno nuevo. Sin embargo, como se vio, fallaron estrepitosamente en su intento por su reducción de la naturaleza humana a lo fáctico. De ahí que, en realidad, dichas normas morales quedaron carentes de justificación, y fue mérito de Nietzsche haberlo mostrado a las claras⁵⁸.

⁵⁵ AV, pág. 55.

⁵⁶ AV, pág. 56.

⁵⁷ AV, pág. 58.

⁵⁸ Por eso, en “After Virtue”, MacIntyre considera que Nietzsche es la única alternativa válida a Aristóteles: o no se cree en la moral en absoluto o, si se cree en ella, se debe recurrir al Estagirita: “What then the conjunction of philosophical and historical argument reveals is that either one must follow through the aspirations and the collapse of the different versions of the Enlightenment project until there remains only the Nietzschean diagnosis and the Nietzschean problematic or one must hold that the Enlightenment project was

b) Consecuencias del fallo del intento ilustrado

Como consecuencia del fallo del intento ilustrado, se llegó a la situación actual, con el predominio en el ámbito anglosajón del emotivismo en filosofía moral. El emotivismo sostiene que los juicios morales no son más que expresiones de preferencias subjetivas. Consiguientemente, no puede existir una ética válida objetivamente. En el ámbito continental, el existencialismo sartreano y los discípulos de Nietzsche llegaban a la misma conclusión: no hay moral objetiva.

Esa es la convicción profunda que subyace al orden social liberal. Una vez rechazada la tradición aristotélica, y habiendo fallado los intentos ilustrados de fundamentar la moral, no queda sino que la moral es estrictamente subjetiva. Por consiguiente, cada individuo es concebido como soberano en materia moral, y por tanto el Estado no debe hacer más que compatibilizar los proyectos de vida individuales. No puede haber ya un proyecto común, porque tal proyecto debe basarse siempre en una noción compartida de qué sea lo bueno.

Pero en la sociedad liberal eso ya no es posible. La razón ya no puede descubrir qué sea lo bueno para el hombre. Sobre los fines debe callar. Por consiguiente, si ya no puede hablar sobre los fines, la razón es confinada al ámbito de la *técnica*. Y llegamos finalmente a la civilización tecnocrática actual, cuyo paradigma es, según MacIntyre, precisamente la figura del tecnócrata.

Para MacIntyre, la situación actual es verdaderamente caótica. No puede decirse que haya verdaderas comunidades, porque sólo hay comunidades donde existe un proyecto común. La sociedad liberal no es más que un agregado de individuos que buscan su propio provecho individual. La tecnocracia rige sin contrapeso, desde que la razón ya no puede decir qué sea lo bueno o lo malo. No existen modos de solucionar los conflictos morales, porque no existe una concepción común de qué sea lo justo, y sólo puede haber acuerdo sobre lo justo, allí donde hay acuerdo sobre lo bueno. Para MacIntyre, sencillamente, cuando se habla hoy de "justicia", "virtud" e incluso "ética",

not only mistaken, but should never have been commenced in the first place. There is no third alternative and more particularly there is no alternative provided by those thinkers at the heart of contemporary conventional curriculum in moral philosophy, Hume, Kant and Mill": AV, pág. 118. Sin embargo, en "Three Rival Versions of Moral Enquiry" (University of Notre Dame Press, Indiana, 2006), hará una dura crítica al proyecto genealógico de Nietzsche. Cfr, el capítulo 2.

todos estos términos son utilizados con un sentido completamente distinto al que tenían cuando se originó la filosofía moral, en la antigua Grecia, y que pervivió hasta fines de la Edad Media. “Justicia” hoy no quiere decir lo que “justicia” para Aristóteles.

V.- CONCLUSIÓN: LA REVITALIZACIÓN DE LA FILOSOFÍA PRÁCTICA DE ARISTÓTELES Y LA SUPERACIÓN DEL ORDEN SOCIAL LIBERAL.

La vigorosa defensa que MacIntyre ha realizado de la tradición aristotélica en filosofía práctica tiene innumerables consecuencias tanto para la filosofía moral, como para la filosofía política. Conviene tener presente que, si MacIntyre se dedica a analizar la tradición aristotélica, lo hace con el firme propósito de transformar a sus exponentes en actores del debate contemporáneo. Ello lo llevará necesariamente a criticar los supuestos de la filosofía práctica contemporánea. Como expresa Joseph Dunne, “su reivindicación de Aristóteles ha sido, al mismo tiempo, un ataque a las pretensiones principales de la modernidad, particularmente de la idea e ideal de individualidad canonizada por el liberalismo. En este ataque se han combinado la reinterpretación histórica y el argumento filosófico para ofrecer una lectura radicalmente alternativa de la situación contemporánea”⁵⁹.

MacIntyre ha mostrado claramente, mediante la confrontación del método aristotélico y el moderno de fundamentar la moral, que ésta sólo puede justificarse con una visión teleológica del hombre. Cualquier reducción del hombre a su facticidad impedirá establecer cualquier norma moral.

Al respecto, MacIntyre es particularmente claro: no hay alternativa a la visión aristotélica en materia moral. Si realmente se quiere fundamentar la ética, ningún otro filósofo puede hacerlo sino el Estagirita. La alternativa a Aristóteles no es otra moral, sino la renuncia a toda moral, la disolución de la ética en la estética. Lo enuncia muy claramente: o Nietzsche o Aristóteles.⁶⁰

⁵⁹ Dunne, Joseph, “Ethics Revised: Flourishing as Vulnerable and Dependent”, en “International Journal of Philosophical Studies”, vol 10, N° 3, 2002, pág. 339.

⁶⁰ Sin embargo, deja muy claro que considera que la alternativa correcta es Aristóteles, “for two reasons. One concerns Nietzsche and the spelling out in detail of his genealogical project by recent followers such as Michael Foucault and Gilles Deleuze. What they have quite unintentionally put in question is the possibility of making that project sufficiently intelligible in its own terms. The outcome of the unmasking of others by the genealogist seems to me to have been in the end the selfunmasking of the genealogists. A second reason for rejecting Nietzsche is an Aristotelian one. It reflects both a discovery that the narrative of my own uneven intellectual and moral development could only be both intelligible and truthfully written in Aristotelian terms, and a recognition that in those medieval debates that reconstituted the Aristotelian tradition in Islamic, Jewish and

Ahora bien, si se quiere retornar a la *tradición* aristotélica, debe recuperarse, precisamente, el sentido de la tradición. Es propio del liberalismo tratar al hombre como un individuo aislado, sin historia⁶¹. En cambio, MacIntyre cree firmemente que tal individuo aislado no es más que una abstracción: el hombre concreto vive en una comunidad, la cual tiene una historia y de la cual cada hombre es heredero. La vida humana tiene una estructura narrativa, lo mismo que la vida de las comunidades en las que se inserta. La vida del hombre es una narración dentro de otras narraciones, las de todas aquellas comunidades en las que participe.

Y ello, además, porque, como veía claramente Aristóteles, las virtudes no se pueden ejercer en solitario, sino sólo en comunidades. Pero participar en tales comunidades es participar de su tradición. Más aún: una comunidad es su tradición, su historia.

Por ello, la superación del orden liberal requiere, en primer lugar, el rescate de la noción de tradición. Más aún, MacIntyre ha mostrado claramente cómo no puede haber justicia sin una concepción compartida en la comunidad acerca del bien. Por ello, se debe revitalizar la vieja noción de bien común.

Asimismo, MacIntyre sostiene enfáticamente que toda teoría acerca de lo justo proviene de cierta teoría acerca de lo bueno. De ahí que sean ilusorios los intentos de los ideólogos liberales, como John Rawls, Robert Nozick o Brian Barry, de “neutralizar” el Estado. En realidad, “según MacIntyre, esta pretensión de neutralidad es solamente una cortina de humo que puede ser sostenida de hecho solamente por la apelación a una concepción de lo bueno típicamente liberal”⁶². Y ello es así porque “la exigencia de desinterés (propia

Christian milieus, Aristotelianism as a political and moral philosophy had both progressed by its own standards and withstood external criticism. It finally emerged in its Thomistic version as a more adequate account of the human good, of virtues and of rules, than any other I have encountered”: MacIntyre, Alasdair, “An Interview with Giovanna Borradori”, en Knight, Kelvin (ed.), “The MacIntyre Reader”, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1998, pág.263.

⁶¹ “Liberalism in the name of freedom imposes a certain kind of unacknowledged domination, and one which in the long run tends to dissolve traditional human ties and to impoverish social and cultural relationships. Liberalism, while imposing through state power regimes that declare everyone free to pursue whatever they take to be their own good, deprives most people of the possibility of understanding their lives as a quest for the discovery and achievement of the good, especially by the way in which it attempts to discredit those traditional forms of human community within which this project has to be embodied”: “An Interview with Giovanna Borradori”, op. cit, pág. 258.

⁶² West, op. cit, pág. 29.

del liberalismo procedimental) presupone el tratamiento de la justicia específico y parcial que puede reconocerse como individualismo liberal. Pero la imparcialidad se usa luego para justificar esta teoría de la justicia, con el resultado de que la pretensión de neutralidad es una mera fachada⁶³.

En fin, un último término a revitalizar hoy es el de *virtud*. A rescatar tal noción dedica MacIntyre su libro más famoso, con el fin de mostrar cómo la estructura narrativa de la existencia requiere como su correlato la virtud. Un relato sólo puede tener sentido donde tiene un fin, y son las virtudes aquellas habilidades que nos permiten alcanzar dicho fin.

Así, tradición, bien, comunidad y virtud, son cuatro nociones hace mucho olvidadas, pero Alasdair MacIntyre, siguiendo a Aristóteles, sostiene que sólo un retorno a ellas permitirá superar el orden social liberal actual tecnocrático.

¿Qué se puede hacer, en concreto, para revertir la situación actual? Según MacIntyre, debemos hacer lo mismo que hicieron pequeños grupos de personas que intentaron salvar la civilización luego de la caída del Imperio Romano y la llegada de los bárbaros: formar pequeñas comunidades en las que se cultiven las virtudes. Y es que, simplemente, nuestra situación es análoga a la de las invasiones bárbaras, existe el mismo caos y falta de orden. “Lo que importa en esta etapa es la construcción de formas locales de comunidad dentro de las cuales pueda sostenerse la civilización y la vida intelectual y moral a través de las nuevas épocas oscuras que ya están sobre nosotros. Y si la tradición de las virtudes pudo sobrevivir a los horrores de las últimas épocas oscuras, no estamos totalmente carentes de razones para tener esperanza. Sin embargo, esta vez los bárbaros no están esperando más allá de las fronteras; nos han estado gobernando desde hace cierto tiempo. Y es nuestra carencia de conciencia de ello lo que constituye parte de nuestra situación. Estamos esperando no a Godot, sino a un nuevo –sin duda, muy distinto- San Benito⁶⁴.”

⁶³ West, op. cit, pág. 31.

⁶⁴ AV, pág. 263.

ENSAYOS

EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y LOS SECRETOS DE LA DEFENSA

ALEJANDRO SAN MARTÍN BARRAZA¹

El Estado Social de Derecho implica la satisfacción de todas las necesidades colectivas de los administrados, constituyendo un claro poder/deber para la Administración.

La figura del Estado Moderno dentro de la Teoría Política, justifica su existencia en atención a los principios de servicialidad y subsidiariedad que se encuentran presentes en los postulados de nuestra Carta Fundamental. En virtud de lo anterior, tales principios son considerados como pilares de nuestra nación como ente políticamente organizada, por su estrecha relación con el bienestar y dignidad de la persona humana.

Un Estado inserto en la edad contemporánea y dentro de la sociedad internacional tendrá un ordenamiento jurídico que considere como objetivo primordial la dignidad del ser humano como la base para todas sus leyes. En consecuencia, todos los habitantes que integren una democracia representativa tendrán igualdad de oportunidades para alcanzar el Bien Común, entendido éste como el conjunto de condiciones materiales y espirituales que en un orden social normal permiten el pleno desarrollo de las personas en una sociedad dada. Para lograr lo dicho anteriormente, es necesario que concurren adecuadas condiciones sociales para una convivencia sana entre todos los ciudadanos dentro de una democracia representativa. De esta manera el elemento denominado Paz, constituirá el objetivo clave para uno de los fines de las actuaciones administrativas del Estado: La Defensa. En consecuencia, por ser la Paz una condición indispensable para que todos los chilenos alcancen el Bien Común, el Estado concebirá a DEFENSA como una actividad a desarrollar y que estará destinada a mantenerla incólume.

¹ Abogado. Profesor de Derecho Universidad Bernardo O'Higgins y Universidad Andrés Bello.

Debe tenerse presente, que tanto Bien Común como Paz, corresponden a ámbitos que se encuentran bajo el alero de un concepto mucho más amplio y no menos importante: La Seguridad Nacional; entendida ésta como un deber de la administración pública, y que conlleva de manera necesaria a relacionar tal concepto dentro de la competencia de la función de Defensa. Nuestra Constitución Política menciona esta idea al consagrar en su Artículo 1º como mandato constitucional para el Estado Chileno: *“El resguardar la seguridad nacional y dar protección a la población y a la familia”*.

Para nuestro Derecho, los conceptos de Seguridad Nacional y Defensa han encontrado mucha evolución desde 1980 a la fecha, siendo el avance más significativo las grandes reformas constitucionales del año 2005. Sin embargo, debemos afirmar que la Defensa de un Estado siempre implicará al secreto, tanto para los documentos empleados para cumplir con tal labor como para los procedimientos seguidos para adoptar decisiones por parte de las autoridades de gobierno, en momentos de hacer frente para neutralizar una amenaza que pretenda destruir los cimientos de la sociedad chilena y de este modo dañar a su seguridad nacional. En consecuencia, es importante sostener que el secreto o reserva de los actos administrativos del Estado de Chile cumplen con una labor estratégica a la hora de tomar decisiones gubernamentales en todo lo concerniente a la defensa de la Nación. Por lo tanto, publicidad y transparencia de los actos administrativos del Estado como también el secreto o reserva de aquellos, cumplen una importante labor estratégica a la hora de tomar decisiones gubernamentales como herramientas necesarias en todo lo concerniente a la defensa de la Nación.

Sin embargo, debemos ser mesurados a la hora de mencionar el tema del secreto. Hay que recordar que las demandas republicanas y democráticas que exigen al poder oculto convertirse en poder visible (al poder público ejercido en secreto, que sea público en cuanto abierto al público), integran un capítulo importante de la lucha por el derecho.²

En relación a este tema, es trascendental hacer mención al nuevo art. 8º de nuestra Constitución Política, cuyo origen se encuentra en las nuevas reformas del año 2005, sin perjuicio de la Ley de Acceso a la Información Pública Nº 20.285 y que presenta como principal característica el consagrar a nivel constitucional a la herramienta estratégica reservada a la defensa nacional: El secreto o reserva de las actuaciones administrativas del Estado de Chile.

² Astorquinza Altaner Gastón: *“Sobre la Transparencia Administrativa”* en: Varios autores, Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público 25-27 Noviembre de 2004, Editorial Lexis Nexis, (2005), Página 24.

I LA PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS BASES CONSTITUCIONALES

1.-) El nuevo artículo 8° en la Constitución Política de la República: Comentario, análisis y su relación con la defensa nacional.

Las reformas constitucionales del 2005, cuya génesis comienza el 6 de noviembre del 2001, responden a la necesidad de modernizar las políticas de Estado y perfeccionar algunas de las principales instituciones políticas para de esta manera ajustarse a las nuevas exigencias que plantea el nuevo siglo. Todo lo anterior, por lo demás, para preservar el equilibrio de los poderes públicos.

El nuevo artículo 8° de la Constitución Política de la República, que pasando a tomar el lugar del desaparecido Art. 8^{o3} ya derogado hace años, consagra tanto la probidad como la publicidad para todas las actuaciones de la Administración, así como también para los fundamentos y procedimientos que sean empleados al momento de llevar a cabo dichos actos⁴. Lo anterior se aplica para todos los actos de la administración del Estado de Chile, sea civil o militar, pasando a tener una naturaleza pública y transparente.

Por tanto, la publicidad para todas las actuaciones gubernamentales será siempre considerada regla general. Sin embargo, el constituyente no olvida el tema del secreto o reserva para algunas actividades de la Administración del Estado y es, por consiguiente, que también permite un secreto o reserva para aquellos actos, con la expresa salvedad de ser considerados sólo de manera excepcional y por motivos específicos.

Dentro del Derecho Administrativo Chileno, era posible encontrar un marco legal sobre tales temas sólo en la Ley 18575 de Bases Generales de

³ El artículo 8° de la Carta Originaria de 1980 rezaba: "Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o de orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al orden institucional de la República".

⁴ Nuevo Artículo 8° C.P.R.-"El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".

la Administración del Estado y en la ley 19653 sobre Probidad⁵, que tuvo como principal característica el enfatizar los principios de publicidad y transparencia para la Ley de Bases. No existía, hasta el año 2005, una consagración constitucional que ordenase a todos los órganos del Estado chileno para obrar con publicidad o transparencia en sus actuaciones administrativas, como tampoco había autorización constitucional para proceder con secreto o reserva en aquellos momentos donde las necesidades de la defensa así lo ameritasen. La redacción del nuevo artículo 8º consagra que únicamente podrá procederse con secreto o reserva, en virtud de causales establecidas previamente en una ley de quórum calificado. En este caso, La Ley de Acceso a la Información Pública.

