

*Publicación de los alumnos de la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*

Revista de Estudios **IUS NOVUM**

NÚMERO 9 DE 2016



PONTIFICA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE
VALPARAÍSO



Dirección de Asuntos Estudiantiles
Vicerrectoría Académica



Magasich & Cía.
ABOGADOS

L.I.R.S.

Este séptimo número fue financiado por la Escuela de Derecho y la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, junto con los aportes del Sistema de recopilación y Gestión de Jurisprudencia (LIRS), el estudio de abogados Magasich & Cía, y la Dirección de Asuntos Estudiantiles de la PUCV.

ÍNDICE

REVISTA DE ESTUDIOS IUS NOVUM, Nº 9, 2016

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA [pp. 7 - 10]

CONSEJO DE EDICIÓN [pp. 11 - 14]

CONSEJO ACADÉMICO ASESOR [pp. 15 - 24]

PRESENTACIÓN DE ESTE NÚMERO [pp. 25 - 28]

NORMAS DE REDACCIÓN [pp. 29 - 32]

ESTUDIOS

DIEGO OLIVA ESPINOZA

Análisis comparativo entre el matrimonio y el Acuerdo de Unión Civil en Derecho Internacional privado [pp. 35 - 61]

David Espada Mardones

La aplicación selectiva de salvaguardias globales en los Acuerdos Comerciales Regionales: una solución a raíz de la CVDT [pp. 63 - 102]

José Binfa Álvarez

Acerca del delito de maltrato animal en Chile: Análisis y crítica del artículo 291 del Código Penal [pp. 103 - 131]

Diego Muñoz Navarrete

Principios de Derecho Penal Militar y su reconocimiento en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [pp. 133 - 174]

Diego Molina Conzué

La fiscalización de los actos de gobierno por la Cámara de Diputados: Antecedentes históricos y delimitación conceptual [pp. 175 - 214]

Nelson Rosas Aguilera

Las posibilidades de la democracia en la Era del Internet [pp. 215 - 236]

COLABORACIONES

ALONSO PÉREZ BARRERA

La relación Autoacordado-Ley en nuestro ordenamiento jurídico. A propósito del Acta Nº 54-2014 de la Corte Suprema [pp. 239 - 253]

REVISTA DE ESTUDIOS IUS NOVUM
CENTRO DE ESTUDIOS IUS NOVUM
Fundado en 2008

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA

La *Revista de Estudios Ius Novum* (REIN) es una publicación anual de carácter científico-jurídico que recopila artículos inéditos sobre materias propias de las Ciencias Jurídicas, elaborados exclusivamente por alumnos de pregrado y egresados de las diversas Escuelas de Derecho existentes en nuestro país y el extranjero. Creada, organizada y mantenida por el CENTRO DE ESTUDIOS IUS NOVUM, organización que surge en el año 2007 con el fin de crear una instancia que permitiese a los alumnos canalizar sus inquietudes de investigación y debate jurídico, mantenida por alumnos y egresados de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

OBJETIVOS. La *Revista de Estudios Ius Novum* tiene por objetivo difundir artículos originales e inéditos, elaborados exclusivamente por alumnos y egresados de Derecho de Chile y el extranjero, de análisis crítico e investigación dogmática, tanto jurídica como legislativa e institucional, ya sea nacional o comparada, en todas las ramas de las Ciencias Jurídicas. Además, la *Revista* publica revisiones y recensiones bibliográficas y edita revisiones jurisprudenciales amplias, siempre que sean realizadas desde un análisis crítico e innovador. De esta manera, se persigue desarrollar el hábito de la investigación en alumnos de pregrado y egresados desde etapas anteriores a la finalización de sus estudios de la Carrera de Derecho, creando así una instancia que permite a jóvenes estudiantes explotar sus potencialidades investigativas, dar a conocer sus creaciones y contar ya con sus primeras publicaciones.

DESTINATARIOS. La *Revista de Estudios Ius Novum* está dirigida especialmente a alumnos de pregrado y egresados de Derecho como también a alumnos de postgrado, abogados, académicos e investigadores de las Ciencias Jurídicas y abierta a la comunidad jurídica nacional e internacional. En este sentido, la *Revista* está orientada a servir como material bibliográfico de consulta que constituya un apoyo a la docencia en tanto documento de estudio para los alumnos.

PERIODICIDAD. La *Revista de Estudios Ius Novum* se publica anualmente. El lanzamiento oficial se efectúa en una solemne ceremonia en dependencias de la Casa Central de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

CONVOCATORIAS. EL CENTRO DE ESTUDIOS IUS NOVUM durante el mes de noviembre de cada año, abrirá una convocatoria dirigida a alumnos de pregrado y egresados de derecho de nuestro país y el extranjero para efectos de participar en la publicación del número de la *Revista* correspondiente. Sin perjuicio de lo anterior, el Centro de Estudios recibirá en forma permanente los artículos que deseen publicarse en la *Revista* y ellos pasarán automáticamente a participar de la convocatoria inmediatamente siguiente.

ADMINISTRADORES. La *Revista* es editada por el CENTRO DE ESTUDIOS IUS NOVUM, entidad creada y mantenida por alumnos y egresados de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Su producción, diseño gráfico y administración comercial está a cargo de EDICIONES UNIVERSITARIAS DE VALPARAÍSO.

COLABORACIONES. Los colaboradores de la *Revista* deberán ceñir estrictamente sus trabajos a los “Requisitos de publicación” y normas de redacción que se incluyen en cada volumen y que están disponibles en el sitio web www.iusnovum.cl

ENVÍO DE TRABAJOS. Los trabajos se enviarán en lengua castellana, en soporte electrónico, escritos en Microsoft Word o en formato compatible por correo electrónico a la siguiente casilla: iusnovum@gmail.com.

Dichos trabajos deberán ser presentados en un documento *Word*, digitados a interlineado simple, con espacios entre párrafo y párrafo (o sea, después de punto aparte), con notas a pie de página, todo en tipografía “Garamond”, tamaño 12 para el texto y 10 para las notas, márgenes izquierda y derecha 3 centímetros, arriba y abajo 2,5 centímetros y hoja tamaño carta. El texto deberá estar justificado. En cuanto a su extensión, los estudios y comentarios de jurisprudencia no deberán exceder las 30 carillas incluido el resumen y notas al pie. Las recensiones y crónicas, en cambio, no deberán exceder las 10 carillas.

La primera página incluirá el título –tanto en castellano como en inglés– nombre del autor o autores, filiación académica y dirección de correo ordinario y electrónico. Luego, se incluirán dos resúmenes, en castellano e inglés, de 200 caracteres máximo y con tres a cinco palabras clave (en ambos idiomas). Toda referencia a cargos y compromisos laborales y académicos que deseé realizar el autor deberá ser hecha inmediatamente después de la mención de su filiación académica. Las demás filiaciones académicas, agradecimientos y

dedicatorias, o referencias a proyectos científicos patrocinados institucionalmente, deberán incluirse como nota al pie de página, antes de las notas con numeración correlativa.

En cuanto a la división del cuerpo del trabajo, se tenderá a dividir los artículos en secciones numeradas con romanos con rúbrica centradas y separadas del cuerpo de su discurso (I. II. III., etcétera). Este podrá ser nuevamente subdividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de punto [l. 2. 3., etcétera], con o sin rúbricas. Si las llevan, ellas no irán centradas y se escribirán en cursivas. Cuando se apliquen nuevas subdivisiones en el interior de los párrafos, cada una de ellas será señalada mediante letras con paréntesis sólo final [a) b) c), etcétera]. Por ningún motivo se recurrirá al método de numeración del tipo: 1.1.1 1.1.2 1.1.3, etcétera. Para enumeraciones en el interior del discurso, se usarán números romanos minúsculos entre paréntesis [(i) (ii) (iii), etcétera]. Se recomienda no subdividir excesivamente el trabajo, y se considera normal y aceptable una división de tres niveles. Se abstendrán de subrayar textos y de añadir viñetas u otros adornos inútiles.

EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS. Los artículos que participen de la convocatoria respectiva serán sometidos a un estricto “procedimiento de arbitraje” a cargo de la Dirección de Investigación de la *Revista*. El “procedimiento de arbitraje” es anónimo desde un doble punto de vista. Esto es, los árbitros no conocen la identidad del autor cuya obra evalúan ni éstos conocen la identidad de aquéllos.

La recepción de todo artículo será certificada por el Secretario de Edición quien será responsable de llevar un registro completo de los trabajos que participen de la convocatoria respectiva y de remitirlo al Director de Investigación. A su turno, el Director pondrá los artículos a disposición de la Dirección de Investigación quien procederá a evaluarlos en el fondo. Para tal efecto, la Dirección remitirá la obra a un destacado académico miembro del Consejo Académico Asesor quien emitirá un informe fundado en base a criterios objetivos propuestos por la Dirección de Investigación. Además, se encargará a uno o más miembros de la Dirección de Investigación que elabore un informe fundado y en base a idénticos criterios.

La Dirección, con los informes a que se alude en el párrafo anterior, determinará, del total de los trabajos presentados, aquellos que se hallen en estado de ser publicados (etapa o fase de “preselección”). A continuación, según corresponda, se remitirá la obra a los autores junto a las observaciones y comentarios sugeridos por la Dirección, de modo que efectúen las correcciones y modificaciones indispensables a sus trabajos, cuando ello fuere posible. Re-

cibidos los artículos corregidos, la Dirección decidirá cuáles serán los artículos que en definitiva serán publicados en la *Revista* (etapa o fase de “selección”).

Una vez aprobada su publicación, el artículo será sometido a un control y adecuación formal a cargo de la Editorial, ratificado por la Dirección de Investigación.

En todo caso, aun cuando su artículo fuere rechazado, el autor podrá siempre conocer el informe de arbitraje de la Dirección de Investigación.

El “procedimiento de arbitraje” persigue resguardar la calidad y originalidad de los trabajos que se incluyen en cada versión de la *Revista* al tiempo que sirve de espacio para el aprendizaje y perfeccionamiento de jóvenes estudiantes con vocación investigativa. Todo esto se puede encontrar en el Reglamento del proceso de selección de trabajos para la *Revista*, disponible en nuestra página web.

AUTORES PUBLICADOS. Los autores de las obras que se incluyen en cada versión de la *Revista* recibirán, gratuitamente, un ejemplar del número respectivo. Si el autor fuere del extranjero o no asistiere a la ceremonia de lanzamiento, el ejemplar será enviado a su domicilio sin costo alguno.

ÍNDICE DE LA REVISTA. El índice actualizado de autores y artículos publicados en la *Revista*, clasificados por materia, se halla en el sitio web www.iusnovum.cl. [Publicaciones/Revista de Estudios Ius Novum/Autores publicados].

CORRESPONDENCIA ACADÉMICA. La correspondencia académica o no comercial, para envío de trabajos, canje y otros objetos semejantes debe ser remitida a la siguiente dirección de correo electrónico: iusnovum@gmail.com

REGISTRO. ISSN: 0718-5510

CONSEJO DIRECTIVO

Directora Ejecutiva

PAULA LÓPEZ BAQUEDANO
Egresada de Derecho, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de
Valparaíso

Secretario General

RICARDO HIDALGO GAJARDO
Estudiante de cuarto año, Facultad de
Derecho
Pontificia Universidad Católica de
Valparaíso

Directora de Comunicaciones

LORETO GONZÁLEZ PÉREZ
Estudiante de quinto año, Facultad de
Derecho
Pontificia Universidad Católica de
Valparaíso

Directora de Gestión y Finanzas

CAROLINA ESCOBAR ROA
Estudiante de cuarto año, Facultad de
Derecho
Pontificia Universidad Católica de
Valparaíso

Director de Investigaciones

NELSON ROSAS AGUILERA
Estudiante de cuarto año, Facultad de
Derecho
Pontificia Universidad Católica de
Valparaíso

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES

Director

NELSON ROSAS AGUILERA

Estudiante de cuarto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Consejeros

RICARDO ANDRADE VALDERRAMA

Estudiante de tercer año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

VICENTE ANTÚNEZ VERGARA
Estudiante de tercer año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

NATALIA CABRERA MORALES
Estudiante de cuarto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

CATALINA FLORES CÁCERES
Estudiante de quinto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

KATHERINE PORRAS MENDO
Estudiante de quinto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

IGNACIO SÁNCHEZ BUSTOS
Estudiante de quinto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

FRANCESCA TORRES MORALES
Estudiante de quinto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

DÉBORA WOLFENSON PALMA
Estudiante de quinto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Secretaria

CAROLINA CARMONA CORTÉS

Estudiante de quinto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

VICENTE ANDRADE VALLADARES
Estudiante de quinto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

JOSÉ LUIS CAAMAÑO GUTIÉRREZ
Estudiante de cuarto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

FRANCISCA CELEDÓN MUÑOZ
Estudiante de quinto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

SOPHIA NAVARRETE AGUILAR
Estudiante de cuarto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

DIEGO QUILODRÁN REYES
Estudiante de cuarto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

NICOLÁS SANTANDER AKKRAS
Egresado de Derecho, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

MACARENA TORRES NÚÑEZ
Estudiante de tercer año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

DIRECCIÓN DE COMUNICACIONES

Directora

LORETO GONZÁLEZ PÉREZ

Estudiante de quinto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Consejeros

CLAUDIA GONZÁLEZ GONZÁLEZ

Estudiante de segundo año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

JUAN ANDRÉS GUERRA

Estudiante de tercer año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

CARLA MARDONES CASTILLO

Estudiante de quinto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

GERMÁN SAAVEDRA ROJAS

Estudiante de quinto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Secretario de Comunicaciones

DIEGO OLIVA ESPINOZA

Estudiante de quinto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

ALEXANDRA GUERRA ESTAY

Egresada de Derecho, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

MATÍAS HENRÍQUEZ SARIEGO

Estudiante de cuarto año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

JOÃO AUGUSTO de OLIVEIRA

Estudiante de primer año, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

OLIVIA ZELAYA ELY

Egresada de Derecho, Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

DIRECCIÓN DE GESTIÓN Y FINANZAS

Directora

CAROLINA ESCOBAR ROA

Estudiante de cuarto año, Facultad de
Derecho
Pontificia Universidad Católica de
Valparaíso

Secretario de finanzas

SEBASTIÁN ANDRADE TRUJILLO

Estudiante de cuarto año, Facultad de
Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Consejeros

NICOLÁS CÁCERES TAHA

Estudiante de quinto año, Facultad de
Derecho
Pontificia Universidad Católica de
Valparaíso

ENRIQUE SAAVEDRA PIZARRO

Estudiante de cuarto año, Facultad de
Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

MARCELO VERDUGO PÉREZ

Estudiante de cuarto año, Facultad de
Derecho
Pontificia Universidad Católica de
Valparaíso

CONSEJO ACADÉMICO ASESOR
CONSEJEROS ASESORES Y ÁRBITROS EXTERNOS

AGUIRRE VELOSO, Patricio

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad del Sarre, Alemania. Director de la Academia Judicial de Chile. Profesor de Derecho Constitucional e Introducción al Estudio del Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

ALVARADO URÍZAR, Agustina

Abogada, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Defensora Penal Licitada de Valparaíso.

ARELLANO ORTIZ, Pablo

Abogado, Universidad de Concepción. Máster Recherche Droit Social et Droit de la Santé, Université de Paris X Nanterre, Francia. Máster Recherche Droit Social, Université de Paris II Panthéon Assas, Francia. Doctor en Derecho Privado y Ciencias Criminales, Université de Paris Ouest La Défense Nanterre, Francia. Profesor de Derecho del Trabajo y de Derecho de la Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

BASSA MERCADO, Jaime

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Público, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, España. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Valparaíso.

BENFELD ESCOBAR, Johann

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Licenciado en Filosofía, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Profesor de Teoría del Derecho y Filosofía Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho Comunitario Europeo, Universidad Autónoma de Madrid, España. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España. Postdoctorado en Derecho Ambiental, Universidad de Giessen, Alemania. Profesor de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

BERMÚDEZ SOTO, Rodrigo

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor (c) en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Económico, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

BERTELSEN REPETTO, Raúl

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Presidente del Tribunal Constitucional de Chile. Ex Rector de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y de la Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de los Andes.

BRANTT ZUMARÁN, María Graciela

Abogada, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

BRONFMAN VARGAS, Alan

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela, España. Decano de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Ministro suplente del Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

CAAMAÑO Rojo, Eduardo

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad de Colonia, Alemania. Director de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesor de Derecho del Trabajo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

CARVAJAL ARENAS, Lorena

Abogada, Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, University of Portsmouth. Profesora de Derecho Comercial, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

COX LEIXELARD, Juan Pablo

Abogado, Universidad Adolfo Ibáñez. Doctor (c) en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad Pompeu Fabra, España. Profesor de Derecho Penal, Universidad Adolfo Ibáñez.

CRUZ ARENHART, Sergio

Abogado, Magíster y Doctor en Derecho Procesal Civil, Universidad Federal de Paraná (Brasil). Ex juez Federal. Procurador de la República. Profesor de

los cursos de graduación, maestría y doctorado de la Universidad Federal de Paraná.

DEL RÍO FERRETTI, Carlos

Abogado, Universidad Central de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, España. Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Profesor de Derecho Procesal, Universidad Católica del Norte.

DONOSO RODRÍGUEZ, Sebastián

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Master in Social Policy and Planning in Developing Countries, London School of Economics and Political Science. Profesor de Legislación Indígena y Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile; profesor de Asuntos Indígenas de la Academia Diplomática (2010-2011), y profesor de Derecho Indígena en el Diplomado de Derecho de Recursos Naturales y Energía de la Universidad Católica (2011). También es miembro del Consejo Académico del Magíster en Políticas Públicas (MPP) de la Universidad del Desarrollo. Actualmente es abogado asociado en el estudio Barros y Errázuriz.

FALCONE SALAS, Diego

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidades Pompeu Fabra y de Barcelona, España. Doctor (c) en Derecho por la Universidad de Barcelona, España. Profesor de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Pontificia Universidad Católica de Chile.

FAÚNDEZ UGALDE, Antonio

Abogado Universidad Arturo Prat, Magíster en Gestión Tributaria y Candidato a Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, profesor de Derecho Tributario de la Universidad Viña del Mar y profesor de Postgrado de la Escuela de Comercio de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Complutense de Madrid, España. Doctor en Derecho, Universidad Europea de Madrid. Profesor de Derecho Penal, Universidad Austral de Chile.

Ferrada Bórquez, Juan Carlos

Abogado, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Postítulo en Especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Valparaíso.

FORTTES IRIBARREN, Jorge

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Universidad Adolfo Ibáñez.

GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Máster en Argumentación jurídica, Universidad de Alicante, España. Profesor de Interpretación Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

GIRÃO MONTECONRADO, Fabiola

Abogada, Universidade Federal do Amazonas, Brasil. Doctor (c) en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Lionel

Abogado, Universidad de Valparaíso. Magíster en Derecho Pontificia Universidad Católica Valparaíso. Fiscal adjunto de Viña del Mar. Profesor de Derecho Procesal en la Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica Valparaíso y Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

GUERRERO BECAR, José Luis

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster Interuniversitario en Administración y Dirección de Empresas, Universidades de Barcelona, Autónoma de Barcelona y Politécnica de Cataluña, España. Director de la Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Económico, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

GUZMÁN BRITO, Alejandro

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Director del programa de Doctorado y Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Romano, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

GUZMÁN DALBORA, José Luis

Abogado, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España. Diplomado en Derecho Penal y Criminología, Scuola di Specializzazione in Diritto penale e Criminologia, Universidad de Roma, Italia. Miembro investigador de la Universidad de Trento, Italia. Profesor de Derecho Penal y de Introducción a la filosofía jurídica y moral, Universidad de Valparaíso.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam

Abogada, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Andrés Bello y Universidad de las Américas.

JIJENA LEIVA, Renato

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Diplomado en Derecho Informático, Universidad de Zaragoza. Magíster (c) en Gobierno Electrónico, Universidad Tecnológica Metropolitana. Profesor de Derecho Informático, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

LAZO GONZALEZ, Patricio

Abogado, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Educación a distancia, España. Ex Decano, Facultad de Derecho, Universidad de Antofagasta. Profesor asociado de Derecho Romano, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

LETELIER WARTENBERG, Raúl

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Alberto Hurtado.

Loo GUTIÉRREZ, Martín

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho Público, Università Degli Studi di Roma Tor Vergata, Italia. Profesor de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona. Doctor en Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona, España. Becario postdoctoral de la Fundación Alexander von Humboldt, Alemania. Profesor de Derecho Penal, Universidad de Chile.

Mayer Lux, Laura

Abogada, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn. Ex becaria daad- Conicyt. Profesora de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

MEJÍAS ALONZO, Claudia

Abogada, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Civil e Introducción al Estudio del Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

MEJÍA, Diego

Abogado, Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Administrativo (2006). National University of Singapore, LLM, International and Comparative Law (2010). New York University, Bashir Mallal Scholar and LLM, Asian and US Business Law (2010). National University of Singapore, Graduate Research Scholar – PhD (2012 - present).

MÜLLER GUZMÁN, Karl

Abogado, Universidad de Valparaíso. Magíster en Derecho, mención Derecho Internacional, Universidad de Chile. Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Ex Cónsul en Berlín y en Ottawa. Profesor de Derecho Internacional Público, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique

Abogado, Universidad de Chile. Ex abogado del Servicio de Impuestos Internos y de la Fiscalía del Banco de A. Edwards. Ex Director de Estudios de la Corte Suprema entre los años 2002 y 2006. Ex Ministro del Tribunal Constitucional entre los años 2006 y 2013. Es autor de diversos artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo Económico e Historia de las Instituciones, tanto en revistas nacionales como extranjeras. También ha redactado numerosos informes en Derecho sobre dichas materias. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile desde 1988 y Director del Departamento de Derecho Público de la misma casa de estudios desde 2003.

NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor (c) en Derecho, Universidad de Castilla la Mancha, España. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Andrés Bello y Universidad Alberto Hurtado.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl

Abogado, Universidad de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad Pompeu Fabra, España. Profesor de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Universidad de Chile.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela, España. Diplomado en Estudios de la Defensa Nacional, Centro de Estudios de la Defensa Nacional, Madrid, España. Profesor de Derecho Internacional Público e Interpretación Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra, España. Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, España. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena

Abogada, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Profesora de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Pontificia Universidad Católica de Chile.

PEÑA SILVA, Francisco

Abogado, Universidad Marítima. Diplomado en Derecho Administrativo y Magíster (c) Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor Ayudante de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

PEREIRA PUCHY, Gonzalo

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Pesquero, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

PÉREZ RAGONE, Álvaro

Abogado, Universidad Nacional de Tucumán, Argentina. Doctor en Derecho y Magíster en Derecho, Universidad de Colonia, Alemania. Consultor en arbitraje Internacional del estudio jurídico Marinoni Abogados, Curitiba, Brasil. Profesor de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

PINEDA GARFIAS, Rodrigo

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Público, mención Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado Secretario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Presidente de la Sociedad Chilena de Derecho Parlamentario y Teoría de la Legislación. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

POBLETE OLMEDO, Claudia

Licenciada en Lengua y Literatura hispánica y Profesora de Castellano, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Lingüística aplicada, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctora en Filología española, mención Doctor Europeo Universidad Autónoma de Barcelona, España. Profesora de Estrategias de comprensión del discurso escrito, Estrategias de producción del discurso oral y profesora de Argumentación, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

PRIETO PRADENAS, Magdalena

Abogada, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Diplomado en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor (c) en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Ex Directora Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, Región de Valparaíso. Profesora de Derecho Administrativo, Universidad de Valparaíso.

PÜSCHEL HOENEISEN, Lorna

Abogada, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho Ambiental, University College of London. Abogado de la División Jurídica del Servicio de Evaluación Ambiental, Región Metropolitana.

RAMÍREZ DANERI, Rodrigo

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho, mención Derecho Marítimo, Universidad de Southampton, Inglaterra. Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

RIVERA CASTRO, Juan Francisco

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad Pompeu Fabra y Universidad de Barcelona, España. Máster en Criminología y Sociología Jurídico Penal, Universidad de Barcelona, España. Doctor en Derecho(c), Universidad de Barcelona, España. Profesor de Derecho Penal y Derecho Penitenciario, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Lérida, España. Profesor de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo

Abogado, Universidad de Chile. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Chile. Profesor de Teoría del Derecho, Universidad del Desarrollo.

ROJAS MIÑO, Irene

Abogada, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, España. Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Talca. Directora del Programa de Magíster de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Talca, Chile.

ROMERO SEGUEL, Alejandro

Abogado, Universidad de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Director del Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Procesal, Universidad de los Andes.

SALINAS ARANEDA, Carlos

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España. Doctor en Derecho Canónico, Universidad Gregoriana de Roma, Italia. Profesor de Historia del Derecho y Derecho Canónico, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

SALINAS GARCÍA, Carolina

Abogada, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Licenciada en Historia, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Procesal Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

SEVERÍN FUSTER, Gonzalo

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Máster en Derecho empresarial, Universidad Autónoma de Madrid, España. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

SILVA WALBAUM, Adolfo

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Granada, España. Profesor de Derecho económico y Derecho Comercial, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

SOLARI ALLENDE, Enzo

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Filosofía, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Filosofía, Universidad de Munich, Alemania. Profesor Teoría del Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

TOBAR CORNEJO, Javier

Abogado, Universidad Adolfo Ibáñez. Magíster en Gerencia y Políticas Públicas, Universidad Adolfo Ibáñez. Curso en Derecho Administrativo,

Universidad de Salamanca, España. Doctor (c) en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Económico, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

UGARTE CATALDO, José Luis

Abogado, Universidad de Chile. Estudios Avanzados en Derecho del Trabajo, Universidad de Salamanca, España. Director de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Alberto Hurtado y Universidad Diego Portales.

URRUTIA SILVA, Osvaldo

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho Internacional, University College of London. Postgrado en Derecho Ambiental, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Ambiental Internacional, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

VERA VEGA, Jaime

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidades Pompeu Fabra y de Barcelona, España. Doctor (c) en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

VERGARA BLANCO, Alejandro

Abogado, Universidad de Concepción. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Postdoctorado en la Université de Pau et des Pays de l' Adour, Francia. Profesor de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile.

VIDAL OLIVARES, Álvaro

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

ZÁRATE GONZÁLEZ, Santiago

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor (c) en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Abogado de la Unidad Jurídica, Oficina Provincial El Loa, Calama, del Ministerio de Bienes Nacionales.

PRESENTACIÓN DE ESTE NÚMERO

1. Cada vez se hace más difícil fomentar la investigación en los estudios de pregrado. La carga académica propia de nuestra malla curricular conlleva a que los tiempos para actividades extracurriculares sean escasos. Aun así, las posibilidades para realizar investigación jurídica siguen siendo infinitas y además necesarias, imponiéndonos un rol más activo en la construcción del sistema jurídico que queremos. Sólo unos pocos tendrán la capacidad de mirar con otros ojos el rol del estudiante. Y para ellos debemos crear los espacios, las instancias, los incentivos y las oportunidades, de poder realizar investigación y que sus ideas sean libremente divulgadas.

La investigación de pregrado tiene un valor adicional: por un lado, obliga a conjugar las exigencias propias de nuestra carrera, con el esfuerzo y dedicación por crear algo nuevo, aportando al conocimiento y estudio del derecho. Por otro lado, desde las aulas, nuestros compañeros aportan una mirada renovada de abordar los problemas jurídicos, actualizando los estudios que puedan hacerse en la materia, a los cambios sociales propios de nuestra época. Además, es un enfoque distinto el que surge desde los estudiantes, pues nos permite imaginar un derecho diferente, si se quiere, más justo. Vista así, la investigación jurídica de pregrado representa un gran desafío para los estudiantes, pero que sin duda trae consigo una gran recompensa para quienes la realizan.

2. El Centro de Estudios Ius Novum se formó hace más de nueve años, con la precisa intención de crear un espacio donde los estudiantes pudieran explorar sus capacidades, dando la oportunidad de publicar sus trabajos inéditos. En estos años de ardua labor, decenas de estudiantes han hecho realidad el anhelo de publicar un artículo en una revista especializada de derecho. Todavía son pocas las revistas de derecho en nuestro país donde publican exclusivamente estudiantes y que además es gestionada solo por estudiantes. Pocos tenemos el honor de participar de una instancia como ésta y ello nos incentiva a seguir en este camino, con la convicción del gran valor que representa nuestro trabajo.

3. Pero la promoción de la investigación jurídica no se agota solo en la publicación de nuestra revista, pues debemos continuamente buscar la forma de incentivar a nuestros compañeros a acercarse a la labor investigativa. En esta búsqueda, podemos resumir las labores de este año en las siguientes:

a. Reforma del Estatuto General. Un aspecto fundamental para el cumplimiento de nuestros objetivos es mantener un buen equipo de trabajo, que está formado por consejeros de las diferentes direcciones de nuestro Centro. Para ello necesitamos tener una pauta clara de las funciones de cada equipo y de cómo estas deben ejecutarse. Con miras a ese objetivo, este año reformamos nuestro Estatuto General, para flexibilizar y adecuar las labores de nuestros consejeros, de manera de facilitar el trabajo y lograr una mejor y más eficiente distribución de sus tiempos.

b. Coloquio. El pasado 30 de noviembre, el Centro de Estudios realizó, en dependencias de la Casa Central de la PUCV, un exitoso coloquio titulado “¿Rapidez o certeza? El tratamiento de los casos mediáticos de derecho por la prensa”, en el cual se abordó la delicada tensión existente entre la libertad de informar y el debido resguardo de los derechos y garantías en los procesos judiciales. En esta actividad contamos con la participación de Dorothy PÉREZ, abogada y actual Subcontralora General de la República; también con Jaime VERA, abogado y magíster en derecho, actual profesor de Derecho Penal y Procesal de la Escuela de Derecho de la PUCV; y por último, con la destacada periodista Mónica GONZÁLEZ, fundadora y actual directora del Centro de Investigación Periodística de Chile (CIPER). Además, intervino como moderador en este coloquio Javier TOBAR, abogado y actual asesor jurídico del Senado. Como Centro de Estudios, estamos convencidos de que actividades como esta contribuyen a generar un necesario debate en el ámbito estudiantil y estimulan el interés de los estudiantes en temas de actualidad jurídica.

c. Personalidad jurídica. Otro de los pilares fundamentales de nuestra actividad está determinado por la búsqueda de financiamiento para nuestras diversas actividades. Desde el Consejo Directivo de la Revista, en conjunto con la Dirección de Gestión y finanzas, se impulsó el proyecto para obtención de la personalidad jurídica. Esto permitirá a nuestro Centro acceder a nuevos fondos públicos y además contribuirá a crear una imagen consolidada de nuestro equipo, con miras a los aportes de terceros. Para el periodo del 2017 el Centro de Estudios podrá contar con esta importante herramienta de trabajo.

d. Edición digital. Vivimos actualmente en lo que se ha denominado “Era de la información”, caracterizada por el uso de las tecnologías digitales de información y comunicación. Ellos nos obliga a comprender que el principal medio de difusión de conocimiento viene asociado a las tecnologías y en especial al uso del internet. Es ahí donde debemos poner el foco y en este cometido el Centro ha apostado este año a una edición digital de la Revista, permitiendo con ello una divulgación más amplia y generalizada. Hemos trabajado además en el mejoramiento y mantención de nuestro sitio web, principal plataforma

donde se encontrará la Revista. Por último, hemos trabajado en convenios que permitan divulgación de la revista en el ámbito nacional e internacional.

3. La novena edición de la Revista de Estudios Ius Novum, al igual que otros años, consta de dos secciones: la primera llamada “Estudios”, que contiene los diferentes trabajos recibidos y seleccionados en el presente año; y la segunda llamada “Colaboraciones”, donde recibimos trabajos realizados en otras instancias estudiantiles, en este año, por el Congreso Estudiantil de la Judicatura.

En la sección Estudios, los artículos seleccionados en esta edición dan a conocer la variada constelación de temáticas que hoy concentran las preocupaciones académicas de los alumnos de pregrado en las escuelas de derecho de nuestro país. Temas que por su actualidad interesan no solo al lector especializado, sino que también al público general. En efecto, los trabajos que publicamos este año demuestran el compromiso de jóvenes investigadores con los desafíos de su tiempo, de nuestro tiempo. Algo de lo que se hace gala ya desde el inicio, con el artículo de Diego OLIVA ESPINOSA (PUCV) quien realiza un análisis crítico del todavía nuevo acuerdo de unión civil en su relación con el derecho internacional privado, señalando ciertas deficiencias en su regulación. Continúa estas páginas el trabajo de David ESPADA MARDONES (UCN) con un detallado estudio sobre la legalidad de los acuerdos comerciales regionales en la medida que estos modifican la normativa internacional sobre aplicación de salvaguardias globales, que tienden a establecerse en favor de países que se encuentran en dificultades económicas. En materia penal, dos trabajos fueron seleccionados. El primero de ellos, de autoría de José BINFA ÁLVAREZ (UM), critica la actual protección que en Chile se les brinda a los animales, ofreciendo en particular un examen al delito de maltrato animal contenido en el Código Penal. La segunda obra sobre esta área se enfoca en los principios que informan a la justicia penal militar y cómo han sido recogidos y reconocidos por la Corte Internacional de Derechos Humanos, tema que es abordado por el autor, Diego MUÑOZ NAVARRETE (PUCV), con miras hacia una reforma del sistema chileno. El siguiente artículo seleccionado, de Diego MOLINA CONZUE (PUCV), trata acerca del alcance de la facultad de fiscalización de la Cámara de Diputados sobre los actos de gobierno y su evolución histórica en el constitucionalismo nacional. Por último, cierra esta edición el trabajo de Nelson ROSAS AGUILERA (PUCV), sobre los cambios y problemáticas que supone la irrupción de los medios de comunicación de masas para el concepto de democracia.

En la sección Colaboraciones, recibimos un interesante trabajo realizado en el marco del V Congreso Estudiantil de Derecho de la Judicatura, de Alonso PÉREZ BARRERA (PUCV). El autor analiza la tensión entre dos fuentes del

derecho, los autosacordados y la ley, vistos desde los problemas que surgen a propósito de la regulación que se ha dado a la tramitación digital de los procesos civiles.

En todos estos textos el lector se encontrará gratamente con ideas y nociones que, esperamos, sirvan de lumbre, una modesta luz en la tarea de pensar nuestra sociedad.

4. Por último, no queda más que agradecer el abnegado trabajo de cada uno de nuestros consejeros, directores y miembros del Consejo académico asesor por su incommensurable contribución hacia la revista y por hacer que este proyecto siga creciendo año a año. Además agradecemos el incesante apoyo de la Facultad y Escuela de Derecho de la PUCV, quienes han apoyado nuestro trabajo desde sus inicios, siempre dispuestos a recibirnos y contribuir con nuestra labor. Agradecemos también a la Dirección de Asuntos Estudiantiles (DAE) de la PUCV, al estudio jurídico Magasich y Cía. y al Sistema de recopilación y Gestión de Jurisprudencia (LIRS), por sus aportes, sin los cuales nuestro trabajo no sería posible.

Paula López Baquedano
Directora Ejecutiva

NORMAS DE REDACCIÓN*

1. GENERALIDADES. El autor de un trabajo debe citar sus fuentes de información identificando el autor y fecha de publicación de los libros, revistas, tesis y otros documentos utilizados. Este método de citar en el texto mismo por autor-fecha [apellido y fecha de publicación] permite al lector localizar la fuente de información en orden alfabético, en la lista de referencias al final del trabajo. Del mismo modo, se debe incorporar el (o los) números de página en que aparece la cita.

2. Resumen explicativo y ejemplos.

A) REFERENCIAS COMPLETAS AL FINAL DEL TEXTO. Siempre debe incorporarse listados finales con una referencia completa de bibliografía, normas y jurisprudencia citadas.

(i) Referencias completas de bibliografía citada

Todas las referencias a libros, artículos de revista, capítulos y formatos electrónicos se deberán listar al final del trabajo, bajo el título “Bibliografía citada”. Dicho listado se limitará a los trabajos efectivamente citados o referidos en el trabajo, y se ordenará alfabéticamente por el primer apellido de su autor. En este listado, la cita de los libros hará indicación del número total de páginas; y la cita de los artículos de revista y de capítulos de libros hará indicación de los números de página de inicio y final. En toda cita, el o los apellidos del autor se escribirán en “VERSALES” y el nombre en “redonda”; el nombre de la obra, en tanto, irá en “cursiva”.

* Las presentes instrucciones han sido elaboradas, principalmente, sobre la base de las reglas de redacción de la Revista chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y la normativa y estándares internacionales por ella adscrita. Del mismo modo han servido de inspiración las reglas de redacción de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Unas y otras, se adecuaron, en lo pertinente, a la funcionalidad exigida por una revista cuyos editores y autores exclusivos son estudiantes de Derecho.

Ejemplos de cita:

1) de libro: GUZMÁN BRITO, Alejandro (2011): *Tratado de la prenda sin desplazamiento según el derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica), 780 pp.

2) de traducciones: MÜLLER, Friedrich (2006): *Métodos de trabajo del derecho constitucional* (trad. GÓMEZ DE ARTECHE Y CATALINA, Salvador, Madrid, Editorial Marcial Pons), 487 pp.

3) de capítulos de libros: TURNER SAEZER, Susan (2005): “Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función” en: Varas, Juan Andrés y Turner, Susan (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valvidia* (Santiago, Editorial Lexis Nexis), pp. 161- 167.

4) de artículo de revista: Vergara Blanco, Alejandro (1990): “Teoría del dominio público y afectación minera”, *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, vol. XVII, Nº 1, pp. 135- 177.

5) de documentos en formato electrónico: Ejemplo: VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2012): “Revisión de las sedes atractivas en el arbitraje comercial internacional: un análisis comparado de los marcos normativos de Suiza, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, España, China y Chile”. Disponible en:

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071880722012000100001&lng=es&nrm=iso&tlang=es> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2012].

(ii) Referencias completas de jurisprudencia citada

Se deberá considerar al final del trabajo, en un listado, todas las referencias jurisprudenciales, bajo el título “Jurisprudencia citada”. Dicho listado se limitará a las sentencias efectivamente citadas o referidas en el trabajo. Las sentencias se ordenarán cronológicamente y alfabéticamente por el nombre de las partes. En este listado final, la cita de las sentencias hará indicación a las partes / al tribunal / a la fecha / y a la sede de edición.

En el listado final las sentencias se indicarán así: a) el nombre de las partes en cursiva y el año de la sentencia (entre paréntesis y en redondas), seguido de dos puntos (:); y b) la referencia del tribunal que la haya dictado: Corte Suprema; Corte de Apelaciones de (...); Juzgado de Letras de (...); Tribunal Constitucional; Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; en seguida: la fecha, señalando día y año en números arábigos, y mes en letras minúsculas.

Se sugiere indicar además el tipo de acción y procedimiento correspondiente; y, en fin, la identificación de la sede de edición en que ha sido publicada la sentencia bajo su título completo o abreviado, según el estándar ISO y las indicaciones de volumen, año, secciones y página.

Ejemplo:

Pérez Aedo con Fisco (1997): Corte Suprema, 7 de abril de 1997 (acción reivindicatoria), Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 97 (1997), II, sección 7a, pp. 55-76.

b) REFERENCIAS ABREVIADAS EN LAS NOTAS AL PIE DE PÁGINA. Todas las notas irán al pie de la página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice, en que se incluirán las referencias o citas abreviadas a obras, normas y jurisprudencia; y solo excepcionalmente se admitirán textos de desarrollo.

(i) Referencia abreviada de obras

En las referencias abreviadas a libros, artículos de revista, y demás formatos, se señalará en la nota al pie: solo el primer apellido del autor (en “VERSALES”), el año (entre paréntesis) y el número o números de la página o de las páginas precisas en que aparece la referencia citada. Se recomienda no efectuar citas de trabajos que no han sido confrontados directamente por el autor, ya sea críticamente o siguiendo sus planteamientos. Se precisa que los lectores podrán verificar los datos completos de la referencia en la “Bibliografía citada”, al final del trabajo (que se describe más arriba).

Ejemplos:

- 1) Obras con un autor: ALCALDE (2003), pp. 133- 134
- 2) Obras con dos autores (los apellidos se unen por medio de la conjunción y –en “redonda”–): ZEGERS y ARTEAGA (2004), p. 251.
- 3) Si una obra tiene tres, cuatro o cinco autores, se citan todos los autores en la lista de referencias final. En las referencias se escribe solamente el apellido del primer autor seguido de et al., en “*cursiva*” [del latín *et alii*: y otros], año de publicación y página respectiva: EMBID *et al.* (2002), p. 94.
- 4) Si se citan dos o más obras de un determinado autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: ALDUNATE (2002a) y ALDUNATE (2002b).

(ii) Referencias abreviadas de jurisprudencia

Todas las citas a pie de página de jurisprudencia deben indicar solo el nombre de las partes, en cursiva; en caso que se trate de sentencias del Tribunal Constitucional llevarán el título o número de la ley o artículo de ley que se haya discutido y el rol. Además, se indicará el año de dicha sentencia (entre paréntesis en redondas). De este modo, los lectores podrán verificar los datos completos de la sentencia citada en el listado de “Jurisprudencia citada”, al final del trabajo.