Con esta nueva normativa, se elevan a rango constitucional los principios de probidad y publicidad, ya contemplados en la ley N° 18575, pero extendiéndolos ahora a todos los órganos estatales y no sólo, como en esa ley, aplicables respecto de los entes integrantes de la Administración pública.⁶

Tal redacción demuestra la intención del constituyente por consolidar la publicidad para todas las esferas gubernamentales y dejar consagrado al secreto como algo excepcional. Nos encontramos, en suma, con la constitucionalización de dos principios fundamentales de la actuación de los órganos

⁵ Cabe señalar que el Reglamento perteneciente a dicha ley de probidad N° 19653 presentó dificultades a la hora de ser aplicado; las cuales eran muy semejantes a las presentadas por el Decreto N° 26 sobre secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado. El Reglamento de la ley 19653, también llamado Decreto 99, decía relación con la declaración de intereses por parte de las autoridades y funcionarios del Estado, señalando cuales serían los requisitos para realizar tal tarea; todo lo anterior en virtud de lo dispuesto por el Artículo 60 de la ley de Bases N° 18575. Lo anterior, claramente presenta un vicio de inconstitucionalidad en atención a que en virtud del Artículo 38 de la Constitución Política de la República, tal materia sería propia de ley, lo que excluye el ámbito de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Pese a que el cuestionado reglamento da ejecución a la ley 19653 en algunos pasajes, lo cual ya no rayaría en la inconstitucionalidad; sólo el hecho de establecer cuáles son los requisitos, formas y procedimientos para rendir tal información, más bien constituiría un exceso en las atribuciones del Presidente de la República, no siendo advertido, nuevamente, tanto por la Contraloría General de la República como por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, es difícil dilucidar si lo que hace el reglamento es efectivamente poner en ejecución la ley en cuestión, en atención a la atribución del artículo 32 N° 6 de la CPR o una inconstitucionalidad flagrante al momento de permitir que la potestad reglamentaria del Presidente de la República invada, con sus reglamentos y decretos, materias propias de ley.

⁶ González Fernández Miguel Ángel: "El Principio de Publicidad de los Actos Estatales", en: Varios autores, "Reforma Constitucional", Editorial Lexis Nexis, Octubre 2005, Página 192.

públicos en un Estado de derecho: Probidad y transparencia.⁷ Sin embargo, el problema que se presenta a continuación es el siguiente: Las necesidades de la defensa constantemente requieren proceder con reserva, por ende esta función del Estado no puede dejar de utilizar al secreto en atención a que es la principal herramienta de trabajo para muchos funcionarios del Estado e instituciones especializadas dedicadas a la defensa nacional. En consecuencia, ya no sería correcto considerar en estos aspectos al secreto como algo excepcional, sino que muy por el contrario como la regla general. De todos modos, al invocar la causal *Seguridad Nacional*, que sin lugar a dudas es causal para invocar el secreto o reserva en la Ley de Acceso a la Información Pública, por expreso mandato constitucional, se ampliará la esfera de atribuciones del Estado para declarar a documentos, procedimientos y actuaciones bajo el sello de clasificado.

En la actualidad, la Ley de Acceso a la Información Pública permite el secreto para aquellas actuaciones relacionadas con operaciones de inteligencia que pudiesen prevenir inminentes ataques de los países vecinos o de organizaciones terroristas subversivas, compra de armamento de última generación o de los documentos que dan cuenta de las órdenes impartidas por el Estado, a través del Ministerio de Defensa, para el movimiento de tropas a objeto de aplicar la temida HV3⁸, etc.

Dichas actuaciones son expresamente permitidas en virtud del Artículo 21 de dicha ley⁹.

⁷ Ramírez Arrayás José Antonio: "Principio de Probidad y Transparencia", en varios autores: Ídem, Página 243.

⁸ HV3: Hipótesis Vecinal 3: Nombre clave para las FFAA de Chile, a la hora de enfrentar una situación de guerra con tres países limítrofes: Perú, Bolivia, Argentina. En 1978, este plan se activó por parte del Ministerio de Defensa de la época ante una agresión Peruana y Boliviana por el norte.

⁹ Artículo 21.- "Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública (el subrayado es nuestro).

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

La técnica jurídica del reenvío hacia una Ley de Acceso a la Información Pública, no es algo novedoso para nuestra realidad jurídica. Antaño, la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 13, consagraba que uno o más reglamentos establecerían los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos del Estado. Sin embargo, dicha normativa era a todas luces inconstitucional, tal como examinaremos más adelante.

Haciendo memoria, al analizar el artículo 13 era posible advertir la referencia del reenvío en el momento donde tal normativa consagra que una de las causales para proceder a denegar dichos documentos era la seguridad nacional. En el tiempo pasado, el Decreto 26 de 2001 era invocado por muchos organismos del Estado para dar carácter reservado o secreto a determinados actos y documentos. Sin embargo, dicho cuerpo normativo ha sido derogado con la publicación en el Diario Oficial de las nuevas reformas constitucionales y, muy en especial, por la aparición del nuevo artículo 8°.

En consecuencia, podemos sostener que la técnica jurídica utilizada para invocar el secreto o reserva no ha cambiado; por el contrario, la intención del legislador fue mejorar y aumentar los niveles de calidad en materia del trabajo legal en torno al tratamiento de la publicidad y transparencia, y, en definitiva, se constitucionaliza la vieja técnica del reenvío. Sin embargo, en esta oportunidad, en lugar de un simple reglamento, será un cuerpo legal de nivel jerárquico superior, la Ley de Acceso a la Información Pública Número 20.285, la encargada de establecer cuándo procede el secreto o reserva como excepción y la transparencia o publicidad como la regla general. Con esta nueva normativa, existe un total apego a Derecho para el tratamiento del secreto de los actos administrativos.

En síntesis, y por todo lo dicho en el párrafo anterior, podría dejarse de manifiesto que lo hecho por el constituyente, al introducir el nuevo artículo 8, fue mejorar y modernizar la legislación administrativa sobre la publicidad y secreto, a través de la consagración constitucional de los dos primeros conceptos. Asimismo, la técnica legislativa del reenvío hacia la Ley de Acceso a la Información Pública, para declarar cuándo es procedente el secreto o reserva, es también una señal de modernidad dentro del derecho público chileno. Lo dicho anteriormente incidirá directamente en la función pública de la defensa, pues en esta oportunidad recibirá legitimación constitucional la principal herramienta con la que toda defensa del siglo XXI utiliza en sus labores cotidianas: *El secreto en torno a la seguridad nacional*.

Como consecuencia de lo anterior, se derogaron todos los preceptos reglamentarios que en el pasado declaraban la confidencialidad de los actos

del Estado, así como también las disposiciones legales que remitan o reenvíen el ejercicio de esa potestad a los reglamentos o a disposiciones, incluso, de inferior jerarquía que éstos.¹⁰ También es evidente que el artículo 8º, inciso 2º de la Carta de 1980, en su actual versión, ha permitido que entre una bocanada de aire fresco sobre las aún herméticas ventanas del aparato estatal, cuyo benéfico efecto se dejará sentir progresivamente, en la salud futura de la comunidad nacional, superados que sean los temores que siempre anteceden a los cambios en las tradiciones, tan arraigadas como oscurantistas, tal como sucede con el casi ritual secreto vestigio del lejano absolutismo.¹¹

2.-) La Génesis del Nuevo Artículo 8: Su Historia Fidedigna.

Como bien dijimos en el capítulo anterior, el nuevo artículo 8 obedece a la intención del constituyente por modernizar las instituciones de la República, a través de las reformas introducidas a la Carta Fundamental.

La Alianza por Chile manifestó su conformidad a este ambicioso proyecto presentado en el Parlamento por los partidos que integran la bancada de la Concertación y procedió a dar sus propios proyectos de redacción para las reformas a la Carta Magna.

El proyecto de la oposición fue suscrito y presentado por los Honorables Senadores señores Chadwick, Diez, Larraín y Romero; en su primera presentación, los mencionados señores Senadores expresaron que los partidos políticos que integran esta bancada han asumido el compromiso ante el país de contribuir decididamente a cerrar el período de transición política iniciado luego de la instauración del régimen democrático a partir del 11 de marzo de 1990.

A juicio de la Alianza por Chile, dar término a este período permite responder en forma sustantiva al mensaje mayoritario que la ciudadanía entrega a las autoridades de gobierno democráticamente elegidas; mensaje que precisamente tiene por telón de fondo el reestablecimiento de la paz social en el país, proporcionando una solución verdadera a los problemas y conflictos del pasado, para que de esta manera se recupere la indispensable confianza

¹⁰ González Fernández Miguel Ángel: "El Principio de Publicidad de los Actos Estatales", en: Varios autores, Ob. Cit, página 205.

¹¹ Hernández Emparanza Domingo: "Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad de 2005; Regionalización, Probidad y Publicidad de Actos" en: Varios autores, "La Constitución Reformada de 2005", Universidad de Talca, Librotecna, Talca, página 37.

recíproca. Sin embargo, para cumplir con esta gran tarea pendiente, es necesario examinar importantes aspectos relacionados con el tema. Uno de ellos consiste precisamente en las divergencias que se suscitan en relación a algunas de las instituciones que presenta nuestra Constitución.

En relación con lo dicho en el párrafo anterior, a juicio de la bancada de la oposición, el examen realizado a la Constitución Política de 1980 arroja resultados muy positivos, por cuanto permite destacar que muchas de sus normas han permitido establecer una completa explicitación de los derechos fundamentales de la persona humana, creando recursos constitucionales eficaces que permiten proteger tales derechos, todo ello dentro de las Bases de la Institucionalidad. Las instituciones de la Constitución de 1980 no sólo han respondido con eficacia a las exigencias políticas de dicha época, sino que además han mantenido un adecuado equilibrio de los poderes públicos, circunscribiendo al poder del Estado a través de dos vías que dan tranquilidad frente a cualquier eventualidad que pueda provocar futuros problemas: El rol subsidiario del Estado y la limitación de la soberanía por los derechos fundamentales del hombre.

La Alianza por Chile enfatizó que la Carta Fundamental no sólo fija los límites del Estado sino que también establece los límites del derecho, lo que consecuentemente garantiza la permanencia y cumplimiento de todas sus disposiciones, lo que justamente es el elemento esencial para toda estabilidad política y económica de un país.

En relación con lo dicho en el párrafo anterior, la bancada opositora agrega que tal es la importancia de dichas normas, que su existencia dentro del ordenamiento jurídico chileno ha posibilitado generar un clima de estabilidad política casi único dentro de la región y ha permitido desarrollar una normalidad institucional muy envidiada por algunos gobiernos vecinos. Dos períodos gubernativos e iniciar uno tercero en medio de un verdadero proceso político pacífico y sin anomalías, es calificado por todos los sectores políticos como ejemplar.

Sin embargo, pese a todas las loas y alabanzas hechas por la Alianza por Chile a la Carta Fundamental, es innegable que la ciudadanía clama por modernizar y perfeccionar la Constitución para de esta manera cerrar con la transición política. Por ello, y sobre la base de las extensas consideraciones anteriores, la Alianza por Chile acepta la tesis de reformar la Constitución y presenta un proyecto de reforma constitucional.

2.2.-) *LOS ANTECEDENTES CONSIDERADOS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO PARA LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 8º.*

2.2.1.-) Ley 19653, sobre Probidad Administrativa:

Como podemos recordar, el principal propósito de esta normativa consiste en desarrollar el principio de probidad administrativa de una manera sistemática y coherente para diversos textos legales, pero muy en especial para la ley 18575 de Bases Generales de la Administración del Estado, que sólo hasta hace unos pocos años, era el único referente para el tema.

Entre otros aspectos, se perfecciona el régimen de incompatibilidades por conflicto de intereses entre la función pública y la actividad privada; se establece la obligatoriedad para determinadas autoridades y funcionarios de hacer declaraciones juradas de intereses, se enfatiza a la probidad administrativa como un principio de las ciencias jurídicas y se asegura que toda función Pública se ejerza con transparencia, de manera tal que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella.

La concepción planteada por la ley 19653, fue uno de los principales motores que impulsó a la comisión de enfatizar, dentro del nuevo artículo 8º, la publicidad y transparencia como principios jurídicos que gocen de consagración constitucional; por lo que consecuentemente la moción presentada por la Alianza por Chile ganó muchos adeptos en la discusión sobre la redacción del artículo 8.

De esta manera, en todas las actuaciones de los integrantes de la Administración siempre deberá prevalecer un principio tan elemental como el de servir en forma honesta al país desde la función estatal.¹²

¹² Tal expresión alude directamente al concepto de Probidad. Puede entenderse tal concepto como sinónimo de Honradez y en definitiva fue el concepto que permitió que los principios de transparencia y de publicidad administrativas fueren enfatizados, por la ley 19653, a la propia administración pública del Estado de Chile. En atención a ello, se deja consagrado que la conducta funcionaria implica, por mandato legal, un desempeño intachable, honesto y leal de la función o cargo con toda preeminencia del interés general por sobre el particular. Al examinar el artículo 62 de la ley N° 18575, es factible advertir a título de referencia las conductas que contravienen la probidad administrativa. Sin embargo, tal enumeración no es taxativa y no excluye el hecho de que haya otras conductas que constituyan grave falta a dicho principio. Cabe destacar la referencia a los donativos, ventajas o privilegios que reciban los funcionarios de parte de terceros; practica muy común antes de la entrada en vigencia de dicha normativa. Las invitaciones al extranjero a quienes debían decidir una adquisición a la prestación de un servicio, regalos valiosos

Se consigna el principio de publicidad y transparencia, lo que permitirá que la totalidad de los actos, resoluciones y procedimientos de los órganos del Estado sean públicos; de modo que la reserva o secreto pasa a tener un carácter excepcionalísimo y siendo sólo decretado mediante una ley aprobada con quórum calificado, cuando afecte a los derechos de las personas o la seguridad de la nación.

Con ello, el Estado de Chile pasa a ser abierto, democrático, transparente, donde la gente tendrá pleno derecho a conocer las decisiones de las autoridades y las razones que las movieron a adoptarlas.

II “EL NUEVO ARTÍCULO 8º Y SU INCIDENCIA SOBRE EL CAPÍTULO XI Y XII DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA: FUERZAS ARMADAS, DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA, COSENA Y DEFENSA NACIONAL.

Como bien hicimos mención en los capítulos anteriores, el nuevo artículo 8º de la Constitución menciona el tema de la seguridad nacional, como una de las excepciones que hace posible el proceder secreto para algunas actuaciones del Estado.

El concepto de seguridad nacional, que será analizado de forma detallada dentro de este capítulo, no sólo es contemplado en la redacción del artículo 8, sino que también puede advertirse en los artículos que integran los capítulos XI y XII de la Carta Fundamental, donde se hace referencia a las FFAA como únicas instituciones especializadas y competentes para ejercer la función defensa, para de este modo cumplir con el mandato constitucional.

Es importante dejar de manifiesto y analizar cuál será la implicancia o trascendencia que dejará la actual redacción del artículo 8º para muchas de las actividades del Estado que digan relación con la función de la defensa.

para el cumpleaños o la navidad, invitaciones de fines de semana con gastos pagados, regalos de relojes, lapiceras, etc. eran considerados como muy normales dentro de la práctica administrativa cotidiana. Sin embargo en la actualidad, el N° 5 del Artículo 62 considera a estas conductas como contrarias a la probidad. Véase Miguel Otero Lathrop, “Los principios de Transparencia y Publicidad en el ejercicio de la Función Pública, contenidos en la ley 19653, en La Administración del Estado de Chile, Decenio 1990 -2000, 2000”, Página 703 a 727.

1.-) Las FFAA y su labor constitucional dentro de la defensa nacional:

Entre las funciones primarias del Estado está precisamente la de ejercer la soberanía nacional, proteger a la población y resguardar el territorio frente a amenazas que atenten contra la comunidad nacional. De dichas obligaciones primarias surge el concepto de defensa, la que está encaminada a proteger la existencia de la sociedad y de todos los miembros de la comunidad nacional. En suma, dicha función constituye una de las más importantes labores que debe cumplir el Estado, por expreso mandato constitucional.

Por esta naturaleza, la defensa del territorio chileno sólo puede ser provista por el Estado. Tal como mencionamos en párrafos anteriores, nuestra Constitución, en el artículo 1º, contempla como un mandato constitucional el resguardar la seguridad nacional y dar protección a la población y a la familia.

En tanto, el artículo 6º consagra, como un deber estatal, garantizar el orden institucional de la República. Asimismo, como bien ya sabemos, el nuevo artículo 8º establece que la seguridad de la nación es una de las excepciones para el secreto para algunas actuaciones del Estado.

Por los antecedentes expuestos, es posible afirmar que la función defensiva tiene como principal justificación, la obligación del Estado de resguardar la seguridad nacional y como principal herramienta para alcanzar un adecuado desempeño en esta función, el secreto o reserva en algunas actuaciones relacionadas con la defensa.