ESTUDIOS

Análisis comparativo entre el matrimonio y el Acuerdo de Unión Civil en Derecho Internacional Privado

[Comparative analysis between marriage and Civil Union Agreement in Private International Law]

DIEGO OLIVA ESPINOZA

Estudiante de 5º año de Derecho,
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Correo: diegoolivaespinoza@gmail.com

RESUMEN

En su Título III, la Ley N°20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil se refiere a los pactos de naturaleza similar celebrados en el extranjero. En un total de dos artículos, dicha ley concede al Acuerdo una regulación en Derecho Internacional Privado que merece ser analizada tomando en consideración lo que el legislador ha consagrado en este mismo punto, a propósito de la figura del matrimonio. Ambas regulaciones presentan ciertos aspectos que resulta interesante contrastar, puesto que se aprecian algunos puntos en común, pero otros que claramente se alejan entre sí.

PALABRAS CLAVE

Acuerdo de Unión Civil, Ley N°20.830,
matrimonio.

ABSTRACT

In Title III, Law No. 20830, in charge of the creation of the Civil Union Agreement, refers to the arrangements of similar nature celebrated overseas. In two articles overall, the law grants to the agreement a regulation in Private International Law that deserves to be analyzed, taking into account what the legislator has consecrated in this same point, when it comes to the representation of marriage. Both regulations present certain characteristics that provide an interesting contrast, given that they take many concerns into consideration. However, other affairs clearly drift from one another.

KEYWORDS

Civil Union Agreement, Act No. 20830, marriage.

* El presente artículo fue elaborado a partir de la memoria realizada por el mismo autor, cuyo título es “El Acuerdo de Unión Civil y sus efectos en el ámbito del Derecho Internacional Privado”, trabajo guiado por la profesora de Derecho Civil, doña Andrea Montecinos Tota. Sin embargo, cualquier error en este trabajo es de exclusiva responsabilidad de su autor.

I. INTRODUCCIÓN

La dictación de la Ley N°19.947 marca un hito importante puesto que ubica al matrimonio en una posición predominante al señalar en su artículo 1º que esta institución es la base fundamental de la familia, pero dicho enunciado a la vez es una muestra de que este no es el único modelo a partir del cual puede construirse una familia. La convivencia de hecho, tanto entre personas del mismo como de distinto sexo, adoptó una posición relevante producto de las demandas de parejas del mismo sexo que exigían protección, y de parejas de diferente sexo que buscaban una alternativa al matrimonio. De este modo, el Acuerdo de Unión Civil ingresa a la legislación nacional reconociendo formalmente una realidad que, si bien ya se venía apreciando hace años, dota a esta figura de una naturaleza distinta (registral) que de todos modos deja a un lado las convivencias de hecho.

Esta nueva figura, que influye directamente en la determinación del estado civil de una persona, junto con la regulación de los aspectos fundamentales de la vida familiar de quienes optan por sujetarse a este régimen jurídico, requiere además que el Derecho Internacional Privado se pronuncie sobre este tema, puesto que, por un lado, la globalización ha llevado a la modernización de las vías de conexión y transporte entre los distintos Estados, y por consiguiente, el desplazamiento de un lugar a otro. De hecho, una de las razones que justifican la existencia de esta rama del Derecho, junto con la presencia de muchos ordenamientos jurídicos, es el hecho de que las relaciones jurídicas no ven un tope en las fronteras.

La regulación del Acuerdo de Unión Civil en materia de Derecho Internacional Privado supone la existencia de un elemento internacional en esa relación, y por ende, la posible aplicación de todos los ordenamientos de los Estados involucrados. De esta manera, fue necesario que el legislador no evitara referirse a esta situación por los problemas que esto podría acarrear, tomando una decisión al respecto y señalando, en ocasiones, cuál es la legislación que el juez debe aplicar para dar respuesta a los conflictos que deriven de los diferentes aspectos regulados por el Acuerdo, y en otros casos, entregando la solución directa al problema. Es así como la Ley N°20.830 regula, en su Título III, las reglas aplicables a los actos de esta naturaleza celebrados en el extranjero.

El elemento internacional viene a complejizar la relación privada, puesto que de no existir este, no habría duda respecto a la ley que debe regirla. Por ejemplo, si dos personas del mismo o de diferente sexo, de nacionalidad chilena, desean celebrar el pacto en Chile, indudablemente se aplicará la ley chilena. “Y lo que ocurre en Chile puede ocurrir en cualquier otro país, pues cada Estado,

en ejercicio de su soberanía, dicta las normas jurídicas que estime convenientes para regir a las personas, bienes o actos sobre los cuales tenga jurisdicción”¹.

En virtud de lo señalado, el presente artículo pretende efectuar un examen comparativo de las reglas contempladas en materia internacional privada del Acuerdo de Unión Civil, con las normas previstas para estos efectos en la Ley N°19.947 de matrimonio civil, debido a que ambas instituciones poseen aspectos relevantes para contrastar entre sí, puesto que es posible verificar algunos puntos en que coincide el legislador al regular estas figuras, pero otros que notoriamente difieren entre sí.

II. COMPARACIÓN ENTRE EL CAPÍTULO VIII DE LA LEY N°19.947 DE MATRIMONIO CIVIL, Y EL TÍTULO III DE LA LEY N°20.830 QUE CREA EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

De la lectura de ambos preceptos, en lo tocante a la celebración de los actos jurídicos en el extranjero, tanto del matrimonio como de pactos de naturaleza similar al Acuerdo de Unión Civil, es posible apreciar que existe una clara intención del legislador en asimilar la normativa del segundo a la regulación del primero. Si bien existen algunas diferencias, la mayoría de las normas apuntan a lo mismo.

1. *Limitaciones formales al principio Lex locus regit actum*

a) Generalidades

La Ley de matrimonio civil, al señalar en su artículo 80 que “los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración” consagra el principio *lex locus regit actum*, o, dicho de otra manera, establece el factor de conexión “lugar de celebración del acto”, tal como lo realiza la Ley N°20.830 en su artículo 12 N°1². Tanto el artículo 80

¹ GUZMÁN (2003), p. 1.

² Estas normas se encuentran insertas dentro del método indirecto de reglamentación de la relación privada internacional, ya que efectúan un llamado a la legislación vigente en el país en que se hayan celebrado estos pactos para reglamentar los aspectos de forma y de fondo requeridos en su fase de celebración. Mediante este método se le da solución al conflicto internacional por medio de las normas de conflicto, que contemplan como supuesto de hecho a una categoría jurídica, y su consecuencia deriva en la aplicación del derecho al que remite. Lo peculiar de estas normas está en que, además de sus dos elementos, contempla otro especial y es el que lo distingue de una norma común. Este elemento es el factor o punto de conexión, que es el que localiza la relación privada en la legislación de un Estado determinado. En el caso, el supuesto de hecho de las normas de conflicto

de la Ley de matrimonio civil, como el artículo 12 N°1 de la Ley N°20.830, contemplan el mismo factor de conexión para regular los requisitos, ya sean de forma o de fondo, del matrimonio y del Acuerdo de Unión Civil, a saber, el lugar de celebración del contrato.

De esta manera, como el matrimonio y el Acuerdo de Unión Civil no hacen distinción en cuanto al tratamiento del factor aplicable a los requisitos de forma y de fondo del contrato, dos personas que contraigan el vínculo en el extranjero se someterán en ambos aspectos a la ley del lugar en que celebren el contrato. Igualmente, dos personas, independiente de su nacionalidad, al celebrar en territorio nacional cualquiera de los acuerdos mencionados, se deberán regir por la legislación chilena, debido a lo prescrito en el artículo 14 del Código Civil.

Sin embargo, el principio que opera como regla en sede matrimonial posee ciertas limitaciones o atenuantes, tanto en aspectos de forma como de fondo. En materia de forma, se suelen estudiar en doctrina³ las figuras del matrimonio consensual, religioso y consular. Es preciso abordar cada una de ellas con mayor detención a efectos de evaluar si proceden de la misma manera pactos de esta naturaleza en el Acuerdo de Unión Civil. Por otro lado, en materia de fondo es el mismo artículo 80 de la Ley de matrimonio civil el que menciona como limitaciones al principio la diferencia de sexo de los contrayentes, el consentimiento libre y espontáneo, y la ausencia de impedimentos dirimentes. Dichas atenuaciones en materia de fondo serán estudiadas más adelante.

b) El matrimonio consensual y la posibilidad de reconocer un Acuerdo de esta naturaleza

El artículo 102 del Código Civil señala que el matrimonio en Chile se caracteriza por ser un contrato solemne, de naturaleza monogámica y heterosexual, y por su parte, el artículo 80 de la Ley N°19.947 explicita que un matrimonio celebrado válidamente en el extranjero producirá los mismos efectos en Chile, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer. Esta última prevención pareciera ser imprecisa, ya que en ciertos países no sólo gozan de validez los matrimonios entre personas del mismo sexo, sino que también los consensuales y poligámicos, de tal manera que, por ejemplo, si en el país que se contrae el vínculo matrimonial, la legislación admite que su forma

del matrimonio y del Acuerdo son dichos requisitos, su factor de conexión es el lugar de celebración, y la consecuencia jurídica corresponde a la aplicación de la legislación que resulte de la remisión que hace el factor de conexión.

³ Véase AGUIRRE (2006), pp. 296-299; GUZMÁN (2003), pp. 463-466; RAMÍREZ (2010), pp. 97-101.

sea meramente consensual, la legislación nacional en principio tendría que reconocerles validez puesto que se cumple con la exigencia prevista para estos efectos en el artículo 80 de la Ley de matrimonio civil.

En cuanto a los matrimonios consensuales, algunos estados norteamericanos, como es el caso de Texas, reconocen la figura del *common law marriage*, vínculo que se perfecciona con el sólo consentimiento. Dicho Estado, en su *Family Code*, señala que si en un procedimiento judicial, administrativo u otro se requiere probar la existencia de un matrimonio consensual, las vías para dar por establecido el vínculo son una declaración del matrimonio firmado por los contrayentes según lo dispuesto en el Código (este trámite es realizado en un momento posterior al vínculo, sólo con fines probatorios), o bien acreditar que ambos acordaron casarse y vivir juntos⁴.

A pesar de que sea posible extraer del artículo 80 de la ley la posibilidad de otorgar reconocimiento a un matrimonio consensual celebrado en el extranjero, la Corte Suprema, en sentencia del año 1992 (bajo la vigencia de la antigua ley de matrimonio civil, pero que de todos modos contemplaba una regla similar en esta materia⁵), no le reconoció validez a un matrimonio ritual celebrado en China por dos personas de esa nacionalidad, señalando que “no tendrá valor el simple matrimonio consensual, que es un contrato en el cual no se ha dejado constancia ni siquiera privada”⁶. Argumenta el máximo tribunal que, a pesar de ajustarse a lo que señala la ley de matrimonio civil, no es posible reconocer como válido un matrimonio que no cumple con la calificación que la propia legislación chilena le entrega a esa institución⁷.

No obstante lo señalado por la Corte Suprema, se concuerda aquí con que “(...) la calificación por la *lex fori* [ley del fuero, significa que el juez resuelve

⁴ FAMILY CODE OF TEXAS, Title 1: *The marriage relationship*, Subtitle A: *Marriage*, Chapter 2: *The marriage relationship*, Subchapter E: *Marriage without formalities*, Section 2.401.

⁵ LEY DE MATRIMONIO CIVIL DE 1884, artículo 15: “El matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno.

Sin embargo, si un chileno o chilena contrajere matrimonio en país extranjero contraviniendo a lo dispuesto en los artículos 4, 5, 6 y 7 de la presente ley, la contravención producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere cometido en Chile”.

⁶ RAMÍREZ (2010), p.100.

⁷ Si bien, en España se plantea la misma discusión, la doctrina ha preferido optar por la posición contraria a la chilena, y los argumentos en que se fundan son dos: en primer lugar, señalan que la forma en que se celebra el matrimonio no es un elemento constitutivo del mismo, sino que integrativo; en segundo lugar, las tareas de interpretación e integración de lagunas deben efectuarse en atención al principio favor matrimonii (presunción de validez del matrimonio), previsto en la Constitución española de 1978. CALVO y CARRASCOSA (2004), p. 112.

en base a este criterio cuando, frente a un conflicto en que existe un elemento internacional, aplica la legislación correspondiente a su jurisdicción] no puede encerrarnos en los localismos del derecho interno, ni menos para justificar situaciones injustas; debe aplicarse con el criterio internacional que exige un mundo cada vez más integrado, y que guía la jurisprudencia moderna de los otros países”⁸.

Respecto al Acuerdo de Unión Civil, de existir en el extranjero un pacto de naturaleza similar pero que permite su perfeccionamiento con el sólo consentimiento de los contrayentes, al igual que el matrimonio celebrado de esta manera, tampoco tendría valor dicho pacto en Chile porque, a pesar de no ser definido el Acuerdo como un contrato solemne, de todos modos se exige para su celebración el cumplimiento de ciertas formalidades, contempladas en el artículo 5º de la Ley N°20.830 (por ejemplo, el oficial del Registro Civil debe levantar acta, firmada por él y por los contrayentes, ya sea en su oficina o en el lugar que señalen quienes lo contraen, siempre que se halle ubicado dentro de su territorio jurisdiccional).

Para reafirmar lo anterior, el artículo 15 inciso quinto de la ley señala que los pactos de naturaleza similar al Acuerdo celebrados en el extranjero deben ser inscritos en Chile, siempre que cumplan con los requisitos que establece esta ley, y explicita que estos actos hayan estado sujetos a registro en el lugar que válidamente se celebraron.

Sin embargo, lo afirmado resulta en cierto punto discutible, puesto que, como ya se dijo, la legislación nacional no define al Acuerdo de Unión Civil como un contrato solemne, y las formalidades que el legislador prevé para su celebración no alcanzan la categoría de solemnidades legales, de modo tal que, la celebración del Acuerdo cumpliendo con los requisitos que menciona la ley, no convierte a dicho pacto en un contrato solemne. A pesar de aquello, se estima aquí que por estar en presencia de un contrato propio del ámbito del Derecho de familia, no puede ignorarse el cumplimiento de las exigencias en esta materia que son propias del derecho interno.

c) El matrimonio religioso y la posibilidad de reconocer un Acuerdo de esta naturaleza

La validez en Chile de un matrimonio religioso celebrado válidamente en el extranjero también supone dudas, bajo el supuesto de que en Chile la legislación sólo reconoce como válida la celebración de un matrimonio de naturaleza civil, y un matrimonio religioso para su validez requiere su ratificación ante Oficial

⁸ Ídem (2007), p.18. Los corchetes son del autor de este artículo.

del Registro Civil, lo que en la práctica supone la celebración de un nuevo vínculo puesto que los efectos de esta relación comienzan a partir de dicho acto.

Sin embargo, algunos países parten del supuesto contrario, al reconocer la existencia de un vínculo de naturaleza religiosa, como es el caso de Chipre y Marruecos⁹. Incluso, en estos países no se entiende como válido un matrimonio celebrado por sus nacionales en el extranjero de una manera distinta a la concebida en su país de origen. Así, el Código de Bustamante señala en su artículo 41 lo siguiente: “Sin embargo, los Estados cuya legislación exija una ceremonia religiosa, podrán negar validez a los matrimonios contraídos por sus nacionales en el extranjero sin observar esa forma”.

Ante la duda de un eventual reconocimiento, cabe señalar que no cabría negarle validez cuando estos vínculos hayan sido contraídos válidamente en el extranjero, puesto que el artículo 80 de la Ley de matrimonio civil no les resta valor, y de todos modos un matrimonio de este tipo exige el cumplimiento de cierto tipo de solemnidades. Tal conclusión es posible extraer de la jurisprudencia, puesto que, en sentencia de 29 de octubre de 1951, la Corte Suprema declaró nulo un matrimonio celebrado en Grecia ante un sacerdote ortodoxo, por incumplimiento de la legislación civil interna de tal país. *A contrario sensu*, si dicho matrimonio hubiera cumplido con los requisitos establecidos en la normativa matrimonial de su país, hubiera sido reconocido en Chile¹⁰.

A diferencia del matrimonio, institución que en sede civil nació estando de todos modos sometida a la Iglesia Católica que previamente ya había consagrado la figura del matrimonio religioso, produciéndose recién el proceso de secularización con la dictación de la primera ley de matrimonio civil en 1884 (y a pesar de ello aún es posible encontrar vestigios derivados del derecho canónico), la regulación del Acuerdo de Unión Civil es propia de la legislación civil, no existiendo un pacto como este que sea de naturaleza religiosa. Como consecuencia, no cabe plantearse la duda de si es posible reconocer este tipo de pactos en Chile. Es más, la posibilidad de contraer un vínculo como este por dos personas del mismo sexo, escapa completamente de la visión que posee la Iglesia respecto a la manera de formar una familia.

d) El matrimonio consular y la posibilidad de reconocer un Acuerdo de esta naturaleza

Finalmente, frente a un matrimonio celebrado ante un agente diplomático o consular, si bien en Derecho Internacional Privado rige, como regla general,

⁹ Ibíd., p. 13.

¹⁰ GUZMÁN (2003), p. 463.

el que las formalidades de un vínculo de esta naturaleza se rijan por la ley del lugar de su celebración, se suele contemplar en algunos Estados como excepción el hecho de que un país pueda delegar en sus agentes diplomáticos o consulares la facultad de autorizar un matrimonio de sus nacionales, celebrado en el extranjero, pero con arreglo a su legislación. Así lo expresa el artículo 42 del Código de Bustamante, el que señala que “en los países en donde las leyes lo admitan, los matrimonios contraídos ante los funcionarios diplomáticos o agentes consulares de ambos contrayentes, se ajustarán a su ley personal, sin perjuicio de que les sean aplicables las disposiciones del artículo 40”. Chile ratificó el Código de Bustamante el año 1932, pero con reserva general, por lo que siempre regirá la legislación nacional presente y futura por sobre lo contenido en dicho Código de Derecho Internacional Privado.

Corresponde distinguir entre un matrimonio celebrado en Chile por agentes diplomáticos y consulares extranjeros, de un matrimonio celebrado en el extranjero ante agentes diplomáticos y consulares chilenos. En el primer supuesto, se debe entender que un matrimonio celebrado en territorio chileno sólo podría regirse por ley nacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 del Código Civil, y de esta manera, un matrimonio celebrado en Chile que pretenda regirse por una legislación ajena no sólo será nulo, sino que además podría entenderse inexistente porque la doctrina entiende como requisito de existencia del matrimonio su celebración ante un Oficial del Registro Civil¹¹. En el segundo supuesto, un matrimonio celebrado en el extranjero carecería de valor en Chile porque los agentes consulares o diplomáticos chilenos carecen de facultades para actuar como Oficial del Registro Civil en el extranjero, ya que la posición que ocupan arranca de la legislación nacional en su calidad de funcionarios públicos, y no de la legislación del país en que ejerzan sus labores, que eventualmente pueda reconocer esta posibilidad.

Si, tal como se hizo extensiva la regla general a la regulación del Acuerdo de Unión Civil, también se pensara que la excepción mencionada eventualmente podría regir en Chile respecto de dicho Acuerdo, se debe rechazar de plano esta posibilidad porque lo señalado a partir del matrimonio se hace completamente extensivo a la celebración de este pacto. El artículo 14 del Código Civil es una explicitación de la regla contenida en el artículo 12 N°1 de la Ley N°20.830, ante la eventual posibilidad de modificar el principio *lex locus regit actum* por una regla excepcional¹².

¹¹ DEL PICÓ (2015), p. 190.

¹² Corresponde afirmar que la figura análoga francesa, conocida como Pacto Civil de Solidaridad, sí contempla una hipótesis como la que no procedería en este caso en el Acuerdo. En su artículo 515-3 inciso final, el Código civil francés señala que “En el extranjero, la inscripción de la declaración conjunta de un pacto que vincula a dos

Es importante recalcar que en la regulación del Acuerdo de Unión Civil se entrega competencia exclusiva al Oficial del Registro Civil para la celebración del pacto, señalando en su artículo 5º que “el Acuerdo de unión civil se celebrará en el Servicio de Registro Civil e Identificación, ante cualquier oficial, quien levantará acta de todo lo obrado, la que será firmada por él y por los otros contrayentes (...”).

Al momento de regular el Acuerdo de Unión Civil en Chile, el legislador no incorporó regla similar ya que los chilenos que celebren el contrato en el extranjero se deberán someter a la ley del lugar de su celebración. En cambio, en Francia se permite celebrar el pacto en otro país, pero bajo la legislación francesa, siempre que uno de los contrayentes sea de esa nacionalidad. Sin embargo, esta situación no resulta ser excepcional puesto que en dicho país, y en general en Europa, rige como factor de conexión para el estatuto personal la nacionalidad de los contrayentes, y no como en Chile que, para estos efectos, se rige la materia por el principio del *lex locis regit actum*.

2. Diferencia de sexo de los contrayentes

a) El estado de la cuestión en sede matrimonial

En lo que respecta a la prevención que efectúa la Ley de matrimonio civil en su artículo 80, al señalar que la validez en Chile de un matrimonio celebrado en el extranjero se supedita al hecho de que sus contrayentes hayan sido un hombre y una mujer, cabe señalar que guarda coherencia con la exigencia del ordenamiento chileno a la diferencia de sexo de los contrayentes para entender al vínculo como existente. Como causa justificable de lo señalado, el jurisconsulto alemán Karl ZACHARIE (1769-1843) precisamente elaboró la distinción entre los requisitos de existencia y validez de todo acto jurídico para restar valor a un eventual matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que

compañeros de los cuales al menos uno es de nacionalidad francesa, y las formalidades previstas en los apartados segundo y cuarto, serán realizadas por los agentes diplomáticos y consulares franceses, así como aquellas requeridas en caso de modificación del pacto”. (Traducción tomada de BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Comparación entre la ley francesa de pacto civil de solidaridad (PACS) y el proyecto de ley español que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* (Santiago, 2005), p. 2). Este artículo establece las reglas a las que deben someterse los convivientes para la celebración del Pacto Civil de Solidaridad, contemplando el inciso citado la manera de proceder cuando el pacto sea celebrado fuera de Francia por dos personas, siendo una de ellas de nacionalidad francesa. Ante esta hipótesis, dispone que los agentes diplomáticos y consulares franceses procederán a efectuar la inscripción de la declaración conjunta del pacto que exige el inciso primero de la norma, y además velarán por las formalidades establecidas en el inciso segundo y el cuarto de la misma disposición.

la diferencia de sexo no se contempla en las legislaciones como un requisito de validez del matrimonio.

Cabe mencionar que dicha posición coincide con la definición que el Código Civil hace del matrimonio, al señalar en su artículo 102 que este es un contrato solemne celebrado entre un hombre y una mujer. De esta manera, “no es posible que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio, pues, el *ius conubii* reconocido en el inciso primero del artículo 2º de la ley N°19.947, no se extiende en su ejercicio concreto respecto de una persona del mismo sexo”¹³. Si bien han existido intentos de declarar inconstitucional tal definición por contravenir el principio de igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional se ha opuesto a tal declaración debido a que la Carta Fundamental entrega a la ley la tarea de establecer los requisitos para la celebración del matrimonio¹⁴.

De esta manera, dos contrayentes del vínculo matrimonial que sean del mismo sexo, en un país en que el acto es válido, no podrían pretender inscribir su matrimonio en Chile puesto que el Oficial del Registro Civil en que recae esa tarea comprobará el incumplimiento tanto del artículo 80 de la Ley de matrimonio civil, como del artículo 102 del Código Civil, y de este modo, dicho acto no constituye matrimonio conforme a la legislación nacional.

Si bien sigue contemplándose dicha exigencia en una serie de legislaciones, hoy la diferencia de sexo ha dejado de ser un requisito de existencia en algunos países, pues se llega desde “el año 2001 a la primera regulación igualitaria de la institución matrimonial, aprobada en los Países Bajos”¹⁵, y a partir de ahí otras legislaciones han realizado la misma labor, teniendo como claro y cercano ejemplo a la situación de Argentina, que el 15 de julio del año 2010 publica la Ley N°26.618 que reconoce la figura del matrimonio igualitario, convirtiéndose en el primer país latinoamericano en conceder este derecho a parejas homosexuales entre sí, y el décimo a nivel mundial.

Sin embargo, explicitar esta limitación en el artículo 80 no resultaba ser estrictamente necesario, puesto que con la ley de matrimonio civil de 1884, que no hacía tal referencia, “la Corte Suprema había arribado a idéntica conclusión, por la vía de la aplicación de la excepción de orden público, sosteniendo que un matrimonio entre personas del mismo sexo no puede ser reconocido en Chile, cualquiera sea el valor que se le atribuya en el país que se contrajo”¹⁶. Si bien este asunto puede resultar discutible, el tribunal supremo arriba a una

¹³ BARRIENTOS (2008), p. 130.

¹⁴ Artículo 102 del Código Civil, STC rol N°1881-10 (2011), considerandos 5º y 6º.

¹⁵ CORNEJO (2013), p. 11.

¹⁶ AGUIRRE (2006), p. 302.

correcta solución por ser coherente con el ordenamiento jurídico, al aplicar el derecho interno que reconoce como inexistente la celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que la cuestión aquí más bien es de fondo, ya que no podrían los tribunales efectuar ese reconocimiento, si la ley que ellos deben aplicar preceptúa lo contrario.

b) El Acuerdo

Al hablar del Acuerdo de Unión Civil, la Ley N°20.830 utiliza la misma regla que emplea la Ley de matrimonio civil, incluso expresada términos similares. Sin embargo, por la propia naturaleza del pacto, es evidente que no se efectúa aquí la prevención que la Ley N°19.947 realiza respecto de la diferencia de sexo en los contrayentes. En contraste con el artículo 102 del Código Civil, la Ley N°20.830 define a este pacto sin exigir que sus contrayentes sean un hombre y una mujer, y de la lectura de sus demás preceptos queda en evidencia que esta circunstancia no constituye un requisito de existencia del vínculo¹⁷. Como la ley no efectúa ninguna limitación en lo referente al sexo de sus contrayentes, un pacto celebrado válidamente en el extranjero, independiente del sexo que posean quienes lo celebren, será válido en Chile cumpliendo con los demás requisitos que la ley establece.

Debido a esto, el Acuerdo de Unión Civil favorece la libre circulación de las personas, que viene a ser un elemento básico y esencial en un mundo cada vez más globalizado en el que la gente ya no se siente ligada eternamente a un territorio en particular, a lo que el derecho debe dar una respuesta flexible que resulte satisfactoria. Junto con lo anterior, la ausencia de dicha limitación en el Acuerdo es concordante con los preceptos que la Constitución Política de la República contempla a propósito de la protección de la familia (Artículo 1º inciso primero y quinto) y de la igualdad ante la ley (Artículo 19 N°2).

Las distintas legislaciones no han adoptado la misma posición a la hora de determinar quiénes son los destinatarios de esta figura que otorga protección jurídica a los vínculos convivenciales, situación que resulta ser determinante al momento de contrastar la regla del artículo 80 de la Ley de matrimonio civil con la manera en que es concebido el Acuerdo de Unión Civil en el ordenamiento

¹⁷ De este modo, el artículo 6º inciso segundo dispone que la inscripción del Acuerdo en el Servicio de Registro Civil e Identificación requerirá incluir, entre otras circunstancias, el sexo de los convivientes; el artículo 12 establece las reglas a las que se sujetará un pacto de naturaleza similar al pacto otorgado en el extranjero, para que sea reconocido en Chile, ya sea celebrado entre personas del mismo o de diferente sexo, disponiendo además en su inciso segundo que el matrimonio celebrado en el extranjero por personas del mismo sexo, es visto en Chile como un Acuerdo de Unión Civil; el artículo 21 hace referencia a la presunción de paternidad, sólo aplicable a los convivientes de distinto sexo.

jurídico nacional. Es posible encontrar sistemas en los que se ha adoptado una regulación paralela al matrimonio, que busca reconocer derechos a las parejas del mismo sexo que precisamente no pueden celebrar el vínculo matrimonial (tal como lo hizo Dinamarca, con la figura del *Registreret Partnerskab* danés de 1989). Este no es el caso de Chile, puesto que la legislación nacional adoptó el otro sistema existente, en el cual se consagra un estatuto aplicable a todo tipo de parejas, tanto del mismo como de distinto sexo.

De seguir un modelo que se limita a otorgar reconocimiento a las parejas del mismo sexo, la figura del Acuerdo de Unión Civil tendría que adoptar una regla similar a la que existe en sede matrimonial pero en el sentido contrario, sujetando la validez en Chile de un pacto de naturaleza similar al contrato celebrado en el extranjero, al hecho de que haya sido contraído por personas del mismo sexo. Esto se debe a que, si se contempla como requisito de existencia del matrimonio la diferencia de sexo de los contrayentes, también podría ser entendido de este modo la igualdad de sexo en el Acuerdo que se configure de la manera en que aquí se plantea.

Cabe mencionar, además, que se ha señalado que la decisión adoptada en esta materia también incide en el tipo de regulación que se otorga en general a la figura del Acuerdo de Unión Civil. El legislador que cree una figura que otorga reconocimiento sólo a las uniones de personas del mismo sexo, por lo general contemplará una regulación más extensa que en cierto modo pretenda equipararse a la institución matrimonial. Por el contrario, si el legislador amplía sus posibles destinatarios, incluyendo a su vez a las parejas de distinto sexo, otorgará una regulación más limitada para diferenciarla del matrimonio, ante la posibilidad de ciertas parejas -las de distinto sexo- de acceder a ambas¹⁸.

3. Requisitos de validez

a) Similitudes en el tratamiento que otorga el legislador

La Ley de matrimonio civil, al hablar de la nulidad del acto por contravención de ciertos requisitos legalmente establecidos en Chile, dedica en su artículo 80 un inciso para hacer referencia a las causales de incapacidad matrimonial, denominadas como impedimentos dirimentes, y un segundo inciso para mencionar la falta de un consentimiento libre y espontáneo por la existencia de fuerza o error al momento de celebrar el contrato. Por su parte, la Ley N°20.830, en su artículo 12 N°2, habla de estos mismos requisitos de manera conjunta. Ambas disposiciones se remiten a las normas que en cada

¹⁸ CORNEJO (2012), pp. 11-17.

una de sus leyes regulan los –denominados por la propia Ley N°19.947– “requisitos de validez” del acto.

Lo que buscan hacer ambas disposiciones es limitar el principio *lex locis regit actum* consagrado como regla en estos casos, y de esta manera, el acto jurídico celebrado en el extranjero y válido conforme a su legislación, también lo será de acuerdo a la legislación nacional, siempre que cumpla con los requisitos establecidos por la legislación nacional. Sin embargo, la Ley de matrimonio civil contiene una limitación adicional, la que, como ya se dijo, se refiere a la diferencia de sexo de los contrayentes, que en todo caso constituye un requisito de existencia del matrimonio y no de validez del mismo, y por esta razón la consecuencia directa es que el vínculo en Chile es considerado como inexistente, y no como anulable.

b) Diferencias

Si bien, a efectos de este artículo no resulta relevante efectuar un examen pormenorizado de las disposiciones que ambos cuerpos legales contemplan en materia de requisitos de validez del acto, de todos modos, cabe aquí analizar brevemente ciertos aspectos distintivos que resultan relevantes.

Coincidientemente, en el artículo 8º de ambas leyes se exige el consentimiento libre y espontáneo para la celebración de un acuerdo de voluntades válido. En ambos se entiende que falta el consentimiento libre y espontáneo cuando ha habido error y fuerza, sin embargo, la Ley N°20.830 ha excluido uno de los supuestos del error que sí contempla la Ley de matrimonio civil, a saber, el “error acerca de alguna de sus cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento” (Artículo 8 N°2 Ley N°19.947).

El legislador del Acuerdo de Unión Civil hizo aplicables en materia de impedimentos dirimentes tres de las causales contempladas en la Ley de matrimonio civil, a saber, la circunstancia de que dos personas se hallaren ligadas por un vínculo matrimonial no disuelto o por un Acuerdo de Unión Civil vigente (se debe recalcar que por medio de la dictación de la Ley N°20.830 se modifica el artículo 5º de la Ley de matrimonio civil, incluyendo así esta causal), y, en términos generales, la situación del parentesco entre los contrayentes. Se extraña aquí un pronunciamiento del legislador respecto a las demás causales que sí contempla la institución matrimonial.

En lo referente a la edad suficiente para contraer el vínculo, la Ley N°20.830 exige la mayoría de edad, no así la Ley N°19.947 que exige que las personas sean mayores de dieciséis años. Resulta interesante señalar que se ha planteado

en doctrina, como razón para justificar la diferencia de edad en ambas regulaciones, el hecho de que, como es posible celebrar el Acuerdo entre personas del mismo sexo, sería necesaria la mayoría de edad ya que al ser definido este pacto, se señala que este busca regular los efectos jurídicos de una vida afectiva en común, y el Código Penal en su artículo 365 contempla un delito que se refiere al acceso carnal con una persona del mismo sexo menor de dieciocho años¹⁹.

4. Efectos del vínculo

Para abordar la fase de efectos de ambos pactos, corresponde hacer referencia principal a los efectos personales y patrimoniales. A su vez, al analizar cada efecto en particular, se debe remarcar la diferencia entre la celebración de dicho vínculo en Chile o en el extranjero.

Los artículos 81 de la Ley N°19.947 y 12 N°3 de la Ley N°20.830²⁰ contemplan en términos generales la situación de los efectos, sin entrar a distinguir entre efectos personales y patrimoniales. Sin embargo, ambas normas se diferencian entre sí porque, en el caso de la Ley de matrimonio civil, se regula expresamente el supuesto de un matrimonio celebrado en Chile, y, en cambio, en el caso del Acuerdo de Unión Civil, la ley contempla el supuesto de un pacto celebrado en el extranjero que es inscrito en Chile para que produzca efectos. Por lo tanto, ambas normas parten de supuestos distintos a la hora de regular los efectos.

Los efectos, tanto personales como patrimoniales, del matrimonio celebrado en Chile se rigen por ley chilena, aunque los cónyuges sean de nacionalidad extranjera y no residan en Chile, conforme al artículo 81 de la ley. En el supuesto del matrimonio celebrado en el extranjero, conviene distinguir entre los efectos personales y patrimoniales del mismo. Respecto a los efectos personales, estos se regirán de todos modos por ley chilena ya que, si bien no existe disposición expresa que lo señale, se puede llegar a esa conclusión por aplicación del artículo 80 de la Ley de matrimonio civil, que señala que el matrimonio celebrado en país extranjero producirá los mismos efectos en Chile que si se hubiese celebrado en territorio nacional. En cuanto a sus efectos patrimoniales,

¹⁹ QUINTANA (2015), p. 127.

²⁰ La regla prescrita en el artículo 81 de la Ley de matrimonio civil es una norma de conflicto unilateral, puesto que, en vez de determinar cuál es la legislación aplicable al supuesto en cuestión, más bien aplica el derecho chileno a la hipótesis que contempla. Su redacción es idéntica a la que contiene el Código Civil en su artículo 16, en materia de bienes. La norma del Acuerdo también puede ser catalogada como norma de conflicto unilateral, cumpliendo con el requisito de que el pacto celebrado en el extranjero sea inscrito en Chile.

existe norma expresa pero en el Código Civil, el que en su artículo 135 inciso segundo consagra que los cónyuges casados en el extranjero se miran como separados de bienes en Chile, salvo que al momento de inscribir su matrimonio en el Registro Civil pacten sociedad conyugal o participación en los gananciales.

Es claro que la introducción de esta norma resulta necesaria ante el supuesto de matrimonios celebrados en Chile, cuando al menos uno de los contrayentes es de nacionalidad extranjera. Si la nacionalidad de ambos cónyuges es chilena, indudablemente se aplica la legislación nacional.

El artículo 12 N°3 de la Ley N°20.830 señala que los efectos del Acuerdo de Unión Civil celebrado en país extranjero se arreglarán a la ley chilena si este es inscrito en el Registro Especial que el Registro Civil dispone para tal efecto. Nuevamente la norma no hace distinción alguna, de manera expresa, entre los efectos personales ni patrimoniales. Sin embargo, se entiende que por aplicación de la norma ya señalada, si los contrayentes celebran el pacto en el extranjero, en materia de efectos personales se regirán por ley chilena si inscriben su convención en el Registro Civil. Respecto a los efectos patrimoniales, por su parte, existe norma especial casi idéntica a la del matrimonio en el artículo 13 de la ley, que señala que los convivientes civiles que hayan celebrado el pacto en el extranjero se mirarán como separados de bienes en Chile, salvo que en el acto de su inscripción hayan pactado la comunidad del artículo 15 de la ley, sin considerar aquí el régimen de participación en los gananciales.

Es posible señalar que en la contratación internacional suele existir la autonomía conflictual para la regulación de los efectos del Acuerdo celebrado entre los contratantes. Es decir, en un vínculo de naturaleza contractual las partes podrían determinar la ley que desean que rija a su relación en lo que concierne a sus efectos. Esto ya que, por lo general, en la fase de celebración de los contratos rige el principio *lex locis regit actum*. Sin embargo, a pesar de la naturaleza contractual del matrimonio y del Acuerdo de Unión Civil, las disposiciones que regulan a ambas disposiciones son de orden público, y por lo tanto, los contrayentes del vínculo no pueden disponer de ellas.

5. Matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo

a) Generalidades

El ordenamiento jurídico nacional no permite la celebración del matrimonio entre dos personas del mismo sexo, sin embargo, otra cuestión distinta es la manera en que un Estado entiende a esta figura cuando es otorgada en el extranjero.

Teóricamente, la celebración de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo, en un Estado en que esta figura goza de validez, puede llevar a tres actitudes por parte de otro Estado en que no existe esta institución. En primer lugar, un Estado puede considerar que la ley extranjera en que se permite contraer el matrimonio a dos personas del mismo sexo no es contrario a su orden público internacional. En segundo lugar, otra actitud que puede intervenir es la operatividad de un orden público internacional pero atenuado, en el sentido de que, ante la eventual instauración del matrimonio entre personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico interno, actuaría dicho orden público, pero sería perfectamente posible reconocer ciertos efectos a esa figura ya consolidada en el extranjero²¹. Finalmente, la aplicación plena de un orden público internacional conllevaría a restarle todo tipo de valor a un vínculo de esta naturaleza.

b) Situación antes de la dictación de la Ley N°20.830

Hasta antes de la dictación de la presente ley, el matrimonio celebrado en el extranjero entre dos personas del mismo sexo era considerado como inexistente en Chile, a pesar de que su existencia fuera indiscutida bajo la legislación en que esta unión se haya celebrado, ya que así lo afirma expresamente el artículo 80 de la Ley de matrimonio civil. Esta institución puede ser calificada como un matrimonio claudicante ante el ordenamiento jurídico chileno, es decir, aquel inexistente al superar la frontera del Estado en que fue celebrado.

Como consecuencia de lo anterior, el matrimonio válidamente celebrado en el extranjero por dos personas del mismo sexo no podía ser inscrito en el Servicio del Registro Civil, y, en consecuencia, no le serían aplicables a dicha unión los efectos propios que la legislación nacional entregaba la institución del matrimonio. De la mano de lo anterior, antes de la creación del Acuerdo de Unión Civil existía un problema en materia de estado civil, ya que en estas personas el estado de casado no resultaba ser universal y por tanto, al traspasar las fronteras de un Estado en que el matrimonio entre personas del mismo sexo sí es reconocido, hacia un Estado en que esto no lo es, podría decirse que la persona tiene dos estados civiles. Esta figura, más que solucionar el problema, lo mantiene porque la norma en comento les reconoce un estado civil distinto al de casados.

c) Situación posterior a la creación del Acuerdo

El artículo 12 inciso segundo señala que un matrimonio celebrado en el extranjero por personas del mismo sexo será reconocido en Chile como un

²¹ CARRASCOSA (2003), pp. 126-127.

Acuerdo de Unión Civil, debiendo cumplir con las reglas establecidas en la ley. De esta manera, hoy el matrimonio celebrado válidamente entre dos personas del mismo sexo en el extranjero es válido en Chile como un Acuerdo, lo que permite pensar que el Estado al elaborar una norma como esta otorga cierto tipo de reconocimiento a los matrimonios entre personas del mismo sexo, tal como lo señala la segunda actitud que un ordenamiento puede adoptar frente a estas figuras.

De todos modos lo anterior supone un problema, puesto que la norma señala que “sus efectos serán los mismos del referido acuerdo”, y resulta que la regulación de esta figura supone el olvido de ciertas materias que la institución del matrimonio sí contempla, por tanto los cónyuges en el extranjero se verán privados de ciertos efectos que derivan de su matrimonio al ser considerados por la legislación chilena sólo como convivientes civiles.

Si bien, para analizar las notables diferencias entre la regulación del matrimonio celebrado por estos cónyuges en el extranjero y la del Acuerdo de Unión Civil se deberá estar a lo consagrado en dicho ordenamiento jurídico que acepta la celebración de ese matrimonio, se considera conveniente mencionar someramente la regulación del matrimonio en Chile en lo que respecta a sus efectos, para contrastarlo con la manera en que el legislador consideró aquello en la Ley N°20.830, para así demostrar la desventaja que en Chile significa que a los cónyuges de mismo sexo, casados en el extranjero, no se les reconozca ese estado civil.

La Ley de matrimonio civil chilena, al regular los efectos del matrimonio, distingue entre aquellos que se verifican en el ámbito de las relaciones personales de los cónyuges, aquellos de contenido patrimonial, en el ámbito de la filiación, y en el ámbito del derecho sucesorio. La ley que regula el Acuerdo de Unión Civil, por un lado, regula dichos efectos salvo el referente a la filiación, y, por otro lado, a los sí regulados les da un efecto mucho más acotado. Sólo a modo de ejemplo, el artículo 14 de la Ley N°20.830 consagra como efectos personales del Acuerdo la ayuda mutua y la obligación de solventar los gastos generados por su vida en común, en contraste con el matrimonio civil chileno, que se encuentra revestido de más efectos personales, como el deber de fidelidad, socorro, ayuda mutua, respeto y protección recíproca, entre otros.