2.-) El Secreto o Reserva y Seguridad Nacional:

Inevitablemente, el concepto de seguridad nacional se encontrará vinculado con secretos. Los problemas de seguridad nacional, a diferencia de aquellos del desarrollo, indudablemente nos llevan a la necesidad de mantener cierto grado de discreción, tanto mayor cuanto más agudas sean sus manifestaciones externas, a fin de poder mantener la libertad de acción para actuar con iniciativa y oportunidad en la gestión de las soluciones requeridas.¹³

Los organismos estatales, ante situaciones de emergencia, se ven así obligados a adoptar una actividad reservada, que no puede satisfacer las crecientes necesidades de información de la ciudadanía, que sin tener los fundamentos necesarios para conocer la proyección de los problemas que

¹³ Ídem, página 62.

se debaten, por intuición busca una solución hacia una situación que se presenta más grave.

Por otra parte, como barómetro de la sensibilidad nacional, los diferentes órganos de difusión periodística buscan información por todos los medios, sin reparar en que sus especulaciones, muchas veces acertadas, pueden producir más daño que beneficio a los más altos intereses nacionales, especialmente ante problemas en desarrollo. A su vez la opinión pública, con una falta de conocimientos básicos y con informaciones incompletas o erradas, puede llegar a ejercer presiones o a provocar situaciones de hecho por individuos exaltados, que tampoco aportan nada positivo, exteriorizando sólo patriotismo y una eventual cohesión interna.

La tradicional disciplina de mantención del secreto inhibe también a las fuerzas armadas para exteriorizar públicamente sus conocimientos en la materia, limitándose a prestar su respaldo y asesoría, por los cauces reglamentarios y legales, hacia los correspondientes organismos estatales.

Se plantea así la interrogante: ¿Es preferible mantener en la ignorancia a toda una nación, por una concepción anticuada de mantención del secreto, o es mejor acaso propugnar una difusión amplia, destinada a crear una conciencia colectiva de lo que verdaderamente es la seguridad nacional?¹⁴

La exclusión del principio de transparencia en las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con la seguridad y defensa de la nación, deberá entenderse referida a todas aquellas intervenciones que tengan por finalidad salvaguardar la soberanía e independencia en el ámbito exterior. Sin embargo, y de acuerdo con la postura del profesor Luis Alberto Pomed Sánchez, lo dicho en el párrafo anterior debe referirse a *“la protección de las grandes instituciones constitucionales frente a todo intento de hacer perecer las mismas por medios ilegítimos”*.¹⁵ Debemos, por tanto, dilucidar qué tipo de informaciones pueden afectar la seguridad nacional.

Es indudable que la seguridad nacional y la defensa son intereses dignos de protección. Los límites impuestos en atención a las exigencias de la seguridad nacional y del propio Estado chileno, han sido cuidadosamente elaborados por las agencias de seguridad que nuestro país contempla. Dichos límites a la entrega de información se justifican en atención a que se trata de asuntos directamente relacionados con los presupuestos básicos de todo

¹⁴ Ibidem

¹⁵ Urrutia Silva Osvaldo, Ob.Cit., página 137.

estado de Derecho, lo que no significa que tales límites se vuelvan absolutos hasta el punto de impedir todo control jurisdiccional sobre materias que alguna autoridad con la potestad respectiva haya calificado como secretas; ello significaría crear zonas de inmunidad fuera de toda concepción de Estado de derecho.

III LA PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA LEY DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, N° 18.575, Y SU RELACIÓN CON LOS SECRETOS DE LA DEFENSA.

1.-) Exégesis de los Artículos 13 y 14 en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18575: Comentario, Análisis y Críticas.

Tal como se dejó establecido en el capítulo anterior, nuestra primitiva Constitución Política no consideró de manera expresa y formal una concepción de transparencia para la función pública como principio rector para todas las actuaciones administrativas. Sin embargo, tal circunstancia no implica la consideración de un principio opuesto, ya que sólo una adecuada transparencia es coherente con el principio de servicialidad hacia la persona humana y de respeto al bien común; ambos considerados fines primordiales del Estado, consagrados en la misma Carta Fundamental.

En Chile el principio que regía, tal como afirmó la Comisión de Estudios de la nueva Constitución, es el de la publicidad para el actuar administrativo del Estado. Al fin y al cabo, tal conducta es la única manera de concretar un control ciudadano a las autoridades y lograr que, efectivamente, la administración se encuentre al servicio de la persona humana.

La situación legal de la no existencia de este principio expreso de transparencia y publicidad aplicable a los órganos del Estado, tal como hicimos referencia extensamente durante todo el primer capítulo, termina con motivo de las reformas a la Carta Fundamental, publicadas en el diario oficial el 26 de agosto de 2005. Tales modificaciones pasan a consagrar dicho principio en el artículo 8°.

Si bien es cierto que el secreto o reserva en temas militares es una herramienta constante y eficiente para las actuaciones del Estado, en la actualidad pasa a ser celosamente regulado. Efectivamente, es de vital importancia el hecho de que la sociedad moderna precise y remarque la tendencia mundial

en todas las democracias. El secreto o secretismo de la administración, como una de las constantes de su actuación, hoy desaparecen.¹⁶

Esta sociedad precisa que la persona humana participe en los asuntos públicos y condición sine qua non, resulta ser su información, siendo relevante la accesibilidad, cantidad y calidad de aquella.¹⁷ Sin embargo, no es menos cierto que para el cumplimiento de la función defensa, que constituye un deber del Estado consagrado constitucionalmente, necesariamente deben existir limitaciones a las fuentes de información gubernamentales que digan relación con aspectos de la seguridad nacional. En temas de defensa y de seguridad nacional, la Administración chilena ha preferido la confidencialidad, tal como veremos al momento de analizar las diferentes normativas acerca del secreto y reserva que nuestro país presenta dentro de su ordenamiento jurídico interno.

La pugna entre publicidad y secreto ha sido largo tema para nuestra legislación administrativa desde hace años. Si se consagra el principio de publicidad en el ordenamiento jurídico chileno es también innegable que debe además considerarse la posibilidad de negar el acceso a la información, estableciendo claramente los casos de secreto y específicamente describiendo cuáles serán los entornos que caracterizarán a este secreto: *Sistematización, calificación, tratamiento y desclasificación* de las informaciones de defensa, que sean manejadas por las FFAA y el Ministerio de Defensa, en calidad de órganos de la Administración del Estado especializados en dicho tema.

El secreto o reserva, como herramientas para cumplir eficientemente la función defensa, debe tener un fundamento legal para que de esta manera pueda nacer a la vida del derecho y encuentre apego a la legalidad dentro de una moderna democracia representativa. No es concebible proceder con secreto en atención a meros arbitrios o caprichos administrativos, sin tener ningún fundamento legal para no dar respuesta al ciudadano que desee saber en qué se invierten los millones de dólares provenientes de la ley reservada del cobre o de los impuestos de los contribuyentes.

Sin embargo, pese a lo dicho, el Estado, al ser el responsable de la seguridad y del bienestar de los ciudadanos, inevitablemente debe crear zonas de

¹⁶ Mendoza Zuñiga Ramiro: "Notas sobre el acceso a la documentación administrativa (Acerca de la Publicidad, la Transparencia y el Secreto)" en "Revista de Derecho Público", Vol. 1996, N° 59, Página 245.

¹⁷ Ídem, página 246.

secreto de información cuya divulgación afecte, para los fines de esta obra, a la función de la defensa nacional.¹⁸

Por tanto, es entendible que cualquier divulgación de estos secretos acarree sanciones legales muy severas, como pudiese ser la pérdida de la nacionalidad chilena por traición a la patria; sanciones que contemplan el Código Penal y, específicamente, el Código de Justicia Militar.

Es un mal necesario el colocar límites a las informaciones relacionadas con la defensa, pero sólo dentro del rango de lo necesario. Si bien es cierto, la utilización legal del secreto puede permitir perpetuar el poder entre las clases dominantes convirtiendo a una democracia en un gobierno autoritario o totalitario (donde se abusa del secreto), no es menos cierto que logísticamente no es conveniente en pos de un utópico sueño de transparentar todas las actividades del Ministerio de Defensa a los países vecinos.

Dentro del amplio espectro de los secretos, desde el punto de vista administrativo el más importante será sin lugar a duda el Secreto de Estado mirado desde la óptica militar; ello porque su funcionamiento reposa sobre la jerarquía. No resulta extraño que en materias de defensa, los funcionarios relacionados deben, tanto por ley y por subordinación militar, guardar reserva de ciertas actividades.

Se crea así un secreto administrativo muy difícil de combatir.¹⁹ Tal situación será analizada cuando examinemos los Artículos 13 y 14 en la Ley de Bases, conjuntamente con el Decreto N° 26.

2.-) *Análisis de los Artículos 13 y 14 en la Ley de Base Generales de la Administración del Estado: ¿Era inconstitucional su redacción?*

La Comisión Nacional de Ética Pública, al realizar todos los trabajos ya explicados en los párrafos anteriores, tuvo como principal deseo el que sean públicos los actos administrativos de los Órganos del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento esencial. Tal idea quedó plasmada en el artículo 13 de la Ley de Bases:

Artículo 13 Inciso Tercero: “Son públicos los actos de la administración de los órganos del estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo o esencial”.

¹⁸ Urrutia Silva Osvaldo, Ob.Cit., Página 69.

¹⁹ Ibidem.

Lo dicho anteriormente constituye el objeto material directo de esta normativa y se reafirma la concepción de que el principio inspirador dentro de la Administración del Estado de Chile, siempre será el siguiente: *La publicidad es la regla general mientras que el secreto es la excepción.*

Aparentemente, este artículo no presentaría ningún problema de interpretación y recibiría una aplicación muy sencilla.

Es evidente establecer que el legislador desea que todo el proceder administrativo sea transparente y por ende ordena que los actos más los documentos que les sirvan de justificación sean los que gocen de publicidad para un verdadero control ciudadano, para así frenar los excesos de la Administración. El mismo inciso 3° es aplicable a toda la documentación que manejen los órganos que integran la Administración del Estado, la que para efectos de esta ley, señalado en su artículo 1°, está constituida por los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, Órganos y Servicios Públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, las Empresas Públicas creadas por ley, sin perjuicio de ciertas empresas privadas referidas y muy especialmente para efectos de esta obra, las FFAA, de Orden y Seguridad. Sin embargo, se plantean serias dudas en torno a la constitucionalidad, por muchos estudiosos del derecho, a propósito del último inciso de este artículo: *“Uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado”*. Debemos señalar que el último inciso de este artículo no es el único problema de constitucionalidad que se plantea. La redacción de este artículo presenta variadas falencias que hacen muy difícil su entendimiento y arrojan claras señas de contradicciones cometidas por el legislador. El primer problema que se suscita es la remisión a la potestad reglamentaria del Presidente de la República para determinar qué casos son considerados como secretos o reservados, claramente una situación inconstitucional.

Otro problema lo plantea la contradicción entre este artículo 13 y el mismo Reglamento (Decreto N° 26), al momento de dejar en claro qué es lo que será objeto de secreto o reserva: No queda claro si es el acto o los documentos que les sirven de soporte o complemento esencial y/o directo. Finalmente, otra contradicción se suscita, entre el mismo Decreto N° 26 y artículo 13 con lo dispuesto en el nuevo artículo 8° de la Constitución Política de la República en su redacción de 2005. Cabe señalar que en el Diario Oficial N° 36.955, de 7 de mayo de 2001, se publica el Decreto Supremo N° 26, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que contiene, de acuerdo a su título, el reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos

de la Administración del estado, cuyo texto ha generado la reacción crítica de la comunidad jurídica por los diversos vicios de antijuridicidad de derecho público de que adolece. Lo más curioso de esta situación la constituye el hecho de que fue el propio legislador el que avaló esta inconsecuencia jurídica, y sólo se ha comenzado a tomar conciencia de esta peculiaridad con motivo de las reformas constitucionales del año 2005. Los problemas en torno a la interpretación y aplicación de este artículo, radica en entregar los casos de secreto, en calidad de excepción, a un cuerpo normativo de inferior jerarquía a la de una ley de quórum calificado; norma que en virtud de su categoría sería la responsable directa para hacerse cargo de tal labor. Se detallará la problemática a fondo cuando tratemos el análisis jurídico del decreto N° 26.

Este reglamento, como ya puede apreciarse, presentaba muchas falencias y contradicciones en su propia redacción, por lo que era de suponerse que no tendría una vida muy duradera dentro del ordenamiento jurídico chileno. Uno de los variados problemas que presentaba este reglamento encuentra origen en el párrafo tercero del decreto n° 26, donde se hace mención, en su artículo 6°, que se *“exceptúan de la publicidad regulada en los artículos anteriores, los actos administrativos, documentos y antecedentes declarados secretos o reservados de conformidad a las normas del presente reglamento, sin perjuicio de lo establecido en leyes o reglamentos especiales”*.

En general y antes de comenzar a tratar todos los puntos correspondientes a los vicios de inconstitucionalidad y legalidad que presenta el artículo 13 de la Ley de Bases N° 18575, es menester dejar en claro que el Decreto N° 26 es un cuerpo normativo que vino a complementar y a detallar todo lo referente al secreto y/o reserva tratado en los artículos de la ley ya señalada, pero que, en lugar de despejar las dudas sobre la aplicación de algunos preceptos de este artículo, sólo los vino a agravar más y a aumentar las interrogantes. Sin embargo, esto ya ha sido superado en atención a la entrada en vigencia de la Ley de Acceso a la Información Pública.

3.-) El Reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado y su relación con el último inciso del artículo 13° de la Ley N° 18575: Comentarios y Análisis.

Comenzando el análisis del reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la administración del Estado o Decreto N° 26, en el párrafo 1° del ámbito de aplicación del reglamento, específicamente en su artículo 1°, es posible señalar lo siguiente:

Artículo 1°: *“El presente reglamento regula los casos de secreto o reserva aplicables a los actos administrativos y a los documentos y antecedentes que*

obren en poder de los órganos de la Administración del Estado a que se refiere el artículo 11 bis de la ley 18.575 (hoy artículo 13)”.

Existe concordancia entre este reglamento y los artículos 13 y 14 en torno a que el secreto siempre será la excepción. Lo anterior queda demostrado en el artículo 2 correspondiente al párrafo 2º llamado de la publicidad de los actos y documentos de la Administración del Estado:

Artículo 2º: “La función pública se ejerce con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ello.

En tal virtud y salvo las excepciones establecidas en el presente reglamento y en otras normas vigentes, son públicos los actos administrativos de los órganos de la administración del estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial.

Asimismo y con iguales excepciones, son públicos los informes y antecedentes que las empresas privadas que presenten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la ley N° 18046, sobre sociedades anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no ejerza su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en el artículo 11 bis de la ley N° 18575 (hoy artículo 13)”.

No hay ninguna dificultad en dejar consagrado que entre el reglamento y el artículo 13 existe concordancia al sostener que el secreto es siempre la excepción. Sin embargo, los problemas surgen de la sola lectura del inciso final, ya señalado en párrafos anteriores, en el artículo 13, donde se habilita a la potestad reglamentaria del Presidente de la República para que mediante uno o más actos administrativos establezca los casos de secreto o reserva, entendiéndose con esto que se faculta a dicha autoridad para que precise o detalle las cinco causales que contempla el artículo 13 de la ley 18575 o para que incorpore nuevas hipótesis, adicionales a aquellas.²⁰

Las cinco causales, que consagra el artículo 13 de la ley N° 18575, son:

²⁰ Fernández González Miguel Ángel: “El Principio de Publicidad Administrativa”, en Varios Autores: “La Administración del Estado de Chile, Decenio 1990-2000”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Editorial Jurídica Conosur, 2000, página 762.

Artículo 13: *“Las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos, son:*

- 1.-) La reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias.
- 2.-) El que la publicidad impide o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido.
- 3.-) La oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos
- 4.-) El que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido.
- 5.-) El que la Publicidad afecte la seguridad de la nación o el interés nacional”.

Las excepciones al principio de publicidad siempre deben interpretarse y aplicarse de forma restrictiva, con lo cual resulta obligado privilegiar en todo caso, y especialmente ante la duda, la publicidad de los documentos y antecedentes.²¹

Resulta interesante destacar que en el artículo 13 de la ley N° 18575, en dos oportunidades se hace mención al mecanismo de remisión a la potestad reglamentaria para proceder con el secreto o reserva.

La primera la constituye, como ya dijimos, el último inciso del artículo 13 y la segunda es la excepción que plantea el mismo artículo al mencionar que: *La reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias.*

Dicho numeral posee un amplio margen de aplicación, pues constituye en definitiva la adición de más causales por la cual se podrá denegar la entrega de información por parte de la administración hacia la opinión pública. Encontramos un vicio de inconstitucionalidad a la hora de examinar dicho numeral, que se explica porque el rango público de los actos administrativos, que es un valor de jerarquía constitucional, constituye uno de los principios básicos de la organización administrativa de Chile y, al tenor de

²¹ Ídem, página 757

los preceptuado en el artículo 38 inciso 1 de la Constitución Política de la República, dicha organización básica se encuentra determinada en un precepto Orgánico Constitucional, como lo es el artículo 3 inciso 2º de la ley 18575.²²

Por ende, siguiendo el aforismo jurídico, donde hay una misma razón debe existir una misma disposición; si el principio general, la publicidad y transparencia de los actos administrativos, se encuentra contemplado por mandato de la Carta Fundamental, en la Ley de Acceso a la Información Pública, entonces las excepciones a dicho principio deben tener también ese carácter. Inclusive y más aún si la confidencialidad se refiere a los documentos y antecedentes en que se basa el acto.²³

Lamentablemente, el Decreto N° 26 y la misma excepción N° 1 del artículo 13 violentan con claros rasgos de fraude al Poder Constituyente al no respetar el quórum requerido para aprobar las salvedades a tan relevante principio, el cual ha sido explícitamente incorporado en nuestra legislación, mediante una normativa que dice relación, precisamente, con la probidad administrativa.

Por tanto, dicha excepción del artículo 13 y la remisión que hace el último inciso de ese mismo artículo gozan de inconstitucionalidad en atención a que la confidencialidad sólo puede ser establecida por preceptos legales orgánicos constitucionales y esta potestad legislativa no puede ser jamás renunciada, ya que se trata de una reserva legal fuerte o absoluta.²⁴ Esto último, especialmente si se considera que, en no pocas ocasiones, la confidencialidad dice relación con la regulación del ejercicio o defensa de los derechos fundamentales y con las limitaciones impuestas a ellos.

Debemos también mencionar que la disposición en análisis es curiosa ya que viene a fracturar en su médula el sistema concebido en los artículos 13 y 14 de la ley N° 18575, en atención a que esos artículos consagran el carácter público de los actos administrativos.²⁵

Haciendo evidente la renuncia a lo que es propio y exclusivo de su competencia, el legislador viene ahora, en el inciso final de artículo 13, a facultar expresamente a la propia Administración para que, vulnerando la reserva

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ Ídem, página 762-763

²⁵ Ídem, página 763

legal, el principio de separación de funciones y otras condiciones elementales del sistema de pesos y contrapesos consagrado en la Carta Fundamental, pase a agregar nuevos casos de confidencialidad a los ya señalados en el mismo inciso final del artículo citado.²⁶

Por tanto, y en consecuencia, el inciso final del artículo 13 de la ley N° 18575 es claramente inconstitucional como también lo son los reglamentos que en su virtud se dicten; que involucra directamente el ya señalado Decreto N° 26. Ello se debe a que la determinación de los casos en que los documentos y antecedentes que han servido de base a los actos de la Administración del estado pueden ser declarados confidenciales, es un asunto de competencia exclusiva del legislador orgánico constitucional.²⁷

Resulta incomprensible, jurídicamente hablando, pretender justificar este tipo de regulación en el artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el cual en parte alguna entregó al reglamento señalar los casos de actos administrativos secretos o reservados.

Es necesario señalar que los actos administrativos pueden ser declarados secretos o reservados no sólo en virtud del reglamento en comento, sino también en virtud de otras normas jurídicas vigentes, las que no son determinadas en su naturaleza jurídica de fuente formal por el precepto reglamentario, por lo que surge la inquietud sobre el tipo de norma jurídica referida por este último y la determinación de la vigencia de ellas. Esto es ¿deben estar vigentes en cualquier tiempo o para una mayor garantía de los interesados, sólo al momento de publicación del citado reglamento?²⁸

En tal sentido, a pesar de que el artículo 6° alude a reglamentos especiales, persiste la interrogante sobre las normas jurídicas vigentes de que trata el artículo 2 inciso 2° del mismo, dado el diferente lenguaje empleado por la Administración. La misma incertidumbre surge respecto de la declaración de secreta o reservada de la documentación administrativa en virtud de otras normas jurídicas vigentes, conforme a los preceptos indicados.²⁹

En definitiva, el reglamento citado adolece de un profundo vicio de antijuridicidad de derecho público. Dicho con otras palabras, el Decreto N° 26

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ídem,, página 37-38

²⁹ Ídem, página 38

extendió un régimen de excepción a casos no autorizados por la norma legal orgánica constitucional.

Siguiendo con las problemáticas que planteaba el Decreto N° 26, podremos encontrar que en su primer artículo se hace referencia a que el secreto es aplicable tanto a los actos administrativos como a los documentos y antecedentes que obren en poder de los Órganos de la Administración del Estado; mientras que en el artículo 6° correspondiente al párrafo 3°, donde se trata en forma detallada todo lo relacionado al tema del secreto o reserva de este cuerpo legal, también se hace mención a que tanto **actos** como **documentos** podrán ser considerados como secretos si caen en algunas de las causales que el mismo cuerpo normativo considera.

Es digno de remarcar que entre el Reglamento y Ley N° 18575 hay diferencias casi irreconciliables. La ley permite que sólo sean decretados como secretos los documentos y antecedentes que sean el soporte de dichos actos, por lo que el Reglamento estaría en pugna con una normativa de nivel jerárquico superior. Dentro de este orden de cosas, al examinar el Decreto N° 26 en su párrafo 2°, justamente donde trata el tema de los actos y documentos públicos, este cuerpo normativo consagra la publicidad para ambos y avanzando en su análisis, en el párrafo 3° comienza con el título: *Del secreto y la reserva de los actos y documentos*, dejando en claro que para esta normativa, el secreto cubre a ambas figuras legales, no distinguiendo tal como lo hace la ley N° 18575.

Con la lectura del último inciso del artículo 13 de la ley 18575, queda conformado que los actos administrativos y su fundamentación son siempre públicos; por ello sólo pueden ser confidenciales los documentos y antecedentes en que se funden aquellos actos administrativos. Si comparamos el tercer inciso del artículo 13 con su último inciso podemos encontrar dificultades a la hora de interpretar y aplicar este precepto legal. En un comienzo, el espíritu de la ley nos ha señalado que en todo momento un acto administrativo será público, mientras que la excepción será el secreto. Luego, al confrontar estos dos incisos, se nos deja claro que un acto será público y que sólo se admitirá como secreto o reservado los documentos que sean su soporte. A nuestro juicio, el legislador se equivocó, pues claramente confunde los conceptos. La pugna entre ambas normativas encuentra solución, lógicamente, por la preferencia a lo que diga la ley N° 18575. En el inciso 3 y último del artículo 13 hay concordancia en que siempre los actos serán públicos, mientras que la documentación será catalogada de secreta si las circunstancias así lo ameritan.

La situación descrita en los párrafos anteriores, se complica a la hora de llevar a la práctica algunos preceptos legales dentro de los ámbitos de la defensa nacional.

Si bien la esfera de aplicación del Decreto N° 26, cubre el accionar de las FFAA y del Ministerio de Defensa, dicho Decreto sólo es otro de los tantos cuerpos normativos dentro del ordenamiento jurídico chileno, que hace mención al tema *Defensa*. El artículo 13 de la ley N° 18575, dentro de su último inciso sólo menciona el termino *Seguridad de la Nación o Interés Nacional*; conceptos que son muy amplios pero que sin embargo incluyen dentro de forma necesaria a la función defensa.

Pese a lo señalado de que, de acuerdo con el tenor literal de la ley, primaría el último inciso del artículo 13, donde sólo serían reservados los documentos, no así las actividades de la Administración del Estado que en todo momento será pública; el asunto plantea ya ribetes de inconstitucionalidad si comparamos este último inciso con el nuevo artículo 8° de la Constitución Política de la República, que, como ya vimos en extenso en el primer capítulo, reza de la siguiente manera: *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional”*.

CONCLUSIONES

En el pasado, el tratamiento del secreto administrativo era muy vago. No existía claridad en nuestra legislación sobre cómo y cuándo un jefe de servicio de un órgano administrativo se encontraba facultado para actuar con reserva. Asimismo, existían vicios de antijuridicidad cuando un simple Decreto establecía taxativamente las causales para invocar al secreto. Por tal razón, la discrecionalidad administrativa en torno al tema era muy amplia.

En atención al nuevo artículo 8° de la Constitución Política de la República, que vino a concretizar el anhelo del legislador en torno a constitucionalizar el derecho de acceso a la información administrativa, pasan a ser públicos tanto los actos como la documentación que la sirva de soporte o complemento directo y la excepción del secreto cubrirá a ambos. La odiosa distinción entre actividad y/o documentación debe dejarse en el olvido.

Sin embargo, el Decreto N° 26 fue fundamental en el funcionamiento de muchas actividades castrenses, que eran guiadas por las FFAA a través del

Ministerio de Defensa y resulta destacable el hecho de que este cuerpo legal se haya adecuado de manera impresionante a las necesidades de la defensa, de manera muy similar a como lo hizo en su época de gloria el Decreto Supremo N° 291, el cual era muy semejante al Decreto 26, y que nació durante el Gobierno Militar, en tiempos delicados para defender nuestra soberanía frente a amenazas bélicas de nuestros vecinos. Es posible que muchos elementos de este otrora cuerpo legal del Gobierno del General Pinochet hayan sido tomados para la creación del Decreto 26. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en el artículo 7° de este cuerpo normativo, donde se señala que *“los actos y documentos de carácter secretos, serán conocidos sólo por las autoridades o personas a las que vayan dirigidas y por quienes deban intervenir en su estudio o resolución. Los actos y documentos de carácter reservados, por su parte, serán conocidos únicamente en el ámbito de la unidad del órgano a que sean remitidos, tales como la división, departamento, sección u oficina”*. Lo señalado anteriormente nos trae a la memoria la definición de *documento reservado* que en el pasado había consagrado el Decreto Supremo N° 291, en 1974.

El Decreto 26 era inconstitucional y su vida era efímera. El actual artículo 8° de la Constitución Política y la Ley de Acceso a la Información Pública, ya ajustan dicha inconstitucionalidad al consagrar que el secreto sea de competencia de una Ley de rango superior a un simple decreto por expreso mandato constitucional. Con dicha normativa se terminan con las inseguridades administrativas en cuanto a la aplicación del secreto como herramienta por excelencia de nuestras Instituciones competentes para ello: Las Fuerzas Armadas.

La función defensa, largamente explicada en esta obra, goza de legitimidad constitucional en nuestro país por encontrarse consagrada dentro de las Bases de la Institucionalidad y en consecuencia, los funcionarios competentes que hayan sido previamente investidos de autoridad, siempre deben atender los intereses superiores de la nación a objeto de mantener la paz. Por tanto, nunca será aceptable la utilización de información clasificada de la defensa para satisfacer los intereses de alguna persona, grupo social, para obtener beneficios económicos o favores políticos.

La función defensa, por constituir una actuación administrativa de derecho público, debe ser realizada con toda la transparencia necesaria para efectos de que la propia ciudadanía fiscalice y controle los actos de las autoridades elegidas democráticamente a través de la palabra popular. En este sentido, para todo el accionar de los funcionarios públicos, la regla general siempre sería la publicidad mientras que el secreto constituiría la excepción.

Sin embargo, en materias propias de la función defensa, una completa transparencia no deja de ser una quimera. La defensa de un Estado requiere de profesionales expertos en esta materia y en consecuencia, por necesidades logísticas, deben mantenerse en secreto. En virtud de aquello, es ineludible el hecho de que todas las normas que digan relación con actos administrativos ligados a defensa deben contemplar el secreto como la regla general y no como una excepción.

Lo anterior podría sonar a una aberrante contradicción pero que encuentra explicación atendido a que en materias de defensa es nefasto publicar todo lo relacionado con aquella actividad de forma completa sin una adecuada discriminación en torno a lo que es relevante para las necesidades estratégicas de Chile, con aquello que sí se debe publicitar en virtud de la confianza mutua tanto para los ciudadanos como para los países vecinos en la región.

Debe tenerse presente que siempre lo correcto será el hecho de que todas las actuaciones gubernamentales sean públicas y transparentes, pero sólo se admitirá al secreto como una herramienta para cumplir de una manera eficiente los fines de la defensa.

Nuestra legislación interna no era específica en torno a la importante función de la defensa y al tratamiento sistemático de *los secretos de la defensa*, a semejanza con aquellos países que integran organizaciones de importancia global como lo es la OTAN y que cuentan con una legislación mucho más avanzada en comparación con nuestro Derecho interno. En algo ayuda para la modernización de nuestro Derecho, el Artículo 8° de la C.P.R y la Ley de Acceso a la Información Pública. Sin embargo, y es lamentable admitirlo, dicha Ley no atiende de forma específica a *los secretos de la defensa*, ni a todas sus implicancias, como tampoco aborda cómo se deberá proceder por parte de las autoridades ligadas a este tema, en situaciones de conflictos bélicos que puedan ser evitadas a través de una correcta estrategia disuasiva y que deban ser enfrentadas por medio del secreto.

Por tanto, la tarea pendiente para nuestros honorables senadores y diputados, será la creación de leyes específicas que regulen el accionar administrativo de las instituciones dedicadas a la defensa nacional; que den un tratamiento sistemático y completo de lo que se entiende por los llamados *secretos de la defensa*, a objeto de determinar legalmente qué clase de actuaciones relacionadas con la defensa serán catalogadas como tales, lo que profesionalizará aún más a todo nuestro sistema operativo de defensa.

La actual realidad política que vive nuestro país ha permitido la renovación de todo nuestro obsoleto staff defensivo perteneciente a nuestras ramas

armadas. Sin embargo, a medida que modernizamos nuestras armas, la legislación nacional aún sigue siendo obsoleta por la carencia de una normativa específica y por tal razón precisa de una completa modernización que consagre a la situación de los llamados secretos de la defensa, dentro de la importancia que le corresponda. El primer paso ya se ha realizado con el surgimiento del artículo 8° en razón de las reformas constitucionales del año 2005, y que permitió, por lógica consecuencia, la derogación del Decreto N° 26, cuerpo normativo que originaba toda clase de inseguridades jurídicas a la hora de interpretar y aplicar sus preceptos por parte de las autoridades de las Subsecretarías de Guerra, Marina y Aviación, en sus cotidianas actuaciones administrativas concernientes a la defensa.

Por las razones expuestas, la situación de la defensa de Chile, en cuanto a normativa y regulación, sigue siendo precaria. En virtud de ello es imperiosa la necesidad que la labor de la defensa nacional cuente con normativas completas, eficaces y específicas que mejoren la actual realidad del tratamiento legal del *Secreto de la Defensa*. La renovación del armamento obsoleto por nuevas tecnologías, debe estar acompañado por una reestructuración del sistema legal defensivo chileno, que se ajuste a la realidad del Chile del Bicentenario.

COMENTARIOS SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES

ANDERSON WELDT UMAÑA¹¹

El tema de los derechos fundamentales es y ha sido desde siempre un tema conflictivo, pero muy apasionante, que tiene la más plena vigencia en nuestro tiempo.

En este sentido, por una parte se afirma sobre los derechos humanos que “son los derechos de las personas a vivir conforme a su naturaleza en comunidad con otras personas”² y en cuanto a los derechos fundamentales que son los derechos “de cada uno a vivir, desarrollarse, residir, trabajar, descansar, informarse, convivir con otras personas, casarse y educar sus hijos, como todos los demás en el medio que se encuentra”³. Estas nociones nos muestran la cotidianidad de tales derechos.

Por su parte, Ferrajoli indica que los derechos fundamentales son “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto dotados de status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar”⁴ (citado por Valdés del Ré). Aquí se hace constar el carácter de derechos subjetivos y su universalidad.

¹ Profesor Derecho Procesal Laboral y de Litigación Oral Laboral U. Bernardo O’Higgins. Magíster en Derecho de Empresa

² Thomas Fleiner, “Derechos Humanos”, traducción de José Hurtado Pozo, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis

³ Thomas Fleiner, “Derechos Humanos”, traducción de José Hurtado Pozo, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis

⁴ Fernando, Valdés del Ré, “Los Derechos fundamentales de la Persona del Trabajador”, en libro de informes generales XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2003

Valdés del Ré aporta una noción más pragmática señalando que “son aquellos que se perciben, se entienden y actúan como fundamento de todo un orden jurídico-político plasmado en textos y cartas constitucionales y en declaraciones o pactos internacionales”.

El principal referencial jurídico formal en la consagración de las libertades y de los derechos fundamentales, lo constituyen las Constituciones de los países, a excepción de Reino Unido, que posee una ley específica.

Como comenta Pérez Luño, que el texto constitucional más importante y que mejor refleja el nuevo estatuto de los derechos fundamentales en el tránsito del Estado Liberal al Estado Social de Derecho, es la Constitución germana de Weimar de 1919⁵, puesto que a través de ella se ha intentado conjugar en su sistema de derechos fundamentales las libertades con los derechos económicos, sociales y culturales.

En la actualidad, algunas Constituciones (entre éstas las de Argentina, Brasil, Chile, Francia, Uruguay y Venezuela) confieren a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos debidamente ratificados, la jerarquía de norma constitucional.