A pesar de lo señalado, la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en este punto conlleva a una situación particular, puesto que el hecho de que su unión sea vista como un Acuerdo de Unión Civil en Chile implica que, en su fase de terminación, este vínculo se rija por las reglas de terminación del matrimonio bajo la legislación en que este se contrajo, ya que esto deriva como consecuencia de la aplicación del factor de conexión que

contempla el artículo 12 N°4 de la ley, que remite a la legislación del Estado en que se celebró el Acuerdo para regular el acto de terminación del vínculo y los efectos que de él deriven²².

A fin de cuentas, lo discutible de la norma radica en el hecho de que se distinga entre el matrimonio y el Acuerdo de Unión Civil frente a un vínculo que se contrae por personas del mismo sexo, cuando de la redacción de esta misma disposición es posible entender, al menos, la semejanza entre ambas instituciones. De este modo, “la celebración de un contrato que permite regular las consecuencias de la vida afectiva de dos personas en los términos que hemos descrito, implica prácticamente convenir un ‘matrimonio’. Lo que ocurre es que, conforme a nuestro Código Civil no puede denominarse como tal si dichas personas son del mismo sexo”²³.

6. Modificación del régimen de bienes tras la inscripción del acto en Chile

a) Similitudes en el tratamiento que otorga el legislador

Conforme a lo dispuesto en la Ley N°20.830, quienes celebren un Acuerdo de Unión Civil o contrato equivalente en el extranjero, se entienden como separados de bienes al momento de realizar su inscripción en Chile, salvo que en dicho acto pacten el régimen de comunidad que consagra el artículo 15. En términos similares, pero esta vez en la regulación que el Código Civil efectúa del matrimonio, el artículo 135 en su inciso segundo señala que los cónyuges casados en el extranjero también se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que al inscribir su matrimonio, pacten sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales²⁴.

El régimen legal y supletorio es la separación total de bienes. Es legal por ser un efecto impuesto por la ley imperativamente a un vínculo celebrado en el extranjero, y supletorio de la voluntad ya que, si los contrayentes al momento de inscribir dicho acto en Chile no pactan alguno de los regímenes previstos para

²² CORNEJO (2016), p. 101.

²³ ESPEJO y LATHROP (2016), p. 12.

²⁴ Se debe recalcar que en ambos casos el legislador adopta, como ya se señaló, una posición distinta a la postura que siguió al momento de regular la fase de celebración tanto del matrimonio como del Acuerdo de Unión Civil, puesto que frente a un eventual conflicto que derive de la relación privada que pueda contener un elemento internacional, aquí se resuelve aplicando una norma especial, y no como lo hizo en el caso anterior, en que remite a la aplicación de las reglas del lugar en que se celebra el acto (aplicación del principio *lex locis regit actum*). Esto es entendido, en Derecho Internacional Privado, como la aplicación del método directo de resolución de conflictos.

cada caso, o no explicitan la separación de bienes como régimen patrimonial, se entiende de todos modos aplicable el régimen mencionado.

En lo que respecta al matrimonio, la norma entrega una “solución que es imperativa y directa. Imperativa, porque ordena que a estas personas se las considere separadas de bienes o facultas, en términos muy restringidos y de la forma que ella impone, variar dicho régimen por el de sociedad conyugal, ambos sistemas conforme a la regulación del Código Civil chileno. Y directa, por cuanto, brinda la solución al fondo del asunto sin que sea necesario recurrir a otra legislación, no atribuye, por tanto, competencia a otra normativa”²⁵. Lo dicho aquí a propósito del matrimonio es perfectamente aplicable a la regulación del Acuerdo de Unión Civil.

Cabe preguntarse, respecto del matrimonio y del Acuerdo de Unión Civil, quiénes son los destinatarios de esta norma. Ambas disposiciones contemplan el supuesto de un vínculo celebrado en el extranjero, pero sin hacer referencia a la nacionalidad de los contrayentes, por lo que bien podrían dos personas de nacionalidad chilena viajar al extranjero y en ese país celebrar un contrato de esta naturaleza, y ante esta posibilidad ¿son aplicables los artículos 135 inciso segundo del Código Civil y el artículo 13 de la Ley N°20.830, o bien, rige lo dispuesto en el artículo 15 N°2 del Código Civil? Esta última norma señala que los chilenos se sujetan al ordenamiento jurídico nacional en lo referente a las obligaciones y derechos civiles, a pesar de que residan o se domicilien en el extranjero, respecto de las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo ante su cónyuge y parientes chilenos. Existen opiniones en uno y otro sentido, que se esgrimen a propósito de la norma en sede matrimonial, pero debido a su similar redacción también son aplicables a la norma del Acuerdo²⁶:

²⁵ PRADO (1994), p. 29. Se debe considerar que a la fecha de elaboración de esta memoria, aún no se dictaba la Ley N°19.335 que crea el régimen de participación en los gananciales, cuya fecha de publicación es el día 23 de septiembre de 1994. A esto se debe que en la cita no se mencione dicho régimen patrimonial. Sin embargo, la memorista se hace cargo del proyecto de ley en el anexo de su trabajo.

²⁶ La discusión se ha presentado con mayor fuerza a propósito del matrimonio antes de la modificación hecha por la Ley N°18.802 al artículo 135 inciso segundo del Código Civil. La norma originalmente prescribía que quienes hubiesen contraído matrimonio fuera del territorio nacional y posterior a ello pasaren a domiciliarse en Chile, serán considerados casados bajo el régimen de separación de bienes, salvo que de acuerdo con las leyes bajo cuyo imperio se casaron hubiese existido entre ellos sociedad de bienes. Sin embargo, la discusión aún se mantiene debido a que la modificación en la norma no efectúa cambio en aquella parte que produce conflicto.

(i) El supuesto de la norma es un acto celebrado en el extranjero que busca su reconocimiento pro el derecho nacional, sin importar la nacionalidad de los contrayentes. De esta manera, dos personas de nacionalidad chilena serán mirados como separados de bienes si celebran el acto en el extranjero, ya que el matrimonio o el Acuerdo de Unión Civil, salvo que pacten otro régimen patrimonial al momento de inscribir el acto en el Registro Civil. Los principales argumentos para sostener esta postura radican en el hecho de que las normas previstas en el matrimonio y el Acuerdo contemplan una hipótesis general sin efectuar distinción alguna para privar su aplicación a supuestos determinados; la regla del artículo 15 del Código Civil es de aplicación general, y resulta desplazada por el establecimiento de reglas especiales con las que colisiona; el artículo 15 del Código Civil se refiere al estatuto personal, y las otras normas al estatuto real.

(ii) La norma contempla el caso de dos personas de nacionalidad extranjera que contraen un vínculo fuera de Chile y buscan su reconocimiento en el país, ya que el supuesto de dos chilenos se encontraría cubierto por lo dispuesto en el artículo 15 N°2 del Código Civil, y por lo tanto, le serían aplicable a ellos el artículo 134 en su inciso primero, y el artículo 15 de la Ley N°20.830.

b) Diferencias

El Acuerdo de Unión Civil o pacto equivalente celebrado en el extranjero requiere ser inscrito en Chile para ser reconocido, independiente de si en dicho acto se pretende cambiar o no el régimen patrimonial al que se sometieron los contrayentes del vínculo al momento de celebrar el pacto. En cambio, el matrimonio celebrado en el extranjero es reconocido en Chile como tal siempre que se cumpla con las reglas establecidas en la Ley de matrimonio civil, sin necesidad de ser inscrito en el Registro Civil. El acto de inscripción que contempla el artículo 135 en su inciso segundo del Código sólo tiene como finalidad cambiar el régimen patrimonial de los cónyuges, entendiendo este como el único supuesto en el cual se permite pactar la sociedad conyugal.

Resulta importante señalar que el Acuerdo de Unión Civil establece como régimen patrimonial supletorio la separación total de bienes, lo que se advierte del artículo 15 de su regulación. En cambio, en el caso del matrimonio, es posible decir a partir de los artículos 135 y 1718 del Código Civil, que cuando los contrayentes nada señalen respecto al régimen patrimonial que se desean someter, por el mero hecho del matrimonio se entiende contraída la sociedad conyugal. Sin embargo, respecto al acto celebrado en el extranjero, la regla varía en uno y otro caso, ya que, en el caso del Acuerdo, se mantiene el régimen legal supletorio de separación de bienes, en cambio, hablando del matrimonio, a pesar de ser en Chile la sociedad conyugal el régimen legal

supletorio, respecto de los matrimonios celebrados en el extranjero, estos se mirarán de todos modos como separados de bienes, salvo pacto en contrario.

El único régimen patrimonial que el legislador del Acuerdo de Unión Civil estimó coincidente con el matrimonio es la separación total de bienes. No contempla el régimen de sociedad conyugal, sino que se dio el trabajo de crear una nueva figura en la legislación nacional, que es la comunidad de bienes del artículo 15 de la ley, que se rige por las reglas del cuasicontrato de comunidad²⁷. Tampoco hace referencia al régimen de participación en los gananciales.

7. Ley aplicable a su terminación

a) Ausencia de una regla en sede matrimonial

A diferencia del Acuerdo, que dispone que la terminación del pacto y sus efectos se someterán a la ley aplicable a su terminación, la Ley de matrimonio civil en esta parte sólo se pronuncia expresamente respecto del divorcio, al señalar que la ley aplicable a esta causal de terminación del vínculo será la vigente al momento de interponerse la acción. Como la Ley N°19.947 no contiene una norma que establezca regla general en materia de terminación del contrato, conviene hacer ciertas precisiones referentes a sus causales²⁸:

(i) Ante la muerte de uno de los cónyuges, ya sea real o presunta, como no existe en la Ley de matrimonio civil una norma específica para aplicar a esta

²⁷ La sociedad conyugal se asemeja al régimen de comunidad previsto para el Acuerdo en que ambos son regímenes de comunidad restringida de gananciales, ya que con ellos se forma un patrimonio común que coexiste con el patrimonio propio de cada uno de los contrayentes, y además de eso, a este sólo ingresan gananciales, es decir, adquisiciones a título oneroso. Sin embargo, se diferencian en que el estatuto aplicable al matrimonio contempla que los bienes muebles aportados (es decir, aquellos respecto de los cuales el cónyuge adquirió el dominio con anterioridad al régimen) y los muebles adquiridos durante el régimen a título gratuito, de todos modos ingresan al patrimonio de la sociedad, con la posibilidad de recuperar su valor al término del régimen (este derecho a recompensa es el que permite distinguir entre haber absoluto y haber relativo). Respecto del Acuerdo, corresponde efectuar dos precisiones: en primer lugar, no contempla la posibilidad de que los bienes muebles aportados o adquiridos a título gratuito puedan ingresar al patrimonio común con derecho a recompensa; y en segundo lugar, la norma excluye el ingreso a este patrimonio de todo bien mueble que sea de uso personal necesario al conviviente que lo haya adquirido, por lo que, a pesar de ser técnicamente un ganancial, bajo este supuesto ingresaría al patrimonio propio del conviviente que lo adquiera. Finalmente, no cabría hablar de comunidad en el régimen de sociedad conyugal, porque sólo nace la comunidad en este estatuto al momento de su terminación –y siempre que la mujer no haya renunciado a los gananciales–, y no durante su vigencia.

²⁸ AGUIRRE (2006), pp. 320-329.

situación, operaría lo dispuesto en los artículos 14 y 15 N°2 del Código Civil. De esta manera, conviene distinguir entre la nacionalidad de los contrayentes, puesto que si ambos son extranjeros, resultaría aplicable la ley nacional sólo si un tribunal chileno conoce sobre la disolución de ese vínculo (Artículo 14 del Código Civil), y si sólo uno de ellos resulta ser chileno, siempre se aplica la ley nacional (Artículo 15 N°2 del Código Civil).

(ii) Respecto a la nulidad, opera el principio *lex locus regit actum*, porque esta causal de terminación opera frente a vicios presentes en la fase de celebración del matrimonio, circunstancia que se rige por la ley del lugar de celebración del acto. Sin embargo, en esta materia regirían las limitaciones a dicho principio, a saber, la ausencia de impedimentos dirimentes y de un consentimiento libre y espontáneo, no ocurre así mismo respecto de la diferencia de sexo de los cónyuges, porque su inobservancia se entiende como una causal de inexistencia del matrimonio, y no de nulidad.

(iii) Frente al divorcio, el artículo 83 de la Ley de matrimonio civil señala que este estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción. Si bien esta norma es novedosa en la ley puesto que el divorcio con disolución de vínculo recién fue contemplado en la Ley N°19.947 de matrimonio civil, su actual redacción es producto de un descuido del legislador, ya que esta disposición encontraba justificación en la sistematización que el proyecto de ley hacía respecto de estas normas, y no en la ley vigente. En pocas palabras, la referencia aquí se encuentra hecha a la ley aplicable a los efectos (lo que debe ser entendido al decir “relación matrimonial”), que en último término resulta ser siempre la ley chilena.

En el proyecto de ley, se contemplaba que los efectos del matrimonio se regirían por la ley del domicilio común de los cónyuges (esto también explica la existencia de la regla especial contenida en materia de alimentos, en el artículo 82 de la actual legislación matrimonial), y por ser este un factor de conexión de carácter mutable, lo que podría llevar a la aplicación de legislación nacional o extranjera, era necesario que existiera una limitación temporal, que termina siendo “al momento de interponerse la acción”. Como en materia de efectos del matrimonio, el actual artículo 81 de la ley señala que siempre se regirán por la ley chilena, se debe entender que, por tanto, el divorcio finalmente también se regirá por esta legislación.

b) El Acuerdo

El Acuerdo de Unión Civil adopta una postura diferente, puesto que en el artículo 12 N°4 de la Ley N°20.830, sin distinguir entre las diferentes causales reguladas por la ley para tales efectos, consagra una norma genérica que es

aplicable a todas ellas. La aplicación de esta norma lleva a una solución similar a la que es posible llegar frente a la causal de nulidad del matrimonio, puesto que en ambos casos la terminación se regula por la ley del lugar de celebración del acto. Consecuentemente, a la terminación del Acuerdo de Unión Civil también se aplicarían las limitaciones existentes al principio *lex locus regit actum*.

Si bien no lo señala la norma, no existiría inconveniente en dar término al pacto por medio de la declaración de nulidad del vínculo por adolecer de alguno de los vicios mencionados en la ley, denominados por la normativa matrimonial como “requisitos de validez” del acto, que concurren al momento de la celebración del Acuerdo. Es posible que en su artículo 26, la ley no contemple a la nulidad como una causal de terminación, puesto que el efecto de la nulidad sería retrotraer la situación al estado anterior en que se contrajo el vínculo, como si este nunca se hubiese celebrado. De esta manera, puede ser invocada al igual que en el matrimonio, y aún en ausencia de una regla como la referida a la terminación de este vínculo, la nulidad del Acuerdo igual se hubiese regido por la ley del lugar de su celebración.

En el trámite legislativo de la Ley N°20.830, al momento de discutir la regla aplicable a la fase de terminación del pacto, el profesor Pablo CORNEJO AGUILERA plantea una comparación entre el matrimonio y el Acuerdo de Unión Civil. Señala que al momento de tramitarse la Ley de matrimonio civil, se debió establecer una limitación (art. 83 inciso segundo de la Ley de matrimonio civil) para evitar que “relaciones matrimoniales reconocidas por el Estado chileno, el matrimonio [sic] concluyera mediante ciertas vías que ofendieran los valores esenciales del foro o que reflejaran la existencia de maquinaciones destinadas a sustraerse de la aplicación de sus reglas”²⁹. Sin embargo, plantea que esta problemática es inversa al momento de hablar del Acuerdo de Unión Civil, debido a que esta figura posee causales de terminación más flexibles que el matrimonio y que otras figuras análogas al Acuerdo en cuestión.

Resulta sumamente interesante señalar que, en esta misma instancia, el profesor plantea la posibilidad de que la regla de terminación del Acuerdo se vea moderada, cuando exista un “vínculo notoriamente más estrecho” con la legislación nacional. Para sustentar su posición, plantea el caso de dos convivientes de nacionalidad suiza que se radican en Chile y pierden todo tipo de vínculo con su país de origen. A pesar de esto, se da término al debate cuando

²⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Historia de la Ley N°20.830, p. 452. Recurso disponible en línea: <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/45283/1/HL20830.pdf> [fecha de consulta: 3 de junio de 2016].

el senador Felipe HARBOE BASCUÑÁN, presidente de la Comisión, plantea que la Presidenta de la República, mediante su indicación 57 d), propone la actual regla, que fue aprobada por unanimidad³⁰. El empleo de un factor de conexión como el mencionado por el profesor genera mayor flexibilidad porque permite a los jueces aplicar la legislación que efectivamente posea más relación con la materia que se está regulando, puesto que el establecimiento de un factor de conexión cerrado o rígido, como es el lugar de celebración del Acuerdo, no garantiza que la legislación que resulte aplicable se encuentre estrechamente vinculada a la relación jurídica.

III. CONCLUSIONES

1. El Derecho se desarrolla dentro de una realidad social determinada, actuando al servicio de la sociedad como un instrumento legitimador de sus cambios. De esta manera, la creación del Acuerdo de Unión Civil ha sido una clara muestra de aquello, debido a que el incremento en las relaciones privadas en las que subsiste un vínculo con más de un Estado –y por ende, con más de un ordenamiento jurídico–, producto de un mundo cada vez más globalizado y cosmopolita, ha exigido del Derecho su reconocimiento y regulación, para así evitar los problemas que podrían derivar de su inobservancia, y como consecuencia, llevar así a desincentivar el desarrollo de este tipo de lazos. Es más, este pacto en una figura propia de Derecho de familia que surge como reacción a la necesidad de otorgar reconocimiento a distintos aspectos de la vida afectiva de dos personas cuyo vínculo se basa en la convivencia –no obstante la discusión existente a propósito de su naturaleza registral-, lo que justifica aún más su reglamentación.

2. Las disposiciones de Derecho Internacional Privado que la Ley N°20.830 contempla en su Título III son similares a las de la Ley N°19.947 de matrimonio civil, normas que a su vez no poseen grandes diferencias con la anterior ley que regulaba la institución del matrimonio, de 1884. Esto supone un problema, puesto que el sometimiento a una reglamentación cuyo origen proviene de una legislación antigua conlleva a la aplicación desactualizada de soluciones a conflictos que derivan de una relación privada internacional. Es decir, la visión tradicional que imperaba respecto de esta rama del Derecho se mantiene en su esencia hoy en la legislación del Acuerdo de Unión Civil, siendo que con el paso del tiempo esta debería ir adaptándose a las nuevas tendencias que se han ido presentando en derecho comparado y doctrina. De todos modos, existen cambios relevantes que se fundamentan en esta razón.

³⁰ Ibíd., pp. 451-452.

3. En síntesis, la reglamentación que la ley entrega al Acuerdo en lo que concierne a esta rama del Derecho, enfoca su tratamiento a la determinación del derecho aplicable en las fases de celebración, efectos y terminación, junto con el reconocimiento de sentencias, laudos y actos de procedencia extranjera sobre terminación o nulidad del vínculo. Además, corresponde señalar que los artículos 14 y 15 del Código Civil, referentes al estatuto personal, son aplicables en todo aquello no regulado por el pacto.

De este modo, el Acuerdo de Unión Civil se regirá, en su fase de celebración, respecto a sus requisitos formales y de fondo, por la ley del lugar en que este vínculo se celebre, con las limitaciones de fondo que contempla el legislador para los pactos de naturaleza similar al Acuerdo que hayan sido otorgados en el extranjero, correspondientes al consentimiento libre y espontáneo, y los impedimentos dirimentes.

Para determinar la legislación aplicable a los efectos del pacto, corresponde distinguir entre un vínculo celebrado en Chile y en el extranjero. En el primer caso, a falta de norma especial, rige la legislación nacional por disposición de lo señalado en el artículo 14 del Código Civil, sin efectuar distinción entre efectos personales y patrimoniales. Respecto de un pacto otorgado en el extranjero, este requerirá su inscripción en Chile para que produzca efectos, los que se arreglarán a la ley chilena. Lo dicho es aplicable plenamente a los efectos personales del vínculo, puesto que en lo que respecta a sus efectos patrimoniales, la ley elabora una norma especial, que prácticamente es un símil de lo que el Código Civil contempla a propósito del matrimonio, con las modificaciones pertinentes respecto a los régimenates patrimoniales del Acuerdo.

La terminación del pacto, y sus efectos, se regirán por la legislación aplicable a su celebración, y como a esta última se aplica el principio *lex locis regit actum*, es posible señalar que tanto a la celebración como terminación les es aplicable la legislación del lugar en que el contrato es celebrado. Si, producto de lo señalado, la legislación que rige la terminación del pacto es extranjera, su reconocimiento en Chile se someterá a las reglas generales que contempla el Código de Procedimiento Civil, en lo que se refiere a la figura del *exequátor*.

4. El marcado carácter territorialista del Acuerdo implica el desconocimiento de la validez que legislaciones de otros Estados entregan a pactos de naturaleza similar, siendo que su aplicación podría resultar incluso de mejor manera que la propia legislación nacional. Por ejemplo, en materia de efectos se presenta este problema ya que la legislación chilena ordena la aplicación de sí misma al pacto de naturaleza similar al contrato, que haya sido inscrito en Chile. No existirían mayores problemas si su inscripción tuviera fines específicos, como cambiar el régimen patrimonial supletorio establecido en la

ley de separación total de bienes –tal como ocurre en el caso del matrimonio celebrado en el extranjero–. Sin embargo, el pacto otorgado en el extranjero requiere ser inscrito en Chile para que produzca efectos, y de ocurrir ese acto, los efectos se regirán por ley nacional.

En el trámite legislativo de la Ley que crea el Acuerdo de Unión Civil fue planteada la posibilidad de incluir factores de conexión más flexibles, en orden a determinar en el caso concreto cuál es la legislación que se debería aplicar al vínculo convivencial por ser aquella con la que los contrayentes presenten “un vínculo más estrecho”, puesto que es evidente que en la práctica la legislación chilena puede no ser aquella reglamentación que presente un lazo más potente con los convivientes. Esta posibilidad, sin embargo, fue desechada.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRRE VELOSO, Patricio (2006): “Derecho Internacional Privado del matrimonio y reconocimiento de sentencias extranjeras sobre divorcio y nulidad en la Ley N°19.947”, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (coordinador), *El nuevo derecho chileno del matrimonio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2008): *De las uniones de hecho: legislación, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial LexisNexis).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Primero y segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Historia de la Ley N°20.830. Recurso disponible en línea: <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=reursoslegales/10221.3/45283/1/HL20830.pdf> [fecha de consulta: 3 de junio de 2016].
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2003): “Nuevos modelos de familia y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho*. 21 (Murcia).
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2004): *Derecho Internacional Privado II* (Granada, Editorial COMARES).
- CORNEJO AGUILERA, Pablo (2016): “Acuerdo de Unión Civil y Derecho Internacional Privado”, en HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (coordinadores), *Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- CORNEJO AGUILERA, Pablo (2013): “Matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero y sus efectos jurídicos en Chile. Análisis del artículo 80 de la Ley de matrimonio civil”, *Revista Tribuna Internacional*. 2 (Santiago), 3.
- CORNEJO AGUILERA, Pablo (2012): “Regulación de las uniones de pareja del mismo sexo: ¿qué lecciones nos entrega la legislación comparada?”, *Gaceta Jurídica*. 379.
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2015): *Derecho Matrimonial Chileno* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás; LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2016): “Salir del clóset: la necesidad del matrimonio homosexual y los límites del Acuerdo de Unión Civil”, en HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (coordinadores), *Estudios sobre la nueva ley de Acuerdo de Unión Civil* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2016).

- GUZMÁN LATORRE, Diego (2013): *Tratado de Derecho Internacional Privado* (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
- PRADO LÓPEZ, Pamela (1994): *El artículo 135 inc. 2º del Código Civil* (Valparaíso, Memoria Escuela de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso).
- QUINTANA VILLAR, María Soledad (2015): “El Acuerdo de Unión Civil. Su regulación. Semejanzas y diferencias con el matrimonio en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIV (Valparaíso).
- RAMÍREZ NECOCHEA, Mario (2007): *Ánalisis crítico del Derecho Internacional Privado Chileno* (Santiago, Editorial LexisNexis).
- RAMÍREZ NECOCHEA, Mario (2010): *Curso básico de Derecho Internacional Privado* (Santiago, Editorial LexisNexis).
- V. Jurisprudencia citada:
- Corte Suprema, 1951. Sentencia caratulada “Mustakis, Dragona con Kotsilini, Helena”. Extraído de GUZMÁN LATORRE, Diego (2003): *Tratado de Derecho Internacional Privado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 463.
- Corte Suprema, 1992. Extraído de RAMÍREZ NECOCHEA, Mario (2010): *Curso básico de Derecho Internacional Privado* (Santiago, Editorial LexisNexis), p.100.
- Tribunal Constitucional, 3 de noviembre de 2011 (acción de inaplicabilidad por constitucionalidad). Recurso disponible en línea en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/w/p/ver.php?id=2213> [fecha de consulta: 26 de julio].

La aplicación selectiva de salvaguardias globales en los Acuerdos Comerciales Regionales: una solución a la luz de la CVDT*

[The selective application of global safeguards in Regional Trade Agreements: a solution in accordance with VCLT]

DAVID ESPADA MARDONES

Universidad Católica del Norte

Correo ordinario: Cerro Paranal 320. Depto. 156, Antofagasta
Correo electrónico: david.espada.m@gmail.com

RESUMEN

El presente trabajo analizará la legalidad de la exclusión de socios comerciales de la aplicación de salvaguardias globales a la luz de los artículos XXIV del GATT y 41 de la CVDT.

PALABRAS CLAVE

OMC, salvaguardias globales, acuerdos comerciales regionales, aplicación selectiva, artículo XXIV del GATT.

ABSTRACT

This paper analyzes the legality of excluding trading partners of the application of global safeguards in the light of article XXIV of GATT and 41 of the VCLT.

KEYWORDS

WTO, global safeguard measures, Regional Trade Agreements, selective application, GATT article XXIV.

* Este trabajo es una adaptación de la tesis de pregrado desarrollada dentro del marco del Proyecto Fondecyt N° 11130657 titulado “El Régimen de Salvaguardias de la OMC y los Acuerdos Regionales. Propuestas de Interpretación Armónica entre Dos Regímenes Aparentemente Contradicторios” cuyo investigador responsable es el profesor Cristián Delpiano Lira. Con todo, cualquier error es de mi exclusiva responsabilidad. Todas las traducciones son de mi autoría.

I. INTRODUCCIÓN

Los Acuerdos Comerciales Regionales¹ (en adelante “ACRs”) son parte fundamental del sistema multilateral de comercio de la Organización Mundial de Comercio (en adelante “OMC”) y desde la década de los 90’ no han dejado de aumentar². Con ello se ha iniciado una etapa de “proliferación” dentro del regionalismo³ que ha dado pie a importantes discusiones en torno a los efectos que este aumento de ACRs pudiese producir en el sistema multilateral de comercio.

Esta proliferación de ACRs no solo preocupa desde un punto de vista cuantitativo sino también cualitativo. En efecto, en los últimos años el ámbito de aplicación de los ACRs se ha ampliado, abarcando cada vez materias más complejas; no limitándose a una mera reducción arancelaria. Esta situación, desde un punto de vista jurídico, genera un complejo sistema de normas interrelacionadas cuyo tratamiento no resulta fácil. Este entrelazamiento de normas regionales y multilaterales ha sido denominado por Jagdish Bhagwati como efecto “Spaghetti-bowl”⁴.

Las normas creadas en virtud de estos ACRs no solo regulan materias interregionales que no han podido aún ser abordadas a nivel multilateral sino que también establecen disposiciones que modifican en lo sustancial las disposiciones de la propia OMC. Estas modificaciones –que solo afectan a los socios del respectivo ACR– han repercutido especialmente en las salvaguardias reguladas en el artículo XIX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (en adelante “GATT”) y en el Acuerdo sobre Salvaguardias (en adelante “AS”).

¹ En este trabajo se usará el término Acuerdos Comerciales Regionales (ACRs) en un sentido restringido incluyendo principalmente a los Acuerdos de Libre Comercio (o Tratados de Libre Comercio).

² Véase a este respecto Sistema de Información sobre los ACRs (SI-ACR) de la OMC. Disponible en: <http://rtais.wto.org/>

³ El regionalismo es definido como aquellas “medidas adoptadas por los gobiernos para liberalizar o facilitar el comercio sobre una base regional, en ocasiones mediante zonas de libre comercio o uniones aduaneras”. WORLD TRADE ORGANIZATION (2003) p. 302.

⁴ El profesor Jagdish Bhagwati aplica el término principalmente a la proliferación de normas de origen proveniente de los diversos ACRs pero su uso se ha ampliado a todo tipo de normas creadas en virtud de los ACRs. WORLD TRADE ORGANIZATION (2003) p. 332.

Las medidas de salvaguardia son “excepciones de emergencia económica”⁵ que permiten a los miembros de la OMC suspender bajo determinadas circunstancias las concesiones comerciales OMC cuando, por efecto de las obligaciones contraídas y por la evolución imprevista de las circunstancias, se produce un aumento en las importaciones que cause o amenace causar un daño grave a la industria doméstica de la parte contratante⁶. A las salvaguardias reguladas en el artículo XIX del GATT y en el AS se les denomina “salvaguardias globales”⁷.

Los ACRs más modernos han regulados de diversas formas el régimen aplicable a las salvaguardias globales, modificando en lo sustancial las condiciones sustantivas y procedimentales establecidas en el sistema multilateral de comercio de la OMC. Una de las modificaciones que ha resultado más compleja para el sistema multilateral –y que será objeto de este trabajo– es aquella que dice relación con aplicación selectiva de salvaguardias globales por parte de los socios regionales o, en otras palabras, la exclusión de socios comerciales de la aplicación de una salvaguardia global.

En efecto, las salvaguardias globales, de acuerdo al sistema normativo de la OMC, deben aplicarse generalmente de manera no selectiva⁸, o sea, basándose en el trato de la nación más favorecida (en adelante “NMF”). Sin embargo, un número no menor de ACRs han establecido en sus disposiciones la facultad –o en algunos casos la obligación–, de excluir a los socios comerciales de la aplicación de una salvaguardia global; cuestión que parece contradecir la normativa multilateral.

Estas discrepancias han generado una serie de cuestionamientos jurídicos en cuanto a si la exclusión de socios comerciales está o no permitida dentro de sistema multilateral de comercio. En particular se ha cuestionado si el artículo XXIV del GATT –que autoriza el establecimiento de ACRs (zonas de libre comercio y uniones aduaneras)– justifica o no la aplicación selectiva de salvaguardias globales entre los socios de un ACR. En este sentido, si bien el artículo XXIV del GATT justifica la creación de disposiciones en vulneración a la sistema normativo de la OMC (principalmente el trato NMF), no queda aún claro que dicha justificación se extienda de igual forma a disposiciones que exigen o permiten la exclusión de socios comerciales de la aplicación de salvaguardias globales.

⁵ VAN DER BOSSCHE (2005) p. 633.

⁶ Esto en virtud del artículo XIX.1.a) del GATT de 1947.

⁷ Existen, además, salvaguardias especiales para importaciones agrícolas en el Acuerdo sobre Agricultura (artículo 5º).

⁸ Artículo 2.2 del AS.

Estos cuestionamientos han tratado de resolverse en el sistema de solución de diferencias de la OMC sin encontrar aún una respuesta satisfactoria por parte del Órgano de Apelación. Ha sido, por tanto, la doctrina quien ha buscado dar una respuesta coherente a esta controversia.

En este trabajo se intentará dar una solución a los cuestionamientos relativos a la legalidad de la aplicación selectiva de salvaguardias globales dentro del marco jurídico de la OMC. Al efecto se sostendrá que el Derecho de la OMC encuentra sus raíces en un conjunto normativo más amplio dentro del Derecho Internacional Público y, por regla general, deberá interactuar con otras normas internacionales como los tratados, la costumbre o los principios generales de derecho. En particular, nos concentraremos en el artículo 41 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante “CVDT”) que establece las condiciones que deben cumplirse para que los Estados puedan modificar entre sí las disposiciones de un tratado multilateral; para luego, a partir de dichas condiciones, analizar la legalidad de la aplicación selectiva de salvaguardias globales.

La primera parte de este trabajo analizará la práctica que han llevado a cabo los socios de los ACRs en la regulación de las salvaguardias globales, enfocándonos especialmente en el tratamiento que realizan de la exclusión de socios comerciales. En la segunda parte se analizará la legalidad de la aplicación selectiva de salvaguardias globales a la luz de la CVDT y, en particular, del sistema multilateral de comercio. Por último se analizará la jurisprudencia del Órgano de Apelación en relación a la exclusión de socios comerciales, analizando en específico la regla del “parallelismo”.

II. LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDIA GLOBAL EN LOS ACRs

1. *Aspectos generales*

Los ACRs se encuentran regulados principalmente en el artículo XXIV del GATT y en el Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del GATT. El artículo XXIV.8 establece que “[a] los efectos de la aplicación del presente Acuerdo, a) se entenderá por unión aduanera, la substitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio aduanero [y] b) se entenderá por zona de libre comercio, un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminan los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio”.

En los últimos años “[l]a cobertura de los [ACRs] en términos de esfera normativa se ha ampliado y profundizado con el tiempo” abarcando materias cada vez más complejas. En este sentido “la mayoría de los [ACRs] recientes van más allá de la reducción arancelaria tradicional y pueden incluir esferas normativas sobre el comercio de servicios, la inversión, la propiedad intelectual, los obstáculos técnicos al comercio y la solución de diferencias”⁹. Incluso los más recientes ACRs (post 1995) modifican las regulación del sistema OMC, dando paso a un fenómeno de “diversificación de normas”¹⁰ en el sistema global de comercio¹¹. En este sentido Marceau habla de normas *WTO-plus* cuando los ACRs profundizan las normas de la OMC, de normas *WTO-More* cuando los ACRs van más allá que las normas de la OMC y de *WTO-Minus* cuando los ACRs niegan derechos de la OMC¹².

Así las cosas, y teniendo en consideración que gran parte de los miembros de la OMC ha celebrado algún ACR, “el régimen previsto en [ellos] constituye una parte importante del orden jurídico global aplicable al comercio internacional, junto con el orden jurídico de la OMC”¹³, lo que representa todo un reto para el sistema multilateral de comercio, principalmente por los conflictos que pudiesen generarse entre ambos conjuntos normativos.

Esta tendencia a la diversificación en los ACRs la observamos también en la regulación de las medidas correctivas comerciales¹⁴, especialmente en el caso de las salvaguardias. En los últimos años estas medidas han sido pormenorizadamente reguladas en los ACRs no existiendo aún una homogenización de su contenido¹⁵ lo que hace aún más complejo su estudio.

Es importante no confundir el tratamiento que reciben las salvaguardias globales en los ACRs con las denominadas “salvaguardias bilaterales” reguladas

⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (2011) p.6.

¹⁰ AHN (2009) p. 109.

¹¹ El conocimiento de las disposiciones de los diversos ACRs ha sido posible en gran parte por el Mecanismo de Transparencia para los ACRs adoptado el 2006 cual prevé el pronto anuncio de cualquier ACR y su notificación a la OMC. Con todo se debe tener en cuenta que los datos que aporten los miembros de la OMC sobre el ACR a celebrar “no se utilizarán como base para procedimientos de solución de diferencias ni para crear nuevos derechos y obligaciones de los Miembros” (*Mecanismo de Transparencia para los ACR* (WT/L/671), Decisión del Consejo General de 14 de diciembre de 2006, parrafo 10). Sobre las implicancias del Mecanismo de Transparencia para los ACR ver: SHADIKHODJAEV (2011) pp. 529–551.

¹² MARCEAU (2009) pp. 124-128.

¹³ LEE (2014) 248.

¹⁴ Para un estudio de la justificación de las medidas correctivas en los ACRs ver: TEH y PRUSA (2011) p. 65-68.

¹⁵ CRAWFORD *et al* (2013) p. 5.

en los mismos; esto teniendo en consideración que la mayoría de los ACRs permite su uso en el comercio interno¹⁶. En general, las salvaguardias bilaterales funcionan bajo la misma lógica que las salvaguardias globales ya que permiten a los miembros del ACR suspender temporalmente las concesiones realizadas en virtud de dicho acuerdo cuando un aumento en las importaciones produce un daño grave a la industria doméstica. Sin embargo, estas salvaguardias se establecen sólo para ser aplicadas entre los miembros del respectivo ACR lo que las diferencia de las salvaguardias globales que deben ser aplicadas de forma no discriminatoria a todos los miembros de la OMC de acuerdo al artículo 2.2 del AS¹⁷.

Además del ámbito de aplicación, las condiciones sustantivas y procedimentales de aplicación de las salvaguardias bilaterales también varían entre un ACR y otro, estableciéndose disposiciones más o menos exigentes de aquellas establecidas para las salvaguardias globales¹⁸. En este sentido “algunas disposiciones en los ACRs en materia de [condiciones sustantivas y procedimentales de aplicación] son más exigentes que aquellas establecidas en el [AS], proporcionando así menos margen para la aplicación de medidas de salvaguardia bilaterales. Por otro lado, algunos ACRs [...] ofrecen una base más amplia para la aplicación continua de medidas bilaterales y una mayor flexibilidad que las normas multilaterales” del sistema OMC¹⁹.

En este capítulo analizaremos la regulación de las salvaguardias globales en los distintos ACRs haciendo énfasis en las modificaciones al sistema OMC de salvaguardias que se generan en uno y otro caso²⁰. En particular se examinarán las denominadas “cláusulas de exclusión” que, como veremos, representan una modificación sustancial y procedural al sistema OMC de salvaguardias. Estas cláusulas obligan –o en ocasiones facultan– a los socios

¹⁶ De los 232 ACRs estudiados 194 admiten la aplicación de medidas de salvaguardias bilaterales. CRAWFORD *et al* (2013) p. 12.

¹⁷ Los tipos de salvaguardia bilaterales más comunes son las “salvaguardias transitorias” y las “salvaguardias especiales”. Las primeras son aquellas que permiten a los Estados retrasar la implementación del acuerdo durante el periodo de transición establecido. Las segundas son aquellas que se identifican con industrias particulares que ameritan un tratamiento especial, por ejemplo, sectores tradicionalmente sensibles como los productos agrícolas y textiles y las prendas de vestir. THE/PRUSA (2011) p. 84.

¹⁸ Para un estudio pormenorizado de dichas disposiciones ver: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (1998) p. 1-27. ; TEH *et al* (2007) p. 22-24; THE/PRUSA (2011) p. 83-90; KRUGER *et al* (2009) p. 7-9; CRAWFORD *et al* (2013) 12-35; KOTERA y KITAMURA (2007) p. 1-40 y en LEE (2014) 249-259.

¹⁹ CRAWFORD *et al* (2013) 31.

²⁰ Nos basaremos principalmente en el estudio realizado por CRAWFORD *et al* (2013) al ser estos los más actualizados (31 de diciembre de 2012).

comerciales a excluir de la aplicación de una salvaguardia global a los otros socios comerciales, contradiciendo en principio las normas OMC en materia de salvaguardias globales.

Al efecto distinguiremos entre: (i) aquellos ACRs que no hacen referencia alguna a las salvaguardias globales; (ii) aquellos que mantienen o conservan sus derechos y obligaciones en conformidad con artículo XIX del GATT y el AS; (iii) aquellos que obligan a excluir a los miembros del ACR de una salvaguardia global; (iv) y aquellos que facultan a excluir a los miembro del ACR de una salvaguardia global.

2. ACRs que no hacen referencia a las salvaguardia globales.

Poco más de la mitad de los ACRs vigentes no hacen referencia alguna a las salvaguardias globales en sus textos²¹. En algunos casos esta falta de regulación se explica por el hecho de que dichos ACRs entraron en vigencia antes que sus respectivos miembros se volvieran parte de OMC por lo que la referencia al artículo XIX del GATT o al AS era inverosímil. Por ejemplo, algunos casos son los ACRs de Armenia²², Georgia²³, Kirguistán²⁴, Rusia²⁵ y Ucrania²⁶. En otros

²¹ 117 ACRs de un total de 232. Desde un punto de vista estadístico algunos ACRs, particularmente aquellos anteriores a la OMC, contienen cláusulas de salvaguardia generales que no hace hacen una clara distinción entre las reglas aplicables a las salvaguardias globales y aquellas aplicables exclusivamente entre los miembros del ACR. Salvo que exista una referencia clara a las reglas multilaterales sobre salvaguardias (artículo XIX o AS) se asume que las disposiciones contenidas en el texto del ACR regulan la aplicación de las salvaguardias bilaterales entre los miembros. CRAWFORD *et al* (2013) p.6

²² ACRs de Armenia (miembro OMC desde el 5 de febrero de 2005) con Federación de Rusia (25 de marzo de 1993), Kazajstán (25 de diciembre de 2001) Moldova (21 de diciembre de 1995), Turkmenistán (7 de julio de 1996) y Ucrania (18 de diciembre de 1996).

²³ ACRs de Georgia (miembro OMC desde el 14 de junio de 2000) con Armenia (11 de noviembre de 1998), Azerbaiyán (10 de julio de 1996), Kazajstán (16 de julio de 1999), Rusia, Federación de (10 de mayo de 1994), Turkmenistán (1 de enero de 2000) y Ucrania (4 de junio de 1996).