Desde el punto de vista de la naturaleza del contenido de los Derechos Fundamentales podemos abordar su naturaleza considerando los siguientes aspectos⁶:

Los derechos fundamentales como derechos naturales se presentan como anteriores al Estado, que éste no puede desconocer, y constituyen para aquél un límite insalvable. Como derechos inherentes a la naturaleza del hombre, son propios de todos los hombres. De aquí la universalidad de su aceptación y la oponibilidad al Estado.

Los derechos fundamentales como emanación del derecho objetivo: así son considerados como simples reflejos del derecho objetivo creado por el Estado. De esta manera se pretende negar a estos derechos la condición de derechos públicos subjetivos, y se afirma la supremacía del Estado y del poder soberano de éste.

⁵ Antonio Pérez Luño, “Los Derechos Fundamentales”, Octava Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2004

⁶ Aníbal Luis Barbagelata, “Derechos Fundamentales”, Edición actualizada por Miguel Ángel Semino, Segunda Edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000

Los derechos fundamentales como límite a la acción del Estado es considerada la tesis dominante, y reconoce a estos derechos el carácter de verdaderos y propios derechos públicos subjetivos, asignándoles un contenido negativo, en el sentido que el Estado se debe abstener de cualquier ilegítima perturbación a la esfera de la libertad individual.

Los derechos fundamentales como derechos políticos: esta teoría pretende asignarle a estos derechos, desde el punto de vista jurídico, un contenido positivo, y así los derechos de libertad consistirían en “el poder de desarrollar en los límites establecidos por la ley su propia actividad, fuera de la injerencia del Estado y para el logro de sus propios fines”

Los derechos fundamentales como derechos de personalidad: es otra corriente dentro del campo del Derecho Público, dentro del grupo de los derechos de la persona, tratándose de derechos cuyo nacimiento no está subordinado a un determinado modo de adquisición, asumiéndose como derechos innatos u originarios, pero con una acepción diferente a la que utiliza el derecho natural.

Como en todo orden de cosas, existen los llamados negadores de los derechos fundamentales, puesto que hay quienes consideran que estos derechos no son tales, sino “meras directivas programáticas por las que el Estado expresa un propósito manifiesto, un programa de acción”. Conforme con ellos, los derechos fundamentales no constituyen para el Estado un deber jurídico, ni configuran para el individuo un derecho.

En este sentido, la tesis contraria considera que éstos no son simples directrices o pautas para la acción legislativa o interpretación judicial, sino que más bien son derechos subjetivos que vinculan los poderes públicos y los obligan a garantizar su pacífico ejercicio por parte de sus titulares.⁷

Desde el punto de vista de la Eficacia de los derechos fundamentales, podemos señalar que existe una relación directa entre aquellos y el Estado de Derecho, destacándose que cuanto más intensa se revela la operatividad del Estado de Derecho, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales. De igual modo que, en la medida que se produce una vivencia de los derechos fundamentales, se refuerza la implantación del Estado de Derecho. De esto se desprende que la mayor garantía de los derechos fundamentales,

⁷ José Francisco Siquiera Neto, “Derecho del trabajo y Derechos Humanos Fundamentales”, en libro de informes generales XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2003

depende de la vigencia del Estado de Derecho en un lugar determinado, siendo o gozando aquellos de una eficacia directa o indirecta. En este sentido se expone que la aplicación directa, sin mediación legislativa, es la más común, aunque algunos ordenamientos enfatizan la existencia de los dos tipos de derechos, de eficacia directa e indirecta (en Argentina, Japón, México, Paraguay y Panamá). En este sentido, la experiencia ha evidenciado que los derechos económicos, sociales y culturales (entre éstos los de índole laboral), están más sujetos a eficacia indirecta, que los derechos inherentes a la persona humana y los derechos políticos.

Sin perjuicio de lo anterior, importante es destacar las limitaciones de los derechos fundamentales. En este sentido cabe reconocer que la moral, el orden público y los derechos de terceros inciden en este punto, y cuando una sociedad no quiere saber de límites a los derechos fundamentales es signo que no existe en ella la voluntad de cumplir los deberes a los que esos derechos sirven, sino sólo la intención de aprovecharse del ámbito de libertad que conceda para conseguir intereses particulares.⁸

Desde el punto de vista de la efectividad, se expone con precisión por Fleiner en cuanto que los derechos humanos son con mucha frecuencia armas inocuas contra los poderosos del Estado y de la sociedad. De ahí la posibilidad de su desarrollo en un Estado en el que se respete y se haga efectivo el derecho. De allí que un Estado que no pueda proteger al derecho, no podrá tampoco garantizar tales derechos.

A su turno, la Constitución Española de 1978 consagra los instrumentos de protección de tales derechos, definidos como garantías: normativas, jurisdiccionales e institucionales, quedando así comprendidos tanto la positivización de los derechos fundamentales como el acceso a la justicia mediante instituciones como la Defensoría.

En el mundo del trabajo, existe multiplicidad de razones para considerar que los Derechos Fundamentales carecen de la efectividad necesaria. Esto como producto de estudios como el realizado por Mésquita Barros, donde destaca el número de observaciones de la Comisión de Expertos de la OIT, así como las elevadas violaciones de la libertad de asociación y libertad sindical, del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, las formas de trabajo forzoso y obligatorio, el trabajo infantil y la discriminación

⁸ Jorge Adame Goddard, "Los Derechos Fundamentales de la Persona Humana", en libro Estudios Jurídicos en Homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995

en materia de empleo. También por el gran número de quejas formuladas al Comité de Libertad Sindical (OIT), de las que más del 52% provienen de América Central y del Sur, en relación a todo el mundo.⁹

En nuestro país, José Luis Ugarte indica “que se genera un problema procesal al considerar del mundo de las palabras al mundo real, en vista de la distancia a los hechos de la garantía efectiva de los derechos humanos fundamentales en el trabajo”¹⁰.

El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales¹¹ tiene una única finalidad: demostrar que el principio de proporcionalidad ofrece las mejores garantías de racionalidad para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador y, en consecuencia, para fundamentar las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes que afectan tales derechos.

Entrando en el tema del presente trabajo, debemos tener en consideración la existencia del fenómeno producido por la indeterminación del Derecho, la efectividad de los Derechos Humanos Fundamentales considerando bajo la perspectiva del principio de proporcionalidad.

Como una primera observación, podemos señalar que la introducción de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad demostró que la dogmática laboral no dispone de elementos suficientes para enfrentar esta cuestión, siendo necesario recurrir no sólo a la doctrina constitucional, sino además a la propia Filosofía del Derecho.

Se ha demostrado, de ese modo, que la norma jurídica, por contener una previsión genérica, será siempre marcada por cierta indeterminación, lo que es ecuacionado en el momento de la sentencia, cuando el juez decide el caso concreto, siendo ése un fenómeno común de las prácticas jurídicas, siempre y cuando el Derecho permanezca confiablemente previsible, es decir, el Derecho indeterminado, pero previsible, satisface las condiciones del Estado

⁹ Casio Méscita Barros, “Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo”, Ponencia en el IX Congreso Centroamericano y del Caribe del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Guatemala, 2004

¹⁰ José Luis Ugarte Cataldo, *El Nuevo Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria, 2004

¹¹ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

Democrático de Derecho, permitiendo que el ciudadano sepa de antemano lo que el Derecho espera de él.¹²

Así, la indeterminación de tales derechos adquiere mayor amplitud a través del principio de proporcionalidad, puesto que son un camino o vía a través del cual se pretende legitimar y justificar la flexibilización de los derechos humanos laborales a la medida que posibilita la ponderación de los mismos con un concepto vago y abierto de bienes y valores, muchos de ellos de origen infraconstitucional.

Como se puede hacer notar, la ley no habla en restricción de derechos fundamentales, sino en violación de tales derechos.

La doctrina del principio de proporcionalidad se defiende de esa acusación por medio de la famosa diferenciación entre reglas y principios.

Generalmente, como no existen derechos absolutos, el principio de proporcionalidad sería un criterio justificador de medidas restrictivas de derechos fundamentales, y no de medidas violadoras, por eso los derechos fundamentales, como principios, no son mutuamente excluyentes, lo que significa decir que la preponderancia de un principio no significaría necesariamente la eliminación del otro. Más cuando el propio Robert Alexy señala "... por más que se haya escrito sobre el tema, no es posible encontrar una respuesta fácil y clara para que sepamos cuando una norma es una regla o cuando una norma es un principio"¹³. No es posible concluir, sin embargo, que la doctrina laboral sea completamente ajena a los efectos estructurales del principio de proporcionalidad aplicado en las relaciones horizontales, o sea, entre particulares.

Pero ¿qué es, en definitiva, el principio de proporcionalidad al cual se refiere el art.493 del Código del Trabajo y que impone una obligación legal directa al demandado, en cuanto justificar la o las decisiones que ha adoptado y en razón de ellas, ha vulnerado, a lo menos en principio, derechos fundamentales del o los trabajadores involucrados?

¹² Marcelo Furtado Vidal, "Ensayo sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en la resolución de conflictos de derechos humanos fundamentales laborales, en la perspectiva de la Hermenéutica Filosófica y del Círculo Hermenéutico"

¹³ Francisco Marín Boscán, "Derechos Fundamentales y Derecho del Trabajo", Universidad de Zulia, Venezuela

Una primera consideración sobre el particular se funda en el hecho, que este principio no es más que el límite de los límites¹⁴ a los derechos fundamentales de los trabajadores y, en esa medida, se impone como una barrera frente a la intromisión en el ámbito de los propios derechos, constituyéndose, en definitiva, en una técnica de hermenéutica de la cual debe servirse el Legislador en abstracto y el Juez en concreto, tendiente a justificar o no las decisiones que adopta el Empleador.

Una segunda consideración sobre el principio en estudio, es entenderlo como “aquel que tiene por objeto asegurar la necesaria supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa, imponiendo que toda decisión de autoridad sólo restrinja un derecho fundamental en la medida que sea estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, manejándose con ello el exceso en el ejercicio del poder, cumpliendo así una función argumentativa en la hermenéutica de los principios fundamentales”.

Una tercera consideración, que debe tenerse como especialmente presente, se basa en que de la aplicación del principio de proporcionalidad, es necesario abandonar la concepción conflictivista normativa que enfrenta o considera a los derechos como “opuestos”, imponiéndose que uno prime sobre los demás. De hecho, en este caso se busca la existencia coherente y armoniosa de las mismas normas, logrando una consistencia y coexistencia de toda la normativa que se encuentra en juego, de manera tal que ninguna vale más que otra y ninguna debe necesariamente primar sobre las demás.

Lo anterior no es menor, puesto que con ello se busca aterrizar el caso en abstracto al caso concreto. De allí que el conflicto que debe darse es sobre la base determinada de pretensiones específicas de sus titulares, las que, como es obvio, sólo pueden satisfacerse mediante un proceso jurisdiccional que las resuelva.¹⁵

En este orden de ideas, va quedando asentado que el principio de la proporcionalidad es uno que se aplica al caso concreto y para ello, en éste se distinguen tres sub principios:

- a) La idoneidad: Este sub principio parte de la base que el medio previsto por el Empleador ha de ser adecuado y exigible para alcanzar el objetivo

¹⁴ Revista de Derecho Vol. XXI - N° 2 - Diciembre 2008 Páginas 251-271

¹⁵ Jaime Cárdenas García, “La Argumentación como Derecho”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2005

propuesto. Así será adecuado el medio cuando a través de él puede lograrse el resultado deseado, siendo exigible cuando el Empleador no habría podido optar por un medio distinto - igualmente eficaz -, que en definitiva no limitara, restringiera o violentara un derecho fundamental o bien, afectándolo, lo hiciera en el menor grado posible. En términos más simples, la idoneidad requiere y exige, que la medida por la que debe optar el Empleador debe ser una que provoque la menor incidencia posible en el Derecho Fundamental en que se radicará.

- b) La necesidad: Implica o significa, que el accionar del Empleador debe fundarse en la existencia de una adecuación medio-fin. Así no es suficiente invocar un determinado bien o derecho fundamental protegido, sino que es menester que la limitación que sufre el derecho resulte apropiado para lograr el fin que lo justifica, es decir, que el medio -acto que se alega como lesivo de derechos fundamentales- empleado favorezca el resultado perseguido, sin que produzca una conclusión final diferente ex post, a saber, que el mismo objetivo podía haberse alcanzado con otras medidas igualmente eficaces, pero menos lesivas o menos restrictivas para quien lo sufre.
- c) La proporcionalidad en sentido estricto: Este sub principio nos muestra uno de naturaleza sustantiva que se encuentra íntimamente ligado con la noción de Justicia, pero suficientemente articulado como un freno o límite a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del actuar del Empleador, especialmente cuando dichas acciones recaen en Derechos Fundamentales y su ejercicio, porque en definitiva esta proporcionalidad se identifica con lo que es justo, razonable y ponderable, lo que implica que los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido.

Este principio exige la máxima realización posible, tanto a las consideraciones fácticas como a las posibilidades jurídicas. Así los sub principios, de idoneidad y necesidad, expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas, donde la ponderación en ellos no juega papel alguno, se trata por lo tanto "... de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir, se trata de un óptimo de Pareto"¹⁶. A su turno, el sub principio de la propor-

¹⁶ Miguel Carbonell, *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, 2007.

cionalidad en sentido estricto dice, a diferencia de los anteriores, relación directa con las contingencias jurídicas y, con ello, con la ponderación.¹⁷

En este sentido, el acto de ponderar implica o significa generar una relación denominada por Alexy como Ley de Ponderación, la que se traduce en el siguiente postulado: "Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro"¹⁸.

Según Robert Alexy, esta ley de ponderación que postula es posible estructurarla sobre la base de tres etapas claramente definidas.

- 1.- Definir y determinar el grado de no satisfacción de uno o alguno de los principios.
- 2.- Definir y determinar el grado de importancia de la satisfacción del principio en un sentido contrario.
- 3.- Definir y determinar el grado de importancia en la satisfacción del principio contrario y si ello justifica la no satisfacción o restricción del otro.

A lo anterior, es necesario incluir una conformación a lo menos tripartita de grados de intensidades en que se ve afectado el derecho fundamental, en razón del principio de la proporcionalidad y con la finalidad que a través de dichas entidades es posible ver reflejada, con mayor grado de certeza, la práctica de la argumentación jurídica.

Así tenemos que los grados de intensidad en que se pueden ver afectados los derechos fundamentales de los trabajadores serán:

L = leve

M = medio

G = grave

Así las cosas, y tomando como punto de partida la *Ley de Ponderación de Alexy*, el grado de no satisfacción de un principio versus la importancia en la satisfacción son objeto de valoración, de acuerdo con las letras aludidas

¹⁷ Robert Alexy, "Teoría de Derechos Constitucionales", Universidad de Oxford, 2002

¹⁸ Robert Alexy, "Teoría de Derechos Constitucionales", Universidad de Oxford, 2002

precedentemente, donde la combinación entre la no satisfacción y la afectación marcan la existencia de un concepto dual, manifestando la dicotomía entre los derechos de defensa y los de protección.

De acuerdo con lo que se viene expresando, debe dejarse sentado que los principios no son más que mandatos de optimización y que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales. Donde el ámbito de lo jurídicamente posible se encuentra condicionado por principios y reglas que se desarrollan y vinculan en un sentido contrario, lo fácticamente posible se ordena a lo verdaderamente posible.

La expresión "*La Mayor Medida de lo Posible*" en la que un principio debe ser cumplido, requiere necesariamente que aquél sea comparado con los que se desarrollan en sentido contrario, o contrastado con los principios que dan fundamento a las reglas que se despliegan en sentido contrario; así la ponderación representa la forma idónea de resolver la incompatibilidad que la colisión de dichos principios genera.

Amén de lo dicho, es menester considerar, además de la colisión de los principios en el desarrollo de la ponderación, un nuevo elemento denominado el *Peso Abstracto de los Principios*.

Este Peso Abstracto dice relación con los valores sociales, los cuales pueden variar de acuerdo con la importancia o jerarquía que per se manifiestan o bien, sobre la base de la fuente del derecho de la cual emana. Así, por ejemplo, el derecho a la vida tiene un peso abstracto mayor que el derecho a la libertad, por cuanto para ejercer la segunda es imprescindible la primera, de la misma manera que la norma constitucional es de mayor peso que la legal.

Por lo anotado, es posible sostener que los Derechos Fundamentales tienen un peso abstracto mayor que un gran número de otros principios, incluso de carácter constitucional, de allí que los derechos a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad - por ejemplo - sean de una entidad superior, puesto que el primero dice relación con la democracia y el segundo con la dignidad humana.

Sin perjuicio de los elementos anotados, es menester agregar a este procedimiento ponderativo una nueva variante denominada *Seguridad o Certeza de la Apreciaciones Empíricas*.

En razón de ella, se nos permite analizar el grado fáctico, o sea, de qué manera la medida adoptada implica la insatisfacción del principio versus la satisfacción del segundo principio aplicado al caso concreto.

Esta variable nos permite discernir si las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios en conflicto, pueden generar un grado distinto de certeza y en qué medida ello puede afectar el peso abstracto que se atribuye a cada principio durante el proceso de ponderación.

Ello nos lleva a preguntarnos ¿De qué manera pueden articularse las diversas variables señaladas, importancia de los principios, peso abstracto, seguridad de las apreciaciones empíricas, con la finalidad de generar un resultado concreto de ponderación?

La respuesta que da al respecto Robert Alexy es simple: La Fórmula de Peso, la cual puede graficarse de la siguiente manera:

$$IPiC \ GPiA \ SPiC$$

$$GPi, jC =$$

$$WPjC \ GPjA \ SPjC$$

La aplicación de la fórmula anotada es evidentemente un procedimiento que nos permite determinar con cierta exactitud el peso concreto del principio **Pi** en relación con el principio **Pj**, basado en un caso concreto, de manera tal que esta fórmula representaría un desarrollo complementario a la Ley de Ponderación a la que se refiere Alexy, específicamente dirigido al sub principio de proporcionalidad en sentido estricto. Atendido el hecho que profundizar más en esta sola temática sobrepasa ampliamente los límites del presente trabajo, sólo lo dejamos enunciado.

Finalmente, una última condicionante respecto de esta Ley de Ponderación de Robert Alexy, se encuentra en la *Carga de la Argumentación*.

Básicamente, ésta opera cada vez que el resultado de la fórmula de peso deriva o resulta en un empate, que sería lo mismo decir que el peso concreto de dos principios en colisión es idéntico.¹⁹

¹⁹ Robert Alexy, "Teoría de los Derechos Fundamentales", traducción E. Garzón Valdéz, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

De acuerdo con la carga de la argumentación, ningún principio que sea contrario o contravenga la libertad o la seguridad jurídica, podría a lo menos en principio prevalecer, salvo que se argumenten razones de mayor entidad.

En términos simples, en caso de empate o igualdad del peso concreto de dos principios en colisión, debe preferirse aquellos más relacionados o que favorezcan los principios anotados más arriba, salvo que se enarbolem argumentos de mayor peso concreto.

Finalmente, y a pesar de todo lo dicho referente a este tema, Robert Alexy en el Epílogo de su libro *Teoría de los Derechos Fundamentales* señala "... en razón del control de constitucionalidad de una ley, la ley debe considerarse como no desproporcionada, y por tanto debe ser declarada constitucional. Dicho de otro modo, los empates no juegan a favor de la libertad y de la igualdad jurídica, sino a favor de la democracia...". Desde el punto de vista del principio democrático, esta segunda carga de argumentación parece ser más apropiada que la primera.²⁰

Es evidente que el tema no se agota con estas simples y sencillas notas. De hecho, corresponde a Abogados y Jueces llegar a determinar el verdadero sentido y alcance de estas nuevas concepciones en pro de una Tutela Efectiva de Derechos Fundamentales.

²⁰ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción E. Garzón Valdéz, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pag. 43 y siguientes.

LA JUSTICIA MILITAR DE CHILE

SERGIO CEA CIENFUEGOS¹

En cada uno de los artículos que he redactado en relación con la Reforma a la Justicia Militar en nuestro país, he partido señalando lo siguiente: la sociedad chilena resolvió a principio de este siglo reformar integralmente el sistema procesal penal que rigió en nuestro país, reemplazando aquel que se caracterizó por ser inquisitivo, escrito, formalista y con un sistema probatorio reglado, por uno oral, público, acusatorio, controvertido, concentrado y con un sistema probatorio basado en los principios de la lógica, de las máximas de la experiencia y el conocimiento científicamente afianzado.

Sin embargo, la pregunta es ¿qué ha pasado con la Justicia Militar, cuyo Código es del año 1926 y que se mantiene casi en forma similar desde su nacimiento a la vida jurídica? Mención especial es lo que concierne a su organización y procedimiento, originado en la Ordenanza de 1768, de Carlos III de España, la cual estuvo vigente en nuestro país hasta la dictación, en 1839, de la Ordenanza General del Ejército.

En la reforma a nuestra Constitución Política de 1980 del año 1997, con ocasión de instituirse el Ministerio Público, se dejó expresa constancia en el inciso cuarto del artículo 83, que las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares se regirán por las normas del Código de Justicia Militar y de las leyes respectivas, aplicables a las personas que ese Código y esas leyes determinan.

El establecimiento de una jurisdicción militar distinta del sistema civil tiene su razón sustancial en permitir a las Fuerzas Armadas robustecer directamente valores de trascendencia jurídica en el desempeño de sus funciones. Ellos son la disciplina, la seguridad militar y la eficiencia operacional. Estos

¹ Profesor de Derecho Administrativo de la U. Bernardo O'Higgins. Ex Fiscal General Militar y Primer Consejero de la Asociación Internacional de Justicias Militares.

valores o bienes son de carácter instrumental en relación con los cometidos constitucionales que les asigna la Carta Fundamental en el artículo 101; esto es, en la medida en que se observen integralmente aquéllos, el cumplimiento de esos cometidos está asegurado. Debemos recordar que las Fuerzas Armadas existen para la Defensa de la Patria y la Seguridad Nacional.

En lo que atañe a su consagración constitucional debemos tener en consideración los artículos 83, inciso cuarto, y 101 de la Constitución Política; los artículos 1, inciso tercero, de la LOC de la Fuerzas Armadas y el artículo 21 de la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado; el artículo 5° del COT y el artículo 4° del Código Civil. Todos ellos sin perjuicio del propio Código de Justicia Militar.

Mi opinión como profesor universitario es que la competencia, la organización y procedimientos que inciden en los tribunales militares, tanto en tiempos de paz como de guerra, deben ser reformados integralmente, pero considerando y respetando las particularidades y características que la propia Constitución Política asignó a las FF.AA. y de Orden en los artículos 101 y siguientes. La reforma a la justicia militar no significa trasladar su organización a la justicia ordinaria. En efecto, si el nuevo ordenamiento jurídico militar consagra normas objetivas de independencia e inamovilidad y su competencia se delimita adecuadamente, deben construirse los órganos jurisdiccionales con integración o composición de Oficiales de Justicia de las Fuerzas Armadas.

CAUSAS QUE ORIGINAN LA REFORMA INTEGRAL

A mi entender, son cuatro los factores que inciden directamente en la reforma de la Justicia Militar en nuestro país. En efecto, el primero de ellos es la adecuación de las normas jurídicas que regulan el ámbito procesal castrense a los principios que se consagran en la Constitución Política de 1980 y a los estándares internacionales. Si cotejamos el Código de Justicia Militar de 1926 con los principios de la Carta Fundamental, constataremos que de una u otra forma las normas del Código Castrense son limitantes con las que se establecen en el artículo 19 numeral 3 de la Constitución Política y que consagran el principio del debido proceso en todas sus facetas.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló expresamente en la Sentencia del caso “Palamara” lo siguiente:

“El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la

existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares”.

“El Estado debe garantizar el debido proceso en la jurisdicción penal militar y la protección judicial respecto de las actuaciones de las autoridades militares”.

La sentencia del caso “Palamara” no dice ni expresa ni tácitamente que no puedan existir Tribunales Militares como tampoco que no sean integrados por Oficiales de Justicia Militar, lo que critica, esencialmente, es la excesiva competencia de los Tribunales Militares y que debe garantizarse el debido proceso en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Recordemos, además, que existen otras materias que, por integrar un Código de más de 75 años de vida jurídica, no son concordantes con los principios de proporcionalidad e independencia.

Un segundo factor es el impacto de la Reforma Procesal Penal en el sistema de organización y de procedimiento establecido en el Código de Justicia Militar. En efecto, tal como lo indiqué al comienzo de este estudio no sería sustentable la coexistencia de un proceso penal, oral público, acusatorio, controvertido, concentrado, con un sistema probatorio basado en los principios de la lógica, de las máximas de la experiencia y el conocimiento científicamente afianzado, con otro inquisitivo, escrito, formalista y en el que se establece un sistema probatorio reglado, por cuanto, a mi entender, no habría igualdad ante la ley; es más: no visualizo razón por la cual los miembros de las Fuerzas Armadas no tengan el sistema garantístico que se está aplicando a los civiles en nuestro país.

En la práctica nos encontramos con que la Justicia Militar es, en definitiva, una isla jurídica dentro de la normativa que rige en Chile en materia de organización y procedimiento.

Un tercer motivo que incide en la Reforma a la Justicia Militar es la competencia, que, sin lugar a dudas, es el factor más criticado y discutido en los estamentos políticos y académicos de nuestra sociedad. Es un hecho innegable que en el Derecho Comparado los Códigos de Justicia Militar han ido restringiendo la competencia de la Justicia Militar, excluyendo o sustrayendo el juzgamiento de civiles. No obstante, este factor debe ser evaluado

en forma prudente, en especial en tiempo de guerra, por cuanto cada Estado tiene su propia percepción de la forma como debe delimitarse el juzgamiento de civiles por parte de los tribunales militares.

Otro aspecto o cuarto factor importante reside en mantener la competencia para delitos comunes cometidos por militares en el ejercicio de potestades públicas durante el estado de guerra, en acto de servicio y en recintos militares. Sin embargo, además, deben readecuarse las definiciones que el legislador estableció en el Título III Del Libro IV “Disposiciones Complementarias” del Código de Justicia Militar, ya que podemos concluir que algunas de ellas son demasiado extensivas en su interpretación judicial.

Mi experiencia, de más de veinticinco años en el ámbito del Derecho Militar, me indica que determinados delitos comunes cometidos por militares afectan de una u otra forma a la disciplina. Es cierto que no puede mantenerse el sistema competencial en materia de delitos comunes en los términos en que actualmente se comprende en el Código de Justicia Militar, pero sí deben, a mi juicio, quedar incluidos todos aquellos delitos que se vinculan directamente con el ejercicio de potestades o atribuciones públicas que son inherentes al mando militar que se desempeña. Estas son mis opiniones que, a través de los años, he expuesto en diferentes trabajos académicos y artículos.

MODIFICACIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR

Con fecha 22 de junio de 2007, la Presidenta de la República envió al Congreso Nacional un proyecto de ley que modifica el Código de Justicia Militar en dos aspectos básicos: la restricción de la competencia para el juzgamiento de civiles, por una parte, y la derogación de la pena de muerte que se mantiene hasta la fecha en la legislación castrense.

En lo que concierne al juzgamiento de civiles, la Justicia Militar no los juzgará, manteniéndose en consecuencia el objetivo esencial del proyecto de ley. Sin embargo, se consagró la excepción en lo referente a los delitos de maltrato de obra a Carabineros en Servicio y los delitos contemplados en el Código Aeronáutico. En todo caso, deberemos ver el resultado definitivo en esta materia, después de que sea aprobado por el Congreso Nacional. En efecto, como consecuencia de haberse considerado por el Gobierno de Chile el principio denominado “Competencia Funcional de los Órganos Judiciales Militares”, que se traduce en que los Tribunales Castrenses por ser una jurisdicción especializada en los términos que la consagran la Constitución Política, el Código Orgánico de Tribunales y el propio Código de Justicia Militar, sólo tendrían competencia sobre los delitos militares cometidos por integrantes de

las Fuerzas Armadas que tengan la calidad de militares. En este contexto, es factible que se excluyan las competencias excepcionales que se consideran en el proyecto de ley, esto es, no se juzgaría a civiles en nuestro país.

En lo sustantivo, es obvio que los tipos penales que se describen en el Código de Justicia Militar deben ser analizados y examinados en forma acuciosa, a fin de que se adecuen a las doctrinas y orientaciones actuales del Derecho Penal, y, en especial, en materia de penalidad. Ello es necesario para que exista coherencia y armonía entre la normativa especial castrense y la totalidad del ordenamiento jurídico penal. Mientras no se dicte por el legislador un nuevo Código Penal, es difícil que se logre una sintonía jurídica en materia de penalidad con la concreción de una nueva legislación penal castrense. Nos podríamos encontrar posteriormente con una disonancia entre ambos cuerpos legales.

En un trabajo académico sobre la evolución histórica del Código de Justicia Militar, realicé un examen a fin de determinar con claridad y precisión el impacto de la legislación militar española en nuestro actual Código de Justicia Militar, porque a veces nos olvidamos de que las actuales estructuras y organizaciones jurídicas, formalmente han sido modificadas, aunque en cuanto a su esencia y sustancia mantienen inalterables aquellos principios y valores que sustentaron otros cuerpos normativos que hoy en día se encuentran derogados. Además, analicé los tipos penales que, por su naturaleza, son los más relevantes en el ámbito militar, consagrados en el Código de Justicia Militar de 1926 en relación con la legislación española y la del Ejército del año 1839.

Ahora bien, delitos como la sedición o motín, el de centinela en el servicio, contra la propiedad, como el robo o hurto de material de guerra; los ilícitos contra el deber y el honor militar, son descritos exhaustivamente en toda la normativa que, históricamente, se aplicó y se encuentra vigente en Chile y todas son perdurables por su naturaleza.

Sería inexcusable no considerar estos tipos penales en una nueva legislación penal castrense, como tampoco no tener siempre presente la normativa penal militar española en el instante en que se reformen los delitos que se consagran en el diseño de este Código Castrense.

Entonces, en un moderno Código de Justicia Militar, tipos penales como los indicados deben mantenerse; otros deben ser readecuados, atendidos los avances de la tecnología y de la ciencia; pero fundamentalmente deberán agregarse aquellos que inciden en materias relacionadas con el Derecho

Internacional Humanitario y que es uno de los principios que se consideran en el nuevo Código de Justicia Militar de Chile.

En lo que respecta a la competencia, se menciona en el mensaje de este proyecto de ley, entre otros factores, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que he señalado, y que precisamente establece la no procedencia del juzgamiento de civiles por parte de los tribunales castrenses.

Ahora bien, el proyecto de ley explica las razones por las cuales debe reducirse la competencia de la Justicia Militar al ámbito sólo castrense y, además, garantizar la independencia e imparcialidad de los tribunales militares.

En lo que concierne a disminuir la competencia de los tribunales militares se logra dicho objetivo. Sin embargo, en lo que atañe a la independencia e imparcialidad de los integrantes de sus órganos jurisdiccionales, ellas no se consideran en esta iniciativa legal. Con todo, estas materias se analizaron durante el año 2007 y se continúa en el presente año, ya que se dictó un decreto supremo, emanado del Ministerio de Defensa Nacional, que creó una Comisión de especialistas en el campo de la Justicia Militar -en la cual participé durante el 2007- y cuya finalidad es proponer las modificaciones al Código de Justicia Militar. Entre otras, deberá sugerir una organización y funcionamiento que garanticen la independencia de los abogados que desempeñan funciones jurisdiccionales.

En lo que se refiere al procedimiento, a mi juicio, es conveniente asimilarlo a la Reforma Procesal Penal, que consagra principios como la oralidad, la publicidad, la contradictoriedad, la oportunidad, pero siempre teniendo presentes en estas modificaciones las específicas características de las Fuerzas Armadas, a fin de cautelar sus misiones constitucionales, esto es, la defensa de la patria y la seguridad nacional. Este aspecto es trascendente, ya que un sector o grupo de ciudadanos se encuentra con un procedimiento diferente del que se aplica al resto de la sociedad chilena. Ellos son precisamente los militares. Al transformarse este proyecto en ley de la República, traerá como consecuencia el hecho de que ya no se juzgará a los civiles en los tribunales militares, salvo situaciones excepcionales que se mencionan en el articulado de este diseño legal y los únicos distintos serán los militares. Debemos, además, considerar que en la Constitución Política de Chile, específicamente en el inciso cuarto del artículo 83, se dejó expresa constancia de que las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares se regirán por las normas del Código de Justicia Militar y por las leyes respectivas (Código de Procedimiento Penal), según los órganos y las personas que ese Código y esas leyes determinen. Dicho inciso de la Carta Fundamental deberá modificarse

manteniéndose la consagración expresa de estos tribunales militares a fin de mantener la debida coherencia con los artículos 101 y siguientes de ese mismo cuerpo constitucional.

Ahora bien, en lo relativo a la eliminación de la pena de muerte, que es el segundo objetivo de este proyecto de ley y que también se logra, se dan razones justificadas para proceder a su derogación definitiva en nuestro ordenamiento jurídico - nacional.

Una de las conclusiones en este tema de la Justicia Militar en Chile es que la delimitación de su competencia, sino también la derogación de la pena de muerte, son finalidades que se obtienen con el proyecto de ley, que es de muy buena técnica legislativa y que se traduce en un avance sustancial en esta materia para nuestro país.

Por ello, la tarea de la Comisión que creó el Ministerio de Defensa Nacional es indispensable para avanzar en una Reforma Integral de la Justicia Militar y para proponer, posteriormente, proyectos de ley adecuados a la realidad nacional.

LOS PRINCIPIOS FORMATIVOS DE UN NUEVO CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR PARA CHILE

Ahora bien, en junio de 2008 se publicaron los “Principios Formativos para el nuevo Código de Justicia Militar”. Esta tarea estuvo a cargo del Ministerio de Defensa Nacional; además, fue el propio Ministro de la mencionada cartera quien realizó una descripción muy precisa de las razones o motivos para iniciar el trabajo de una reforma integral de la Justicia Militar en nuestro país, comenzando con los Principios mencionados. En definitiva, el tema de la Justicia Militar ya se encuentra en un proceso de avance destinado a crear o instituir un ordenamiento jurídico especializado en el ejercicio de la jurisdicción militar.