²⁴ ACRs de Kirguistán , Republica de (miembro OMC desde el 20 de diciembre de 1998) con Armenia (27 de octubre de 1995), Federación Rusia (24 de abril de 1993), Kazajstán (11 de noviembre de 1995), Moldova (21 noviembre de 1996), Ucrania (19 de enero de 1998) y Uzbekistán (20 de marzo de 1998).

²⁵ ACRs de Rusia, Federación de (miembro OMC desde el 22 de agosto de 2012) con Azerbaiyán (17 de febrero de 1993), Belarús (20 de abril de 1993), Kazajstán (7 de junio de 1993), Moldova (30 de marzo de 1993), Serbia (3 de junio de 2006), Tayikistán (8 de abril de 1993), Turkmenistán (6 de abril de 1993) y Uzbekistán (25 de marzo de 1993).

²⁶ ACRs de Ucrania (miembro OMC desde el 16 de mayo de 2008) con Tayikistán

casos, los ACRs fueron celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia del GATT de 1994 por lo que su ausencia es evidente. Esto sucede con algunos ACRs de la Unión Europea²⁷, Estados Unidos²⁸, AELC²⁹ y Australia³⁰.

La mayoría de los casos, sin embargo, no tienen estas justificaciones. Así, por ejemplo, los ACRs de la Unión Europea con la Autoridad Palestina, Macedonia, Islas Feroe, Israel, Jordania, Marruecos, México y Túnez; y los ACRs de la AELC con la Autoridad Palestina, Corea, Macedonia, Israel, Jordania, México y Singapur; los ACRs de Turquía con Autoridad Palestina, Bosnia y Herzegovina e Israel; y los ACRs de China con Hong Kong y Macao. Tampoco existe regulación en algunos ACRs regionales como el PICTA, SAFTA, AELC, SADC, CEI, ZEC y PANÁRABE.

Esta falta de referencia a las salvaguardias globales en los ACRs nos remite a la cuestión relativa a la normativa aplicable. Como vimos, existen ACRs anteriores al GATT cuyos integrantes son actualmente miembros de la OMC. En estos casos, al ser las partes del ACR miembros de la OMC, están obligadas a respetar todos los acuerdos constitutivos de la misma, lo que incluye el artículo XIX del GATT y el AS. Esto de acuerdo al artículo 26 CVDT y el artículo XVI. 4 del Acuerdo de Marrakech. En el caso de los ACRs celebrados con posterioridad al GATT de 1994 y cuyos partes son miembro de la OMC, la normativa aplicable será también y con mayor razón el artículo XIX del GATT y el AS.

La situación anterior se limita exclusivamente a los casos en que todas las partes del ACR son miembros de la OMC. Cuando los ACRs se componen de partes que son miembros de la OMC y otras que no³¹, la cuestión de los derechos y obligaciones existentes respecto a la parte que es miembro de la OMC,

(11 de julio de 2002), Azerbaiyán (2 de septiembre de 1996), Belarús (11 de noviembre de 2006), Macedonia (5 de julio de 2001), Rusia, Federación de (21 de febrero 1994), Kazajstán (19 de octubre de 1998) Turkmenistán (4 de noviembre de 1995) y Uzbekistán (1 de enero de 1996).

²⁷ ACRs de Unión Europea con Islandia (1 de abril de 1973), Siria (1 de julio 1977) y Suiza – Liechtenstein (1 de enero de 1973).

²⁸ ACR de Estados Unidos con Israel (19 de agosto de 1985).

²⁹ ACRs de la AELC con Israel (1 de enero de 1993) y Turquía (1 de abril de 1992).

³⁰ ACRs de Australia con Nueva Zelanda (1 de enero de 1983) y Papa Nueva Guinea (1 de febrero de 1977)

³¹ A junio de 2015 son observadores de la OMC: Afganistán, Andorra, Argelia, Azerbaiyán, Bahamas, Belarús, Bhután, Bosnia y Herzegovina, Comoras, Etiopía, Guinea Ecuatorial, Irán, Iraq, Kazajstán, Libia, Siria, Liberia, Líbano, Santa Sede, Santo Tomé y Príncipe, Serbia, Seychelles, Sudán y Uzbekistán. El único Estado que no es miembro ni observador de la OMC es Corea del Norte.

se vuelve más compleja³². En este sentido cabe preguntarse si un miembro de la OMC, que celebra un ACR con un Estado no miembro, puede aplicar una medida de salvaguardia global teniendo como base un aumento en las importaciones proveniente de dicho Estado. Esta interrogante es importante teniendo en consideración que posiblemente por aplicación de la salvaguardia global se verán afectados otros importadores que sí son miembros de la OMC.

Sobre el particular dos cuestiones deben resolverse: primero, si en estos casos se aplican las normas de la OMC y segundo si, de aplicarse, dicha situación se encuentra justificada por el artículo XXIV del GATT. De ser positiva esta última interrogante no habría problema en que el miembro de la OMC aplicará una salvaguardia global en base a los aumentos de las importaciones provenientes de un Estado que no es miembro, pero con el cual se encuentra vinculado por un ACR.

En relación a la primera interrogante se ha señalado que, en base al texto de la cláusula de la NMF y a los trabajos preparatorios del GATT, “el destinatario de un trato favorable no necesariamente tiene que ser un miembro de la OMC. En otras palabras, el tratamiento favorable otorgado a un estado no miembro de la OMC por un Miembro [que si es lo es] también está sujeto a la obligación de trato de NMF”³³. Siendo así, “los ACRs celebrados por miembros de la OMC con Estados no miembros violan el pacto de NMF”³⁴. Cabe ahora preguntarse si la violación a la obligación de trato de NMF en estos ACRs se encuentra justificada por el artículo XXIV del GATT. A este respecto, se ha señalado que en base a la excepción del artículo XXIV.10 del GATT la violación a la obligación de trato de NMF por un Estado miembro de la OMC, que celebra un ACR con Estado no miembro, estaría justificada si se aprueba dicha excepción por una mayoría de dos tercios de la totalidad de los miembros del GATT³⁵.

Bajo los supuestos señalados, un miembro de la OMC podría aplicar una medida de salvaguardias global basándose en el aumento de importaciones provenientes de un Estado que no es miembro de la OMC, pero que es parte de un ACR celebrado entre ellos. Al mismo tiempo, las medidas de salvaguardia global aplicadas por el miembro de la OMC, en virtud del artículo XIX del GATT y del AS, deberán incluir a la parte del ACR que no es miembro de la OMC. Por el contrario, de no mediar la aprobación señalada el Estado

³² Evidentemente que sin ninguna de las partes del ACR es miembro de la OMC ninguno de ellos se ve obligado por el artículo XIX y el AS.

³³ CHOI (2005) p. 831.

³⁴ CHOI (2005) p. 833.

³⁵ CHOI (2005) p. 841-843.

miembro de la OMC no podría aplicar una salvaguardia global teniendo en consideración las importaciones de un Estado no miembro.

3. ACRs que mantienen sus derechos en conformidad con el artículo XIX del GATT y al AS

Casi un quinto de los ACRs establecen una cláusula en la cual expresamente señalan que las partes del respectivo acuerdo conservarán los derechos y obligaciones establecidos en virtud del artículo XIX de GATT de 1994 y del AS al momento de aplicar una salvaguardia global³⁶. Este es el caso de algunos ACRs de Australia³⁷, China³⁸, India³⁹, Malasia⁴⁰, Pakistán⁴¹, Turquía⁴², Estados Unidos⁴³ y del ASEAN⁴⁴.

La redacción utilizada para establecer la conservación de derechos y obligaciones en materia de salvaguardias globales varía entre un acuerdo y otro. Algunos, regulando expresamente las salvaguardias globales, señalan que “nada en este acuerdo afecta los derechos y obligaciones de las partes en virtud del artículo XIX del GATT de 1994 y del [AS]”⁴⁵. Otros en cambio hablan de “retener”⁴⁶ o “confirmar”⁴⁷ sus derechos y obligaciones.

Algunos ACRs, a propósito de la regulación de las salvaguardias bilaterales, agregan que “nada [...] impedirá que una Parte aplique una medida de salvaguardia a un producto originario de la otra Parte, de conformidad con [...] el artículo XIX del GATT de 1994 y del [AS]”⁴⁸. Algunos incluso acentúan expresamente el carácter absoluto de la retención o conservación de derechos y obligaciones al señalar que el acuerdo comercial respectivo “no

³⁶ 53 ACRs de un total de 232. Crawfor *et al* (2013) p. 6.

³⁷ ACR Australia-Chile.

³⁸ ACR China-Costa Rica.

³⁹ ACR India-Japón e India-Malasia.

⁴⁰ ACR Malasia-Australia.

⁴¹ ACR Pakistán-China y Pakistán-Malasia.

⁴² ACRs de Turquía-Albania, Turquía-Chile, Turquía-Georgia, Turquía-Jordania, Turquía-Marruecos, Turquía-Mauricio, Turquía-Montenegro, Turquía-Serbia, Turquía-Siria y Turquía-Túnez.

⁴³ ACRs de Estados Unidos-Bahrein, Estados Unidos-Chile, Estados Unidos-Marruecos y Estados Unidos-Omán.

⁴⁴ ACRs ASEAN, ASEAN-Australia-Nueva Zelanda, ASEAN-China, ASEAN-Corea, ASEAN-India y ASEAN-Japón.

⁴⁵ ACR TPP.

⁴⁶ ACR ASEAN.

⁴⁷ ACRs AECL-Chile y AECL-SACU.

⁴⁸ ACRs Japón-Suiza, Japón-Tailandia, Japón-Vietnam y Japón-Indonesia.

confiere ningún derecho u obligación adicional para las Partes con respecto a las medidas adoptadas en virtud del artículo XIX del GATT de 1994 y el [AS]⁴⁹. Algunos acuerdos, previendo futuros cambios en la regulación, agregan que las salvaguardias globales se sujetaran a “cualquier enmienda o disposición que complemente o reemplace”⁵⁰ al artículo XIX y al AS. Además, existen acuerdos que expresamente ordenan que las salvaguardias globales no podrán estar sujetas al mecanismo de solución de diferencias establecido en el mismo ACR⁵¹. Por último, algunos acuerdos especifican que las salvaguardias bilaterales y las salvaguardias globales no pueden aplicarse al mismo bien⁵².

En todos los casos señalados existe una manifestación expresa de conservación de los derechos y obligaciones establecidos en el artículo XIX del GATT y en el AS. Esto implica, principalmente, que las salvaguardias globales adoptadas deberán aplicarse al miembro del respectivo acuerdo comercial; no permitiendo su exclusión.

4. ACRs que obligan a excluir a los socios comerciales de una salvaguardia global

Poco más de una treintena de ACRs establecen que al aplicar una salvaguardia global las importaciones de los miembros del respectivo acuerdo deberán ser excluidas de dicha medida (“shall be excluded”). La mayoría de estos acuerdos⁵³ exigen la exclusión una vez cumplido determinados requisitos o condiciones. Otros –la minoría– exigen una exclusión absoluta, sin necesidad de cumplir ningún tipo de requisito o condición. Este es el caso del ACR de

⁴⁹ ACRs Australia-Chile y ASEAN-Australia-Nueva Zelanda.

⁵⁰ Por ejemplo, el TPP. ASEAN con Australia-Nueva Zelanda.

⁵¹ ACRs ASEAN-India, ASEAN-Japón, Chile-China, Corea-Chile, Corea-Singapur, Japón-Vietnam, Pakistán-China y Pakistán-Malasia.

⁵² ACRs ASEAN-Australia y Nueva Zelanda, China-Costa Rica, China-Perú, UE-Corea, Corea-Perú y Singapur-Perú.

⁵³ Estos son los siguientes ACRs: AELC – Albania; AELC (Suiza, Liechtenstein e Islandia) – Colombia, AELC - Hong Kong, China; AELC - Perú; AELC – Serbia; AELC – Ucrania; AELC – Montenegro; Canadá – Chile; Canadá – Israel; Chile - Costa Rica ; Chile - El Salvador ; Chile - Guatemala ; Chile – Honduras; Chile – México; Chile - Nicaragua ; Colombia – México; Costa Rica – Singapur; El Salvador - Honduras - Taiwán; Guatemala - Taiwán; Hong Kong, China - Nueva Zelanda; Israel – México; México – Centroamérica; México – Uruguay; Nueva Zelanda - Taiwán; Panamá - Costa Rica; Panamá - El Salvador; Panamá-Taiwán; Panama – Guatemala; Panamá - Honduras; Panamá – Nicaragua; Tratado de libre comercio de América del norte (TLCAN); y Ucrania – Montenegro.

Nueva Zelanda con Singapur⁵⁴, de Singapur con Australia⁵⁵ y el del AELC (Noruega) con Hong Kong. Los dos primeros acuerdos tiene la particularidad de no establecer salvaguardias bilaterales por lo que las medidas de salvaguardia están totalmente excluidas entre los miembros⁵⁶.

Una formulación común, con algunas variantes mínimas, es aquella que establece que “cualquier Parte que aplique una medida de salvaguardia [global], excluirá de ésta medida las importaciones de mercancías desde otra Parte, a menos que: a) las importaciones desde esa otra Parte representen una participación sustancial en las importaciones totales; y b) las importaciones desde esa otra Parte contribuyan de manera importante al daño grave o amenaza de daño grave causado por las importaciones totales”⁵⁷. A contrario sensu “la Parte que imponga una medida de salvaguardia global excluirá a las importaciones de una mercancía originaria de la otra Parte, si tales importaciones: (a) no representan una parte sustancial de las importaciones totales; y (b) no contribuyen de manera importante al daño grave o amenaza de daño grave”⁵⁸.

Algunos ACRs realizan una regulación más breve de las condiciones de exclusión limitándose a señalar que “[e]n la aplicación de medidas bajo las disposiciones [del artículo XIX del GATT de 1994 y el AS], una Parte excluirá las importaciones de una mercancía originaria de una o varias Partes si tales importaciones no constituyen por sí solas causa o amenaza de causar daño grave”⁵⁹. Otros simplemente señalan que “una Parte que aplique una [salvaguardia global] excluirá las importaciones de una mercancía originaria de una o varias Partes si tales importaciones no constituyen una causa o amenaza de causar daño grave”⁶⁰.

⁵⁴ Ver artículo 8.

⁵⁵ Vér artículo 9.

⁵⁶ Esta exclusión absoluta podría darse por la “confianza mutua en las estructuras judiciales y administrativas de cada uno y porque las industrias manufactureras entre Australia-Nueva Zelanda y Singapur son complementarias entre ellas. Por lo tanto el riesgo derivado de las importaciones mutuas es relativamente pequeño. Si ocurre una crisis, esta puede ser resuelta a nivel diplomático” HUANG (2012)] p. 154.

⁵⁷ ACRs de Chile-Centroamérica (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua); Canadá-Israel; Canadá – Chile; AELC – Ucrania; Israel – México; Panamá-Taiwán; y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

⁵⁸ ACR México – Centroamérica.

⁵⁹ ACRs AELC – Albania; AELC – Colombia; AELC – Hong Kong (Suiza, Liechtenstein e Islandia); AELC – Montenegro, AELC – Perú; AELC – Serbia, y Hong Kong - Nueva Zelanda.

⁶⁰ AELC – Ucrania,

Existen, además, acuerdos comerciales de la UE que limitan la posibilidad de excluir a socios comerciales a un periodo de cinco años contados desde la entrada en vigencia del acuerdo; periodo que puede ser extendido⁶¹.

Como vemos, estos ACRs realizan una regulación pormenorizada de las condiciones que se deberán cumplir para poder excluir a un miembro de una salvaguardia global. Con todo, en la mayoría de los casos, el tenor de las disposiciones pone énfasis en que estas exclusiones son la excepción, siendo la regla general su prohibición entre los miembros del respectivo acuerdo comercial.

5. ACRs que facultan a excluir a los socios comerciales de una salvaguardia global

Una treintena de ACRs establecen en sus disposiciones que las importaciones de los miembros pueden ser excluidas (“may be excluded”) de una salvaguardia global siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones. A diferencia de los acuerdos comerciales anteriores –que exigen excluir– estos ACRs facultan al socio comercial para decidir si excluye o no las importaciones de otro u otros miembros del respectivo acuerdo.

En estos casos, la formulación más común es aquella que establece que se podrán excluir de una salvaguardia global las importaciones de un socio comercial “si dichas importaciones no son una causa sustancial de daño grave o amenaza del mismo”⁶². Algunos acuerdos no hacen referencia a un causa sustancial⁶³ y otros señalan simplemente que se podrá excluir “si las importaciones no causan daño”, sin realizar mayores precisiones al respecto⁶⁴. Por último, algunos acuerdos incluyen criterios porcentuales de exclusión⁶⁵ o incluyen criterios de política económica⁶⁶.

⁶¹ ACRs UE – Camerún, UE - Côte d'Ivoire, UE- Estados del África austral y oriental APE Interino, y UE - Estados del CARIFORUM APE.

⁶² ACRs CAFTA-DR; Canadá – Colombia; Canadá – Panamá; Canadá – Perú; Corea – Estados Unidos; Corea – India; Estados Unidos – Australia; Estados Unidos – Colombia; Colombia - Triángulo del Norte (El Salvador, Guatemala, Honduras); Estados Unidos – Jordania; Estados Unidos – Panamá; Estados Unidos – Perú; Estados Unidos – Singapur; India – Singapur; Jordania – Singapur; Tailandia – Australia; Costa Rica – Perú; Panamá – Perú; Panamá – Singapur; Perú – Corea; y Perú – Singapur.

⁶³ ACRs Nueva Zelanda – Malasia y Tailandia – Nueva Zelanda.

⁶⁴ ACRs China - Nueva Zelanda y China – Singapur.

⁶⁵ ACR Perú-Singapur y Nicaragua – Taiwán.

⁶⁶ ACR UE - Papua Nueva Guinea-Fiji.

III. LA LEGALIDAD DE LA APLICACIÓN SELECTIVA DE SALVAGUARDIAS GLOBALES EN LOS ACRs

1. *El Derecho Internacional Público como piedra angular del Derecho de la OMC.*

El Derecho Internacional Económico, y particularmente el Derecho de la OMC⁶⁷, es Derecho Internacional Público. En este sentido, “[l]a aportación del Derecho Internacional Público a la ordenación de las relaciones económicas internacionales reviste una importancia sustancial. Las expectativas económicas respecto al comportamiento de los Estados (o de las organizaciones internacionales y sus órganos) requieren del Derecho Internacional Público cuando se trata de que estas expectativas tomen cuerpo en el plano internacional a través de reglas vinculantes”⁶⁸. Siendo así, el Derecho de la OMC no solo se rige por las convenciones constitutivas de dicha organización, sino también por otras fuentes convencionales de derecho internacional y por las fuentes reconocidas de derecho internacional general, como son la costumbre internacional y los principios generales de derecho.

Bien sabemos que no existe una jerarquía entre las fuentes de Derecho Internacional; los tratados internacionales no son superiores a la costumbre o a los principios generales del derecho, ni viceversa⁶⁹. De acuerdo a Pauwelyn⁷⁰, esta falta de jerarquía tiene varias consecuencias para la relación OMC-ACR. En primer lugar, al celebrar un tratado los Estados pueden desviarse del derecho internacional general. Es importante destacar que, salvo que el tratado se celebre fuera de una norma de derecho internacional general, esta regla es válida y también se aplica a los nuevos tratados celebrados. El tratado debe excluir la norma de derecho internacional general que las partes no quieren aplicar en relación a éste. Lo mismo se aplica para el caso de los tratados ya

⁶⁷ Entenderemos por Derecho de la OMC a todo el conjunto de normas jurídicas creadas en el contexto de la OMC, en especial aquellas señaladas en el Apéndice 1 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (Acuerdos de la Ronda de Uruguay).

⁶⁸ HERDEGEN (2012) p. 12; HINOJOSA (2010) p.54.

⁶⁹ Se ha reconocido que artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia contiene las principales normas de Derecho Internacional. Sin embargo, el mismo no se pronuncia sobre alguna jerarquía, sólo se limita a enumerar las fuentes sin establecer una subordinación entre ellas. La única excepción a ésta falta de jerarquía la encontramos en las normas ius cogens, a las cuales se les reconoce un estatus superior a los tratados (artículo 53 de la CVDT).

⁷⁰ PAUWELYN (2001) p. 538. Un análisis más actualizado puede verse en: PAUWELYN (2007) 35 pp.

existentes; estos, en la medida que se relacionen con el nuevo tratado, interactúan automáticamente con él. En segundo, lugar, la costumbre puede, en principio, reemplazar al tratado una vez que se haya probado. Por último, ante la falta de jerarquía inherente a los tratados, las normas de la OMC y la de los otros tratados (como los ACRs) son igualmente obligatorias. Con todo, “en la práctica los mismos tratados, así como las normas generales de derecho internacional que interactúan con ellos (en particular, la norma sobre *lex posteriori* establecida en el artículo 30 de la CVDT), si establecen normas sobre la prioridad de los distintos tratados”⁷¹. Esto implica esencialmente que las normas de la OMC puedan ser cambiadas posteriormente por otro tratado, como un ACR, salvo que exista una prohibición expresa, un conflicto de normas con tratados preexistentes o la existencia de normas de derecho internacional general que participen en la interacción normativa.

Sin perjuicio de lo anterior, una cosa es la ausencia de jerarquización de normas internacionales y otra distinta es la coordinación que debe existir entre ellas. Cuando una materia se encuentra regulada por varias normas –como es el caso de las salvaguardias globales– una de las reglas de exclusión más utilizada es la máxima *lex especialis derogat generali*⁷². Las normas de la OMC son, en ciertos aspectos, *lex specialis* en oposición al derecho internacional general. Sin embargo “pactar fuera de *algunas* normas de derecho internacional general (como por ejemplo, lo hace el mecanismo de solución de diferencias de la OMC vis a vis ciertas normas de derecho internacional general sobre responsabilidad estatal) no significa que uno haya pactado fuera de *todas* ellas, ni a fortiori que las normas de la OMC fueran creadas completamente fuera del sistema del derecho internacional”⁷³. En este sentido “las normas de la OMC no son el *alpha* y el *omega* de todas las posibles relaciones comerciales entre Estados. Otras normas más detalladas o especiales de derecho internacional (en términos tanto de materia como del número de Estados obligados por ellas) siguen siendo muy relevantes”⁷⁴.

A este respecto el artículo 3.2 del Entendimiento relativo a la Solución de Diferencias (en adelante ESD) establece que “[l]os Miembros [de la OMC] reconocen que [el sistema de solución de diferencias] sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad

⁷¹ PAUWELYN (2001) p. 538.

⁷² Las otras reglas de prevalencia o derogación como la máxima *lex superior derogat lex inferiori o lex posterior derogat priori*, hacen difícil su concreción en la resolución de conflictos normativos internacionales.

⁷³ PAUWELYN (2001) p. 539-540.

⁷⁴ PAUWELYN (2001) p. 540.

con las normas [consuetudinarias⁷⁵] de interpretación del derecho internacional público". Esta norma reconoce expresamente la aplicación de normas de derecho internacional general, en particular, en materia de interpretación de los tratados (artículos 31, 32 y 33 de la CVDT)⁷⁶. El artículo 31. 3. c) de la CVDT establece que junto con el contexto se deberá tener en cuenta "toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes" por lo que al interpretar las normas de la OMC se podrá recurrir a otras fuentes de derecho internacional⁷⁷. Sin embargo, en consideración a lo señalado anteriormente, además de las normas internacionales de interpretación de la CVDT, otras normas de derecho internacional no reconocidas, ni excluidas, expresamente pueden aplicarse directamente al Derecho de la OMC, como, por ejemplo, tratados ajenos a la OMC, la costumbre internacional⁷⁸ o los principios generales de derecho⁷⁹.

Lo anterior implica que tanto los Grupos Especiales como el Órgano de Apelación pueden aplicar directamente las normas de derecho internacional que no son de la OMC al solucionar las disputas que se originen entre los miembros. En este sentido, "el hecho de que la competencia sustantiva de los órganos de la OMC esté limitada a las reclamaciones realizadas en virtud de los acuerdos OMC abarcados [Apéndice 1 del ESD] no significa que la normativa aplicable disponible para dichos órganos esté necesariamente limitada a [dichos acuerdos]... Así como el tratado de la OMC, el sistema de solución de diferencias establecido por dicho tratado no fue creado, y no existe, en un vacío jurídico. Dicho sistema es meramente un instrumento para hacer cumplir los acuerdos OMC abarcados como fueron creados, y necesariamente siguen existiendo en el corpus más amplio del derecho internacional"⁸⁰.

⁷⁵ La versión original en inglés hace referencia a las "customary rules", en cambio la versión oficial en español usa la expresión "normas usuales". Creemos que la traducción correcta era: "normas consuetudinarias".

⁷⁶ El uso de las normas de interpretación de los tratados de la CVDT es de aplicación común en el sistema de solución de diferencias de las OMC. Tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación han reconocido su aplicación. Véase: GARDINER (2008) p. 116-119.

⁷⁷ En contra se pronuncia Tratchman para quién el sistema de solución de controversias sólo puede aplicar (y de forma directa) el Derecho de la OMC u no derecho internacional ajeno. Véase: TRATCHMAN (1999) p. 338-339.

⁷⁸ En este sentido se ha pronunciado el Grupo Especial en *Corea - Medidas que afectan a la contratación pública* (2000) párrafo 7.96 (y nota al pie 753).

⁷⁹ En esta trabajo se usarán principalmente las normas consuetudinarias reconocidas en la CVDT. Para la aplicación de principios generales en la OMC ver: MITCHELL (2007) pp. 795-835.

⁸⁰ PAUWELYN (2001) 560-561. En contra, nuevamente se pronuncia TRACHTMAN, Joel P. (2004) p. 858. Una postura más radical sostiene Fabbricotti quien busca anular la perspectiva con que la cuestión relativa a la relación entre la OMC y los ACRs se aborda

2. La modificación de los tratados de acuerdo al artículo 41 de la CVDT

Con el marco normativo establecido en el primer apartado, y antes de abocarnos a la legalidad de la aplicación selectiva de salvaguardias globales, debemos establecer en general si son legales o no las modificaciones *inter se* que realizan los miembros de los ACRs al Derecho de la OMC. Si los miembros de la OMC no están facultados para realizar estas modificaciones entonces cualquier tipo de limitación a los derechos y obligaciones establecidos en materia de salvaguardias implicarían una modificación posiblemente prohibida, sin perjuicio de que la modificación en particular no vulnerara alguna norma particular de la OMC.

En el Derecho de la OMC no encontramos alguna norma que regule las modificaciones *inter se* que pueden realizar los ACRs al sistema multilateral⁸¹. Frente a esta ausencia de regulación surgen dos posturas, aquella que reconoce la aplicación del artículo 41 de la CVDT, y aquella que no. El artículo 41 de la CVDT regula las modificaciones a los tratados multilaterales (por ejemplo la OMC) por parte de sus propios miembros. Dicho artículo establece en lo pertinente que “1. [d]os o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas: a) si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o b) si tal modificación no está prohibida por el tratado, a condición de que: i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto”.

Uno de los principales autores que se opone a la aplicación del artículo 41 de la CVDT es Tratchman⁸², para quien la única forma válida de modificar el Derecho de la OMC es a través de los artículos IX y X del Acuerdo de Marrakesh que regulan respectivamente las exenciones y las enmiendas. Estos artículos no autorizan las exenciones o enmiendas bilaterales (o plurilaterales), por lo que cualquiera modificación al Derecho de la OMC debe realizarse con la aproba-

normalmente, cambiando de un enfoque “arriba-abajo” (es la OMC la que determina los requisitos de conformidad de los ACRs) a un enfoque “abajo-arriba” (son los ACRs por sí mismos los que determinan el grado de adherencia al Derecho de la OMC, a través de su actual comportamiento). La principal conjetura de la autora es que las bases de los ACRs podrían depender de la costumbre internacional desarrollada por los mismo Estados y no en las normas codificadas de la CVDT. Véase: FABBRICOTTI (2010) p. 116-140 y FABBRI-COTTI (2008) p. 1-29.

⁸¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2005) párrafo 306.

⁸² TRATCHMAN (2004) p. 859.

ción de los miembros de la OMC de acuerdo a los artículos señalados. Misma limitación se aplicaría a las normas de derecho internacional general, en especial a las normas de derecho consuetudinario establecidas en la CVDT. De esta forma los artículos IX y X del Acuerdo de Marrakesh serían mejor entendidos como normas que excluyen cualquier posible autorización de modificación *inter se* en virtud del artículo 41 de la CVDT. En este sentido, a pesar de que las disposiciones de la OMC no prohíben explícitamente la modificación *inter se*, los artículos señalados parecen estar destinados ser el único medio por el que se pueden realizar modificaciones al Derecho de la OMC.

A nuestro parecer la postura de Tratchman es algo arbitraria ya que los artículos IX y X no regulan realmente las modificaciones al Derecho de la OMC. Cabe recordar en este sentido que las “enmiendas”, reguladas en el artículo X, implican la revisión general de un tratado multilateral y exigen que los Estados parte manifiesten su consentimiento en orden a quedar obligados por el tratado de enmienda. La modificación, en cambio, no implica una revisión general del tratado, sino que tiene por objeto la creación de regímenes particulares entre dos o más Estados miembros que son parte del tratado multilateral. En otras palabras, buscan la modificación de los derechos y obligaciones establecidos en el tratado multilateral, pero solo respecto de ellos. En el mismo sentido, las exenciones reguladas en el artículo IX implican que bajo circunstancias excepcionales se pueda eximir a un miembro de una obligación impuesta por el Derecho de la OMC. Se trata solicitudes y exenciones individuales que no dicen relación con las modificaciones *inter se* que puedan realizar los miembros de la OMC a través de un ACR. En este sentido, los artículos IX y X del Acuerdo de Marrakech “no excluyen [...] la posibilidad de que el artículo 41 de la CVDT pueda jugar un rol en relación a otra clase de modificaciones *inter se* [...]: estos artículos simplemente proporcionan uno de los medios con que los miembros de la OMC pueden lograr las modificaciones *inter se*”⁸³, no es el único.

Siendo aplicable el artículo 41 de la CVDT para las modificaciones *inter se*, cabe analizar ahora su implicancia en las modificaciones realizadas por los ACRs al Derecho de la OMC, en particular aquellas modificaciones que reconocen la aplicación selectiva de salvaguardia globales. A este respecto debemos distinguir entre dos tipos de modificaciones *inter se*: aquellas que buscan una mayor liberalización comercial y aquellas que restringen el comercio exigido por la OMC. Las primeras estarían explícitamente reguladas y estarían prohibidas por el Derecho de la OMC a menos que aquellas (i) extiendan el aumento de liberalización comercial a todos los miembros de la OMC, en virtud del trato

⁸³ VOON (2010) p. 26.

de NMF o (ii) se realicen en conformidad con la condiciones establecidas en el artículo XXIV del GATT (o sea a través de ACRs). Las segundas modificaciones, en cambio, no se encontrarían regulas expresamente en el Derecho de la OMC por lo que no habría norma que prohibiera aquellas modificaciones que restringiesen el comercio entre miembros de la OMC⁸⁴.

Para Pauwelyn los ACRs se ubicando dentro de aquellas modificaciones *inter se* que buscan una mayor liberalización comercial entre alguno de los miembros de la OMC. Siendo así, estarían prohibidas en el sentido del artículo 41.1.b) de la CVDT por lo que no podrían válidamente modificar las normas de la OMC entre los miembros del ACR, y a fortiori, no podrían afectar los derechos y obligaciones otorgados por la OMC a los miembros que no son parte de dicho acuerdo comercial⁸⁵.

Bajo la argumentación de Pauwelyn los ACRs tendrían un solo objeto que sería la liberalización del comercio. Sabemos, sin embargo, que los acuerdo comerciales no solo establecen normas que miran a una mayor liberalización del comercio sino que también abarcan otras materias de importancia comercial, por ejemplo, la regulación de las salvaguardias bilaterales y globales. No se puede generalizar el contenido de los ACRs y a partir de aquello determinar si las modificaciones al Derecho de la OMC son legales o no. Tiene que existir un análisis cláusulas por cláusulas y considerándolas particularmente determinar si se ajustan o no al Derecho de la OMC. En este sentido, “es simplista sugerir que [un] ACR, como un todo, o se encasilla dentro del artículo 41.1.b), o está prohibido en virtud del preámbulo del artículo 41.1.b). Si una modificación en un ACR no está ni “prevista por” ni “prohibida por” un tratado, las restante condiciones del artículo 41.1.b) se vuelven relevantes”⁸⁶.

En este contexto, para determinar si las modificaciones *inter se* que realizan los ACRs al sistema de salvaguardias de la OMC son o no legales debemos analizar pormenorizadamente el artículo XXIV del GATT que regula el establecimiento de los mismos. Deberemos determinar si en particular el artículo XXIV del GATT regula de alguna forma las salvaguardias globales como una modificación *inter se*. De ser positiva la respuesta caeríamos dentro del supuesto establecido en el artículo 41.1.a) de la CVDT por lo que debiésemos regirnos por dicha norma. En caso negativo, o sea, si este tipo de modificación no está prevista, debemos determinar si está prohibida o no. Si la modificación está prohibida cualquier tipo de modificación *inter se* en materia de salvaguardias globales estaría prohibida para los ACRs. Por otro lado, si las modificaciones

⁸⁴ PAUWELYN (2001) p 548.

⁸⁵ PAUWELYN (2001) p. 540.

⁸⁶ VOON, (2010) p. 27.

no están prohibidas deberemos determinar si aquellas cumplen o no con los requisitos o condiciones establecidos en el artículo 41.1.b) de la CVDT, o sea, deberemos establecer si las modificaciones: (i) no afectan el disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y que (ii) no se refieran a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto. En caso de cumplirse las condiciones del artículo 41.1.b) de la CVDT las modificaciones *inter se* que realizan los ACRs al sistema de salvaguardias de la OMC serían legales.

El artículo XXIV del GATT no prevé ni prohíbe en ninguno de sus apartados el establecimiento de modificaciones *inter se* en materias de salvaguardias globales, por tanto, dichas modificaciones deberán ser analizadas en conformidad con el artículo 41.1.b) de la CVDT y sus condiciones.

3. El artículo XXIV del GATT de acuerdo a la exigencias del artículo 41 de la CVDT

Antes de determinar si las modificaciones *inter se* entre miembros de un ACR en materia de salvaguardias globales cumplen con condiciones establecidas en el artículo 41.1.b) de la CVDT debemos analizar la correlación existente entre estas y el artículo XXIV del GATT. El objetivo de esto es que, a través de artículo XXIV del GATT, podamos determinar cuándo una modificación *inter se* va a “afectar el disfrute de los derechos que a las demás partes [corresponden] en virtud del tratado” de acuerdo a la primera condición del artículo 41.1.b) y cuando será “incompatible con la consecución efectiva del objeto y fin del tratado en su conjunto” de acuerdo a su segunda condición.

Uno de los principios más importantes en el sistema multilateral de comercio es el trato de NMF. Este exige que “cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado” (artículo 1.1 del GATT). Lo anterior implica que los países miembros de la OMC no pueden establecer discriminaciones comerciales respecto de los otros miembros. Si un país concede a otro una ventaja especial estará obligado a otorgar la misma ventaja a todos los demás miembros de la OMC.

Una de las excepciones más importante al trato de NMF es precisamente el artículo XXIV del GATT, el cual establece los requisitos de constitución de los ACRs. A este respecto el artículo XXIV establece dos condiciones o requisitos

para constituir válidamente una unión aduanera o zona de libre comercio; una prevista para el comercio al interior del acuerdo (artículo XXIV.8) y otra para el comercio entre los socios del acuerdo y los terceros (artículo XXIV.5).

El artículo XXIV.8 del GATT establece que los socios de un ACR deben eliminar “los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas” con respecto “a lo esencial de los intercambios comerciales” que existan entre ellos⁸⁷. En base este requisito se señala que “los ACRs están permitidos por las normas de la OMC por su potencial de servir como peldaños hacia una mayor liberalización del comercio multilateral”⁸⁸. Por tanto, si la liberalización entre los miembros de un ACR es necesaria para ser considerado como tal, una modificación *inter se* que vaya en contra de dicho liberalización sería incompatible con el “objeto y fin” del tratado multilateral de la OMC de acuerdo a la primera condición del artículo 41.1.b) de la CVDT. En este mismo sentido se pronuncian también los artículos XXIV.4 y XXIV.5 del GATT.

Por su parte el artículo XXIV.5 del GATT señala que para establecer un ACR será necesario cumplir determinadas condiciones en relación con las partes que no serán miembros del acuerdo comercial. En general se establece que los derechos de aduana establecidos en los mismos no pueden ser más elevados, ni las demás reglamentaciones comerciales resultar más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la unión aduanera o de la zona de libre comercio. Este requisito externo encierra una preocupación económica en orden a no producir una desviación del comercio que afecte a los terceros Estados no socios del ACR⁸⁹. En el caso de las reglamentaciones comerciales restrictivas, como las salvaguardias, el artículo XXIV.5 exige que los ACRs no establezcan mayores restricciones al comercio externo ya que ello implicaría una modificación *inter se* que “[afectaría] el disfrute de los derechos que a las demás parte corresponden en virtud del tratado [multilateral de la OMC]”. Esto de acuerdo a la segunda condición del artículo 41.1.b) de la CVDT⁹⁰.

⁸⁷ No existe consenso aún en lo que significa “lo esencial de los intercambios comerciales”. Para algunas se trataría de un término que incorpora componentes tanto cualitativos como cuantitativos, en el sentido de que la eliminación de los derechos de aduanas y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas deben cubrir cierto porcentaje del comercio y al mismo tiempo ningún sector importante de la economía nacional. Para otros la exclusión de todo un sector, independiente del porcentaje del comercio que se vea afectado, es contrario al espíritu del artículo XXIV del GATT y del GATT en sí mismo. Con todo, ver: MAVRODIS (2012) p. 203-208.

⁸⁸ VOON (2010) 28.

⁸⁹ AHN (2008) p. 122.

⁹⁰ Este requisito encuentra algo más detallado en el párrafo 2 del Entendimiento relativo a la interpretación del Artículo XXIV del GATT de 1994.

De lo analizado podemos afirmar que existe una correlación clara entre las condiciones establecidas en el artículo 41.1.b) de la CVDT con los artículos XXIV.8 y XXIV.5 del GATT, respectivamente. Analizaremos ahora si la aplicación selectiva de salvaguardias globales, como una modificación *inter se*, se encuentra conforme con dichos artículos. Con ello podremos determinar si estas modificaciones *inter se* están o no en conformidad con el Derecho de la OMC.

4. La aplicación selectiva de salvaguardias globales a la luz de los artículos XXIV.8 y XXIV.5 del GATT

Debemos partir señalando que, fuera de establecer las reglas básicas aplicables a los ACRs, el artículo XXIV del GATT no realiza una profunda regulación de los mismos y de su compatibilidad con el sistema de la OMC. Así, no hace mención alguna a la forma en que las salvaguardias debiesen regularse en los acuerdos comerciales. Han sido los órganos de solución de diferencias de la OMC quienes han debido resolver las contiendas que surgen entre los socios de un acuerdo comercial en cuanto a la aplicación selectiva de las salvaguardias globales. Sin embargo –como ya hemos señalado– el Órgano de Apelación ha evitado resolver la cuestión a través del artículo XXIV del GATT y ha desarrollado, en cambio, el requisito del paralelismo como solución a dichas disputas.

La cuestión se vuelve más compleja aún con las modificaciones *inter se* que realizan los Estados en relación a las salvaguardias globales. Vimos en el apartado II que existen ACRs que mantienen o conservan sus derechos y obligaciones en conformidad con artículo XIX del GATT y el AS, algunos que obligan a excluir a los socios comerciales de una medida de salvaguardia global y otros que establece dicha exclusión como una facultad. Cabe señalar que la tipología usada en estos ACRs no se encuentra dentro del lenguaje utilizado en el GATT de 1994 ni en el AS.

Para un correcto análisis de la legalidad⁹¹ de las modificaciones *inter se* en materia de salvaguardias globales debemos distinguir entre los distintos tipos de modificaciones analizadas y determinar si aquellas cumplen con las condiciones establecidas en el artículo 41.1.b) de la CVDT (en relación con los artículos XXIV.8 y XXIV.5 del GATT).

⁹¹ También existe cuestionamientos económicos a la aplicación selectiva de salvaguardias globales, véase: Ahn (2008) 128-131. Para un análisis empírico, véase: BOWN y MCCULLOCH (2004) pp. 145-169.

a) ACRs que conservan sus derechos y obligaciones en conformidad con artículo XIX del GATT y el AS.

En estos casos los socios de un ACRs deben aplicar las salvaguardias globales a todos los miembros de la OMC, sin discriminar entre aquellos que son socios y aquellos que no lo son. Cabe preguntarse entonces si dichas cláusulas están permitidas en virtud de los artículos XXIV.8 y XXIV.5 del GATT.

El artículo XXIV.8 exige, tanto para las uniones aduaneras como para las zonas de libre comercio, “que los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) sean eliminados con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales entre los territorios constitutivos de la unión o, al menos, en lo que concierne a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de dichos territorios”. En otras palabras, para constituir una unión aduanera o la zona de libre de comercio los territorios constitutivos deberán eliminar los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas existentes con excepción de aquellas expresamente señaladas. Como podemos apreciar el artículo XIX del GATT no se encuentra mencionado dentro de las excepciones.

Las salvaguardias, sea que se manifiesten como un aumento en los derechos aduaneros o como una restricción cuantitativa, son “reglamentaciones comerciales restrictivas” en el sentido del artículo XXIV.8 del GATT ya que se trata de medidas cuya aplicación produce efectivamente una restricción al comercio de bienes. En este sentido “lo que parece importante, al determinar que regulación constituye una [reglamentación comercial restrictiva], no es el aspecto formal de la regulación, sino su efecto en el comercio”⁹².

Tratándose de reglamentaciones comerciales restrictivas debemos concluir que la ausencia del artículo XIX dentro las excepciones del artículo XXIV puede implicar que las medidas de salvaguardia debiesen de ser eliminadas entre los socios de un ACR⁹³. Sobre el particular dos posturas pueden observarse; aquella que sostiene que la enumeración de excepciones establecidas en el artículo XXIV.8 son exhaustivas y aquella que sostiene que solo es de carácter enunciativo. Una y otra nos llevaran a conclusiones distintas en relación a la

⁹² LOCKHART y MITCHELL (2005) p. 14. En el mismo sentido se pronuncia AHN (2008) p. 119-120 y; GOBBI y HORLICK (2006) p. 117-121.

⁹³ Tampoco se hace referencia al artículo VI del GATT de 1994 por lo que también debiesen de ser eliminadas las medidas antidumping y las medida compensatorias.

aplicación selectiva de salvaguardias globales entre miembros de un ACR⁹⁴. Cabe señalar que “[l]a historia de la redacción no indica por qué se incluyeron los artículos XI a XV y XX en la lista de excepciones en tanto que otros, concretamente el artículo XIX, no fueron incluidos”⁹⁵.

Si la lista de excepciones señaladas en el artículo XXIV.8 del GATT es ilustrativa entonces podrían incluirse las medidas de salvaguardias reguladas en el artículo XIX dentro de dichas excepciones. Aquello implicaría que las salvaguardias globales aplicadas por un socio comercial debiesen de regirse por el principio de trato NMF⁹⁶, lo que implicaría aplicarlas sin discriminación entre los miembros que son parte del acuerdo comercial como aquellos miembros de la OMC que no lo son. En otras palabras estaría prohibida la aplicación selectiva de salvaguardias globales entre los miembros de una ACR. Por otro lado, si la lista de excepciones fuera exhaustiva (limitada taxativamente a los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) entonces no habría cabida para el artículo XIX por lo que todas las uniones aduaneras y zonas de libre comercio deberían eliminar las medida de salvaguardia existentes entre ellos. Si no pueden aplicarse medidas de salvaguardia entre los miembros de una unión aduanera y de una zona de libre comercio, esto nos debería llevar a la conclusión de que en caso de que uno de sus miembros aplicase una salvaguardia en los términos del artículo XIX del GATT y del AS, el o los socios del acuerdo comercial debiesen de ser excluidos de dicha medida; o sea estaría permitida la aplicación selectiva de salvaguardias globales.

Para Pauwelyn “el grado de flexibilidad que ofrece el artículo XXIV.8 debiese de ser lo suficientemente amplio para incluir la posibilidad de salvaguardias [*inter se*]”⁹⁷. Argumenta que las excepciones establecidas en el artículo XXIV.8 “no sólo excluye al artículo XIX sobre salvaguardias, sino que también excluye al artículo XXI sobre las excepciones de seguridad y al artículo XVIII: B sobre restricciones comerciales por motivos de balanza de pagos que pueden ser impuestas por algunos países en desarrollo, [lo cual] es difícil de concebir”⁹⁸. Se trata de un argumento a contrario que postula que la lista de excepciones establecidas en el artículo XXIV.8 no es exhaustiva ya que no menciona una de las normas más importantes en materia de excepciones –el artículo XXI sobre excepciones relativas a la seguridad–⁹⁹. Völker agrega un argumento literal al

⁹⁴ AHN (2008) p. 120.

⁹⁵ COMITÉ DE ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES (1998) párrafo 6.

⁹⁶ GRUPO DE NEGOCIACIÓN SOBRE NORMAS (2002) párrafo 75.

⁹⁷ PAUWELYN (2004) p. 127.

⁹⁸ PAUWELYN (2004) p. 126-127.

⁹⁹ Esta argumentación puede tener su origen en la respuesta de la Comunidad Económica Europea al ser objetadas sus normas sobre desarrollo por estar posiblemente

señalar que la frase inicial del artículo XXI (“no deberá interpretarse ninguna disposición del presente Acuerdo en el sentido de que...”) sugiere que nada en el artículo XXIV impedirá que se adopten medidas de seguridad, por lo que se podría inferir que no existía necesidad de incluir el artículo XXI dentro de las excepciones señaladas en el artículo XXIV. Si a eso agregamos que el artículo XX contiene la misma frase inicial, se podría concluir razonablemente que la lista de excepciones del artículo XXIV no intentó ser exhaustiva¹⁰⁰.

Para Pauwelyn, lo esencial en esta discusión lo encontramos en el requisito de la eliminación de las restricciones a “lo esencial de los intercambios comerciales”. El artículo XXIV.8 exige la eliminación de “lo esencial” no la eliminación de “todas” las restricciones comerciales¹⁰¹. En otras palabras, la aplicación de salvaguardias globales entre socios de un ACR no impediría que las demás reglamentaciones comerciales restrictivas fuesen eliminadas de lo esencial de los intercambios comerciales en conformidad con el artículo XXIV.8 del GATT. En este sentido Ahn sostiene que “las prácticas actuales para restringir las importaciones en virtud del sistema de medidas correctivas comerciales deberían ser permitidas en el entendimiento que la parte predominante del comercio no sujeto a [dichas medidas] entre socios pueden aún constituir en “lo esencial de los intercambio comerciales”. Así, a pesar de que [las excepciones del artículo XXIV.8] están totalmente exentas del requisito de liberalización en “lo esencial de los intercambios comerciales”, la posibilidad de aplicar medidas correctivas comerciales entre las partes de una unión aduanera o una zona de libre comercio, que pueden ser, por su naturaleza, aplicadas sólo bajo ciertas circunstancias y también por un período limitado de tiempo; pueden ser consideradas dentro del ámbito permitido de restricción comercial”¹⁰².

Una opinión distinta sostiene Mathis¹⁰³ al señalar que el artículo XXI no fue incluido en las listas de excepciones del artículo XXIV.8 por un error de transcripción. Sin embargo, agrega que aquella inclusión no era necesaria dada la vocación de generalidad del artículo XXI que lo hace aplicable a todo el GATT, incluyendo al artículo XXIV. En base a una argumentación his-

haciendo aplicación del artículo XVIII (Ayuda del Estado para favorecer el desarrollo económico) del GATT. Al no encontrarse el Artículo XVIII en la lista de excepciones del artículo XXIV.8 se señalaba por parte del grupo de trabajo que dichas normas no podrían establecerse en el ACR. A esta objeción la Comunidad Económica Europea señala que “(it) would be difficult ... to dispute the right of contracting parties to avail themselves of that provision [article XXI] ... and it must be therefore be concluded that the lista was not exhaustive”. MATHIS (2002) p. 60-61.

¹⁰⁰ VÖLKER (1993) p. 27. Citado en MATHIS (2002) p. 61-62.

¹⁰¹ PAUWELYN (2004) p. 126-127.

¹⁰² AHN (2008) p. 121.

¹⁰³ MATHIS (2002) p. 62-63.

tórica sostiene que el artículo 44 del Capítulo IV de la Carta de La Habana (antecedente de artículo XXIV del GATT) establecía una lista de reglamentaciones comerciales restrictivas permitidas entre los socios de los ACRs y que correspondían a los actuales artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX señalados en la lista de excepciones del artículo XXIV.8 del GATT. No obstante, las excepciones de seguridad del artículo 99 (antecedente del Artículo XXI) no fueron nunca parte del Capítulo IV y ello se explica por tratarse una excepción general aplicable a toda la Carta, no limitada solo a su Capítulo IV. Como el artículo 44 de la Carta se encontraba dentro del Capítulo IV sobre Política Comercial, fue razonable que solo se incluyera en la lista de excepciones a los artículos ubicados dentro de su propio Capítulo. Dada la estructura de la Carta de la Habana hubiera sido redundante agregar excepciones que estaban establecidas fuera del Capítulo IV y que en todo caso se aplicaban a toda la Carta, como sucede con el artículo 99. La interpretación más plausible de la ausencia de excepciones de seguridad en el artículo XXIV es que se debió a un simple error de incorporación. Al transferir las disposiciones de la Carta de la Habana al GATT, las excepciones de seguridad, ahora establecidas en el GATT como el artículo XXI, fueron simplemente omitidas por descuido al no hacer una referencia a una excepción que no se encontraba originalmente dentro de los límites del Capítulo IV. Con todo, no habría habido razón alguna para que la lista del artículo XXIV.8 incluyera una disposición que estableciera una excepción que ya estaba prevista para el GATT como un todo. Esta interpretación confirma la aplicación del artículo XXI sobre excepciones de seguridad entre los socios de un ACR a su vez que confirma la exhaustividad de la lista de excepciones establecidas en el artículo XXIV.8 del GATT.

Para algunos autores la exhaustividad parece ser también la postura del Órgano de Apelación en *Turquía-Textiles*. Así, Lockhart y Mitchel¹⁰⁴ sostienen que el Órgano de Apelación estaría confirmado el carácter eminentemente exhaustivo de la excepciones señaladas en el artículo XXIV.8 del GATT al declarar que los ACRs “pueden aplicar, cuando sea necesario, con respecto a su comercio interior, determinadas reglamentaciones comerciales restrictivas que por lo demás están permitidas en virtud de los artículos XI a XV y el artículo XX del GATT de 1994”¹⁰⁵. Para Gobbi Estrella y Horlick¹⁰⁶ en *Turquía-Textiles* el Órgano de Apelación resuelve el extenso debate sobre la naturaleza facultativa u obligatoria de la lista de excepciones establecidas en el artículo XXIV.8 del GATT al concluir que aquella es obligatoria y al establecer, además, que la condición de eliminar “los derechos de aduana y las demás reglamentaciones

¹⁰⁴ LOCKHART y MITCHEL (2005) p. 16.

¹⁰⁵ *Turquía - Restricciones a la importación de productos textiles y de vestido* (1999) párrafo 48.

¹⁰⁶ GOBBI y HORICK (2006) p. 135-136.

comerciales restrictivas” debe interpretarse como una norma que exige (“must”) la abolición de las medidas correctivas comerciales en los ACRs (párrafo 48).

Sin embargo la exhaustividad del artículo XXIV.8 del GATT parece oponerse al artículo 2.2 del AS, que establece que “[l]as medidas de salvaguardia se aplicarán al producto importado independientemente de la fuente de donde proceda” por lo que aquellas debiesen de aplicarse sin excluir a ninguno de los miembros de la respectiva unión aduanera o zona de libre comercio. Lo anterior lleva a preguntarse ¿Cómo el artículo XXIV.8 del GATT se condice con el artículo 2.2 del AS?

La nota interpretativa general al Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech establece que “[e]n caso de conflicto entre una disposición del [GATT] de 1994 y una disposición de otro Acuerdo incluido en el Anexo 1A del Acuerdo por el que se establece la [OMC] prevalecerá, en el grado en que haya conflicto, la disposición del otro Acuerdo”. Por tanto, si existiera conflicto entre el artículo XXIV.8 del GATT con el artículo 2.2 del AS debiese de prevalecer este último, lo que implicaría aplicar las salvaguardias globales entre los socios de un ACR.

Sin embargo, hay que señalar que la jurisprudencia del Órgano de Apelación ha establecido que “[e]l GATT de 1994 y el [AS] son ambos Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías que figuran en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC y, como tales, ambos son “partes integrantes” del mismo tratado, el Acuerdo sobre la OMC, y son “vinculantes para todos sus Miembros [de acuerdo al artículo II.2 del Acuerdo de Marrakech]”¹⁰⁷. Por consiguiente, más que un conflicto, la relación entre el artículo XXIV.8 del GATT y el artículo 2.2 del AS debe regirse por una interpretación armónica de ambas normas lo que hace inaplicable la nota interpretativa del Acuerdo de Marrakech. Esta postura es consistente con la nota al pie del artículo 2.1 del AS que establece que “[n]inguna disposición del presente Acuerdo prejuzga la interpretación de la relación que existe entre el artículo XIX y el párrafo 8 del artículo XXIV del GATT de 1994”. Además es consiente el artículo 31.1 de la CVDT cual establece que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Para Voon¹⁰⁸ esta interpretación armónica nos debiese de llevar a la conclusión de que el artículo 2.2 del AS no tiene porqué invalidar o anular la aplicación del artículo XXIV.5 y XXIV.8 del GATT. Si ambas normas se leen

¹⁰⁷ Argentina - *Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado* (1999b) párrafo 83.

¹⁰⁸ VOON (2010) p. 31. En este mismo sentido se pronuncia PAUWELYN (2004) p. 130.

conjuntamente, el artículo XXIV.5 provee una excepción al trato de NMF establecido en el artículo 2.2 del AS. Argumenta en este sentido que las palabras “del presente acuerdo” usadas en el artículo XXIV.5 hacen referencia al Tratado de Marrakech (y sus anexos), y no solo al GATT de 1994. Compartimos con el autor la necesidad de armonizar el artículo 2.2 del AS con el artículo XXIV.8, sin embargo, ello no nos debe llevar a concluir precipitadamente que este último representa una excepción al primero. En este sentido no parece valido expandir la expresión “acuerdo” que usa el artículo XXIV.8 del GATT al AS y en base a ello determinar que el artículo XXIV representa una excepción al artículo 2.2 de AS.

Acogemos, más bien, la interpretación conciliadora de Piérola quien postula que el artículo 2.2 del AS no es un equivalente al trato de NMF establecido en los artículos I.1 y XIII del GATT, ya que aquel no especifica si la salvaguardia global debiese de ser equitativamente o proporcionalmente a todas las importaciones investigadas, solo establece que aquellas se aplicarán “al producto importado independientemente de la fuente de donde proceda”¹⁰⁹. En otras palabras, el artículo 2.2 del AS no estaría ordenando la aplicación de una salvaguardia global a todas todas las importaciones, solo estaría exigiendo que si una salvaguardias global es aplicada esta deberá afectar a todas las importaciones investigadas. En este sentido, si el artículo 2.2 fuera equivalente al artículo 1.1 del GATT y el socio de un ACR aplicase una salvaguardia global selectivamente, o sea no incluyendo a los demás socios del ACR, se podría decir que dicha exclusión está prohibida por el artículo 2.2 ya que se estaría vulnerando el trato de NMF del artículo 1.1 del GATT. Sin embargo, al no ser equivalentes no se produce un conflicto entre el artículo 2.2 del AS y el artículo XXIV.8 del GATT¹¹⁰.

Esta interpretación permite la aplicación de ambas disposiciones de forma armónica al establecer que las salvaguardias globales pueden ser aplicadas a todas las importaciones investigadas (en concordancia con el artículo 2.2 de AS) con exclusión de las importaciones de los socios regionales comerciales (en concordancia con el artículo XXIV del GATT). En este sentido, Piérola concluye que la cuestión de si una salvaguardia global debe aplicarse a todas las importaciones o solo a algunas seleccionadas no estaría regulada directamente por el AS. Más bien, caería dentro de la disciplina del GATT y estaría regulada por el artículo I.1 y XIII, y las excepciones establecidas en el artículo XXIV¹¹¹.

¹⁰⁹ PIÉROLA (2014) p. 273.

¹¹⁰ PIÉROLA (2014) p. 273-274.

¹¹¹ PIÉROLA (2014) p. 274.

En lo que respecta al artículo XXIV.5 del GATT las cláusulas estudiadas parecen ser consistentes con sus exigencias ya que la aplicación de una salvaguardia global a todos los miembros de la OMC sin discriminar entre aquellos que son socios del respectivo ACR no generaría efectos negativos para el comercio con terceros, ya que no se estarían estableciendo mayores restricciones al comercio externo.

En conclusión, aquellos ACRs que exigen aplicar las salvaguardias globales a todos los miembros de la OMC, sin discriminar, son consistentes con el artículo XXIV.5 del GATT, no así con el artículo XXIV.8 ya que con dicha medida se estaría restringiendo la liberalización comercial entre los socios de un ACR, cuestión que además sería inconsistente con el segundo requisito del artículo 41.1.b) de la CVDT al tratarse de una modificación *inter se* incompatible con el objeto y fin del tratado.

b) ACRs que obligan a excluir a los miembros del ACR de una salvaguardia global

En aquellos casos en que los ACR obligan a excluir a los socios de la aplicación de una salvaguardia global los efectos se producen a la inversa. En estos casos la aplicación selectiva de salvaguardias globales parece ser consistente con el artículo XXIV.8 del GATT mas no así con el artículo XXIV.5.

Al excluir a un socio comercial de la aplicación de una salvaguardia global no se afecta sino que se propicia la liberalización del comercio existente entre ellos por lo que se cumple con las condiciones del artículo XXIV.8 del GATT y con el correlativo segundo requisito del artículo 41.1.b) de la CVDT. Por el contrario, una aplicación selectiva de salvaguardias globales parece afectar el comercio con terceros al crear una distorsión del mismo que lo aleja de terceros Estados no socios de ACR respectivo. En otras palabras, “la aplicación selectiva de [salvaguardias globales] constituiría una distorsión sistemática al crear mecanismos que restringiesen más el comercio en contra de miembros no socios, lo cual es inconsistente con la obligación establecida en el artículo XXIV.5”¹¹² y con el primer requisito del artículo 41.1.b) de la CVDT.

c) ACRs que facultan a excluir a los miembro del ACR de una medida de salvaguardia global.

Por último, nos queda por analizar aquellos ACRs que no obligan sino que facultan a los socios regionales para excluir a sus pares de la aplicación de un salvaguardia global. No estamos en la situación anterior en que el ACR exige

¹¹² AHN (2008) p. 125.

que se excluya a un socio sino que en estos casos otorga plena libertad al socio para elegir si excluye o no.

A nuestro parecer estos ACRs son lo que otorgan mayores posibilidades de cumplimiento en relación con las exigencias del artículo 41.1.b) de la CVDT, en concordancia con los artículos XXIV.8 y XXIV.5 del GATT. Siguiendo a Voon¹¹³, estos ACRs otorgan flexibilidad a los socios de un ACR y los hace responsables de cumplir las disposiciones de la OMC. En este sentido, de conformidad con el artículo XXIV.5 del GATT y el segundo requisito del artículo 41.1.b) de la CVDT, los socios de estos ACRs que opten por aplicar una salvaguardia global excluyendo a los socios del respectivo ACR deberán asegurarse de minimizar el impacto que la aplicación selectiva de salvaguardias globales pudiese generar en los miembros de la OMC que no son socios del acuerdo. Al mismo tiempo, en conformidad con el artículo XXIV.8 del GATT y el primer requisito del artículo 41.1.b) de la CVDT, los socios del ACR que decidan aplicar una salvaguardia global que incluya a los miembros del respectivo ACR, o sea sin discriminar o seleccionar, deberá asegurar la suficiente liberalización del comercio entre los socios afectados por la aplicación de la medida. En este sentido, los ACRs que establecen la facultad de excluir a los socios de un ACR parecen ser los que más se adecuan a las exigencias del artículo XXIV.8 y XXIV.5 del GATT, ya que permiten una adecuación realista de la aplicación de una salvaguardia global a los requerimientos del comercio interno como externo.

Para Lockhart y Mitchell¹¹⁴ este enfoque dejaría indefinido e incierto el tipo de salvaguardias globales que podrían aplicarse en virtud del ACR y la proporción del comercio que debiese de estar sujeto a dicha salvaguardia. Como resultado, la consistencia del ACR con las condiciones establecidas en el artículo XXIV.5 y XXIV.8 del GATT variaría dependiendo de la extensión de la salvaguardia aplicada en un tiempo dado y de las otras medidas correctivas comerciales aplicadas. Esto, según los autores, haría imposible establecer en forma definitiva –basándose solamente en el ACR– cuándo la aplicación de una salvaguardia global estaría justificada en virtud del artículo XXIV del GATT.

Sin lugar a dudas el determinar si una salvaguardia global cumple o no con los requisitos establecidos en el artículo XXIV.5 y XXIV.8 del GATT es una tarea difícil, sin embargo, ello no nos debe llevar a la conclusión de que es imposible. El mismo Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del GATT reconoce que “a efectos de la evaluación global de la incidencia de las demás reglamentaciones comerciales [como las salvaguardias],

¹¹³ VOON (2010) p. 33.

¹¹⁴ LOCKHART y MITCHELL (2005) p. 15

cuya cuantificación y agregación son difíciles, quizá sea preciso el examen de las distintas medidas, reglamentaciones, productos abarcados y corrientes comerciales afectada”.

IV. LA RESPUESTA ESQUIVA DEL ÓRGANO DE APELACIÓN: EL REQUISITO DEL PARALELISMO

El Órgano de Apelación ha sido bastante esquivo en orden responder si la aplicación selectiva de salvaguardias globales por parte de los socios de un ACR se encuentra o no justificada en virtud del artículo XXIV del GATT. En vez de responder directamente esta interrogante ha desarrollado lo que se conoce como regla del “paralelismo”: un requisito jurisprudencial no reconocido expresamente en el artículo XIX del GATT o en el AS. De acuerdo a este requisito debe existir una identidad entre las importaciones consideradas para efectos de la investigación de salvaguardias y los productos a los que se aplica efectivamente la medida.

La génesis de este requisito la encontramos en la disputa *Argentina-Calzados*. En esta diferencia el Órgano de Apelación determinó que “Argentina no puede justificar [...] la aplicación de sus medidas de salvaguardia sólo a las fuentes de suministro de terceros países que no son miembros del MERCOSUR basándose en una investigación que constató la existencia o amenaza de daño grave causado por importaciones procedentes de todas las fuentes, con inclusión de las importaciones procedentes de otros Estados miembros del MERCOSUR”¹¹⁵.

Luego, en *Estados Unidos-Gluten de Trigo* el Órgano de Apelación, a través de una interpretación literal del artículo 2 y 4 del AS, estableció que el incluir las importaciones procedentes de todas las fuentes en la investigación, y luego excluir las importaciones procedentes de una fuente del ámbito de aplicación de la medida, significaría dar a las expresiones “productos importados” o “importación de ese producto” un sentido diferente al establecido en los artículos 2.1 y 2.2 del AS respectivamente. En el artículo 2.1 la expresión abarcaría las importaciones procedentes de todas las fuentes, mientras que en el artículo 2.2, excluiría las importaciones de determinadas fuentes. Lo anterior, en palabras del Órgano de Apelación sería incongruente e injustificado. En consecuencia, lo normal es que las importaciones incluidas en las determinaciones hechas con arreglo al artículo 2.2 y al artículo 4.2 deberían corresponder a las impor-

¹¹⁵ *Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado* (1999b) párrafo 114.

taciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la medida con arreglo al artículo 2.2¹¹⁶.

Con la exigencia anterior el Órgano de Apelación establece que una brecha entre el ámbito de aplicación y el ámbito de investigación constituye una presunción prima facie de no paralelismo¹¹⁷. Sin embargo, esa brecha puede superarse si la autoridad investigadora determina explícitamente que las importaciones afectadas, con exclusión de aquellas proveniente del socio del ACR excluido de la medida, cumplen las condiciones para la aplicación de la medida de salvaguardia conforme lo prescribe el artículo 2.1 y 4.2 del AS¹¹⁸.

El establecimiento de esta regla es una derivación del principio general de causalidad en virtud del cual el aumento de la importaciones no necesita ser el único factor que puede causar un daño grave a la industria doméstica. Para Piérola, el mayor estándar que represente la regla del paralelismo puede ser justificada por el hecho de que la exclusión de importaciones es una circunstancia excepcional. Si no se hace coherentemente, en conformidad con la regla del paralelismo, se podría poner en duda la legitimidad de la salvaguardia. Bajo esta circunstancia, la prueba se desplaza al miembro que impone la salvaguardia. Deberá demostrar que, a pesar de la falta de paralelismo, las importaciones investigada, por si mismas, satisfacen las exigencias del artículo 2.1 y 4.2 del AS¹¹⁹.

En *Estados Unidos - Tubos* se resolvió que la demostración de la exclusión de socios comerciales es suficiente para establecer una presunción prima facie de la falta de paralelismo¹²⁰. Agrega, además, que la investigación realizada por la autoridad competente deberá probar que las importaciones de países no miembros causan por sí solas un daño grave o amenaza de daño grave y deben proporcionar una explicación razonada y adecuada del modo en que los hechos corroborarían esa constatación¹²¹.

En *Estados Unidos - Salvaguardias sobre el Acero* el Órgano de Apelación agrega que la autoridad competente deberá tomar en cuenta el hecho de que

¹¹⁶ *Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas* (2000) párrafo 97.

¹¹⁷ PIÉROLA (2014) p. 278.

¹¹⁸ *Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas* (2000) párrafo 98.

¹¹⁹ PIÉROLA (2014) p. 278-279.

¹²⁰ *Estados Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea* (2002) párrafo 187.

¹²¹ *Estados Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea* (2002) párrafo 194.

las importaciones excluidas hayan podido tener algún efecto perjudicial para la rama de producción nacional que pudiese ser atribuido a las importaciones no excluidas¹²². Este requisito ha sido denominado como “requisito de no atribución”. Como se puede apreciar esta interpretación impone un alto costo a aquellos miembros que desean desviarse de la regla del paralelismo. Si así lo hacen, el requisito de causalidad se vuelve más exigente¹²³.

La regla del paralelismo también ha sido analizada aproposito de la exclusión de importaciones provenientes de países en desarrollo. En *República Dominicana - Medidas de salvaguardias*, se resolvió que el artículo 9.1 del AS implica un alejamiento expreso de la obligación establecida en el artículo 2.2¹²⁴. En este sentido cuando un miembro aplique una salvaguardia global y excluya determinadas importaciones con base en el artículo 9.1 del AS no será necesario realizar un nuevo análisis de incremento de importaciones, daño y causalidad ya que la misma autoriza una desviación a la regla del paralelismo¹²⁵. Un aspecto importante a rescatar de esta diferencia, y que puede repercutir en la discusión llevada *supra*, es que aún “queda por determinar si existen otras consideraciones fuera de la disposición del artículo 9.1 del AS que permitan excluir a Estados miembros de la OMC de medidas de salvaguardia. En este sentido, si bien estas medidas deben imponerse al producto importado con independencia de la fuente de procedencia, no está claro si el requisito del paralelismo puede servir como un fundamento en sí mismo para excluir otros Estados miembros de la OMC de la medida de salvaguardia, como es el caso del cumplimiento de ciertas normas de acuerdos comerciales que permiten (o que en algunos casos exigen) esta exclusión”¹²⁶.

¹²² *Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero* (2003) párrafo 441. Sostiene en este sentido que la expresión “aumento de las importaciones” que figura en los artículos 4.2.a) y 4.2.b) del AS se deben interpretar como referido al mismo conjunto de importaciones al que se refiere artículo 2.1 del AS, es decir, a las importaciones incluidas en la medida de salvaguardia. Por lo tanto, las importaciones excluidas de la aplicación de la medida de salvaguardia se deben considerar como un factor “distinto [...] del aumento de las importaciones” en el sentido del artículo 4.2.b). En conclusión los posibles efectos perjudiciales que esas importaciones excluidas puedan tener en la rama de producción nacional no se deben atribuir a las importaciones incluidas en la medida de salvaguardia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.2.b) (párrafo 450).

¹²³ PIÉROLA (2014) p. 281.

¹²⁴ *República Dominicana - Medidas de salvaguardia sobre las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular* (2012) párrafo 7.377.

¹²⁵ *República Dominicana - Medidas de salvaguardia sobre las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular* (2012) párrafo 7.385.

¹²⁶ DELPIANO (2014) p. 493.

En resumen, la regla del paralelismo surge del lenguaje paralelo utilizado en los artículos 2.1 y 2.2 del AS; así como en su relación con el artículo 4.2 del mismo acuerdo. En efecto, la regla del paralelismo implica que debe existir una identidad entre las importaciones consideradas para efectos de la investigación de salvaguardias (artículos 2.1 y 4.2) y los productos a los que se aplica la medida (artículo 2.2). Esta regla se vulnera si un miembro aplica una salvaguardia excluyendo a los socios de un ACR o sea si realiza una aplicación selectiva de salvaguardias. No obstante lo anterior, en determinadas circunstancias puede justificarse el incumplimiento del paralelismo si el Miembro que impone la medida establece explícitamente que las importaciones no excluidas cumplen las condiciones para la aplicación de la salvaguardia en virtud de los artículos 2.1 y 4.2 del AS. Al mismo tiempo se exige que el miembro establezca explícitamente que las importaciones excluidas no producen efectos perjudiciales que puedan ser atribuidos a las importaciones no excluidas de la medida de salvaguardia.

El cumplimiento de la regla del paralelismo, o su respectiva justificación frente a una aplicación selectiva, regula la identidad que debe existir entre la aplicación de una salvaguardia global y su respectiva investigación. Sin embargo, no responde la cuestión relativa a si las importaciones de socio comerciales pueden ser excluidas de la aplicación de una salvaguardia global incluso si la regla del paralelismo es respetada. En efecto, para el Órgano de Apelación el artículo XXIV del GATT sólo entra en juego si el paralelismo se ha respetado. En otras palabras, el artículo XXIV del GATT nunca puede justificar una violación del paralelismo. Sin embargo, el Órgano de Apelación nunca explica por qué se da dicha situación¹²⁷.

Para Pauwelyn la regla del paralelismo representa una contorsión innecesaria y que su desarrollo solo puede explicarse por el hecho de que “los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación querían eludir el enigma sin resolver hasta la fecha de si el artículo XXIV del GATT sobre acuerdos regionales puede justificar una salvaguardia discriminatoria en violación al artículo 2.2 de la [AS]”¹²⁸. En efecto tanto en *Argentina-Calzado* como en *Estados Unidos-Tubos* los miembros demandados invocaron como defensa el artículo XXIV del GATT sin encontrar un pronunciamiento por parte del Órgano de Apelación¹²⁹ quien señaló que la regla de paralelismo ya había sido vulnerada por

¹²⁷ PAUWELYN (2004) p. 122. En el mismo sentido PIÉROLA (2014) p. 287.

¹²⁸ PAUWELYN (2004) p. 121.

¹²⁹ Véase: *Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado* (1999a) párrafo 8.93 y *Estados Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea* (2001) párrafo 7.132-7.133.

lo que no era necesario analizar la cuestión relativa al artículo XXIV¹³⁰. Cabe señalar que esta economía procesal parece ir en contra del artículo 17.12 del ESD que establece que “[e]l Órgano de Apelación examinará cada una de las cuestiones planteadas [...] en el procedimiento de apelación”¹³¹.

Pauwelyn agrega que si el Órgano de Apelación deja abierta la cuestión de si el artículo XXIV puede justificar una violación al principio de no discriminación del artículo 2.2 ;por qué el artículo XXIV no podría también justificar una violación al paralelismo, un requerimiento que, después de todo, emana del mismo artículo 2? Esta pregunta se relaciona con la cuestión más amplia de si el artículo XXIV puede justificar una violación al AS, esto en consideración a que el AS se vincula explícitamente con el artículo XIX del GATT¹³². Concluye el autor que: “en lugar de resolver las cuestiones de las salvaguardias selectivas, el requisito de paralelismo las exacerbaba”¹³³.

Por último, cabe agregar que la respuesta del Órgano de Apelación parece tener su origen en la propuesta del Presidente del Grupo de Negociación sobre las Salvaguardias durante la Ronda de Uruguay que establecía que: “cuando una unión aduanera aplicase una medida de salvaguardia en nombre de un Estado miembro no se atribuirá al aumento de las importaciones ningún perjuicio imputable a la competencia de productores establecidos en otros Estados miembros de la unión aduanera”¹³⁴. Siguiendo a Delpiano “la tesis del Órgano de Apelación parece ser una respuesta frente a las negociaciones de la Ronda Uruguay, imponiendo un criterio cuya propuesta no fructificó en su oportunidad. Ciento es que ni en las negociaciones ni tampoco el Órgano de Apelación han adoptado una respuesta a la relación entre el artículo XIX y el artículo XXIV del GATT, pero este último, a través del principio del paralelismo provocó como efecto un verdadero reemplazo de la propia voluntad de los Estados negociadores de la Ronda Uruguay en los parámetros a través de los cuales se mide la compatibilidad de la exclusión de un miembro de una zona de libre comercio o de una unión aduanera con las normas del GATT”¹³⁵.

¹³⁰ Estados Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea (2002) párrafo 199.

¹³¹ SHADIKHODJAEV (2011) p. 535.

¹³² PAUWELYN (2004) p. 122-123.

¹³³ PAUWELYN (2004) p. 124.

¹³⁴ GRUPO DE NEGOCIACIÓN SOBRE NORMAS (2002) p.3. Argumento esgrimido en Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado (1999b) párrafo 13.

¹³⁵ DELPIANO (2013) p. 31.

V. CONCLUSIONES

1. Las salvaguardia globales son medidas correctivas comerciales adoptadas por los miembros de la OMC, que tienen por objeto restringir temporalmente las importaciones de otros miembros una vez que se hayan cumplido determinadas condiciones sustantivas y procedimentales de aplicación. Estas se encuentran en el artículo XIX del GATT y en el AS.
2. La regulación de las salvaguardias globales se ha visto afectada por la proliferación de ACRs cuyas disposiciones han venido a modificar entre sus miembros (modificaciones *inter se*) la regulación multilateral de las salvaguardias globales. En particular las modificaciones más discutidas son aquellas que admiten la aplicación selectiva de salvaguardias globales, o sea aquellas disposiciones que establecen la posibilidad de aplicar salvaguardias globales excluyendo a los socios comerciales del ACR respectivo.
3. Al efecto, podemos distinguir entre aquellos ACRs que no hacen referencia alguna a las salvaguardias globales, aquellos que mantienen o conservan sus derechos y obligaciones en conformidad con artículo el XIX del GATT y el AS, aquellos que obligan a excluir a los socios comerciales de una salvaguardia global y aquellos que no obligan sino que facultan dicha exclusión.
4. La facultad u obligación de excluir socios comerciales de la aplicación de una salvaguardia global ha generado cuestionamientos en torno a su legalidad. Se discute principalmente si el artículo XXIV del GATT –que regula los ACRs– justifica o no dichas exclusiones.
5. Una respuesta comprensiva a dicha interrogante parte por convenir que el Derecho de la OMC es parte de un conjunto más amplio de normas de Derecho Internacional Público que interactúan y deben coordinarse entre sí. En este contexto la CVDT, cuya aplicación ha sido reconocida expresamente en el sistema multilateral (artículo 3.2 y 31.3.c) del ESD), no solo otorga normas sobre interpretación de los tratados (artículo 31 y siguientes) sino que también dispone de un conjunto normativo que deberá ser observado dentro del Derecho de la OMC.
6. En base a lo anterior, y a falta de norma que prohíba las modificaciones *inter se* que pueden realizar los ACRs al sistema de la OMC, creemos que lo correcto, a la hora de determinar si la aplicación selectiva de salvaguardias globales están permitidas dentro del sistema multilateral, es remitirse a las condiciones del artículo 41.b) de la CVDT. En base a dicha norma los ACRs podrán realizar modificaciones al sistema multilateral en la medida que no afecten el disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan

en virtud del tratado, ni al cumplimiento de sus obligaciones, y que no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.

7. En base al artículo XXIV.5 del GATT entenderemos que las modificaciones *inter se* en materia de salvaguardias globales no afectaran el disfrute de los derechos que a las demás partes corresponda, ni sus obligaciones, cuando aquellas no establezcan mayores restricciones al comercio externo. Por otro parte, en virtud del artículo XXIV.8 del GATT, entenderemos que dichas modificaciones no serán incompatibles con el objeto y fin del tratado cuando aquellas no afectan la liberalización del comercio entre los respectivos socio comerciales.
8. Al analizar las salvaguardias globales en los distintos ACRs a la luz de las condiciones del artículo 41 de la CVDT (en correlación con el artículo XXIV del GATT) determinamos que los acuerdos comerciales que más se ajustan a dichos requerimientos son aquellos que reconocen la facultad de excluir a los socios comerciales de la aplicación de una salvaguardia global. Ni aquellos acuerdos comerciales que exigen la exclusión de socios comerciales ni aquellos que prohíben dicha exclusión parecen cumplir con las dos condiciones del artículo 41 de la CVDT.
9. Con todo, la pregunta sobre si la exclusión de socios comerciales podría justificarse en virtud del artículo XXIV del GATT no ha sido aún resuelta por el Órgano de Apelación de la OMC. Ha dado en cambio respuestas evasivas que se decantan por establecer la regla del paralelismo como requisito previo a la resolución de dicha interrogante.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AHN, Dukgeun (2009): “Foe or friend of GATT article XXIV: Diversity in trade remedy rules”. *Journal of International Economic Law*, Vol.11 N°1, pp. 107-133.
- BOWN, Chad P. y MCCULLOCH, Rachel (2004) “The WTO Agreement on Safeguards: An Empirical Analysis of Discriminatory Impact”. En Plummer, Michael G. (editor): *Empirical Methods in International Trade*. Cheltenham UK: Edward Elgar, pp. 145-169.
- CHOI, Won-Mog (2005) “Legal problems of making regional trade agreements with non-WTO member states”. *Journal of International Economic Law*, Vol. 8 n°4, pp. 825-860.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2005): “Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional” (A/CN.4/L.682). Informe del Grupo de Estudio, elaborado por Martti Koskenniemi.
- COMITÉ DE ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES (1998): “Problemas sistemáticos relativos a las “demás reglamentaciones del comercio” (WT/REG/W/17/Rev.1) Nota documental de la secretaría, 5 de Febrero de 1998.
- CRAWFORD, Jo-Ann, McKEAGG, Jo, y TOLSTOVA, Julia (2013): *Mapping of Safeguard Pro-*

- visions in Regional Trade Agreements*, World Trade Organization: Economic Research and Statistics Division. 45 pp. Disponible en: <http://www.wto.org/> [fecha de visita 24 de abril de 2013]
- DELPANO LIRA, Cristián (2013) "Salvaguardias Globales y Exenciones Regionales. El Alcance del Artículo XXIV del GATT en la Jurisprudencia OMC". Conferencia Comercio agrícola y América Latina: Cuestiones, controversias y perspectivas, 19 al 20 de septiembre, Buenos Aires, Argentina. 31 pp. Disponible en <http://catedraomc.flacso.org.ar/> [fecha de visita 26 de Agosto de 2014].
- DELPANO LIRA, Cristián (2014) "Comentario del informe del grupo especial de la OMC en el asunto República Dominicana: Medidas de salvaguardia sobre las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular (Informe de 31 de enero de 2012)". *RDUCN*, Vol. 21, nº 2, pp. 485-493.
- FABBRICOTTI, Alberta (2008) *The Interplay between the WTO and RTAs - Is it a Question of Interrelation between Different Sources of International Law?* Inaugural Conference with the Centre on Trade and Economic Integration at the Graduate Institute of International Studies: "New Horizons of International Economic Law", Geneva, 15-17 July 2008. Disponible en: <http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html> [fecha de visita 5 de Junio de 2014]
- FABBRICOTTI, Alberta (2010): "The WTO and RTAs: A "Bottom-Up" Interpretation of RTAs' Autonomy Over WTO Law" en Kolsky Lewis, Meredith and Frankel, Susy (editors), *International Economic Law and National Autonomy: Convergence or Divergence?* UK: Cambridge University Press, pp. 116-140, p. 119 y 139).
- GARDINER, Richard K. (2008): *Treaty Interpretation*. New York: Oxford University Press, pp. 407.
- GOBBI ESTRELLA, Angela T. y HORLICK, Gary N. (2006) "Mandatory abolition of anti-dumping, countervailing duties and safeguards in custom unions and free trade areas constituted between WTO Members: Revisiting a long-standing discussion in light of the Appellate Body's Turkey – Textiles Ruling". En Bartels, Lorand y Ortino, Federico, (editores) *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, New York: Oxford University Press;: 638 pp.
- GRUPO DE NEGOCIACIÓN SOBRE NORMAS (2002) *Compendio de cuestiones relacionadas con los Acuerdo Comerciales Regionales*. Notas de antecedentes preparadas por la secretaría, 1 de Agosto de 2002 (TN/RL/W/8/Rev.1).
- GRUPO DE NEGOCIACIÓN SOBRE SALVAGUARDIAS (1990) *Proyecto de Texto de un acuerdo*, 13 de octubre de 1990 (MTN.GNG/NG9/W/25/Rev.3).
- HERDEGEN, Matthias (2012): *Derecho Internacional Económico* (traducción de Katia Fach Gómez, Laura Carballo Piñeiro y Dieter Wolfram, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Fundación Konrad Adenauer, 512 pp.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. (2010): "La regulación jurídica del sistema económico internacional" en: Hinojosa Martínez, Luis M. y Roldán Barbero, Javier (coordinadores) *Derecho Internacional Económico*, Madrid: Marcial Pons, pp. 27-51.
- HUANG, Yangyang (2012) *Trade Remedy Measures in the WTO and Regional Trade Agreements*. Ph.D. thesis at University of Edinburgh, pp. 292. Disponible en: <https://www.era.lib.ed.ac.uk/handle/1842/7784> [fecha de visita 17 de junio de 2014] p. 154.
- KOTERA, A. y KITAMURA, T. (2007) *On the Comparison of Safeguard Mechanisms of Free Trade Agreements*. RIETI Discussion Paper Series, Disponible en: <http://www.rieti.go.jp/> [fecha de visita 26 de enero de 2015] p. 1-40 y en Lee (2014) 249-259.
- KRUGER, Paul, DENNER, Willemien and CRONJE, JB (2009) *Comparing safeguard measures in regional and bilateral agreements*. International Centre for Trade and Sustainable

- Development (ICTSD) Programme on Agricultural Trade and Sustainable Development. Disponible en: <http://www.ictsd.org/> [fecha de visita 26 de julio de 2014]
- LEE, Young-Shik (2014) *Safeguard Measures in Word Trade: The legal analysis*. 3^{era} ed. UK: Edward Elgar Publishing Limited, 385 pp.
- LOCKHART, Nicolas JS y MITCHELL, Andrew D. (2005); “Regional Trade Agreements Under GATT 1994: An Exception and its Limits” en Michell, Andrew D. *Challenges and Prospects for the WTO* (editor), London: Cameron May Ltd, p. 1-23. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=747984> [fecha de visita 8 de diciembre de 2014].
- MARCEAU, Gabrielle (2009) “News from Geneva on RTAs and WTO-plus, WTO-more, and WTO-minus” en *Proceedings of the Annual Meeting* (American Society of International Law), Vol. 103, pp. 124-128.
- MATHIS, James H. (2002): *Regional Trade Agreements in the GATT/WTO. Article XXIV and the Internal Trade Requirement* (T.M.C Asser Press: The Hague) 328 pp.
- MAVRODIS, Petros (2012) *Trade in Goods*. 2^{da} Edición. United Kingdom: Oxford University Press; pp. 899.
- MITCHELL, Andrew (2007) “The legal basis for using principles in WTO disputes”. *Journal of International Economic Law* Vol. 10 nº 4, pp. 795–835.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (1998) *Inventario de las disposiciones no arancelarias en los Acuerdos Comerciales Regionales* (WT/REG/W/26), Documento del Comité de Acuerdos Comerciales Regionales de 5 de mayo de 1998, pp 27.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (2011) *Informe sobre el Comercio Mundial 2011. La OMC y los acuerdos comerciales preferenciales: de la coherencia a la coexistencia*, 251 pp. Disponible en: www.wto.org [fecha de visita 9 de febrero de 2015]
- PAUWELYN, Joost (2001) “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *American Journal of International Law*, Vol. 95, Nº 3, pp. 535-578.
- PAUWELYN, Joost (2007): “Legal Avenues to “Multilateralizing Regionalism”: Beyond article XXIV”, Conferencia sobre multilateralización del regionalismo organizada y patrocinada por la OMC- HEI - CEPR., 10-12 de septiembre de 2007, Génova, Suiza, 35 pp. Disponible en: <https://www.wto.org/> [fecha de consulta: 3 de junio de 2016].
- PIÉROLA, Fernando (2014) *The Challenge of Safeguards in the WTO* (United Kingdom: Cambridge University Press) 391 pp.
- SHADIKHODJAEV, Sherzod (2011) “Checking RTA Compatibility with Global Trade Rules: WTO Litigation Practice and Implications from the Transparency Mechanism for RTAs”. *Journal of World Trade*. Vol. 45 Nº3, pp. 529–551.
- TEH, Robert y PRUSA, Thomas J (2011) “Contingent Protection Rules in Regional Trade Agreements” en Bagwell, Kyle W. y Mavroidis, Petros C, *Preferential Trade Agreements: A Law and Economics Analysis*. New York: Cambridge University Press. p. 65-68.
- TEH, Robert; PRUSA, Thomas J.; BUDETTA, Michele (2007) *Trade Remedy Provisions in Regional Trade Agreements*. WTO: Economic Research and Statistics Division, 83 pp. Disponible en: <http://www.wto.org/> [fecha de visita 24 de diciembre de 2013]
- TRACHTMAN, Joel P. (1999): “The domain of WTO dispute resolution”, *Harvard International Law Journal*, Nº 40(2) Spring, pp. 333-377.
- TRACHTMAN, Joel P. (2004): “Review of Joost Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 98, nº 4, pp. 855-861
- VAN DER BOSSCHE, Peter (2005) *The Law and Policy of the WTO: Text, cases and Materials* (United Kingdom: Cambridge University Press) 737 pp.