En efecto, la circunstancia de que la Judicatura Militar no haya sufrido transformaciones estructurales en su organización y procedimiento durante más de 75 años y de que sus reglas o preceptos no se ajustan a las que se aplican en el ámbito internacional en esta materia, son hechos evidentes que nos llevan a concluir que es imperiosa la existencia de una nueva legislación sobre la competencia, organización y funcionamiento de los tribunales militares y que debiera nacer a la vida jurídica, a nuestro juicio, lo más pronto posible en las materias que a continuación señalaré.

Entre los veintisiete principios que se describen y que son los adecuados y pertinentes para un trabajo serio y exhaustivo, me parece que algunos de ellos resaltan por la necesidad de que se plasmen en el nuevo Código de Justicia Militar y permitan contar con un instrumento jurídico eficiente para los integrantes de las Fuerzas Armadas.

En este contexto, el principio “Aplicación del Derecho Humanitario” es de relevancia, en atención a que el referido Derecho cada vez cobra más importancia en nuestra sociedad del siglo XXI. Ahora bien, con fecha 18 de julio del año 2009 se publicó la Ley número 20.357 que Tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra. Aún cuando estimó que las materias relacionadas con los Crímenes y Delitos de Guerra debieran haberse incorporado directamente al Código de Justicia Militar, para mantener un todo coherente y armónico, es evidente que es un avance sustancial el tener incorporado en nuestro ordenamiento jurídico nacional estas nuevas normas. Quisiera precisar que no es lo mismo el Derecho Humanitario y los Derechos Humanos. Son, a juicio de los especialistas, dos sistemas distintos, pero complementarios. Se señala que el Derecho Internacional Humanitario está integrado por los derechos y los deberes de los beligerantes en la conducción de las hostilidades y se limita su libertad de elección de los métodos y los medios para dañar al enemigo y a las reglas que tienden a proteger a los militares fuera de combate, como de igual forma a las personas que no participan en las hostilidades. A su vez, se indica que la legislación de los Derechos Humanos se refiere a un conjunto de normas que rigen los derechos que cada ser humano puede reivindicar en la sociedad y que son anteriores al Estado. Ambas ramas del derecho tienen un fin común: el respeto de la dignidad humana. Es más, se señala por otros que el Derecho Humanitario son “los derechos humanos en período de conflicto armado”, pero, técnicamente, son distintos por sus objetivos y los escenarios en que se aplican.

Recordemos que el actual Código de Justicia Militar de Chile sólo quedó con dos artículos en el Título III, Delitos contra el Derecho Internacional del Libro III, ya que con la entrada en vigencia de la Ley número 20.357 se derogaron los artículos 261, 262, 263 y 264. En otra oportunidad analizaré si la manera o forma de estructurar los crímenes y delitos de guerra fuera del ámbito del Código de Justicia Militar fue en definitiva técnicamente lo más adecuado desde la perspectiva del principio de la especialidad.

Un segundo principio, me parece, es el “Derecho a juicio previo, oral y público”. Este principio se aplica a todos los ciudadanos en Chile con ocasión del ingreso a nuestro ordenamiento jurídico de la Reforma Procesal Penal. Sin embargo, y tal como lo señalé anteriormente, a los militares y los civiles que son juzgados hoy en día por los tribunales militares, todavía se les aplica el

procedimiento inquisitivo, escrito, formalista, y gran parte de la tramitación del proceso es de naturaleza secreta. No sería sorpresa que en esta materia se recurra a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de un militar, alegando que las mínimas garantías procesales a las que se obligó nuestro Estado no se observan integralmente en la Justicia Militar. Recordemos que el artículo 8º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos consagra las Garantías Judiciales. El mencionado artículo preceptúa lo siguiente:

“Artículo 8. Garantías Judiciales

1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*
2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*
 - a) *derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*
 - b) *comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;*
 - c) *concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*
 - d) *derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*
 - e) *derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*

- f) *derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*
 - g) *derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y*
 - h) *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*
3. *La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*
 4. *El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.*
 5. *El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.*

Recordemos que la tramitación de los procesos en los tribunales militares no es pública y oral; son escritos, a los cuales los inculpados no tienen inicialmente acceso, sin perjuicio del secreto del sumario. El principio de publicidad constituye la norma general en el proceso penal. El proceso penal debe ser público; así lo establece la Convención Interamericana de Derechos Humanos y nuestro Código Procesal Penal, y el consagrar en la justicia militar un sumario secreto no constituye en definitiva una protección de los intereses de la justicia.

Esta es una de las modificaciones que debe ser efectuada a la brevedad, considerando siempre las específicas características de las Fuerzas Armadas. A modo de ejemplo, no parece prudente que sea público un juicio en que se deba conocer documentación secreta relacionada con la defensa de nuestro país.

Si un militar, en definitiva, recurre a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aduciendo que el procedimiento que se le aplica es contrario a las normas del debido proceso y tomando en consideración la sentencia del caso “Palamara”, en especial el tratamiento que realizó sobre la organización y funcionamiento de los tribunales castrenses, indudablemente, el resultado debería ser, a juicio del suscrito, negativo para el Estado Chileno. Lo anterior, por la simple razón de que la justicia militar no se adecua a los parámetros que se contienen precisamente en la Convención Interamericana de los Derechos Humanos.

En este mismo sentido, el profesor Van De Wyngard, en su trabajo académico sobre *“La jurisdicción militar y el derecho constitucional a un debido proceso”*, analiza diferentes instituciones jurídicas del procedimiento militar en tiempo de paz, concluyendo que nuestro Código de Justicia Militar *“sólo asume la vigencia del derecho a la defensa jurídica cuando ya existe una serie de actuaciones jurisdiccionales llevadas a cabo durante un lapso de tiempo relevante y donde incluso pueden existir hechos relativamente consumados, restringiendo gravemente el mismo en abierta contradicción con lo dispuesto en la Constitución Política y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.”* A modo de ejemplo indica, entre otros, el plazo para contestar la acusación fiscal en que el abogado defensor tiene sólo seis días para proceder a estructurar la defensa propiamente tal de su cliente, lo cual no tiene ningún equilibrio con el tiempo que dispuso el Fiscal para indagar e investigar para llegar al convencimiento de que debía proponer la acusación ante el Juzgado Militar.

Por eso, estimo que el procedimiento inquisitivo atenta contra las normas de un procedimiento racional y justo que se consagran en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales.

Por último, el principio denominado la *“Independencia de los Tribunales Militares”*. Este principio lo expone con precisión el Ministerio de Defensa Nacional, que señala textualmente: *“En ese sentido, el derecho a un juez independiente se traduce en la libertad que el juez debe tener para llevar a cabo el cumplimiento de sus funciones frente a presiones o imposiciones que alteren la sustanciación y fallo de una causa conforme a Derecho. Esta independencia tiene dos aspectos, uno interno y otro externo. Independencia interna importa que el juez no dependa de ninguna autoridad al interior de la estructura judicial, salvo en el control de sus resoluciones por las causales que establezca la ley. El aspecto externo dice relación con la no dependencia del juez respecto de otra autoridad del Estado.”*

Con respecto a la actual estructura orgánica y composición de los tribunales militares, se critica que sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando y que su sistema de calificaciones es, en cuanto a su procedimiento, exactamente igual a la de un Oficial de Armas y que no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad. Todo ello permite señalar que dichos tribunales carecen de independencia e imparcialidad.

A mi entender, estos factores pueden ser modificados sustancialmente, pero también debemos crear o diseñar una organización propia e inherente a las Fuerzas Armadas y no una ajena a ellas. Entonces, la reforma a la justicia

militar debe necesariamente considerar reglas que independicen en forma objetiva, precisa y concreta el actuar de los que integran tribunales militares. Podríamos dar diferentes razones para mitigar esta situación, pero si queremos una Justicia Militar objetivamente independiente se deberán establecer normas en el nuevo Código de Justicia Militar que no permitan ninguna interferencia en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

A modo de ejemplo, en la legislación española, precisamente en su Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, resaltan algunos artículos que transcribiré para el lector y que debieran ser considerados en un nuevo Código de Justicia Militar para nuestro país.

Artículo 6 inciso1º: *"Todos están obligados a respetar la independencia de los órganos que ejercen la jurisdicción militar".*

Artículo 8. *"En el ejercicio de sus funciones, los miembros de los órganos judiciales militares, serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.*

Su nombramiento, designación y cese se hará en la forma prevista en esta Ley y no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni retirados, sino en los casos y con las garantías establecidas en las leyes.

Responderán penal y civilmente en los casos y en la forma determinados en las leyes y disciplinariamente por las faltas e infracciones que cometan, en el ejercicio de sus funciones, con arreglo a lo prevenido en esta Ley."

De la misma forma que postulo en esos términos la independencia e inamovilidad de los integrantes de los órganos jurisdiccionales militares del mando militar, me parece que sería una demostración, a mi juicio, de desconfianza en las tareas jurisdiccionales que se les asignan a los servicios de justicia militares de las Fuerzas Armadas si se sugiere una organización incorporada a los tribunales ordinarios. Por ello, es interesante tener a la vista la organización de los tribunales militares españoles.

Es cierto que no es posible que a los Auditores Generales de las Fuerzas Armadas que integran los Tribunales Superiores de Justicia, esto es, la Excelentísima Corte Suprema en el caso del Auditor General del Ejército, y de los representantes de la Armada y de la Fuerza Aérea como miembros de las Cortes Marciales, se les asignen por ley facultades discrecionales que les permitan tomar conocimiento por sí mismos de cualquier proceso, incluso

en estado de sumario, ante los Tribunales de su respectiva Institución; es más, pueden solicitar o disponer que informen los Fiscales Militares de una determinada causa, sin distinguir la norma si es escrita o verbal. Esta atribución debe ser derogada porque puede traducirse que, en la práctica, se transformen en subordinados los Fiscales Militares, que son los encargados de la tramitación de los procesos en primera instancia, en los términos descritos en los artículos 125 y siguientes del Código de Justicia Militar. Más aún, si armonizamos esta competencia con la del numeral 4 de ese mismo artículo, nos encontramos que los Auditores Generales de las Fuerzas Armadas tienen normativamente en definitiva una intervención directa en los Tribunales Militares de primera instancia.

En efecto, se encuentran facultados para dictar instrucciones de carácter general sobre la manera de ejercer sus funciones. Ambas facultades, evidentemente, inciden en la independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales castrenses.

El numeral 3 del artículo 37 del Código de Justicia Militar señala lo siguiente: *“Tomar conocimiento por sí mismo, cuando lo estime conveniente, de cualquier causa pendiente ante los Tribunales de su Institución, aunque se hallara en estado de sumario, o recabar informe”*. A su vez, el numeral 4 preceptúa: *“Dictar instrucciones a los Fiscales de su respectiva jurisdicción, de carácter general, sobre la manera de ejercer sus funciones”*.

En otras oportunidades, he señalado en mis diferentes artículos que el tema de la Jurisdicción Militar en Chile no sólo comprende la delimitación de su competencia y la derogación de la pena de muerte, finalidades que se obtienen con el proyecto de ley que ya se encuentra en el Congreso Nacional y que es un avance sustancial en esta materia para nuestro país. Sin embargo, aparecen posteriormente como prioritarios otros aspectos. Ellos se refieren a la incorporación de un sector o grupo de ciudadanos chilenos –los militares - que se encuentran hoy en día con un procedimiento diferente del que se aplica al resto de la sociedad chilena. Me refiero a la aplicación integral de las normas del debido proceso; en la especie, a un juicio previo, oral, contradictorio y público y con independencia objetiva de los miembros que ejercen dicha jurisdicción para que nuestras Fuerzas Armadas cuenten con la legislación acorde a los requerimientos del siglo XXI.

Finalmente, la reforma de la justicia militar se debe realizar considerando que esta justicia es un medio o instrumento que permite garantizar y asegurar la observancia por parte de las Fuerzas Armadas, de los cometidos constitucionales que les asigna la Constitución Política de 1980 y que reiteró el constituyente del año 2005. Es el diseño jurídico de la justicia militar

y no su existencia el que se encuentra en discusión, porque su estructura no se adecua a los principios que se consagran en dicha Constitución, a los Tratados Internacionales y a los principios generales del Derecho.

CRÓNICA

LOS ABOGADOS Y LA FELICIDAD

GIANPAOLO PEIRANO BUSTOS¹

Con este título se pueden pensar muchas cosas, pero el sentido de esta breve reflexión no tiene que ver con que haya profesiones que tengan o estén más cerca del anhelado objetivo de la felicidad o que el “quehacer” de estos profesionales los haga acercarse o alejarse más de este especial y querido objetivo, La Felicidad.

Tal vez es por ello que cobra tanta fuerza la sentencia de Voltaire y justamente para los que estudian Derecho y también para los abogados, *“La duda es una condición incómoda, pero la certeza es una condición ridícula”*. Tengo la sensación que justamente lo que se pretende en la enseñanza del derecho y en el ejercicio de la profesión es la ansiedad y tendencia a acumular toda la información posible. Creemos que tenemos todos los antecedentes y todo controlado para ser y deber ser los más certeros; sensación y situación que no es tal vez difícil de prever, a partir del incuestionable respaldo que nos da el haber sido instruidos en la inmensa diversidad de códigos y leyes. Pero ese conocimiento es perecedero, y tampoco hace personas y profesionales felices; y al no serlo o no lograr la felicidad, somos peores profesionales, atendemos o servimos peor a los clientes y no sabemos desenvolvernos bien con otros profesionales, ni trabajar en equipo o ser líderes en las organizaciones.

La felicidad hoy se puede aprender, no está dada en nuestro ADN, no es un factor genético, no responde a una buena o más pobre socialización; no está asociada a nivel socioeconómico; sino que este anhelo íntimo y fuertemente deseado se puede construir, se puede aprender.

Tal Ben Shahar, en su cátedra sobre Felicidad en Harvard, señala que la Felicidad se compone de dos variables, el significado + placer, y entiende que si lo que hacemos es sólo significativo o sólo placentero, aquello no es

¹ Abogado y Sociólogo, Profesor Facultad de Derecho U. Mayor

suficiente para sostener la felicidad, ya que es imposible experimentar el significado y placer durante todo el tiempo. Esta ecuación de significado + placer = felicidad, tiene que ver y puede expresarse de otro modo, que es combinar objetivos de largo plazo, que den significado a nuestra cotidianidad y que también en el día a día experimentemos, reconozcamos y busquemos cosas, situaciones y momentos que nos hagan sentirnos felices.

¿Y qué tiene que ver todo esto con la profesión de abogado o la enseñanza de los abogados, o el aprendizaje del derecho?

Desde hace un tiempo a la fecha se ha discutido sobre la enseñanza en las escuelas de derecho, específicamente sobre la enseñanza tradicional del derecho en Chile que presupone especial énfasis en el estudio de la ley, situación que trae aparejada una formalización del estudio del Derecho, dejando de lado el estudio de otros aspectos tales como el papel que desempeñan los derechos fundamentales y los principios al interior del sistema jurídico. La frase "Abandoné el estudio del derecho porque tenía la sensación de estar bebiendo de la savia de un árbol muerto", tal vez ejemplifica esta discusión y el sentimiento de algunos. Sin perjuicio de esta importante y no resuelta discusión, los mejores abogados del futuro y en general los mejores profesionales serán abogados y profesionales felices, otorgando significado a sus vidas y por otro lado viviendo, convirtiendo y transformando intensamente los momentos más simples y cotidianos en momentos de placer. Para eso hay que prepararse y preparar a nuestros estudiantes y colaboradores que tengan ganas y motivación de enfrentarse a este desafío.

Por lo tanto, es útil, necesario e imprescindible entregarles significado a nuestros estudiantes de Derecho. Sin duda que todos sentiremos placer al obtener una buena nota en un examen de Derecho Civil, Procesal, más tal vez en Derecho Tributario o Administrativo, y qué decir si dimos una buena licenciatura, pero todo eso en palabras de Tal Ben Shahr serían momentos pasajeros, efímeros; pero y el significado, ¿dónde están los objetivos de largo plazo o la mirada del futuro?

Por lo tanto, el desafío está en crear otras habilidades en nuestros estudiantes, no sólo en cuestionarnos la enseñanza tradicional desde el Derecho. Y cuáles son estas otras habilidades para tener estudiantes más felices y por lo tanto profesionales más destacados que se enfrenten mejor al quehacer laboral?

- 1.- Luchar contra el Epiciclo. Como señala Tomas Kuhn, los seres humanos procedemos de la misma forma que el conocimiento científico, en el sentido que aunque nuestras experiencias develen nuestras insuficiencias

y nos generen incluso gran sufrimiento, normalmente no cuestionamos las premisas básicas ya aprendidas de nuestras vidas. Y es sólo a partir de una acumulación de experiencias críticas que comenzamos a sospechar que quizás hay algo que debemos cambiar. Hay quienes incluso no logran entrar nunca en ese umbral de auto cuestionamiento. Esto es lo que Kuhn denomina recurso del epiciclo, que es el procedimiento que utilizamos cuando al encarar una crisis, buscamos preservar los supuestos básicos de nuestra mirada y desarrollar explicaciones crecientemente espurias que nos conducen a radicalizar la crisis en la que nos encontramos, en vez de poner en cuestión aquellos juicios o supuestos que definen nuestra interpretación sobre los hechos.