VÖLKER, Edward L.M. (1993) *Barriers To External and Internal Community Trade* (Kluwer Law International: Dordrecht) 230 pp.

VOON, Tania (2010): “Eliminating Trade Remedies from the WTO- Lessons from RTA”. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59 Nº 3, pp. 625-667.

WORLD TRADE ORGANIZATION (2003) *Dictionary of Trade Policy Terms*, 4ª Edición, 447 pp.

Jurisprudencia Citada

Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado (1999b): Órgano de Apelación, 14 de diciembre de 1999 (WT/DS121/AB/R).

Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado (1999a): Grupo Especial, 25 de junio de 1999 (WT/DS121/R).

Corea - Medidas que afectan a la contratación pública (2000): Grupo Especial, 1 de mayo de 2000 (WT/DS163/R)

Estados Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea (2002): Órgano de Apelación, 15 de febrero de 2002 (WT/DS202/AB/R).

Estados Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea (2001): Grupo Especial, 29 de octubre de 2001 (WT/DS202/R)

Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas (2000): Órgano de Apelación, 22 de diciembre de 2000 (WT/DS166/AB/R)

Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero (2003): Órgano de Apelación, 10 de noviembre de 2003 (WT/DS248/R-WT/DS259/R)

República Dominicana - Medidas de salvaguardia sobre las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular (2012): Grupo Especial, 31 de enero de 2012 (WT/DS415/R - WT/DS418/R).

Turquía - Restricciones a la importación de productos textiles y de vestido (1999): Órgano de Apelación, 22 de octubre de 1999 (WT/DS34/AB/R).

Acerca del delito de maltrato animal en Chile: Análisis y crítica del art. 291 bis del Código Penal

[About the offense of animal abuse in Chile: Analysis and critique of the art. 291 bis of the Criminal Code]

JOSÉ BINFA ÁLVAREZ*

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza, desde una perspectiva crítica, el delito de maltrato animal del artículo 291 bis del Código Penal chileno. Se ofrecerá una breve contextualización acerca de la protección del bienestar animal tanto en el derecho comparado como en nuestra legislación para luego adentrarse en el análisis de los aspectos dogmáticos de nuestro delito de maltrato animal, deteniéndose en el estado actual del bien jurídico de este tipo de delitos en el derecho español. Finalmente, se expondrán críticas tanto a la descripción típica del delito, como de cuestiones procesales aparejadas a este tipo penal, ofreciendo ideas de lege ferenda para su reforma.

PALABRAS CLAVE

Maltrato animal – Crueldad con animales – Bienestar Animal - Derecho penal chileno.

ABSTRACT

This paper aims to analyze, from a critical perspective, the offense of animal abuse of article 291 bis of the Chilean Criminal Code. A brief contextualization about the protection of animal Welfare both in comparative law and in chilean law will be shown and then analyze the dogmatic aspect of chilean animal abuse offense, reviewing the state of the ‘legal good’ in this kind of offense in spanish law. Lastly, critical considerations will be explained about the legal description, as well procedural issues related to this offense, offering lex ferenda reflections.

KEYWORDS

Animal abuse – Cruelty to animals – Animal Welfare – Chilean criminal law.

* Egresado de Derecho por la Universidad Mayor, Facultad de Derecho. Correo electrónico: jose.binfa@mayor.cl

El autor quisiera agradecer los valiosos aportes bibliográficos y comentarios explicativos de la médica veterinaria Natalia González Arce sobre temas de su especialidad.

I. INTRODUCCIÓN

En el último tiempo, el mundo jurídico ha visto un aumento en la importancia y consideración de los animales a la hora de legislar. La discusión moral sobre si los animales son o no cosas, y sobre si tienen intereses, tiene un par de siglos de existencia: en la actualidad ciertamente nadie podría decir que estos no sienten ni tienen deseos, intereses e incluso sentimientos, pero sí podrían decir que tienen un valor moral inferior al hombre¹. Bajo la idea de un trato ético entre el hombre y los animales *no humanos*, han surgido en las últimas décadas movimientos que exigen cambios en este trato y esto últimamente ha repercutido en el derecho en cuanto a cómo protegemos los intereses o incluso si reconocemos derechos a seres distintos del hombre. Así, en el siglo en curso la protección del bienestar animal se constituye como una preocupación universal emergente que la Comunidad Internacional ha tomado en serio, buscando puntos comunes entre Estados para arribar a lo que podría llegar a ser considerado un nuevo campo en el derecho internacional².

Aterrizando la problemática a nuestro país, se puede encontrar este interés por la protección animal en nuestra sociedad. Así, actualmente existe la campaña civil denominada “No son muebles” que busca modificar el estatus jurídico de los animales a *seres sintientes* en el Código Civil, idea que en nuestro continente ya ha sido recogida en Colombia, por ejemplo. ¿Pero qué pasa en el derecho penal? Actualmente existe protección penal de los animales mediante el tipo penal del art. 291 bis de nuestro Código Punitivo y en este trabajo explicaremos que dicha regulación enfrenta problemas y se erige como una norma ineficiente a la hora de proteger a los animales de malos tratos.

Si bien es cierto que la ley nº 20.380 sobre protección animal significó un avance en este tipo de materias, lo propio es señalar que se necesita dar un paso más allá en cuanto a legislación sobre protección animal se refiere. Dicha ley es la principal expresión de la preocupación sobre el bienestar animal que existe en nuestro país³, pero esta no ha sido exenta de críticas por cuanto se han dejado de lado ciertas actividades que son claramente maltrato animal y que están amparadas por la legalidad, como también por otra serie de aspectos que han quedado sin regulación legal y que actualmente se deja solo a discreción de ordenanzas municipales (principalmente la tenencia responsable de animales).

¹ FRANCIONE (2009), pp. 2-4.

² BRELS (2012), pp. 1-6.

³ A lo largo de la discusión en sala del Senado se puede entender claramente el fin de protección del bienestar animal de la norma, más que proteger a los animales por intereses propiamente humanos. En este sentido, véase HL Nº 20.380 pp. 44-75.

En el presente trabajo abordaré solo una arista de la protección animal: el delito de maltrato animal. En este sentido analizaré el tipo penal del art. 291 bis del Código Penal, poniendo énfasis en cuál es el bien jurídico protegido por la norma y cuáles son las conductas que quedan fuera de este delito, para luego presentar una serie de críticas tanto sustantivas como procesales que se puedan hacer a la regulación de este delito.

II. UN POCO DE HISTORIA

El debate sobre si los animales son o no sujetos de derecho y, de manera indirecta, su merecimiento de ser sujetos de protección penal ha sido planteado desde hace siglos tanto en el campo de la filosofía ética y ciencia. Más allá de toda consideración ajena a nuestra disciplina, en Reino Unido desde el siglo XIX se empezaron a discutir legislativamente normas que tendieran a la protección de los animales. Así, en 1811 se comenzó la discusión en la Cámara de los Lores, pero no sería hasta el año 1822 en que se promulgue una ley contra el maltrato animal, particularmente una destinada a sancionar el maltrato de animales de ganado con la denominada *Martin's Act*⁴ y no sería hasta la dictación de la *Cruelty to Animals Act* de 1849 que dicha protección penal se ampliaría a toda clase de animales en el Reino Unido⁵. Anteriormente, en esa y otras legislaciones, los actos de crueldad animal solo eran castigables cuando significaran una violación del derecho de propiedad del dueño del animal, dejando a los animales salvajes prácticamente en desprotección ante maltratos o muerte⁶. Sin restarle mérito a estos avances, en épocas remotas también existieron leyes que tendían a proteger a los animales, particularmente a bestias consideradas sagradas o útiles para determinados pueblos en ciertos períodos de la historia como el caso de los babilonios y el Código de Hammurabi, que en diversos artículos protegía indirectamente a los bueyes⁷ o en el antiguo Egipto en que se incluían dentro de los atentados a la religión el afectar a los animales sagrados de dicha cultura⁸, lo que de todas formas no expresa un interés de proteger el bienestar animal en general, sino que de salvaguardar ciertas imágenes o deidades propias de estas culturas; aquello cambiaría en el derecho romano, pues que no existirían normas de protección de animales de ningún tipo, sometiéndolos al régimen jurídico de las cosas, lo cual se mantendría en el derecho germánico en el cual si bien se castiga la caza furtiva y el hurto de ciertos animales, esto iría encaminado a proteger la

⁴ SALT (1894), pp. 5-6.

⁵ SALT (1894), p. 27.

⁶ SALT (1894), pp. 36-37.

⁷ Particularmente los § 241 a §251 del Código de Hammurabi.

⁸ GUZMÁN DALBORA (2007), pp. 199-200.

propiedad y el patrimonio; en la Edad Media la situación cambia radicalmente y, de pasar de ser cosas, serán considerados incluso sujetos activos de ciertos delitos o “calamidades públicas”, bajo supuestos que escapan de toda lógica, relacionados a combatir demonios o espíritus que poseerían a dichos animales⁹. Como señalamos al inicio de este párrafo, no será hasta inicios del siglo XIX que en el Common Law se consagren delitos contra el maltrato animal.

Por otro lado, a rango internacional existe la Declaración Universal de los Derechos del Animal proclamada en 1978¹⁰ por la UNESCO y posteriormente por la ONU, que consagra una serie de tópicos relevantes para la materia, particularmente en sus artículos 2°, 3°, 6°, 8°, 10°, 11° y 12° tales como respeto y cuidado de los animales; condena al maltrato y crueldad animal; condena al abandono; incompatibilidad de la experimentación animal cruel; prohibición de la explotación animal; y condena al “genocidio animal”. Al tener este instrumento internacional el carácter de *declaración*, no es jurídicamente vinculante, ni mucho menos sus disposiciones son parte del denominado *ius cogens*. En la actualidad existen ONGs (entre ellas la World Animal Protection y la International Fund Animal Welfare) que impulsan la denominada “Universal Declaration on Animal Welfare” (UDAW) que consistiría una nueva declaración para impulsar legislación sobre bienestar animal en los países que no exista o mejorarla en los ya existentes¹¹.

Por último, en nuestro país no es sino hasta el año 1989 en que la Junta de Gobierno promulga la ley nº 18.859 con la cual se eleva a rango de “delito” los actos de maltrato animal mediante la introducción del tipo penal del artículo 291 bis en nuestro Código Penal, que en su texto original señalaba que: “El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de uno a diez ingresos mínimos mensuales o sólo a esta última.” Junto con la inclusión de aquel nuevo tipo penal, se derogó el antiguo art. 496 Nº 35 del mismo cuerpo normativo, que consagraba como falta el maltrato animal y cuya descripción típica señalaba “actos de crueldad o maltrato excesivo a los animales”. Posteriormente, con la dictación de la ley nº 20.380 (Ley sobre protección animal), se modifica este tipo penal aumentando las penas a presidio menor en grado mínimo a medio y multa de 2 a 30 unidades tributarias mensuales.

⁹ GUZMÁN DALBORA (2007), pp. 200-201

¹⁰ Declaración Universal de los Derechos del Animal. Disponible en línea <http://www.filosofia.org/cod/c1977ani.htm> [Consultado el 16-07-2016].

¹¹ Universal Declaration on Animal Welfare. Disponible en línea <https://www.globallanimallaw.org/database/universal.html> [Consultado el 16-07-2016].

III. ESTADO ACTUAL DEL DELITO DE MALTRATO ANIMAL EN CHILE

Como se ha señalado con anterioridad, el tipo penal de maltrato animal está contemplado en el art. 291 bis CP, el cual señala:

“Artículo 291 bis. El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de dos a treinta unidades tributarias mensuales, o sólo con esta última.”

A continuación, analizaré este tipo penal abordando los siguientes temas: bien jurídico, la descripción típica y su elemento subjetivo, como también aspectos concursales y penológicos. En conjunto al análisis, se mencionarán los problemas de este tipo penal para luego desarrollarlos en la siguiente sección.

1. Bien jurídico.

a) Generalidades sobre los bienes jurídico-penales.

Uno de los principios fundamentales del derecho penal es el “principio de lesividad” o de protección de bienes jurídicos. En virtud de este principio, y desde una perspectiva liberal, se busca limitar la actividad punitiva del Estado, pues se establece que solo en atención a un bien jurídico-penal, para efectos de evitar su lesión o puesta en peligro, se tipificará una conducta y se castigará por el derecho penal. Ahora bien, la pregunta sobre qué caracteriza al bien jurídico como tal es una cuestión que evidentemente escapa del presente trabajo, pero podemos señalar que se trata de la protección de aquellas relaciones o condiciones de la vida social considerados relevantes, de *importancia fundamental* para posibilitar la participación e interacción de los individuos dentro de un medio social determinado¹²; los bienes jurídicos son esencialmente dinámicos y excluyen la protección de bienes *meramente morales*, esto último se ha entendido como la función crítica del bien jurídico¹³, pues ante la inexistencia de este en un delito determinado, no habría razón alguna para criminalizar la conducta, o dicho de otro modo no se puede penalizar conductas meramente inmorales. Tradicionalmente la determinación de qué objetos deben ser amparados por el derecho penal ha tenido como eje central la dignidad humana y aquello que es funcional para el desarrollo del humano y sus interacciones sociales (v.gr. la vida, integridad corporal y salud, la propiedad, entre otros), buscando así satisfacer necesidades humanas mediante el concepto de bien jurídico-penal, lo que no quiere decir solo proteger bienes jurídico-penales

¹² Cfr. MIR (2011), pp. 120-121, BUSTOS y HORMAZÁBAL (1997), p. 58.

¹³ BUSTOS y HORMAZÁBAL (1997), pp. 61-62.

individuales, sino que también bienes de carácter colectivo por ser funcionales a estas necesidades humanas¹⁴

b) El bien jurídico del delito de maltrato animal en Chile.

En Chile existe prácticamente nula discusión sobre cuál es el bien jurídico-penal protegido en el tipo penal del art. 291 bis CP. En primer término, ha señalado que lo que se busca proteger o más bien evitar con la tipificación del maltrato animal son los sentimientos de crueldad mediante actos humanos de maltrato, evitando la comisión de conductas que demuestren una perversión moral destinada a satisfacer sentimientos morboso de poder y de superioridad ante seres con capacidades inferiores¹⁵, es decir, un bien jurídico que se aproximaría más a una concepción moral de la sociedad de criminalizar conductas que supongan mayor perversión más que proteger el bienestar individual del animal, siendo a nuestro juicio inaceptable puesto que el desvalor del acto del maltrato animal no está vinculado a la perversión que demuestra el hechor, sino que el sufrimiento que se le infringe al animal y de castigarse simplemente la perversión moral lo adecuado sería descriminalizar la conducta como se ha señalado anteriormente pues no habría un bien jurídico merecedor de protección penal.

Lo cierto es que el tipo penal de maltrato animal se enmarca dentro del párrafo 9º del título VI del Libro II del Código Penal, el cual contempla los denominados “Delitos relativos a la salud animal y vegetal”, por lo que sería hasta lógico señalar que nuestra ley penal considera como bien jurídico de los delitos de los arts. 289, 291 y 291 bis aquellos relacionados a la salud animal y vegetal. A su respecto, el médico veterinario F.J ROSENBERG señala que debemos entender por salud animal “el conjunto de condiciones que determinan las características productivas de una población animal en un momento y espacio concretos”¹⁶, siendo así este concepto aplicable a un grupo de animales calificables de *población animal* o al medioambiente en cuanto animales como parte de este y no al animal como ser individual, siendo más propio este concepto para los otros tipos penales del título VI y así lo hace notar MATUS señalando que “es posible atribuirle la configuración de un delito contra la salud animal o vegetal o el abastecimiento de la población y no contra la salud individual de uno o varios especímenes animales...”¹⁷ No obstante, si bien se podría interpretar que mediante el tipo penal del art. 291 bis se protege en

¹⁴ BUSTOS y HORMAZÁBAL (1997), pp. 60-61.

¹⁵ Informe Nº 492 de 1992 del Consejo de Defensa del Estado, citado por MATUS (2011), pp. 18-19.

¹⁶ Citado por MATUS (2013), p. 143.

¹⁷ MATUS (2013), pp. 142-143.

cierta medida la *salud animal*, esto no es correcto pues lo que realmente protegen los arts. 289 y 291 son “las especies pecuarias y vegetales del país como un todo frente al peligro que para su subsistencia o productividad supone la propagación de enfermedades infectocontagiosas, plagas u otras sustancias que las ataque en manera indiscriminada e incontrolada, y que, según su extensión, podría llegar a poner en riesgo la seguridad alimenticia o abastecimiento de la población”¹⁸, esto es, el fin último de la norma es proteger a la población animal bajo la consideración de esta como un recurso dentro de las actividades económicas desarrolladas por el hombre, por lo que difícilmente estos tipos penales y el art. 291 bis puedan compartir el mismo bien jurídico. Esto es más evidente si se analizan los tipos penales en cuestión: el art. 289 en su inciso 3º establece una norma de determinación de la pena para casos en que la “enfermedad o plaga” fuera de aquellas “declaradas susceptibles de causar grave daño a la economía nacional”; el art. 291 a su vez es aplicable no solo cuando se pongan en peligro la salud animal y vegetal, sino también el *abastecimiento de la población*. El bien jurídico-penal evidentemente sirve en estos casos para proteger necesidades humanas.

Fuera de estas concepciones, lo que estimo adecuado para el caso es considerar qué protege el *bienestar animal*, noción que explicaré en el siguiente subapartado.

c) Evolución del bien jurídico del maltrato animal en España. El bienestar animal como bien jurídico del delito de maltrato animal.

En España se ha señalado que lo digno de protección es “la lesión de los sentimientos de quienes presencian tales hechos (de maltrato animal) o tienen noticias de ello”¹⁹, o “los sentimientos humanos de amor o compasión hacia los animales”²⁰, lo que sería mantener una concepción antropocéntrica del delito, ya no vinculado a la perversión del hechor, sino que a los sentimientos de las personas respecto del maltrato animal, por lo que también habría una inexistencia de bien jurídico y se debería descriminalizar la conducta. Además, bajo este concepto cabría preguntarse ¿qué sucedería en el caso de no existir una lesión a sentimientos de compasión?, en tal caso, la respuesta lógica sería considerar atípico el delito por suponer un riesgo permitido a la sociedad que toleraría maltratos a animales siempre y cuando no se lesionen la compasión o sentimientos humanos, como sería, por ejemplo, una sociedad donde la totalidad de sus miembros estén de acuerdo en utilizar animales para deportes que impliquen que necesariamente el animal participe sea dañado físicamente.

¹⁸ MATUS (2013), p. 143.

¹⁹ ROCA AGAPITO citado por Ríos (2008), p.12.

²⁰ HAVA (2011), p. 286.

También, otro sector de la doctrina española señala que tipificar delitos de maltrato animal significaría reconocerle derechos subjetivos a estos e incluso la calidad de sujeto pasivo de delitos, esgrimiendo que el bien jurídico sería la *integridad física y psíquica* de los animales, superando la cosificación de los animales y reconociéndoles al menos en un estatus superior al de los objetos²¹, lo que se relacionaría con la tendencia actual de reconocerlos dentro de una categoría jurídica intermedia –entre el hombre y las cosas– como *ser sintiente*. Ahora bien, se debe descartar este planteamiento debido a que la técnica legislativa tanto en nuestro país como en España nunca ha pretendido proteger estos supuestos derechos subjetivos de los animales²², así si se quisiera proteger la vida animal se consagraría algún tipo similar al homicidio y del mismo modo ocurriría con las lesiones y el bestialismo, como también con otras conductas que pudieran venir a la mente, distinguiendo penas entre dichos tipos penales y no de manera genérica como se hace actualmente en estas legislaciones. Por otro lado, también se debe descartar esta idea porque el reconocimiento de los derechos subjetivos de los animales no debería darse por vía del derecho penal, por más simbólico que esto pudiera ser, sino que debería tener lugar sistemáticamente por el ordenamiento jurídico en su conjunto, reconociéndolos ya sea como sujetos de derechos o al menos como *pacientes morales* en sentido de REGAN²³.

De manera quizás previa al reconocimiento de derechos subjetivos de los animales, HAVA atribuye el bien jurídico de este delito a la idea proveniente de la medicina veterinaria de “bienestar animal”, entendiéndose que lo realmente protegido no son los sentimientos humanos ante el sufrimiento animal, sino que al existente consenso social que reconoce favorable su tutela penal que, sin llegar a establecerle derechos subjetivos, reconoce la importancia y función social de los animales en la vida humana en diversos ámbitos, ya sea económico, afectivo o de otra índole, y por tanto deberá ser punible toda conducta que importe un sufrimiento injustificado²⁴. Por bienestar animal tenemos que entender todo lo relativo al *comfort animal*, a un estado de satisfacción del animal, lo cual se relaciona tanto a la salud física y mental de los animales y un estado de armonía con el ambiente, ya sea natural o artificial²⁵; en la UDAW se entiende como bienestar animal un “estado de salud animal

²¹ RÍOS (2008), pp.12-13.

²² HAVA (2011), pp. 282-283.

²³ Sobre la discusión sobre los derechos de los animales desde un punto de vista ético filosófico, véase principalmente REAGAN (2004), pp. 152-156 y FRANCIONE (2009), pp. 5-10. Sobre las dificultades relacionadas a los derechos de los animales, véase WISE (2004), pp. 19-26.

²⁴ HAVA (2011), pp. 288-292.

²⁵ GIMPEL (2004), pp. 46-47.

físico y psicológico alto o bueno, ya sea por estar en forma, saludable, libre de sufrimiento o en un estado óptimo de bienestar”²⁶.

Por último, cabe señalar que en doctrina hay quienes postulan que este delito no tendría bien jurídico o este sería a lo menos “dudoso” y derechamente debería ser sancionado por la potestad administrativa sancionadora mas no por el derecho penal. Así se ha señalado que establecer un delito de esta especie significaría imponer una determinada concepción moral con respecto a la relación humano-animal, es decir, el derecho penal estaría sancionando una mera cuestión inmoral²⁷, como también que la finalidad los tipos penales de maltrato animal sería concientizar a la sociedad sobre el respeto a los animales, lo que sería utilizar simbólicamente al derecho penal con dicho fin cuando correspondería utilizar al derecho administrativo²⁸. Estos planteamientos deben ser desechados, puesto que más que a imponer una concepción moral o concientizar a la sociedad sobre alguna conducta deseable, se está reconociendo la importancia que juegan los animales en la vida moderna y el mínimo deber que tendría la sociedad para con ellos de brindarle protección a modo de retribución por, sí se quiere decir, el mismo aprovechamiento y goce que los humanos hacen de ellos.

Con todo, pasar de la protección de los sentimientos de compasión de los humanos –e indirectamente proteger a los animales– a proteger penalmente el bienestar animal no debe ser un hecho aislado en cuanto a la regulación del trato ético entre humano-animal. Así, se deberían sumar otras disciplinas para configurar una mayor protección de este bien jurídico, a saber, en el derecho civil mediante la modificación del estatus jurídico de animales en el derecho patrimonial, estableciendo la figura intermedia de seres sintientes –tal como lo hace en nuestro subcontinente la legislación colombiana²⁹-. La discusión

²⁶ Traducción libre del artículo II de la Universal Declaration on Animal Welfare.

²⁷ GARCÍA RIVAS citado por GARCÍA ÁLVAREZ y LÓPEZ (2013), p. 41.

²⁸ GARCÍA ÁLVAREZ y LÓPEZ (2013), p. 41.

²⁹ La Ley nº 1776 del 6 de enero de 2016 de Colombia establece entre otras cosas:

“Art. 1º. *Objeto.* Los animales como seres sintientes no son cosas, recibirán especial protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, el causado directa o indirectamente por los humanos, por lo cual en la presente ley se tipifican como punibles algunas conductas relacionadas con el maltrato a los animales, y se establece un procedimiento sancionatorio de carácter políctivo y judicial.”

“Art. 2º. Modifíquese el artículo 655 del Código Civil, así:

Artículo 655. Muebles. Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas.

Exceptúense las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 658.

sobre qué modificaciones traerían al derecho patrimonial modificar el estatus jurídico de los animales trasciende al objetivo de este trabajo, pero brevemente estimo que se debería configurar una regulación a la inversa de la función social de los bienes: mientras el uso y goce de los bienes parte del patrimonio de una persona pueden ser limitadas por una causa de interés o seguridad nacional, entre otros motivos que señala el art. 19 Nº 24 de nuestra Carta Fundamental, los animales –seres sintientes dentro de este estatus jurídico de bienes– solo podrían ser utilizados para actividades que beneficien a las personas expresamente habilitadas por un acto de autoridad en razón de la función social del animal que se trate (ejemplo: ciertos animales para la producción o experimentación siempre que sea estrictamente necesario). En tales casos, siempre se deberá seguir la *lex artis* que buscará el mayor bienestar del animal durante su uso.

2. Tipicidad.

Sobre el sujeto activo, nuestra disposición inicia señalando “el que”, fórmula genérica de los delitos comunes, pudiendo ser cometido tanto por el dueño del animal como por un tercero. En principio no existiría sujeto pasivo, siguiendo la sistematización del Código Penal se estaría protegiendo la salud animal y vegetal, por lo que no se consagraría el tipo en función a los intereses individuales de una persona como dueño de un animal (lo cual históricamente, en legislaciones previas al maltrato animal, ha sido así), pero como he seguido la idea del bienestar animal como bien jurídico, lo consecuente es advertir que el sujeto pasivo será la sociedad en su conjunto³⁰.

No cabe duda que el objeto material del delito será el o los animales, pero a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones, como la española, no se vincula a un grupo de animales en específico (como serían animales domésticos o animales de campo)³¹. Ya analizamos el *objeto jurídico* con anterioridad.

Por su parte, el verbo rector consiste en “cometer actos de maltrato o crudeldad con animales” estando compuesto por los elementos *animal*, *maltrato* y *crueldad*. Así, *animal* debe ser entendido en su sentido natural y obvio como un “ser vivo”; ahora bien, como se dice que las plantas también viven, debemos entender animal en términos simples como “ser vivo que puede moverse”, pues la movilidad será la característica natural que diferencia al primero del

Parágrafo. Reconózcase la calidad de seres sintientes a los animales.

³⁰ HAVA (2011), p. 291.

³¹ Así, el art. 337 del Código Penal español tipifica el maltrato animal enumerando cuáles serán los animales objetos de protección animal, señalando, por ejemplo “a) un animal doméstico o amansado, b) un animal de los que habitualmente están domesticados...” entre otros.

segundo; luego, como también en esa descripción encontramos al hombre, debemos terminar definiendo animal como “ser vivo *no humano* que puede moverse”. *Maltrato* para este delito debe ser entendido como “cualquier acto que esté dirigido a dañar física o psíquicamente a los animales”, en sentido similar a lo que entendemos por *maltrato de obra*³²; maltratar también puede ser entendido como propone GUZMÁN DALBORA como “someter (al animal) a un trato abusivo”³³. Por su parte, el concepto de *crueldad* nos trae mayores complicaciones ya que nos deriva al concepto de inhumanidad lo que para el caso sería más propio de “gozar con el sufrimiento ajeno”, en este caso con el sufrimiento animal y por tanto debe ser valorado de manera más negativa que el mero maltrato, ya que estaríamos presencia de casos en que se le causaría daño al animal de manera tal que se satisface el morbo por el dolor ajeno del hechor.

Las formas de comisión se relacionan al verbo rector, el cual es cometer actos de maltrato o más simplemente maltratar. La imaginación da amplias posibilidades a definir cuáles son las formas de maltrato animal, pudiendo ser mediante cualquier medio físico e incluso morales y poniendo en el mismo plano a las lesiones, el bestialismo y el homicidio, lo cual evidentemente es un problema mayor al tratarse de figuras que de toda lógica suponen una mayor o menor afectación al bienestar animal, pero que de todas formas están adscritas al mismo marco penal establecido para los actos de maltrato y crueldad contra los animales; relacionado a lo mismo, cabe preguntarse qué pasa con el maltrato animal y el robo/hurto de animales ;caben dichas figuras dentro del tipo penal?, la respuesta claramente es negativa y se abordara con posterioridad. Respecto de lugar de ejecución y tiempo, no presentan mayores problemas en este delito.

De otro lado, al igual que los delitos contra las personas como homicidio y lesiones, este delito es de resultado y requiere como resultado que se produzca un efectivo sufrimiento a un animal, sin necesidad de que queden marcas de esto (al igual que las lesiones contra los humanos), no obstante que esto resultará de mayor importancia para efectos de determinación del mal causado y efectos penológicos en sede judicial.

3. Sobre el verbo rector: maltrato animal por comisión y por omisión.

El verbo rector “maltratar” da a entender que cabe tanto la comisión, como la omisión (tomando de ejemplo el homicidio, se puede matar al hijo acuchillándolo, como también dejando de amamantarla, o incluso por no prestar ayuda a quien este en despoblado con peligro inminente de muerte), pero al no existir una figura típica que consagre un delito de omisión propia de maltrato

³² GARRIDO (2010), p. 159.

³³ GUZMÁN DALBORA (2007), p. 236.

animal, nos queda solo la posibilidad de la omisión impropia o comisión por omisión, debiendo recurrir a la institución de posición de garante, cuestión sobre la cual no hay discusión alguna y así lo ha entendido pacíficamente la jurisprudencia³⁴. Las fuentes de posición de garante más aceptadas en nuestra doctrina son la ley y el contrato. Sobre la ley, encontramos el artículo 3º de la ley 20.380 cuyo texto dispone:

“Artículo 3º. Toda persona que, a cualquier título, tenga un animal, debe cuidarlo y proporcionarle alimento y albergue adecuados, de acuerdo, al menos, a las necesidades mínimas de cada especie y categoría y a los antecedentes aportados por la ciencia y la experiencia.”

De esta forma, una persona que tenga bajo dominio, posesión o incluso mera tenencia un animal tiene las obligaciones de brindarle el cuidado y protección necesario para su subsistencia, además dicha disposición incluye a quienes contractualmente puedan tener a su cuidado a un animal, así cuidadores o médicos veterinarios y también incurrián en maltrato animal en caso de dejar de cuidarlos o prestarle lo necesario para su subsistencia e incluso en el caso de abandonarlos a su merced. Otras formas de posición de garante más discutidas también podrían concurrir en este tipo penal, piénsese en la asunción voluntaria y actuar precedente (quien sin celebrar un contrato de prestación de servicios de manera voluntaria emprende la actividad veterinaria y, por ejemplo, después de inducir anestesia inicia un procedimiento quirúrgico, pero no completa dicho

³⁴ Como ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta rol nº 169-2008 la defensa deduce recurso de nulidad fundado por las causales e) del art. 374 y b) del art. 373, ambos del CPP. Sobre la segunda causal, la defensa estima que los actos omisivos no serían compatibles con el verbo rector del art. 291 bis CP, a lo cual la Corte señala en su considerando segundo:

“Que en cuanto a la segunda causal de nulidad, refutada por el Ministerio Público por estimar que se ha verificado en plenitud la figura que sanciona el artículo 291 bis del Código Penal, cabe estimar que el legislador, ni en la letra de esta disposición ni en su espíritu, ha contemplado la obligación de exigir una conducta positiva para que se verifique este ilícito, considerando la indefensión en que los animales domésticos se encuentran frente al ser humano, por lo cual la conducta agresiva hacia uno de ellos bien puede expresarse en una simple omisión, que en la especie aparece prologada en el tiempo como aparece reseñado claramente en el motivo octavo del fallo que se revisa.

Estos razonamientos, apegados estrictamente a la lógica, a la experiencia y a los antecedentes legislativos fundados en conocimientos científicamente afianzados conducen indefectiblemente a rechazar la segunda causal de nulidad invocada porque la sentencia ha sido dictada plenamente ajustada a la ley.

Cabe tener presente que en la discusión que incorporó el artículo 291 bis en el Código Penal, se tuvo en cuenta que el objetivo del proyecto es tipificar y sancionar la conducta de maltrato o crueldad ejercida sobre los animales, comprendiendo en el ilícito a quien deje un animal en situación de peligro o de padecer sufrimiento innecesario.”

procedimiento y expone al animal a hemorragias e infecciones causándole la muerte con conocimiento e indiferencia de este resultado).

4. Elemento subjetivo.

La descripción del tipo penal no complica la comisión de este delito de manera dolosa toda vez que se admite su comisión tanto con dolo directo, dolo de las consecuencias necesarias y dolo eventual.

Por otro lado, no admite expresamente la comisión culposa del maltrato animal al no ser uno de los delitos denominado “contra las personas”, es decir, no cumple con las exigencias de los arts. 490 a 492 en relación al art. 10 n° 13 CP que consagran el sistema de imputación de delitos culposos como *numerus clausus*.

5. Atipicidad y justificación.

A continuación, hablaremos de aquellos casos en que se puede argumentar falta de tipicidad objetiva y de los supuestos en que podría haber una conducta típica de maltrato animal justificada. Hablamos de la actividad médica animal, la actividad deportiva, la explotación para fines de recreación, el uso de animales como instrumentos o experimentación, y el sacrificio animal para el consumo humano.

a) Actividad Veterinaria.

En primer lugar, en lo relativo a la medicina veterinaria no nos cabe duda que estaremos en supuestos de atipicidad pues la figura penal de maltrato animal castiga aquellos casos en que efectivamente se lesione la integridad corporal de los animales y la medicina veterinaria claramente tiene como fin procurar el bienestar animal y no habrá duda de ello puesto que su propia *lex artis*³⁵ que explícitamente ordena que el médico veterinario utilice los medios que signifiquen menor sufrimiento para los animales, destinados a mejorar su calidad de vida. De todas formas, las dudas podrían plantearse en aquellos casos que, derivado de la actividad médica veterinaria, se tenga que amputar miembros del animal e incluso castrarlos, como también los casos de la eutanasia animal: en el caso de animales domésticos, se utilizan estos procedimientos para fines relativos al bienestar de estos, para lo cual deberá prestar su consentimiento el dueño del animal y en el caso de la eutanasia el médico veterinario tendrá

³⁵ El Colegio Médico Veterinario de Chile tiene desde 2013 vigente su Código de Ética, disponible en línea: www.colegioveterinario.cl/quienes/codigoEtica2013.pdf [Consultado el 16-07-2016].

que practicarla procurando los medios menos dolorosos posibles y solo en casos que sea de inminencia de una muerte inevitable. Además, el Decreto N°1 de 29-01-14 del Ministerio de Salud ordena en sus arts. 15, 16 y 21 la eutanasia tanto para animales con rabia como también para los que hayan sido expuestos a aquellos con rabia y susceptibles de contraer aquella enfermedad, prácticas que tienen como fin proteger la salubridad pública. Fuera de estos casos, estimo que practicar la eutanasia a animales siempre será punible, tal como los casos de matanzas de perros callejeros que se producen en algunas Municipalidades de nuestro país³⁶ y que no se vinculan a muerte inminente o contagio del virus rágico.

b) Actividad Deportiva.

Con respecto a la actividad deportiva con animales, habrá que hacer matices entre aquellos deportes que contemplen una *instrumentalización de los animales* y aquellos en que *necesariamente el animal sufra un daño*. En el primer caso, podemos nombrar deportes como la hípica y el polo en que los caballos en principio no están siendo utilizados con el fin de ser lesionados, sino que para alcanzar ciertos objetivos (la meta, marcar gol) por lo que se puede descartar cualquier maltrato por la actividad per se, siendo por consiguiente conductas atípicas, no obstante que, por interpretación del artículo 16 de la ley n° 20.380, la protección del bienestar animal deberá regirse por reglamentos propios de estas actividades.

Caso contrario encontramos en el segundo grupo de deportes, en que necesariamente el animal deberá sufrir un daño en el desarrollo de la actividad. Acá podemos enumerar deportes considerados como *tradicionales*, tales como el rodeo y las peleas de gallo y también la caza y pesca deportiva. Primero, sobre el Rodeo Chileno, es considerada una actividad deportiva en la cual dos jinetes (o collar) dentro de un “apiñadero” deben atrapar un novillo siguiendo una serie de reglas propias de este deporte³⁷. Los cuestionamientos a este deporte para calificarlo de maltrato animal son debido al ambiente de estrés que se genera al novillo durante una “carrera” en que este escapa de dos

³⁶ A modo de ejemplo, véase Sentencia del 12º Juzgado de Garantía Santiago rol n° 6231-2011 en que se condena a 41 días de prisión en grado máximo con beneficio a pena remitida a Luis Donoso Santana, ex Director del Departamento de Higiene y Medio Ambiente de la Municipalidad de San Joaquín por participar en la eutanasia de 29 perros callejeros durante el año 2008. En la misma causa, se le otorgó suspensión condicional del procedimiento a los otros 4 imputados, imponiéndoles la condición de fijar domicilio y donar cada uno \$40.000 a una fundación animalista.

³⁷ Una breve descripción de esta actividad en: Federación del Rodeo Chileno – ¿Qué es el Rodeo Chileno? Disponible en Línea: http://p11.ivn.cl/portal_rodeo/site/edic/base/port/rodeo_chileno.html [Consultado el 16-07-2016].

jinetes que están persiguiéndolo dentro del apiñadero y además porque la “atajada” del animal se hace embistiéndolo, lo cual a pesar de que exista toda una reglamentación para “evitar” el sufrimiento del animal, no cabe duda que de igual forma se le genera un daño. Sin perjuicio de la evidente exposición a maltrato animal que significa la participación de un novillo en el Rodeo, no nos queda más que considerar atípica esta conducta debido a que el Rodeo Chileno es considerado deporte nacional desde 1962³⁸ y cuenta con un importante financiamiento por parte del Estado³⁹, por tanto, no podríamos hablar de causación de un riesgo jurídicamente reprobable, también considerando que el artículo 16 de la ley 20.380, establece que regirán las normas sobre el bienestar de los animales involucrados que establezcan los reglamentos propios de este “deporte” y, solo cuando esta normativa sea infringida, habrá conducta calificable como maltrato animal.

Luego, respecto de las peleas de gallos, esta actividad se realiza mediante *aves de riña*, especie de gallo extremadamente territorial, que tienden a reñir entre ellas. Esta actividad, si bien ha sido considerada por ciertos sectores como un *deporte tradición*, no ha generado mayor aceptación a nivel nacional. Sobre la licitud de estas, MATUS⁴⁰ señala que este tipo de actividad no están prohibidas en nuestra legislación, tanto por ser considerada tradicional, como por la naturaleza de esta especie de aves y toda vez que el Servicio Agrícola y Ganadero de Chile las reconoce expresamente como aves de recreación en su Resolución Exenta N° 6536 de 21 de diciembre de 2007; luego, estas clases de actividades contaría con reglamentos propios, exigiendo condiciones para el cuidado del ave y cómo se desarrollarían los combates, normas que buscarían evitar crueldad excesiva y la intervención de personas durante las peleas. Si bien nuevamente el carácter de “tradicional” de una actividad permite descartar la antijuridicidad de actos de crueldad animal, hay que hacer un alcance: las peleas de gallos a priori buscan evitar la intromisión de personas en ellas, pues las características etológicas de estas aves serían las que impulsan a las mismas a combatir, lo que haría creer que este tipo de conductas no serían propiamente delito de maltrato animal aun cuando no fueran consideradas deporte tradicional y atípicas por aquello, pues se exige una conducta positiva (u omisión por comisión) de maltratar a las aves que en este caso no se estaría

³⁸ Memoria Chilena – El Rodeo: Disponible en línea: <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-3402.html> [Consultado el 16-07-2016].

³⁹ Cifras sobre el financiamiento entre 2009-2014, véase en: Blog Animal Libre – Rodeo: Dinero Público destinado al sufrimiento animal: <http://blog.animallibre.org/post/116124275958/rodeo-dinero-p%C3%BAblico-destinado-al-sufrimiento> [Consultado el 16-07-2016].

⁴⁰ Al respecto, véase MATUS (2011).

realizando ya que solo se estaría propiciando el medio para que ellas actúen conforme su naturaleza.

Por último, la caza y pesca deportiva encuentra su justificativo legal en la ley 19.473 la cual reglamenta en qué casos la caza será legal, donde se puede efectuar y quien podrá ser cazador, constituyendo una suerte de *derecho a la caza y pesca* que en conformidad a lo que estipula la misma ley, hará operar la justificante del art. 10 N°10 del CP, sin perjuicio que estas conductas notablemente se traducen en lesionar animales.

c) Otras actividades recreativas.

La utilización de animales para fines recreativos distintos al deporte también podría presentar problemas con el maltrato animal. Que el cautiverio prolongado en situaciones no adecuadas pueda producir estrés al animal es una realidad siempre y cuando no existan las condiciones necesarias para su cuidado y no sería raro que circos e incluso algunos parques zoológicos sean objeto de cuestionamientos en cuanto a lo que concierne al bienestar animal. Así, la ley n° 20.380 en el art. 5 ordena que tanto circos como zoológicos y otros lugares destinados a la exhibición y espectáculo con animales deben contar con las instalaciones adecuadas para evitar el maltrato y deterioro de los animales. En la práctica han existido cuestionamientos tanto a ciertos zoológicos⁴¹ de nuestro país por su insuficiencia de garantías para brindar el debido ambiente y cuidado a los animales que exhiben, como también a la actividad circense en la que se ha expuesto en reiteradas ocasiones a los animales de sus presentaciones a casos que a todas luces son de maltrato animal y así se ha visto en la última década hasta con una condena al productor general de un reconocido circo de nuestro país⁴².

⁴¹ Si bien sin condena judicial, existen casos que han repercutido en los medios: véase al respecto en la prensa en línea:

BioBío: “Interponen querella contra director del Zoológico de Quilpué por maltrato animal” 6.10.2011. Disponible en línea: <http://www.biobiochile.cl/2011/10/06/interponen-querella-contra-director-del-zoologico-de-quilpue-por-maltrato-animal.shtml>

BioBío: “Muere “Taco”, el oso polar que soportó varias olas de calor en el Zoológico Nacional de Santiago” 17.04.2015. Disponible en línea: <http://www.biobiochile.cl/2015/04/17/muere-taco-el-oso-polar-del-zoologico-nacional-de-santiago.shtml>

⁴² Sentencia del Juzgado de Garantía de San Bernardo rol n° 8023-2011, se condena a Joaquín Maluenda Quezada, dueño del circo “Los Tachuelas” a 100 días de presidio menor en grado mínimo y multa de 100 UTM con beneficio a remisión condicional por maltrato animal omisivo por mantener a una elefanta en condiciones inadecuadas de temperatura, salud y mantención para su especie.

d) Experimentación con animales. Consumo y *beneficio de animales*.

Con respecto a la experimentación con animales, más allá de cualquier discusión sobre su utilidad científica y valoración filosófica, en nuestro país se permite la experimentación en animales siempre que sea practicada por especialistas procurando evitar el mayor daño posible a los animales, esto en relación a los arts. 6 y 7 de la ley n° 20.380. Además, la investigación a través de la experimentación animal cuenta con su *lex artis* que en la actualidad está orientada a seguir los denominados *Principios de las tres R*, que se refieren “a *reemplazar* los animales de experimentación por otros métodos que no impliquen su uso, *reducir* su número cuando sea necesario utilizarlos y *refinar* las técnicas para aminorar su sufrimiento”⁴³, reduciendo el espacio de experimentación con animales a aquellos en que sea estrictamente necesario el uso de ellos.

Por último, está el tema del consumo de animales y los mataderos. Es hasta un hecho notorio que las condiciones de los mataderos de animales generan estrés, además del resultado lógico que tendrán los animales que pasan por dichos recintos, como es la muerte. La ley de protección animal se hace cargo de este tema en los arts. 4, 5 y 11 ordenando que la industria de productos animales cuente con las condiciones mínimas para que los animales no sufran deterioro ni maltrato, tanto en su transporte como en su *estadía* en los recintos destinados a su procesamiento; en el denominado “beneficio de animales”, el aprovechamiento de estos, es decir su muerte, debe realizarse con métodos que procuren el menor sufrimiento posible. No resulta menos que hipócrita esta situación: mientras esperan una “condena” a ser sacrificados para su aprovechamiento humano, quienes manipulan a estos animales deberán brindarle por mandato legal un trato adecuado hasta protegiéndoles del daño. Con todo, a la luz del art. 291 bis CP –al producirseles la muerte a los animales que desfilan por mataderos–, esta actividad industrial goza tanto reconocimiento implícito en la ley n° 20.380, como también por su regulación en la ley n° 19.162 que regula, entre otras cosas, a los mataderos y la industria de la carne. Más que decir que existe una justificación legal en el sentido de cumplimiento de un oficio o profesión, acá lo que hallamos es el desarrollo de un riesgo permitido dentro de nuestra sociedad por el importante lugar que ocupan en las dietas de un gran porcentaje de nuestro país los productos animales y sus derivados.

6. *Iter criminis, autoría y participación y concursos.*

Al ser un delito de resultado, es posible su comisión imperfecta a través de frustración o tentativa. En cuanto a concurso de personas, no presenta mayores problemas admitiéndose autoría de cualquier tipo como también participes.

⁴³ VINARDELL (2007), p. 42.

Ahora bien, en lo que respecta a concursos, no es desconocido que, en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del art. 567 del Código Civil, los animales son considerados bienes muebles (específicamente *semovientes*) y, por lo tanto, podría aplicarse al concepto de propiedad o patrimonio que se protege con el delito de daño, lo cual históricamente también se ha realizado con posterioridad a las leyes contra el maltrato animal. De esta forma, no sería raro señalar que podría existir un concurso aparente de leyes penales entre los delitos de maltrato animal y el delito de daño del artículo 487 (figura residual de daño), debiendo resolverse mediante la aplicación de la regla de consunción que, como señala GARRIDO MONTT cobra importancia cuando una norma penal “abarca conductas punibles que ya han sido descritas por otros tipos penales” y una de las dos normas en juego presenta un mayor desvalor consumiendo a la segunda⁴⁴. Así, el desvalor de acción y la penalidad misma del delito de maltrato animal absorbe al del delito de daño del art. 487 CP. También podría presentarse un concurso aparente de leyes con los delitos contenidos en título VI de la Ley de Caza (Ley nº 19.473), siendo en los supuestos de caza furtiva (art. 29), cuando a resultas de esta existiera maltrato animal, en que se aplicaría el concurso de leyes penales, para lo cual estaremos a lo ya señalado en relación al concurso con el delito de daño.

7. Penalidad.

Por último, debemos señalar que la pena asignada al delito de maltrato animal corresponde a presidio menor en sus grados mínimos a medio o multa de dos a treinta UTM, siendo una pena facultativa que, por lo general, el maltratador termina siendo solo condenado a pagar una multa. Además, cabe destacar, que proceden tanto la suspensión condicional del procedimiento, las penas sustitutivas y las penas mixtas, siendo remotamente posible que el condenado por maltrato animal cumpla una pena efectiva de encierro. No obstante, en la práctica las penas de este delito están asociadas por lo general a multas y en el caso de haber aplicación de presidio, este no supera el mínimo de la pena (61 días a 540 días) y sin mayor diferenciación de las diversas conductas que puedan dar lugar al maltrato. No está de más decir que se hará aplicación a pena remitida en virtud a la baja penalidad del maltrato animal.

Por lo tanto, tal margen de punibilidad es problemático ante casos tan diversos que pueden motivar a condenar por maltrato animal, produciendo que casos tan dispares como el mero maltrato físico de una mascota por medio de una patada y los llamados controles masivos de la población canina callejero que se practican a menudo en nuestro país, alcancen un castigo de similar

⁴⁴ GARRIDO (2010), pp. 352-353.

magnitud cuando la antijuridicidad de la conducta es totalmente distinta. Se necesitan penas proporcionales al resultado objetivo del maltrato: no se puede ponderar bajo el mismo lente conductas que supongan solo lesión a la integridad psíquica del animal con aquellas que acaban con la vida de estos. Además, no menor es la siguiente pregunta: ¿será realmente apto quien abandona, tortura o mata animales para seguir poseyendo, trabajar o cuidar otros animales? Nuestra normativa no impone inhabilidad de ningún tipo ni otro tipo de pena accesoria, lo más cercano a ello es la letra a) del art. 12 de la ley n° 20.380⁴⁵, pero tampoco es una pena accesoria al delito.

IV. SOBRE LOS PROBLEMAS DE NUESTRO DELITO DE MALTRATO ANIMAL

Analizado el tipo penal, puedo resumir mis críticas en las siguientes: es vago, está mal redactado y es obsoleto: es *vago* por el poco cuidado que tiene este tipo penal al utilizar una figura tan genérica como actos de maltrato o crueldad, como se ha dicho, esto consecuencialmente se traduce en aplicar el mismo marco penal para conductas cuya afectación al bien jurídico es evidentemente dispar y que el maltrato animal puede adoptar diversas formas desde ocasionar la muerte hasta el maltrato físico o incluso psicológico como reprimenda; está *mal redactado*, evidencia una desprolja técnica que podría dar lugar a malas interpretaciones; por último, estimo que es *obsoleto* puesto que, además de la vaguedad de la descripción típica, el marco penal de esta figura penal significa tanto que en la teoría como en la práctica, el culpable de maltratar animales no sufrirá pena efectiva de reclusión o esta será aplicará en su mínimo, debido a que se preferirá aplicar multas, penas alternativas e incluso salidas alternativas al ser procedente todas estas opciones y el condenado podrá seguir relacionándose con animales, lo que no es del todo menor si tomamos en cuenta que existen casos en que el acto de maltrato animal se podría realizar por parte de una persona que habitualmente trabaje con animales y que –posterior a la conducta– podrá seguir ejerciendo dichos trabajos como si nada hubiese ocurrido. Además de estos problemas, existe otro más de carácter procedural relacionado a la condena de maltrato animal y el comiso de los animales relacionados al delito, el cual abordaremos a continuación.

⁴⁵ Del análisis de dicho artículo, solo se puede desprender que se trata de una especie de comiso provisional de los animales objeto del maltrato animal: “Artículo 12.- En casos de maltrato o crueldad con animales, el juez competente para conocer del delito estará facultado para ordenar alguna de las siguientes medidas, sin perjuicio de las demás atribuciones que le competan: a) Ordenar que los animales afectados sean retirados del poder de quien los tenga a su cargo para ser colocados al cuidado de una persona natural o jurídica que se designe al efecto. (...) Las medidas señaladas se llevarán a efecto provisionalmente, a costa del imputado.”

1. Técnica legislativa desprolja.

Se debe advertir que la descripción típica resulta inadecuada producto de una mala técnica legislativa ya que el tipo penal castiga los “actos de maltrato o crueldad *con animales*”. ¿Es acaso que se castiga la instrumentalización de los animales? Como no vemos un sujeto pasivo individualmente reconocido ni mucho menos un objeto material en el delito distinto a los animales, debemos señalar que una adecuada descripción debiese entender el maltrato *contra o para con* los animales y no *con* animales. No obstante, este detalle particular en la práctica no suscita problemas, puesto que se entiende naturalmente que aquellos actos de maltrato van dirigidos *contra* los animales. Con todo, no por la ausencia de problemas prácticos significa que deban pasar inadvertidas las faltas de cuidado del legislador a la hora de redactar leyes penales, pues en casos más grotescos un error de redacción podría dar lugar a consecuencias inaceptables.

2. Tipo penal amplio y a la vez corto.

Una regulación moderna en relación a este delito requiere una tanto una nueva redacción señalando las diversas figuras que puede adoptar el maltrato animal y con esto no me refiero a describir pormenorizadamente cuales serían las conductas calificables de maltrato animal, sino que más bien, lo que se ha hecho en legislaciones modernas de protección animal que distinguen conductas graves de aquellas menos graves; así, se deberá señalar taxativamente cuáles serán las conductas graves de maltrato animal –como podría ser causar la muerte, explotación sexual o bestialismo e incluso ciertos tipos de torturas– y de otro lado señalar la figura base de maltrato animal añadiendo un catálogo no taxativo que sirva de ilustración para considerar ciertas conductas de maltrato animal.

En España, el tipo penal de maltrato animal está redactado de la siguiente manera en su código punitivo:

“Artículo 337.

1. Será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión e inhabilitación especial de un año y un día a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales, el que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometiéndole a explotación sexual, a
 - a) un animal doméstico o amansado,
 - b) un animal de los que habitualmente están domesticados,

- c) un animal que temporal o permanentemente vive bajo control humano, o
 - d) cualquier animal que no viva en estado salvaje.
2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:
- a) Se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida del animal.
 - b) Hubiera mediado ensañamiento.
 - c) Se hubiera causado al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal.
 - d) Los hechos se hubieran ejecutado en presencia de un menor de edad.
3. Si se hubiera causado la muerte del animal se impondrá una pena de seis a dieciocho meses de prisión e inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.
4. Los que, fuera de los supuestos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castigados con una pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.”

En dicho tipo penal, se puede apreciar claramente una figura base en el inciso 1º –maltrato injustificado– y dos figuras agravadas en los incisos 2º y 3º. Si bien la redacción de este tipo penal puede ser objeto de críticas (sobre todo por la figura privilegiada del inciso 4º), lo importante es que distingue claramente conductas que tienen un desvalor de resultado totalmente distinto, como es el lesionar gravemente a un animal, el explotarlo sexualmente o provocarle la muerte, situación que no es distinguida en nuestro actual tipo penal.

Fuera de este problema, pero también relacionado a la tipificación del delito –y esto es una crítica que también se le puede hacer al tipo penal español–, hay una conducta que clínicamente se puede considerar de maltrato animal y que últimamente en nuestro país ha generado importancia mediática: me refiero al *hurto de mascotas*. Si bien la conducta de hurtar animales no es atípica, pues son considerados cosas susceptibles de apropiación⁴⁶ y, como luego se señalará,

⁴⁶ Así lo entiende en general la doctrina, véase por todos: OLIVER (2013), pp. 104.

de apreciación económica y existen casos en que la pena del hurto podría ser incluso más grave que la del maltrato animal (piénsese en caso de perros de razas caras, como por ejemplo un bulldog francés), existen otros casos de hurto de mascotas que tendrían penas inferiores a la del maltrato animal, como los casos de perros de razas no tan caras cuyo valor sea inferior a 4 UTM, que podrían, o bien, ser penados por el hurto del art. 446 nº 3 o incluso como hurto-falta del art. 494 bis. Por otro lado, tratándose de perros “mestizos” como el objeto material del delito de hurto debe ser susceptible de apreciación pecuniaria -debe tener un valor económico para lo cual el *valor de afición* es irrelevante⁴⁷ lo cierto es que este tipo de perros es inferior a la media UTM o simplemente carece de valor económico, por lo que el hurto de perros mestizos se enfrenta al problema de que siempre será considerado una falta penal. Además de este problema penalógico, la realidad ha demostrado que muchas veces el hurto de perros de razas –e incluso a veces mestizos– es empleado por bandas para pedir rescate por ellos, una situación que se asemeja a la figura agravada de secuestro del art. 141 inc. 3 CP, pero que en este caso por tratarse solo de una mascota no habría mayor desvalor por aquella conducta.

Ahora bien, el considerar el hurto de animales como una conducta de maltrato animal no que no tenga relación con el bienestar animal. Lo cierto es que los tienen respuestas de estrés ante situaciones que potencialmente afecten su integridad⁴⁸ y que en ciertos casos extremos esto se puede traducir en estrés crónico⁴⁹ lo que puede producir fobias relacionadas al hecho traumático e incluso problemas en su sistema inmunitario y perdidas en su capacidad de memoria que afecta a su aprendizaje⁵⁰. Estas respuestas de estrés y el estrés crónico se pueden desencadenar por ansiedad o miedo, relacionado al hurto de mascotas encontramos la ansiedad por separación como un trastorno que aparece –entre otras cosas– por el abrupto desarraigo del animal con su dueño o grupo hacia quien manifiesta conductas de apego⁵¹. Así las cosas, la conducta de hurtar a un animal que comparte un vínculo afectivo fuerte con su dueño puede causarle daños, por lo que esta conducta debería ser considerada dentro del tipo penal de maltrato animal en especial atención a la situación de las mascotas o también llamados “animales de compañía”.

⁴⁷ OLIVER (2013), pp. 105-106.

⁴⁸ CASEY (2012), p. 231.

⁴⁹ CASEY (2012), p. 237.

⁵⁰ CASEY (2012), pp. 237-238.

⁵¹ HEIBLUM (2004), pp. 61-62.

3. Penas inadecuadas y necesidad de imponer inhabilidades especiales.

Como se ha dicho en reiteradas ocasiones, el marco penal es inadecuado para los múltiples tipos de atentados al bienestar animal que se pueden realizar y que se subsumen en el tipo penal de maltrato animal. Así, junto con describir conductas graves, menos graves y base de maltrato animal, estas necesitan un marco penal proporcional al tipo de conducta que se realice, llegando en cierto a no admitir la aplicación facultativa de una pena corporal en los casos de mayor gravedad como serían la muerte, torturas o explotación sexual, lo cual puede ser visto en el tipo penal recién transcrita del CP español.

Luego, estimo que será necesario añadir tanto al catálogo de penas como al de condiciones para cumplir la suspensión condicional del procedimiento del art. 238 CPP, la inhabilidad para ejercer oficios o profesiones que impliquen la tenencia o contacto con animales y el someter al maltratador de animales a programas sobre cuidado y bienestar animal. Estos avances significarían tanto una prevención a la comisión de futuros delitos de maltrato animal, como también podrían aportar a la resocialización de los autores de estos actos.

A modo de ejemplo y siguiendo con la legislación española, el art. 33 inciso 4º letra c) CPE enuncia como pena leve la “inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de tres meses a un año”. Luego, para efectos de la suspensión de la ejecución de la pena, el art. 83 inciso 1º número 6 señala como una condición el “participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares”.

4. Cuestiones procesales.

Finalmente, dos son los problemas que denomino cuestiones procesales relacionadas al delito de maltrato animal: la medida cautelar real de incautación de animales del art. 12 letra a) de la ley 20.380 y la falta de legitimidad activa de instituciones dedicadas a la protección animal en procedimiento penal.

a) Sobre la incautación de animales en procedimientos penales.

Sobre el primer punto, la ley sobre protección animal reconoce como cautelar en el art. 12 letra a) el “ordenar que los animales afectados sean retirados del poder de quien los tenga a su cargo para ser colocados al cuidado de una persona natural o jurídica que se designe al efecto”, lo que hasta el momento no presentaría reparo alguno; luego el inciso 2º señala “las medidas señaladas se llevarán a efecto provisionalmente, a costa del imputado”, lo que deja en

evidencia el carácter de medida cautelar de esta norma. Como se trata de una medida que perfectamente se puede imponer en contra del dueño del animal objeto del delito y al mismo tiempo es una medida de carácter esencialmente provisional, ante esta disposición cabe preguntarse ¿y en qué situación queda el animal luego de una condena al imputado por maltrato animal? ¿es acaso que volverá al dominio de quien lo maltrató?

Si buscamos respuestas en nuestro derecho penal, nos acercaremos naturalmente a la pena accesoria de *comiso*. En nuestra regulación penal, existen dos tipos de comisos: el del art. 31 CP que es imperativo para los crímenes y simples delitos y el comiso de faltas de los arts. 499 y 500 CP que es facultativo para el juez y que podrá adoptar bajo ciertas circunstancias⁵²; luego, el comiso aplicable para nuestro tipo penal en análisis es aquel del art. 31 CP, el cual señala que se aplicará sobre “los efectos que de él (del delito) provengan y de los instrumentos con que se ejecutó”. Con toda propiedad se puede decir que son instrumentos del delito aquellas herramientas con las que se llevó a cabo los actos de ejecución del delito y fueron usadas en su desarrollo, pero sobre lo que se entiende por “efectos del delito” pueden surgir problemas al tratarse de una frase ambigua: estimo que por efectos del delito se deben entender todos aquellos objetos que han resultado del delito, aquello que proviene directamente del delito *distinto a la ganancia y al objeto material del delito*⁵³.

Así las cosas, siendo el comiso una pena en sentido estricto en nuestro derecho penal, no sería admisible sostener la legalidad de mantener la incautación de animales tras la condena por delito de maltrato animal, por lo que al no haber regulación expresa respecto a la situación del animal sujeto de esta medida cautelar, lo lógico sería que vuelva al dominio de las personas que lo cuidaban previo a esta medida provisoria, lo que en ciertos casos podría significar que el animal maltratado vuelva al poder de quien lo maltrató y que ya ha sido condenado por dicho maltrato, situación del todo inaceptable. De otro lado, estimo que la pena de comiso no podría tener efectos preventivos ni otros fines de la pena, no es propiamente una pena por más que nuestro código así lo estipule: no se busca disuadir la comisión de delitos ni retribuir al infractor de la norma, se trata más bien de una consecuencia accesoria al delito⁵⁴. Así, si buscamos prevenir que se vuelva a repetir la situación de maltrato animal, lo propio sería darle una regulación especial para el caso.

No obstante, en la práctica esto no ha suscitado problemas pues hay casos en que ha mantenido la medida cautelar ya con efecto de pena de comiso tras

⁵² HERNÁNDEZ (2011), p. 482.

⁵³ HERNÁNDEZ (2011), pp. 483-484.

⁵⁴ MIR (2011), pp. 802-803.

condena por delito de maltrato animal, esto es, se otorga permanentemente el dominio de las especies generalmente a instituciones animalistas que velaron por cuidar al animal maltratado durante el procedimiento penal.

b) La falta de legitimidad activa de instituciones protectoras del bienestar animal en procedimientos penales.

Por último, quizás de no tanta relevancia que los cuestionamientos anteriores, está la situación de la participación de las instituciones protectoras de animales en procedimiento penal. Es un hecho hasta sabido por todos que en nuestro país y en el mundo existen un gran número de estas instituciones que desinteresadamente velan por proteger el bienestar animal y en muchos casos dichas instituciones cuentan con equipos jurídicos para poder fundamentar sus acciones o entregar una adecuada educación, asesorías o difusión sobre materias de protección animal. En este orden de ideas, encontramos que en nuestro sistema de justicia penal existen diversos intervenientes o sujetos penales, uno de ellos el *querellante*. Si bien es posible asociar a la figura del querellante con la víctima del delito y sus representantes legales (art. 111 CPP), lo concreto es que existe la figura del *querellante colectivo*⁵⁵ para casos en que el querellante *no es la víctima del delito*, lo cual en nuestra legislación ha reconocido de forma restringida (inciso 2º del art. 111 CPP) a diferencia del original texto del art. 111 CPP pues en el antiguo inciso 3º del art. 111 CPP se permitía la querella por parte de cualquier persona respecto de delitos que “afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto” lo cual fue modificado tras la ley nº 20.074. La importancia de reconocer la legitimidad activa de estas instituciones para casos de maltrato animal deriva a mi parecer en que muchas veces a los animales afectados no se les reconoce dueño alguno que pueda actuar en pro de su bienestar o incluso es el mismo dueño quien lo somete a tratos vejatorios y tratándose de animales, seres no sujetos de derechos, se estaría en la situación de ser propiamente delitos sin víctimas, cuando la realidad es que se trata de seres con intereses -el interés al menos de no sufrir- y si existe alguien que podría intervenir en favor de este interés, son propiamente este tipo de instituciones dedicadas a la protección de sus intereses.

5. Hacia una nueva regulación del delito de maltrato animal.

A modo de resumen, estimo –como se ha venido reiterando en todo este trabajo– que es necesario reformar el delito de maltrato animal, tanto en su tipo penal como en sus aspectos procedimentales como se ha señalado anteriormente. De lege ferenda, algunas ideas rectoras sobre esta tarea dicen relación

⁵⁵ HORVITZ y LÓPEZ (2003), pp. 304-305.

con dotar a la descripción típica de mayor especificidad en cuanto a las conductas que conforman el maltrato y crueldad contra animales, distinguiendo claramente entre aquellas conductas graves –así estimo el causarles la muerte, someterlos a torturas y explotarlos sexualmente–, aquellas menos graves -las lesiones, el hurto como se ha señalado y conductas por omisión- y por ultimo también tipos especiales sobre otro tipo de conductas como pueden ser el abandono animal o someterlos a peleas contra otros animales. En este sentido, si bien las legislaciones de Colombia y España pueden ser un punto de partida bastante cercano y dentro de nuestra tradición jurídica para entender a qué queremos llegar, lo cierto es que no son del todo satisfactorias y tras un breve análisis de ellas se pueden evidenciar falencias, por lo que estimo conveniente tomar de ejemplo otras legislaciones, lo cual sería interesante materia para otro tipo de análisis.

Luego, en segundo lugar y tras adecuar el tipo penal, está el asunto de adecuar la penalidad del mismo. Si bien no creo que las penas corporales sean la solución para este tipo de materias, no es del todo erróneo afirmar que en nuestro país no es fácil hallar casos de condenas por maltrato animal: muchas veces por tratarse de un tipo de delincuencia no habitual o no tradicional, no se trata de sujetos con prontuario que hagan posible la aplicación de penas efectivas. Al contrario, los imputados por este delito comúnmente son tanto beneficiarios de penas sustitutivas como de suspensión condicional del procedimiento. Con este panorama y siguiendo el ejemplo de la legislación española en este tema, lo ideal sería establecer penas accesorias para el caso de la condena, como inhabilidades para la tenencia y el ejercicio de profesiones relacionadas con animales, como también al mismo tiempo someter a las personas beneficiadas ya sea con suspensión condicional o con penas sustitutivas a cursos o programas de educación sobre el bienestar animal y la importancia esto para la sociedad. Por último y en este mismo sentido, dotar de coherencia a la medida provisional de incautación de animales y establecer como consecuencia del delito de maltrato animal el comiso de la especie objeto del maltrato.

V. CONCLUSIONES

1. El maltrato animal y la protección del bienestar animal son problemas que nuestra sociedad ha discutido desde hace varios siglos y que en la actualidad está teniendo un desarrollo legislativo importante, siendo un tópico abordado tanto en el derecho internacional mediante convenciones y proyectos de convenciones, en el derecho comparado con los ejemplos de España y recientemente en Colombia y en nuestro país esencialmente a partir de la dictación de la ley 20.380 sobre protección animal.

2. En nuestro país, existe el delito de maltrato animal desde fines de la década de los '80, el cual ha sido reformado en la última década en cuanto a su penalidad. En el ámbito doctrinario, se evidencia una escasa discusión sobre los alcances de este tipo penal, sobre todo en lo referente a su bien jurídico el cual como hemos señalado realmente no dice relación con el bien jurídico protegido por el título del CP en el cual se enmarca dicho tipo penal.

3. Los problemas de la regulación del delito de maltrato animal son tanto a nivel de descripción de la conducta típica, penológicos e incluso procedimentales. En este sentido, nuestra legislación no ha avanzado en cuanto a preventión de este tipo de conductas y las condenas por este delito prácticamente son simbólicas al tratarse de casos frecuentemente cometidos por personas sin antecedentes penales que hagan posible una pena efectiva por lo que son beneficiarios de penas sustitutivas o suspensión condicional. Luego, tenemos que no existen penas accesorias como sí las hay en legislación comparadas y que están destinadas a la evitación de nuevos actos de maltrato.

4. Luego, si bien tenemos ejemplos cercanos sobre mejoras en la protección del bienestar animal (hablo de España y Colombia), estos no son suficientes para lo que los tiempos actuales exigen en relación al trato ético con los animales. Será deber de nuestro legislador estar a la altura de las nuevas concepciones que se están propagando con fuerza en las sociedades modernas sobre el rol e importancia de los animales en la sociedad y su relación con el derecho.

5. Por último, si bien dotar de una adecuada protección penal al bienestar animal es un avance importante en el derecho animal, se debe reconocer que no es el derecho penal quien tiene que estar a la vanguardia en la protección animal. Tampoco lo debe ser el derecho, sin perjuicio que tiene mucho que incidir en esto: el cambio del trato humano-animal 'no humano' implica cambios sociales y culturales en las personas que trascienden al ámbito de lo jurídico y simplemente normar qué es lo que esperamos de dicha relación solo es un camino fácil y cortoplacista. Se requieren esfuerzos en educación, en concientizar la relevancia de los animales en diferentes aspectos de nuestras vidas y sobre sus intereses de –al menos– no sufrir daño.

BIBLIOGRAFÍA

- BRELS, Sabine (2012): "La protección del bienestar animal: una preocupación universal que se debe considerar globalmente y seriamente en Derecho Internacional". Disponible en: <<http://www.derechoanimal.info/images/pdf/S.Brels-Animal-Welfare-Protection-in-International-Law-esp.pdf>> [última fecha de consulta 17 de julio de 2016].
- BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán (1997): *Lecciones de derecho penal*, volumen I (Madrid, Editorial Trotta), 260 pp.

- CASEY, Rachel (2012): "Miedo y estrés" en: Horwitz, Debra; Mills, Daniel; y Heath, Sara (editores.), *Manual de comportamiento en pequeños animales* (Santiago, Lexus), pp. 231-242.
- FRANCIONE, Gary (2010): "Animal Welfare and the Moral Value of Nonhuman Animal", *Law, Culture and the Humanities*, vol. 6, N° 1, pp. 24-36.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora y LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen (2013): "Los delitos contra la flora, la fauna y los animales domésticos", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 15-11, pp. 1-65.
- GARRIDO MONTT, Mario (2010): *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo III, 4ta ed. (Santiago, Editorial Jurídica), pp. 415.
- GIMPEL RIVERA, Jessica (2005): "Fundamentos de la investigación en bienestar animal" en: González Enci, Gisela; Stuardo Escobar, Leopoldo; Benavides Sánchez, Daniela; y Villalobos Mateluna, Pablo (editores), *La Institucionalización del Bienestar Animal, un Requisito para su Desarrollo Normativo, Científico y Productivo* (Santiago, Comisión Europea – Universidad de Talca), pp. 45-54.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis (2007): *Estudios y Defensas Penales*, 2da ed. (Santiago, Lexis-Nexis), 476 pp.
- HAVA GARCÍA, Ester (2011): "La protección del bienestar animal a través del derecho penal" *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, pp. 259-304.
- HEIBLUM FRID, Moisés (2004): *Etología clínica en perros y gatos* (Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México), pp. 102.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2011): "Comentario al artículo 31" en: Hernández Basualto, Héctor y Couso Salas, Jaime (directores) *Código Penal Comentado* (Santiago, LegalPublishing), 481-484.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2003): *Derecho procesal penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica), pp. 638.
- MATÚS ACUÑA, Jean Pierre (2013): "Sobre el sentido y alcance del artículo 291 del Código Penal" *Revista de Derecho*, vol. XXXVI, N°2, pp. 137-166.
- MATÚS ACUÑA, Jean Pierre (2011): "Acerca de la licitud de 'las peleas de gallos' y el alcance del delito del artículo 291 bis del Código Penal" *Gaceta Jurídica*, N° 370, pp. 13-24.
- MIR PUIG, Santiago (2011): *Derecho penal parte general*, 9na ed. (Barcelona, Editorial Repertorio), pp. 816.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2013): *Delitos contra la propiedad* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 591.
- REGAN, Tom (2004): *The Case for Animal Rights* (Oakland, University of California Press), pp. 425.
- RÍOS CORBACHO, José (2008): "Los animales como posibles sujetos de derecho penal". Disponible en: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_86.pdf> [última fecha de consulta 17 de julio de 2016].
- SALT, Henry (1894): *Animals' Rights*, (New York, Macmillan & Co), pp. 176.
- WISE, Steven (2004): "Animal Rights, One Step at a Time" en: Sunstein, Cass y Nussbaum, Martha (editores) *Animal Rights: Current Debates and New Directions* (New York, Oxford University Press), pp. 19-49.
- VINARDELL MARTÍNEZ-HIDALGO, María Pilar (2007): "Alternativas a la experimentación animal en toxicología: situación actual" *Acta Bioethica*, vol. 13, N° 1, pp. 41-52.

Sentencias

Juzgado de Garantía San Bernardo, Rol n° 8023-2011, fecha 20 de marzo de 2013.
 12º Juzgado de Garantía de Santiago, Rol n° 6231-2011, fecha 23 de octubre de 2013.
 Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol n° 169-2008, fecha 26 de agosto de 2011.

Legislación

Nacional:

Código Penal chileno.

Código Procesal Penal chileno.

Ley que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, Ley N° 18.216, 1983.

Ley sobre caza, Ley N° 19.473, 1996.

Ley sobre protección de animales, Ley N° 20.380, 2009.

Decreto que aprueba reglamento de prevención y control de la rabia en el hombre y los animales, Decreto N° 1/2014 Ministerio de Salud, 2014.

Extranjera:

Código Penal español.

Ley N° 1.773 de Colombia, 2016.

Otros recursos

Blog Animal Libre – Rodeo: Dinero Público destinado al sufrimiento animal: <<http://blog.animallibre.org/post/116124275958/rodeo-dinero-p%C3%BAblico-destinado-al-sufrimiento>> [última fecha de consulta 25.07.16]

Código de Hammurabi, disponible en línea: <<http://www.ataun.net/BIBLIOTECA-GRATUITA/Cl%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>> [última fecha de consulta 25.07.16]

Código de Ética Colegio Médico Veterinario, disponible en línea: <<http://www.colegioveterinario.cl/quienes/codigoEtica2013.pdf>> [última fecha de consulta 25.07.16]

Declaración Universal de los Derechos del Animal, 15 de octubre de 1978, disponible en línea: <<http://www.filosofia.org/cod/c1977ani.htm>> [última fecha de consulta 25.07.16]

Federación del Rodeo Chileno – ¿Qué es el Rodeo Chileno? Disponible en Línea: <http://p11.ivn.cl/portal_rodeo/site/edic/base/port/rodeo_chileno.html> [última fecha de consulta 25.07.16]

Historia de la Ley N° 20.380, Sobre protección de animales, Biblioteca del Congreso Nacional, disponible en línea: <<http://www.bcn.cl/historiadaleyley/nc/historia-de-la-ley/4717>> [última fecha de consulta 25.07.16]

Memoria Chilena – El Rodeo: Disponible en línea: <<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-3402.html>> [última fecha de consulta 25.07.16]

Radio BioBío “Interponen querella contra director del Zoológico de Quilpué por maltrato animal” 6.10.2011. Disponible en línea: <<http://www.biobiochile.cl/2011/10/06/interponen-querella-contra-director-del-zoologico-de-quilpue-por-maltrato-animal.shtml>> [última fecha de consulta 25.07.16]

Radio BioBío “Muere “Taco”, el oso polar que soportó varias olas de calor en el Zoológico Nacional de Santiago” 17.04.2015. Disponible en línea: <<http://www.biobiochile.cl/2015/04/17/muere-taco-el-oso-polar-del-zoologico-nacional-de-santiago.shtml>> [última fecha de consulta 25.07.16]

Universal Declaration on Animal Welfare, 2011, disponible en línea: <<https://www.globalanimallaw.org/database/universal.html>> [última fecha de consulta 25.07.16]

Principios del Derecho Penal Militar y su reconocimiento en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

[Principles of Military Criminal Law and its recognition in the jurisprudence of the InterAmerican Court of Human Rights]

DIEGO MUÑOZ NAVARRETE

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
 navarrete.m.diego@gmail.com

RESUMEN

Desde fines de siglo, nuestro sistema jurídico se ha visto envuelto en una constante revisión. Tal como ha ocurrido con la justicia laboral, tributaria, penal y de familia, larga es la tendencia reformista que invade nuestro ordenamiento. Y aunque no tan intenso, pero no por ello inexistente, las voces académicas aisladas, que abogan por una modificación a la justicia militar.

El documento que se presenta intenta determinar los planteamientos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹ ha tenido respecto del Derecho Penal Militar, y cómo estos han influido en los planteamientos desarrollados por el Estado de Chile a la hora de proponer modificaciones a esta área de la Justicia Militar.

El trabajo consiste en detallar cómo la Corte, en conjunto con la legislación nacional e internacional han recogido y desarrollado principios que sirvan de

ABSTRACT

Since the end of the century, our legal system has been constantly revised. As it has occurred in labour, tributary, criminal and family justice, the reforming tendency that has invaded our system is quite extensive. And, although not as intense, but still not nonexistent, the isolated academic voices, that defend a modification of the military justice.

The document presented tries to determine the approaches that the Interamerican Court on Human Rights has had about the Military Criminal Law, and how those approaches had influenced in the concept developed by the Chilean State when proposing modifications to this area of the Military Justice.

This work details how the Court, alongside with the national and international legislation, has gather and develop principles that are base for a reform. Thus, an analysis will be made

¹ En adelante “Corte IDH”, “Corte Interamericana”, o simplemente “la Corte”.

base para una reforma. De este modo se realizará un análisis de algunos de los que se consideran como principios formativos propuestos por la Comisión de Estudios para la Reforma de la Justicia Militar² en el año 2008, y que a la fecha, son el trabajo más elaborado en lo que a reforma al sistema de justicia militar se refiere.

PALABRAS CLAVE

Derecho militar, reforma, corte interamericana.

of some principles that are considered as formative principles proposed by the Study Committee for the Military Justice Reform in the year 2008, and that until now is the most elaborate work as far as reform to the military justice system is concerned.

PALABRAS CLAVE

Military law, reform, Interamerican Court.

AVANZANDO HACIA UNA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR

Nuestra actual legislación en la materia data, en líneas generales, de 1925, y es desde esa época que el Código de Justicia Militar se ha mantenido incólume a todos los procesos de modernización desarrollados en la materia, tanto de derecho internacional como nacional³. Es por eso que el asunto es de sumo interés, sobre todo porque el Estado de Chile –al igual que un importante número de Estados de la región– a través de las sentencias de la Corte IDH ha sido obligado a revisar su legislación en este tema. En particular, en el caso chileno, cobra relevante importancia la sentencia del caso Palamara que en el año 2005 condenó al Estado de Chile, y entre otras cosas, le ordenó modificar su legislación militar. De la misma forma esta sentencia, junto a otras, y sumado a las opiniones que la Corte IDH emite en virtud de su competencia consultiva han impulsado a diversos gobiernos e instituciones, desde fines del siglo pasado y comienzos del actual, a proponer instancias que permitan llevar a cabo una reforma del Código de Justicia Militar para adoptarlo a los tiempos actuales.

² En adelante, “la Comisión”, “Comisión para la reforma” o “la Comisión de estudios”.

³ Algunas reformas importantes al Código, anteriores al período de dictadura, corresponden al Decreto Ley nº 650 del 26.09.1932 que consistió en una revisión completa de todo el Código de Justicia Militar e introdujo en el Libro IV del Código, los Títulos I y II donde se trata de los delitos especiales relativos a la Marina de Guerra y a Carabineros de Chile, la Ley nº 16.639 de 21.07.1967 que introduce reformas al procedimiento penal en tiempos de paz y reforma, en el sentido de ampliar los derechos procesales de los reos, y la Ley nº 17.266 de 06.01.1970, que reforma el Código Penal y el de Justicia Militar en lo que se refiere a la pena de muerte, impidiendo la obligatoriedad de la aplicación de la pena, entre otras reformas a determinados tipos penales.