Por lo tanto, el desafío para los nuevos y no tan nuevos abogados es luchar por la capacidad de acometer aprendizajes nuevos, que logren poner en cuestión nuestros presupuestos fundamentales en materia también de aprendizaje y esta capacidad de aprendizaje también puede ser desarrollada.

Tal como señala, en el “libro Cerebro de Liebre, Mente de Tortuga”, el autor Guy Claxton: *“El conocimiento surge del desconocimiento y constituye una respuesta a éste. Aprender emerge de la incertidumbre, paradójicamente el aprendizaje persigue reducir la incertidumbre, convirtiendo lo extraño en familiar, pero al mismo tiempo necesita tolerar la incertidumbre como terreno en el que las ideas pueden germinar y originar respuestas.”*

En esta parte de la reflexión, también se me viene a la cabeza el punto de partida de Descartes con el planteamiento de su “Duda Metódica”, desde el punto de vista del cuidado que hay que tener de no generar verdades ciertas que se hallan a resguardo, a cubierto y que no sean susceptibles de duda alguna (los abogados tratamos de crear verdaderas fortalezas inexpugnables). En ese sentido, la duda cartesiana no es escepticismo sino una actitud de desconfianza y cautela, que supone la búsqueda, es cierto, también de una verdad indestructible, pero no sin previamente haber pasado este período de cuestionamiento y autocuestionamiento.

2.- La importancia del cambio. Los ratones fisgón y escurridizo y los liliptienses Hem y Haw en el libro de Spencer Johnson, “¿Quién se ha llevado mi queso?”, son una buena ayuda para ver los procesos de cambios desde una perspectiva optimista y simplemente necesaria; y por lo tanto el enfrentarnos a procesos de cambios, entrar en procesos de crisis, acomodarnos a ellos y resolver los nuevos desafíos que éstos nos presentan es una condición ineludible para ser un buen profesional, un abogado feliz. Albert Einstein escribía sobre el cambio y los procesos de crisis, que muchas veces nos asustan tanto y apartamos tanto de nuestras

vidas: "No pretendamos que las cosas cambien, si siempre hacemos lo mismo. La crisis es la mejor bendición que puede sucederle a personas y países, porque la crisis trae progreso. La creatividad nace de la angustia, como el día nace de la noche oscura. Quien atribuye a la crisis sus fracasos y penurias violenta su propio talento y respeta más a los problemas que a las soluciones. La verdadera crisis es la crisis de la incompetencia. El inconveniente de las personas y los países es la pereza para encontrar las salidas y soluciones. Sin crisis no hay desafíos, sin desafíos la vida es una rutina, una lenta agonía. Sin crisis no hay méritos. Es en la crisis donde aflora lo mejor de cada uno, porque sin crisis todo viento es caricia. Hablar de crisis es promoverla, y callar en la crisis es exaltar el conformismo. En vez de esto, trabajemos duro. Acabemos de una vez con la única crisis amenazadora, que es la tragedia de no querer luchar por superarla."

- 3.- Saber escuchar. Quizás mucho nos podríamos preguntar qué diferente sería nuestra vida si escucháramos más y mejor a nuestros señoras, hijos, colegas, amigos y tal vez a nosotros mismos. En general, no hay mejor indicador en la calidad de una relación que la manera cómo evaluamos la escucha que en ella se produce. En palabras de San Ignacio de Loyola, "partir con los del otro para terminar con la de uno". Un aliado importante de la escucha es el tiempo, darse el tiempo para escuchar a los demás, hacer una pausa. Pero hoy luchamos; y que es una barrera importante para el escuchar bien, con una cultura que ignora e infravalora, la reflexión y las formas de pensamiento lento. Y así en una cultura de este tipo, el tiempo empleado en analizar los problemas sólo se justifica en la medida en que ello nos conduzca claramente a la solución del problema y detenerse en un problema para ver si puede llevarnos a otro más profundo resulta ineficaz, ocioso y a veces perverso.

El desafío es enseñar a los alumnos a tener actitudes más reflexivas, a recompensar las respuestas razonadas y no la mención rápida al artículo tal o la ley tal o cual. Esto ayudará también a tener mejores abogados y más felices.

Y en este sentido, el lenguaje utilizado por los abogados también juega un rol clave. En palabras del profesor Genaro Carrió, los juristas se han y tal vez nos hemos esforzado por crear un lenguaje artificial, más preciso para alcanzar un mayor rigor expositivo; e incluso este anhelo ha llegado a la sorprendente analogía que expone el profesor Soler en su libro "Interpretación de la Ley", cuando afirma que los conceptos jurídicos guardan estricta relación con los términos matemáticos, especialmente con las figuras de la geometría, puesto que ambos son conceptos dados o puestos por hipótesis, integrados además por un número determinado de elementos necesarios. Sin

perjuicio de esta discusión, lo que hoy necesita un abogado es la urgente necesidad de utilizar un lenguaje natural, lo más cercano al lenguaje común y corriente, de manera de lograr la mejor comprensión y sintonía con su cliente y con otros profesionales; y de esta manera hacerse, sentirse y que lo sientan cercano. Entrar en procesos de trabajo en equipo y formación de grupos interdisciplinarios para abordar temas legales es cada vez más recurrente. Sin hacernos cargo de esta preocupación, generaremos profesionales para lidiar y vivir con y en la soledad; sin entender lo valioso que es compartir opiniones con otros profesionales u oficios.

Sin duda, la felicidad no es una cuestión que se resuelva en un día, en un papel o en una cátedra o con una buena nota o un buen trabajo, etc; pero lo importante es descubrir que la felicidad se puede lograr con ejercicios y disciplina, es susceptible de ser aprendida como si se tratara de cualquier ciencia exacta. Y también los abogados podemos ser felices y que los que no lo son todavía que aprendan a serlo.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES ACERCA DE LOS PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JORGE VAN DE WYNGARD M.¹

Resulta interesante poder ir siguiendo el desarrollo jurisprudencial que ha ido emanando de nuestro Tribunal Constitucional a partir de febrero del 2006, momento en el cual adquirió competencia para poder entrar a conocer y resolver las denominadas “acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad” y “acción de inconstitucionalidad”, respectivamente, en virtud de los artículos 93° N° 6 y 7° de la Constitución, incorporados a ésta por la reforma de agosto de 2005.

Si bien la Carta Fundamental se preocupa de establecer con bastante precisión las condiciones o presupuestos de admisibilidad de las señaladas acciones, no es menos cierto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido contribuyendo a precisar en mayor medida tales presupuestos, incorporando interesantes precisiones que deben ser debidamente internalizadas por los abogados que en número cada vez mayor concurren ante el Tribunal Constitucional haciendo uso de estos nuevos mecanismos que les franquea la Constitución Política.

El punto no es menor, sobre todo si se ha podido seguir la evolución de los distintos fallos que ha vertido el Tribunal sobre los puntos que comentamos, de los cuales se puede apreciar el gran número de acciones que han sido declaradas inadmisibles por la señalada magistratura, en atención a, en algunos casos, los gruesos errores en que han incurrido ciertos abogados, e incluso jueces, al momento de evaluar si sus presentaciones cumplen con todas y cada una de las condiciones que la Constitución y la jurisprudencia

¹ Profesor de Derecho Constitucional Universidad Bernardo O’Higgins

del Tribunal han establecido como necesarias para que la acción pueda entrar a ser conocida en sus aspectos de fondo.

En estas breves consideraciones quisiéramos detenernos en la jurisprudencia que ha ido estableciendo el Tribunal Constitucional en relación con la acción de inconstitucionalidad, considerando al respecto que, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución, el resultado de ella es que el Tribunal pronuncie una Declaración de Inconstitucionalidad sobre un determinado “precepto legal”, la cual puede obrar en virtud del ejercicio de la referida acción o, también, a través de una actuación de oficio por parte del Tribunal.

Es cierto que esta Declaración de Inconstitucionalidad no ha sido masiva ni mucho menos, pero ello resulta completamente atendible considerando que los efectos de ella implican la derogación del precepto legal cuestionado y, por lo tanto, su expulsión de nuestro ordenamiento jurídico, cuestión no menor desde el punto de vista institucional.

La primera vez que el tribunal pronunció la Declaración de Inconstitucionalidad de un precepto legal vigente fue el 26 de marzo del 2007, sentencia Rol N° 681, a través de la cual procedió a declarar inconstitucional el artículo 116 del Código Tributario². La segunda vez fue el 25 de mayo recién pasado, a través de la sentencia Rol N° 1345, en relación con parte del artículo 171 del Código Sanitario³. Finalmente, ahora, el 29 de julio, en un fallo histórico para los abogados, el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de un término clave del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, por medio de su fallo Rol N°1254⁴.

² Tal norma disponía: “El Director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando “por orden del Director Regional”.

³ En negrita se destaca la parte pertinente del señalado artículo que fue declarada inconstitucional: “De las sanciones aplicadas por el Servicio Nacional de Salud podrá reclamarse ante la justicia ordinaria civil, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, reclamo que tramitará en forma breve y sumaria. **Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa**”.

⁴ “Me refiero al término de la gratuidad bajo la cual los abogados debían cumplir la obligación del “turno judicial”, contemplada en dicha disposición legal, la cual en su texto íntegro reza: Art. 595. Corresponde a los jueces de letras designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda gratuitamente las causas civiles y otro que defienda las causas del trabajo de las personas que hubieren obtenido o debieran gozar del mencionado privilegio. Con todo, cuando las necesidades lo requieran, y el número de abogados en ejercicio lo permita, la Corte de Apelaciones respectiva podrá disponer que los jueces de letras designen dos o más abogados en cada turno, estableciendo la forma en que se deban distribuir las causas entre los abogados designados.

En la misma forma y para los mismos fines harán los jueces de letras a quienes se refiere el inciso precedente, las correspondientes designaciones de procuradores y receptores.

A partir de estos tres fallos, más algunos pocos otros donde ha rechazado las acciones de inconstitucionalidad ejercidas por distintos abogados, es posible deducir las condiciones que el Tribunal ha fijado para la procedencia de una Declaración de Inconstitucionalidad.

- 1.- El primer presupuesto es que lo que se esté solicitando sea la declaración de inconstitucionalidad de un “precepto legal”, para lo cual hay que remitirse a lo que la jurisprudencia del Tribunal ha ido estableciendo reiteradamente y con mucha precisión en el sentido de que dentro de esa expresión no caben las normas emanadas de la potestad reglamentaria de los órganos de la administración del Estado, como tampoco las contenidas en Autos Acordados, ni en los Tratados Internacionales. En consecuencia, hablamos de una norma contenida en alguno de los tipos de leyes que contempla la Constitución, o en un DFL e incluso normas contendidas en un DL, de aquellos que obviamente se encuentran vigentes hasta hoy en nuestro ordenamiento jurídico. Además, el Tribunal ha precisado que *“la expresión precepto legal es equivalente a la de norma jurídica de rango legal, la que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley. Así, se ha razonado que “una unidad de lenguaje debe ser considerada un ‘precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución” (roles N°s 626/2007 y 944/2008). De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma”*⁵.

Es evidente que la presentación que se haga ante el Tribunal deberá argumentar las razones de la inconstitucionalidad del precepto legal. Frente a ello habrá que tener en cuenta que *“el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango,*

Cuando alguna persona que goce del privilegio de pobreza no pueda ser servida por los abogados, procuradores o receptores nombrados, el juez de letras podrá designar un abogado, un procurador o un receptor especial que la sirva.

En las comunas o agrupaciones de comunas en donde hubiere dos o más jueces de letras, hará las designaciones generales prevenidas en los dos primeros incisos de este artículo, el más antiguo, y las especiales del inciso precedente el que conociere del negocio en que han de aplicarse.

Las designaciones generales de abogados, procuradores y receptores de turno deberán hacerse por las Cortes de Apelaciones para el territorio jurisdiccional en que éstas tengan su residencia.”.

⁵ Considerando décimo primero del fallo Rol N°1254

para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular. La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que expulsa el precepto del ordenamiento jurídico, produce efectos generales y derogatorios. En la inaplicabilidad, por el contrario, la decisión jurisdiccional ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación de la norma impugnada puede tener en el caso concreto y no, necesariamente, en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional, por lo que los efectos de la resolución son relativos y conciernen a las partes del juicio o gestión en que inciden”⁶.

- 2.- El segundo presupuesto es que el precepto legal cuestionado debe haber sido declarado previamente inaplicable por sentencia del propio Tribunal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 inciso primero N°6, e inciso undécimo, de la Constitución. Resulta indiferente, en principio, la cantidad de veces en que esa declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad haya debido producirse. Al respecto, también el Tribunal ha precisado: *“Que este Tribunal sólo puede declarar inconstitucional un precepto ya declarado inaplicable y, por lo tanto, no puede extender su declaración de inconstitucionalidad más allá de lo resuelto previamente en las sentencias de inaplicabilidad”⁷.*
- 3.- El tercer requisito es que el proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por el Tribunal o por una resolución del mismo, actuando de oficio. Es importante señalar que en las dos primeras declaraciones de inconstitucionalidad, el Tribunal actuó precisamente de oficio, en tanto que en relación con la tercera, la referida a la inconstitucionalidad de la gratuidad del turno judicial de los abogados, lo hizo por primera vez conociendo del ejercicio de la acción pública, que en este caso fue asumida por el Colegio de Abogados de Chile A.G.
- 4.- El cuarto requisito que se ha fijado por el Tribunal es que se haya abierto un proceso, sustanciándose y dictado en él la correspondiente sentencia en que se concluya la absoluta contradicción entre el precepto legal cuestionado y las disposiciones de la Constitución Política de la República. Es muy importante la precisión que hace el Tribunal en el sentido de que la contradicción entre el precepto legal y la Carta

⁶ Considerando vigésimo séptimo del fallo Rol N° 1245

⁷ Considerando décimo tercero del fallo Rol N° 1245

Fundamental debe ser “absoluta”, es decir, que bajo todas las aplicaciones posibles de dicho precepto legal éste arroje un resultado incompatible con la Constitución. De no darse este presupuesto, el Tribunal no procederá a declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal que bajo ciertas aplicaciones pueda resultar compatible con lo dispuesto en la Carta Fundamental. Sobre el particular, el Tribunal ha señalado que *“el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y sólo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de cautelar integralmente la plena vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad”* (roles 681-2006 y 558-2006), agregando que: *“Como ha precisado la doctrina, la denominada ‘presunción de constitucionalidad’ impone a quien sostiene que el texto de la ley es inconstitucional, la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto expresa y el sistema de normas que el texto constitucional consagra”* (Víctor Ferreres Comella, *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, CEPC, 1997, p. 141)⁸.

Por lo tanto, el Tribunal ha concluido que *“la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable no constituye un deber para el Tribunal, sino que es una facultad que le corresponderá ejercer en la medida que ninguna interpretación del precepto impugnado permita su ajuste o adecuada sujeción con la Carta Fundamental, tal como se ha sentenciado por esta Judicatura (roles N.ºs. 558, 681 y 1173)”*⁹, agregando que *“no existe una relación causal entre ambos juicios –de inaplicabilidad e inconstitucionalidad–, en términos que la inaplicación de un precepto provoque y convoque necesaria y obligatoriamente a una declaración de inconstitucionalidad. Perfectamente una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos. Sólo será inconstitucional si ninguna interpretación o posible hipótesis de aplicación de la disposición admite su sujeción a la Carta Fundamental”*¹⁰.

Mas allá de los presupuestos o condiciones enunciados, los abogados también deben tener muy presente que aún cumpliéndose ellos no está asegurado el resultado de la acción, toda vez que el Tribunal ha agregado una

⁸ Considerando décimo octavo del fallo Rol N°1245

⁹ Considerando décimo noveno del fallo Rol N° 1245

¹⁰ Considerando vigésimo octavo del fallo Rol N° 1245

decisiva consideración que puede inclinar la balanza hacia el sentido de rechazar una solicitud de Declaración de Inconstitucionalidad por razones de tipo institucional. En efecto, el Tribunal ha dicho que: *“En todo caso, es indiscutible que dicha declaración constituye el último recurso para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica no sólo la anulación o derogación de un acto emanado del órgano legislativo -expresión éste irrecusable de la soberanía popular-, sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma jurídica naturalmente destinada a regular inmediatamente las conductas, cuyo reemplazo es incierto”*, agregando que *“el ordenamiento constitucional es un sistema normativo, que regula poderes públicos, reconoce y ampara derechos subjetivos y fundamenta, en fin, la cohesión y equilibrio político y social. La exclusión de una norma legal es consecuencia de la ruptura de ese ordenamiento, para restablecerlo en plenitud. Dicha finalidad no se logra si la expulsión del precepto legal puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su pervivencia. Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma”*.¹¹

¹¹ Considerandos décimo octavo y décimo noveno del fallo Rol N°590