Desde el retorno a los modelos democráticos de gobierno, nuestro país ha intentado numerosos proyectos legislativos tendientes a reducir paulatinamente la competencia de los tribunales militares, los cuales salvo el avance efectuado por las denominadas “Leyes Cumplido”⁴, no han tenido el éxito esperado en el Congreso Nacional. A excepción, por cierto, de dos leyes, promulgadas en los años 2009 y 2010, que vinieron a dar un nuevo impulso a los deseos de reforma de la Justicia Militar. En primer término, la Ley nº 20.357 que tipifica los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, y la Ley nº 20.477, que modifica la competencia de los Tribunales Militares en orden a disminuir sus atribuciones. Esta última, como se señaló, consecuencia directa del proceso de cumplimiento de la condena del Estado de Chile en el caso Palamara, lo que demuestra que esta contingencia tuvo primacía frente a una voluntad política seria y mayoritaria que promueva un ánimo reformista⁵.

1. La Comisión de Estudios para la Reforma de la Justicia Militar

Los principios que a continuación se presentan son fruto de la Comisión de Estudios para la Reforma de la Justicia Militar, y representan uno de los tantos esfuerzos que se han llevado a cabo en los últimos años para intentar una reforma efectiva en este sector. Esta comisión fue creada por Decreto Supremo el año 2008 con el objetivo de constituir una instancia de reflexión técnica para la generación de un nuevo Código de Justicia Militar. Dentro de las funciones de este órgano consultivo se encuentran el estudio de propuestas para la reforma de la justicia militar y velar por el resultado armónico de una reforma integral del código y demás leyes conexas⁶.

Los principios que elabora esta comisión encuentran su base y fundamento, entre otros, en la jurisprudencia de la Corte IDH, y es por esa razón que en las páginas que siguen se detallarán algunos de tales principios en conjunto con

⁴ La Ley nº 19.047 excluyó de la jurisdicción militar el conocimiento de: 1.- los delitos terroristas cuando el afectado fuere un miembro de las Fuerzas Armadas o de Carabineros, y 2.- Los delitos de amenazas, ofensas o injurias a las Fuerzas Armadas o a Carabineros, o a sus unidades, reparticiones o miembros, cuando estos delitos fueren cometidos por civiles.

⁵ En el mismo sentido, los Informes de Derechos Humanos que anualmente la Universidad Diego Portales publica, desde el año 2005 en adelante han venido formulando críticas y sugiriendo reformas a la justicia militar, pero lamentablemente sin un impacto sustancial en el ámbito académico, y que termine en constituir una colaboración sustancial al debate en la materia. Lo mismo ocurre con las declaraciones formuladas año tras año por las autoridades políticas de la Nación, en las que se comprometen a realizar reformas estructurales al sistema de justicia militar, pero que, sin embargo, no se han realizado.

⁶ CEA CIENFUEGOS, Sergio; CORONADO DONOSO, Ricardo, *Derecho Militar: parte general* (Editorial LegalPublishing, Santiago, 2011)⁴ p. 181.

los fundamentos doctrinales y de la jurisprudencia del mencionado tribunal internacional.

En este capítulo se revisarán y comentarán los que se han considerado como más relevantes principios formativos, en atención a la influencia que la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido en el desarrollo de éstos por parte de la Comisión de Estudios para la Reforma de la Justicia Militar y en la importancia que tienen para el desarrollo del derecho penal militar. De la misma forma, junto con estos principios se ha tenido a bien considerar el documento denominado “Proyecto de principios sobre la administración de justicia por los tribunales militares”⁷ elaborado por el profesor Emmanuel DECAUX, y que en el mismo sentido que la iniciativa presentada por el Ministerio de Defensa de Chile, a través de la Comisión para la Reforma, pretende sentar principios y bases sobre las cuales cimentar las reformas a la justicia militar en los diversos ordenamientos jurídicos del planeta.

En efecto, el trabajo pretende mostrar una visión panorámica de cada uno de estos principios, poniendo énfasis en la doctrina y las consideraciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido en relación al principio estudiado a través de su jurisprudencia.

2. Principios formativos para el nuevo código de justicia militar

a) Aplicación del Derecho Humanitario

Este principio contemplado por la Comisión de estudios es de suma importancia y relevancia para la configuración de un nuevo Código de Justicia Militar, dado que apunta en el sentido de otorgar protección incluso en aquellas situaciones de conflictos armados, y por cierto, es una obligación que deben respetar todos aquellos órganos que ejerzan funciones jurisdiccionales, entre ellos, claro está, los tribunales militares.

Por derecho humanitario, el profesor CEA CIENFUEGOS entiende que es aquel que 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

⁷ DECAUX, Emmanuel, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Derechos Civiles y Políticos, en Particular la Independencia del Poder Judicial, la Administración de Justicia y la Impunidad. La administración de justicia por los tribunales militares*, Informe presentado en Resolución E/CN.4/2006/58 (Nueva York, 62º período de sesiones, 13 de enero de 2006).

proteger a los militares fuera de combate, como de igual forma a las personas que no participan en las hostilidades⁸.

La novedad en este principio es que la Comisión para la reforma es clara en enfatizar en que “todo tribunal de justicia, incluidos los tribunales militares” deben respetar el Derecho Internacional Humanitario, poniendo entonces hincapié en que los tribunales militares deben necesariamente observar las garantías para los tiempos de guerra que esta rama del derecho promueve, garantías contempladas principalmente en los Convenios de Ginebra, y que dicen relación con estándares mínimos a observar en un procedimiento (tales como independencia, imparcialidad, dignidad, proceso previo legalmente tramitado, entre otros). Todas estas normas encuentran su origen y significado en el concepto de dignidad humana, el cual debe prevalecer en toda circunstancia, más aún en situaciones de conflictos armados, en donde, por las propias normas del Derecho Internacional Humanitario –tanto positivas, como consuetudinarias– los Estados han aceptado someterse a regulaciones que mantengan un cuidadoso equilibrio entre las preocupaciones de carácter humanitario, y las exigencias militares de los Estados en situaciones de conflictos armados de carácter internacional.

¿Es posible que la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplique derecho humanitario en sus decisiones?⁹ La pregunta surge porque este tribunal está llamado a aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰, mas no le corresponde interpretar ni conocer violaciones a derechos consagrados en otros instrumentos normativos –menos aún derechos consagrados en forma consuetudinaria–. Es por esta razón que la Corte IDH –al igual que su símil europeo– se ha resistido a realizar una interpretación amplia de sus facultades para aplicar el derecho humanitario abiertamente, y en los casos en los que ha hecho mención del derecho humanitario, no lo ha utilizado para dar fundamento a sus decisiones, sino que lo ha hecho para aplicar de una forma más adecuada el derecho de los DD.HH.¹¹

⁸ CEA CIENFUEGOS, SERGIO, *La Justicia Militar de Chile en Ars Boni et Aequi nº5 2009*. p. 258.

⁹ La discusión que a continuación se presenta aplica también para los principios relacionados con el Derecho Internacional Humanitario.

¹⁰ Artículo 62.3 CADH: La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

¹¹ NÚÑEZ PALACIOS, Susana, *Interpretación y aplicación del derecho humanitario en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Revista Alegatos*, nº 77, (2011), p. 23.

En la sentencia del caso Las Palmeras¹², recién en el año 2000, fue la primera ocasión en el que la Corte IDH se pronunció al respecto, y en esta admitió dos excepciones preliminares formuladas por el Estado de Colombia en las que se argumentaba que la Corte no tenía competencia para aplicar el derecho humanitario, esto fundándose en que los Estados partes en la Convención Americana aceptaban la competencia contenciosa de la Corte únicamente en relación con los derechos establecidos en la propia Convención¹³.

Luego, en la sentencia del caso Bámaca Velásquez contra el Estado de Guatemala¹⁴, en noviembre del mismo año, la Comisión Interamericana solicitó a la Corte que estableciera la violación de varios derechos de la CADH vinculados con el artículo 3 de los Convenios de Ginebra, y en este caso, a diferencia del anterior, fue posible utilizar el derecho humanitario puesto que el Estado respecto del cual se alega su incumplimiento lo aceptó en sus alegatos orales, por lo cual la Corte IDH pudo complementar el fundamento de su sentencia con las normas respectivas del derecho humanitario. Al respecto, en el párrafo 208 de la sentencia la Corte IDH señala que “Si bien la Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3”¹⁵. Al respecto, llama la atención que la Corte, reconociendo primariamente que no tiene competencia, de igual forma se sustente en la violación a los derechos humanos para establecer violaciones a derechos consagrados en otros instrumentos que no le son de su competencia. En definitiva, se puede concluir que bajo la premisa de “violación a los Derechos Humanos” la Corte realizó un análisis panorámico de todos los instrumentos internacionales que contemplaran dicha garantía y lo incluyó en el análisis.

¹² El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado colombiano por la muerte de Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán, Julio Milciades Cerón Gómez, Edebraiz Cerón Rojas, William Hamilton Cerón Rojas, Hernán Lizcano Jacanamejoy y Moisés Ojeda por parte de miembros de la Policía Nacional y el Ejército, así como de la falta de investigación y sanción de responsables de los hechos.

¹³ CORTE IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo, sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C nº 90, párrs. 28 a 33.

¹⁴ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Efraín Bámaca Velásquez, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos.

¹⁵ CORTE IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, fondo., Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C nº70, pár. 208.

Sin embargo, más interesante que lo anterior resulta el voto razonado en este caso pronunciado por el juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, quien da luces en el tema señalando que queda claro que la competencia del tribunal interamericano para dirimir litigios, *ratione materiae*, se circumscribe a las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto aquél se halla expresamente investido de jurisdicción contenciosa para conocer de los casos relativos a “la interpretación o aplicación” de dicha Convención (artículo 62.1 y 62.3), a los que pudieran añadirse los expresamente asignados a la Corte por otros tratados o convenios vigentes en América, como ocurre en la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, hipótesis que también se examina en esta sentencia. Por ello, el tribunal no puede aplicar directamente las normas del Derecho Internacional Humanitario recogidas en los Convenios de Ginebra de 1949, y resolver bajo su amparo una controversia, decidiendo que hubo violación de las disposiciones de estos instrumentos convencionales¹⁶, y luego sentencia: “No se trataría, en la especie, de aplicar directamente el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, sino de admitir los datos que proporciona el conjunto del orden jurídico –al que ese precepto pertenece– para interpretar el sentido de una norma que el tribunal debe aplicar directamente”¹⁷.

En definitiva, en estas sentencias, sumadas al caso conocido por la Corte como la “Masacre de Mapiripán”¹⁸, aparece de manifiesto que este tribunal se ha nutrido de las normas del derecho humanitario, ya sea bajo la labor de aplicación o interpretación, y que esto le ha permitido cumplir su función judicial de manera más adecuada, esto refuerza el argumento que señala que la protección de los DD.HH. debe tomar en cuenta la situación concreta en la que suceden las posibles violaciones a estos derechos, las características de los sujetos implicados y sus consecuentes obligaciones¹⁹. Todo lo anterior no obsta a que a la Corte no le está permitido aplicar otros instrumentos internacionales no señalados en la Convención Americana.

¹⁶ Voto razonado concurrente del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ a la sentencia de fondo del *Caso Bámaca Velásquez*, párr. 23.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 24.

¹⁸ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de Colombia por la muerte, lesiones y abusos cometidos en contra de pobladores de la localidad de Mapiripán por parte de agentes paramilitares, así como la falta de investigación y sanción de los responsables. En este caso la Corte avanza e incorpora ella misma en la sentencia varios puntos respecto a violaciones a los Convenios de Ginebra, sin que la Comisión los hubiera señalado, y utilizó esas consideraciones para determinar agravantes de las violaciones a la Convención Americana. Lo anterior se puede apreciar en los párrafos 114 y 115 de la sentencia respectiva.

¹⁹ NÚÑEZ PALACIOS, Susana (Cit. 11), p. 31.

b) Prohibición de tortura, penas inhumanas o infamantes y otros tratos crueles

La prohibición de torturas, penas inhumanas o infamantes y otros tratos crueles se encuentran recogida en una diversidad de *instrumentos* legales a nivel internacional, y que por lo tanto, de acuerdo a las normas respectivas, son vinculantes para el Estado de Chile y deben ser respetadas. Entre otros instrumentos que dan lugar a esta prohibición se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 7), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 5.2), los Convenios de Ginebra de 1949 (III Convenio, artículos 3, 17, 87 y 130) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 5).

La tortura es definida de una forma muy completa y detallada en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes como “...todo acto por el cual se inflaja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigaciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. Mientras que por “penas inhumanas o infamantes y otros tratos crueles”, de una interpretación del artículo 16.1 de la misma Convención es posible definirlas en términos generales como: todo acto por el cual se inflaja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, tanto físicos o mentales, pero que no llegue a ser constitutivo de tortura, en los términos del artículo 1.1 de la mencionada Convención²⁰.

El profesor argentino Alberto BINDER, entiende por tortura la “utilización de medios violentos para obtener de una persona cierta información”²¹. Y de la misma forma, para completar la idea, desarrolla un concepto amplio de

²⁰ Artículo 16.1: Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

²¹ BINDER, Alberto; *Introducción al Derecho Procesal* (Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002). p. 193.

violencia, entendiendo por tal todo mecanismo que tienda a la anulación de la voluntad de la persona, sea mediante la aplicación de violencia corporal, violencia psicológica o mediante la adecuación de medios químicos o hipnóticos que produzcan una anulación psíquica de la voluntad²². La Corte IDH, en términos más o menos similares ha adoptado este concepto, como se verá a continuación.

Esta prohibición toma un mayor sentido en la realidad de los conflictos armados, ámbito propio de la función de las Fuerzas Armadas. Por lo mismo, la Corte IDH se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto de la importancia de prohibir este tipo de comportamientos, velando en todo momento por el respeto a la dignidad de las personas, fundamento absoluto de este principio, y de la misma forma, es interesante apreciar que tanto la Convención contra la tortura como la Corte Interamericana se han encargado de entender dentro de la tortura una gran variedad de comportamientos, de modo que, al contrario de la opinión doctrinal (“medios violentos”), las opiniones tanto del instrumento internacional como del tribunal interamericano van en el sentido de ampliar lo máximo posible el concepto de tortura, para así lograr una mayor protección, pero en definitiva, logran un cometido un poco distinto, pues terminan por confundir y hacer equivalentes los conceptos de “tortura” y de “tratos crueles”, lo cual necesariamente deriva en un entendimiento erróneo respecto de éstos.

Es así como en el caso Loayza Tamayo²³, la Corte IDH en la sentencia del 17 de septiembre de 1997, en el párrafo 58, da ejemplos de situaciones constitutivas de tratos crueles o inhumanos, señalando: “...la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos, como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas (supra, pár. 46c., d., e., k. y l.) constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana”.

El mismo razonamiento es el que utiliza la Corte en el caso Cantoral Benavides²⁴, considerando como penas inhumanas o infamantes el hecho

²² *Ibidem*.

²³ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por los tratos crueles, inhumanos y degradantes en perjuicio de María Elena Loayza Tamayo, así como la falta de garantías y protección judicial para cuestionar su detención y el proceso en jurisdicción penal militar.

²⁴ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la detención ilegal y arbitraria de Luis Cantoral Benavides, los actos de tortura durante su encarcelamiento, y la falta de investigación y sanción de los responsables sobre lo sucedido.

de que una persona se encuentre durante un año bajo aislamiento riguroso, encerrada con otros presos en una celda pequeña, sin ventilación ni luz natural, y que las visitas que podía recibir estaban sumamente restringidas. Lo mismo ocurre respecto de la exhibición del Luis Cantoral Benavides ante los medios de comunicación, vestido con ropas infamantes, junto a otros detenidos, como autor del delito de traición a la patria, sin haber sido aún sujeto de un proceso legalmente tramitado²⁵.

En el caso Castillo Petrucci y otros contra el Estado del Perú²⁶, la Corte IDH en la sentencia de 30 de mayo de 1999 consideró en el párrafo 192 como contrario al artículo 5.2 de la Convención el hecho que un detenido esté incomunicado por más de 30 días antes de ser llevado ante la autoridad judicial respectiva, así como también que éstos declaren ante la autoridad judicial vendadas o encapuchadas²⁷. Luego, en el párrafo 194 la Corte es clara en mencionar que: “el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos”.

Finalmente es importante destacar que la Corte IDH, siguiendo el criterio impuesto por la Corte Europea de Derechos Humanos, pretende seguir la tendencia en orden a ampliar la protección respecto de hechos que antes eran constitutivos de tratos inhumanos o degradantes, para que hoy puedan ser considerados como hechos constitutivos de tortura. Aún más, es posible hoy considerar la comisión de actos de tortura de forma psicológica²⁸ y a través de la comisión de actos de índole sexual respecto de las mujeres. Esto, en consideración de la Corte IDH, por el avance significativo en la protección de los derechos y las libertades fundamentales, lo cual debe corresponder

²⁵ CORTE I.D.H., *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C nº69, párr. 85.

²⁶ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de diligencia en el proceso ante el fuero militar de Jaime Francisco Sebastián Castillo Petrucci, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez, así como las afectaciones durante su detención.

²⁷ Párrafo 192: En el presente caso, el ciudadano chileno Jaime Francisco Castillo Petrucci estuvo incomunicado en poder de la autoridad administrativa durante 36 días, hasta ser puesto a disposición judicial. Por su parte, los señores Pincheira Sáez, Astorga Valdez y Mellado Saavedra, estuvieron 37 días en las mismas condiciones. Este hecho, sumado a lo señalado en los alegatos de la Comisión, no controvertido por el Estado, de acuerdo con los cuales dichas personas eran presentadas a las diligencias de declaración ante las autoridades judiciales –vendadas o encapuchadas, ‘amarrocas’ o ‘engrilletadas’– constituye per se una violación al artículo 5.2 de la Convención.

²⁸ Corte I.D.H., *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. cit. párrs. 100-103.

una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas²⁹.

En definitiva, nunca será excesivo contemplar en un Código especial una normativa de tal naturaleza, por más que la generalidad de la normativa internacional lo consagre. Ergo, un Código de Justicia Militar reformado y acorde a los tiempos que imperan debe contener una norma que consagre el respeto por la dignidad de toda persona, incluido el que se considere enemigo. De la misma forma, es necesario que ante una ampliación en la protección de los derechos por parte de la Corte, la doctrina de la misma sea clara en distinguir y hacer las precisiones necesarias entre “tortura”, “trato cruel”, “trato inhumano” y “trato degradante”, puesto que una clara conceptualización de estas nociones puede contribuir de una enorme manera en la protección de los derechos.

c) Incompetencia de los tribunales militares para juzgar a los menores de 18 años

En consideración a este principio, se estima que los menores de edad adquieren la categoría de “personas vulnerables”, en conformidad con el Derecho Internacional, y en consecuencia, no pueden ser imputados en una investigación criminal dirigida por órganos militares o juzgados por un tribunal militar en caso alguno³⁰. Ahora bien, en el caso –lamentable por cierto– que deban juzgarse menores de edad, deberán ser juzgados con estricta observancia de las garantías establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y las estipuladas en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a Menores³¹. Del mismo modo, en caso de conflicto armado, se estará en completa conformidad con la Convención antes señalada, especialmente, los artículos 32, 37, 38 y 39 de la misma. Sin embargo, en tiempos de paz, los tribunales militares nunca podrán juzgar a un menor de edad, más aún, cuando exista una legislación penal especial en la materia³².

La consagración a través de instrumentos internacionales de este principio se encuentra en lo dispuesto por el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que es claro en consagrar que el menor que sea detenido deberá ser conducido prontamente al tribunal ordinario compe-

²⁹ *Ibidem*, párr. 99.

³⁰ *Ibidem*, p. 23.

³¹ Reglas adoptadas por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985 y que son conocidas como “Reglas mínimas de Beijing”.

³² En el caso de Chile, esta legislación especial es la contemplada por la Ley nº 20.084 de 07.12.2005 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

tente para conocer de su causa, esto para resguardar los derechos del menor, y de la misma forma es importante destacar que el principio en cuestión hace hincapié en que debe ser “el tribunal ordinario competente”, con lo que niega competencia a los tribunales militares, por entenderse estos comprendidos dentro de la categoría de “tribunales especiales”.

En el plano regional, la Convención Americana en su artículo 5.5 señala que: “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”. Junto con este reconocimiento normativo explícito, la Corte IDH ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la materia, tanto como parte de su competencia consultiva como en uso de sus facultades jurisdiccionales. En específico la Corte, en la Opinión Consultiva nº17 del año 2002 cuyo tema central fue “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” señaló que los niños: “En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado”³³. La Corte agregó, además, que “es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”³⁴.

Conceptos similares han sido reiterados con posterioridad por parte de la Corte a propósito del conocimiento de casos en materias propias de sus facultades jurisdiccionales. Uno de los casos más paradigmáticos ha sido el caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”³⁵, cuya sentencia de fondo fue dictada el año 2004. En el párrafo 209 de esta sentencia la Corte, citando la opinión consultiva mencionada en el párrafo anterior, señala que “Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en que se encuentran los niños, la adopción de cier-

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002, solicitada por la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (28 de agosto, 2002). párr. 93.

³⁴ *Ibidem*, párr. 96.

³⁵ Este caso no tiene relación con aspectos propios del Derecho Militar. El caso principalmente se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de Paraguay por la muerte y lesiones de niños internos en el Instituto de Reeducación del Menor “Coronel Panchito López”, así como a las deficientes condiciones de dicho centro.

tas medidas específicas con el propósito que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”³⁶.

En nuestro ordenamiento, al respecto cobra importancia la legislación especial en la materia, a saber, la Ley nº 20.084 sobre Responsabilidad Penal del Adolescente³⁷, que termina por excluir la competencia de los tribunales militares para juzgar a menores de 18 años, en virtud de los cambios legales introducidos al ordenamiento jurídico nacional³⁸. En definitiva, las causas de adolescentes por delitos tipificados en el Código de Justicia Militar y en otros cuerpos legales similares –como el Código Aeronáutico–, dejaron de ser de conocimiento de los tribunales militares, quedando sujetos exclusivamente a la competencia de los distintos órganos de la Justicia Civil. Por lo tanto, es necesario destacar que en este punto al menos el Estado de Chile ha seguido la tendencia internacional en orden a negar la competencia de los tribunales militares para conocer de delitos cometidos por menores de edad.

Por último, un punto que cobra especial atención es el caso de los menores de edad que son reclutados por las FF.AA. como cadetes o estudiantes de sus escuelas matrices. Este caso está contemplado en el artículo 38 de la Convención de Derechos del Niño, el cual tolera el reclutamiento de menores de edades comprendidas entre los 15 y 18 años, cuando los Estados no han ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Sin embargo, en caso de conflicto armado, el artículo 38 prevé la aplicación de los principios del Derecho Internacional Humanitario. A este respecto, se debería prestar una atención especial a la situación de los niños soldados en caso de crímenes de guerra o de violaciones masivas de los derechos humanos³⁹. De tal modo que, sin negar la competencia de los tribunales militares para estos casos en específico, este principio postula una mayor consideración y respeto por el niño soldado.

d) Derecho a juicio previo, oral y público

Este principio forma parte del derecho al debido proceso, piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos dentro de todo enjuiciamiento criminal moderno. Sus fuentes datan de la Carta Magna inglesa y, contem-

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Cit. 31). Párr. 98.

³⁷ Ley publicada el 7 de diciembre de 2005, entrando en vigencia, conforme al articulo 1 transitorio, el 8 de junio de 2007.

³⁸ Vid. UNIDAD DE DEFENSA PENAL JUVENIL, *Justicia Militar y Adolescentes. Un nuevo escenario tras la vigencia de la Ley N°20.084* (Santiago, 2007). pp. 2-5.

³⁹ DECAUX, Emmanuel (Cit. 7), p. 14.

poráneamente, puede encontrarse en las siguientes fuentes internacionales: los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 18 y 26 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dentro del ordenamiento positivo a nivel nacional, la garantía del debido proceso se encuentra recogida en el artículo 19, número 3 de la Constitución Política de la República. Si bien todas estas fuentes no se refieren expresamente a un derecho a juicio previo, oral y público, sí lo hacen a propósito de las exigencias que debe satisfacer un proceso penal legítimo. Es la técnica que utiliza nuestra Constitución cuando se refiere a la necesidad de un juicio previo legalmente tramitado, cuestión que se ve profundizada por el artículo 1 del Código Procesal Penal que explicita las condiciones que debe revestir el procedimiento, es decir, que debe ser previo, oral y público⁴⁰.

En definitiva, los instrumentos antes mencionados dan cuenta de la necesidad de que todos los procedimientos deban cumplir con estas premisas básicas, no quedando fuera por cierto la judicatura militar, puesto que no se entiende motivo alguno, independiente de las características propias de las Fuerzas Armadas⁴¹, por las cuales deban abstraerse de estos principios generales de todo procedimiento penal. De la misma forma, como se verá, son diversas y constantes las sentencias de la Corte IDH que instan a los diversos Estados del continente –entre ellos Chile– a adoptar sistemas de justicia militar acorde con estos principios.

¿Qué opina la doctrina autorizada en la materia respecto de estos principios?, es decir ¿son tan importantes y necesarios estos principios para que operen en todo procedimiento, entre ellos, el militar?

En primer término, con respecto a la garantía del juicio previo, el autor argentino Alberto BINDER la desarrolla de manera extensa, y distinguiendo dos dimensiones. Por un lado, entiende que se refiere a una exigencia de sentencia previa, en el sentido de que no puede existir una condena que no sea el resultado de un juicio lógico, expresado en una sentencia debidamente fundamentada. Mientras que una segunda dimensión de la garantía al juicio previo consiste en la necesaria existencia de un juez al momento de llevarse a cabo el juzgamiento, no pudiendo ser reemplazado por ninguna otra autoridad. El señalado profesor, refiriéndose a esta garantía señala: “que la garantía del

⁴⁰ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *Principios formativos para el nuevo Código de Justicia Militar*, p. 13, pp. 23-24.

⁴¹ FERRO TORRES, José. “Constitución y derecho penal militar” en *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores* vol. VIII, nº 16 (julio-diciembre 2005), p. 45.

juicio previo es una fórmula sintética en la que está contenida una limitación objetiva al poder penal del Estado..., y una limitación subjetiva al ejercicio de este poder (el juez, como único funcionario habilitado para desarrollar el juicio). También es una fórmula sintética en otro sentido: expresa el punto de máxima eficacia de todas las garantías procesales. El juicio previo es el punto de máxima concentración de la fuerza protectora de las garantías de defensa, inocencia, inviolabilidad del ámbito íntimo, inmediación, publicidad, etc.”⁴².

Por otro lado, hay autores que tienen una opinión sutilmente distinta, en el entendido que consideran como contenido del derecho a juicio previo en un primer término, el derecho a la sentencia judicial de condena como fundamento de la pena, pero como un segundo contenido de esta garantía al juicio previo el derecho a un proceso previo legalmente tramitado, bajo el aforismo *nulla poena sine processu*. En este sentido, Julio MAIER señala: “...la reacción penal no es inmediata a la comisión de un delito, sino mediata a ella, a través y después de un procedimiento regular que verifique el fundamento de una sentencia de condena; ello ha sido traducido afirmando la mediatez de la cominación penal, en el sentido de que el poder penal del Estado no habilita a la coacción directa, sino que la pena instituida por el Derecho penal representa una previsión abstracta, amenazada por el infractor eventual, cuya concreción sólo puede ser el resultado de un procedimiento regulado por ley, que culmine en una decisión formalizada que autoriza al Estado a aplicar la pena”⁴³.

En segundo lugar, sobre el principio de la oralidad, James GOLDSCHMIDT entiende por tal el principio que prescribe que la resolución judicial debe basarse sólo en el material procesal proferido oralmente, constituyendo un mínimo que conduce al principio de contradicción, es decir, que las audiencias se desarrolle a través de las alegaciones mutuas de las partes en forma de un juicio oral⁴⁴.

Por su parte, Alberto BINDER señala –sin desconocer ni menos aún negar importancia a ésta– que la oralidad no es un principio, sino que es un “mecanismo o instrumento para garantizar ciertos principios básicos del juicio penal”. En especial, señala el autor, “sirve para preservar el principio de inmediación, la publicidad del juicio y la personalización de la función judicial”⁴⁵.

⁴² BINDER, Alberto (Cit. 21), pp. 118-119.

⁴³ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos* (Buenos Aires, 2004), p. 488. En el mismo sentido, HORVITZ LENNON, María Inés; LOPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, p. 64.

⁴⁴ GOLDSCHMIDT, James; *Principios generales del proceso* (Editorial Jurídica Universitaria, Ciudad de México, 2001), p. 192.

⁴⁵ BINDER, Alberto (Cit. 21), p. 100.

Por último, respecto de la publicidad, de las palabras de GOLDSCHMIDT se puede extraer una especie de publicidad referente a las audiencias, y una publicidad referida a las partes, esto es, que las audiencias deben ser accesibles para todos, y por otro lado, una publicidad relativa en relación a la accesibilidad al acto judicial que se le concede a las partes que intervienen.

Este principio también es reconocido como fundamental en el documento elaborado por el profesor Emmanuel DECAUX, el cual señala que al igual que en la jurisdicción ordinaria, la regla general es que el juicio debe ser público, y la celebración de vistas a puerta cerrada debería de ser totalmente excepcional y requerir una decisión específica, motivada y recurrible⁴⁶, lo cual es comprensible en materia penal militar, por las consecuencias que podrían derivarse del hecho de hacer pública mucha información que puede ser considerada como vital para las labores de las FF.AA.

Por su parte, si buscamos en las sentencias de la Corte IDH que abordan la materia, podemos observar que ésta sí considera la garantía al juicio previo y la garantía de la publicidad como fundamentales de todo procedimiento, y en reiteradas ocasiones se ha pronunciado a favor de éstas, particularmente en casos referidos a la justicia militar, como lo podemos apreciar en las siguientes sentencias:

Sobre el derecho a un juicio previo. En el caso Castillo Petrucci y otros, la Corte IDH señala en el párrafo 129: “Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear ‘tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios’ ”⁴⁷.

De una forma clara y sin dejar espacio a ninguna duda, la Corte en el caso Palamara el año 2005, en su párrafo 125 señala: “El derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso”. Si bien la Corte luego desarrolla el contenido, con referencias específicas al caso concreto, esta frase de la Corte resume la importancia que la garantía al juicio previo constituye en todo ordenamiento jurídico moderno.

⁴⁶ DECAUX, Emmanuel (Cit. 7), p. 22.

⁴⁷ CORTE IDH, *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C nº 69, párr. 99.

Sobre el principio de la publicidad: En el caso Castillo Petruzzi y otros, en su considerando 172 se reconoce el principio como integrante de la CADH, a la vez que hace mención expresa de su importancia, al señalar: “La Corte considera probado que los procesos militares de civiles supuestamente incurso en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales “sin rostro”, y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal. En efecto, se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado por la Convención”.

En el mismo sentido, sobre el principio de publicidad, en el caso Palamarra Iribarne, en su considerando 167 se estima por la Corte IDH que: “el derecho al proceso público consagrado en el artículo 8.5 de la Convención es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público”. Y en el 168 expresa: “la publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la trasparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia. La publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros”⁴⁸.

En nuestro ordenamiento militar, ni la oralidad ni la publicidad encuentran reconocimiento, ya que ninguno de los procedimientos contemplados por el Código de Justicia Militar contienen normas al respecto. Por lo mismo, la doctrina es clara en enfatizar que la carencia de publicidad y la inexistencia de un proceso ágil y rápido son dos de los principales obstáculos que tiene esta rama del derecho para adecuarse a los estándares internacionales en materia de debido proceso. Por tanto, establecer que las audiencias sean orales, salvo excepciones, y que la convicción que el juez se forme al momento de dictar sentencia, sea de acuerdo a las pruebas producidas dentro de la audiencia de juicio son estándares que el Código de Justicia Militar debe contemplar en el futuro, para de esta forma evitar la posibilidad de que circunstancias ajenas a la causa influyan en el tribunal y con ello, en la sentencia, de modo de con-

⁴⁸ En el mismo sentido, CORTE IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, cit., párrs. 146 y 147.

tribuir a consolidar la confianza pública en la administración de justicia por parte de los tribunales militares.

En síntesis, se aprecia que la Corte de una forma clara y decidida ha consagrado la garantía al juicio previo y la garantía de la publicidad como centrales dentro de todo procedimiento, sea respecto de tribunales ordinarios como tribunales militares. Respecto de la oralidad, si bien en doctrina hay un consenso en orden a considerar a ésta como un principio básico de todo proceso penal moderno, la Corte no ha asumido una postura clara al respecto, de modo que no considera a la oralidad como un presupuesto para un proceso justo -sin que por ello se le reste importancia-. Lo anterior se comprende aún más al observar que la oralidad no está consagrada en la Convención Americana de Derechos Humanos, ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos instrumentos vitales para el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte y que determinan su ámbito de competencia. En el mismo sentido, la Comisión para la reforma destaca que la oralidad no está desarrollada explícitamente por las fuentes del Derecho Internacional, pero aun así, entiende que ésta se encuentra en estrecha relación con el derecho a un juicio público. Asimismo, señala la importancia que tiene la oralidad como forma para garantizar que la decisión del tribunal sea la consecuencia directa del debate público que la antecedió, y en donde el órgano jurisdiccional pudo examinar la prueba a través de sus percepciones directas y de manera continua y concentrada⁴⁹.

e) Presunción de inocencia

A nivel internacional, este derecho fue un logro obtenido por la reforma liberal al sistema inquisitivo⁵⁰, que se encuentra reconocido en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵¹, mientras que a nivel continental, la principal fuente de reconocimiento de esta garantía de la presunción de inocencia es la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su artículo 8.2 declara que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presume su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad⁵². En el ámbito local, la garantía está contemplada en el artículo 4 del Código Procesal Penal, que lo considera como un principio básico, y

⁴⁹ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL (Cit. 40), p. 25.

⁵⁰ HORVITZ LENNON, María; LOPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002), p. 78.

⁵¹ Artículo 11.1.: Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presume su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

⁵² En consecuencia, por aplicación del artículo 5 inciso II de la Constitución Política se entiende que la presunción de inocencia tiene rango constitucional.

en el artículo 7 del Decreto nº 518 que contiene el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, en donde se consagra el mismo principio respecto de los internos detenidos y sujetos a prisión preventiva, aunque con un nombre diverso, puesto que no se contempla la voz “presunción”, sino que simplemente lo entiende como “principio de inocencia”⁵³.

La presunción de inocencia es definida de una forma muy clara y detallada por el profesor NOGUEIRA, quien señala que es: “el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir”⁵⁴.

La Corte IDH entiende que el derecho a la presunción de inocencia es fundamental para asegurar las garantías de un debido proceso, y de hecho considera a esta garantía integrante de una dimensión mayor, el debido proceso, y así lo señala en el caso Loayza Tamayo: “...la señora María Elena Loayza Tamayo fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso. Estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso”⁵⁵.

Para la mayor comprensión de esta garantía, la doctrina está conteste en reconocer “derivaciones”, o “consecuencias” a esta presunción de inocencia. En primer lugar, entienden que la carga de la prueba le corresponde al Estado⁵⁶ o, como lo señala en el mismo sentido el profesor BINDER, que nadie

⁵³ Artículo 7: El principio de inocencia presidirá el régimen penitenciario de todos los internos detenidos y sujetos a prisión preventiva.

⁵⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia en Ius et Praxis*, vol.11 nº1 (2005).

⁵⁵ CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C nº33. Párr. 62.

⁵⁶ Vid. HORVITZ LENNON; LOPEZ MASLE, (Cit. 50), p. 80.

podrá ser considerado ni tratado como culpable mientras una sentencia no lo declare como tal⁵⁷. Mientras que, una segunda consecuencia de esta garantía dice relación con el trato que debe recibir el imputado, el cual debe en todo momento ser tratado como inocente, o como entiende el anteriormente citado profesor: “si el imputado no es culpable mientras no se pruebe su culpabilidad en la sentencia, de ningún modo podría ser tratado como un culpable”⁵⁸, ambas formulaciones son equivalentes y significan lo mismo, es decir, que en todo momento, el Estado, mientras no dicte una sentencia condenatoria, debe tratar a la persona como inocente⁵⁹.

Luego, resulta necesario determinar cuál es la consideración que la Corte IDH tiene respecto de la presunción de inocencia, en la especie, es menester señalar que ésta la reconoce como un elemento a considerar por los tribunales militares, como es posible apreciar, al igual que lo señalado anteriormente, la Corte reconoce la existencia e importancia de este principio. Luego, siguiendo la opinión predominante en doctrina, advierte la existencia de dos sentidos posibles en esta garantía. En un primer sentido, la presunción de inocencia como regla de trato durante el proceso judicial y hasta que una sentencia judicial declare lo contrario, y en un segundo sentido, la presunción de inocencia como regla de juicio, en el sentido de que nadie podrá ser condenado salvo que se pruebe plenamente la responsabilidad penal del imputado⁶⁰.

Respecto al primer sentido antes expuesto, la Corte IDH en el caso Palamara Iribarne es clara en entender la presunción de inocencia como regla de trato, ya que realiza una serie de críticas al actuar de las autoridades militares en el caso específico, en dónde se decretó prisión preventiva para la víctima, en circunstancias de que no concurría ninguno de los supuestos necesarios para decretar dicha medida⁶¹. En ese sentido, la Corte IDH en el párrafo 197 menciona que “las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad

⁵⁷ Vid. BINDER, Alberto (Cit. 21), p. 126.

⁵⁸ *Ibídem*, p. 129.

⁵⁹ Lo que no se contradice con la aplicación de medidas cautelares de carácter personal, puesto que estas encuentran su fundamento en los fines del procedimiento, por lo que no tienen como objetivo anticipar los efectos de la sentencia condenatoria.

⁶⁰ Vid. TORO JUSTINIANO, Constanza, *El debido proceso penal: un estudio desde el prisma de la dogmática procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009). p. 106.

⁶¹ Párrafo 207: “En la referida orden de prisión preventiva de 12 de julio de 1993, el Fiscal no hizo referencia alguna a los elementos que la ley interna exigía para que procediera la privación de la libertad del señor Palamara Iribarne y no acreditó la obstaculización de la investigación por su parte. El Fiscal fundamentó una orden de prisión preventiva solamente con base en los elementos para emitir un auto de procesamiento y, como consecuencia de ello, el señor Palamara Iribarne permaneció privado de libertad

personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia". Aún más, en el párrafo siguiente⁶², la Corte realiza una sistematización de los requisitos necesarios para decretar la prisión preventiva, y es sumamente precisa al considerar que la presunción de inocencia sólo se puede vulnerar mediante la dictación de la prisión preventiva en casos muy específicos, y siempre contando con una justificación y argumentación suficiente para acreditar la concurrencia de todos los requisitos exigidos.

En segundo lugar, respecto de la presunción de inocencia como regla de juicio, es menester revisar el caso Cantoral Benavides. En este caso la Corte reconoce esta segunda dimensión de la presunción de inocencia, y en el párrafo 120 señala que "El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla"⁶³, ello a raíz de que en el caso en comento se condenó a una persona a la que posteriormente se indultó, basándose en que la causa se había dado en base a "elementos probatorios insuficientes", como lo consigna el párrafo 121 de la sentencia⁶⁴.

Un punto en el que la Corte va más allá es el mencionado por TORO JUSTINIANO⁶⁵, quien advierte que la Corte Interamericana considera como una vulneración a la garantía de la presunción de inocencia el hecho contemplado en la sentencia del caso Cantoral Benavides, consistente en la exhibición de la víctima ante los medios de comunicación, vestido con un traje infamante, y siendo acusado públicamente como autor del delito de traición a la patria por

cuatro días, del 12 al 15 de julio de 1993 (supra párr. 63.83). Fue liberado en virtud de la resolución emitida por la Corte Marcial (supra párr. 63.82).

⁶² Párrafo 198: En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención.

⁶³ CORTE IDH. *Caso Cantoral Benavides*, cit., párr. 108.

⁶⁴ Párrafo 121. En las actuaciones penales que se adelantaron en el Estado contra Luis Alberto Cantoral Benavides no se reunió prueba plena de su responsabilidad, no obstante lo cual, los jueces del fuero ordinario lo condenaron a 20 años de pena privativa de la libertad.

⁶⁵ TORO JUSTINIANO, Constanza (Cit. 60), pp. 107-108.

la Dirección Nacional contra el Terrorismo, organismo que no tiene funciones jurisdiccionales, aun cuando no había sido ni procesado ni condenado⁶⁶. Esto presenta una doble particularidad en cuanto al ámbito de aplicación de la presunción de inocencia: en primer lugar, la hace aplicable aun antes del inicio del proceso propiamente tal, por lo que la presunción de inocencia comenzaría a regir desde el momento en que la persona entra en contacto con las autoridades del Estado, aun cuando todavía no adquiera el carácter de imputado de acuerdo con la legislación nacional. En segundo lugar, clarifica el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia en relación a quienes son los obligados a respetarla, ya que en este caso no fue el Poder Judicial quien exhibió a la víctima a los medios de comunicación calificándolo como “culpable” del delito de traición a la patria, sino el Gobierno del Perú, a través de su Dirección Nacional contra el Terrorismo, por lo que concluye, de forma acertada la Corte, que la presunción de inocencia resulta obligatoria también para el resto de las autoridades públicas⁶⁷. En definitiva, de lo anterior se colige que la Corte va más allá de lo que tradicionalmente se entiende como presunción de inocencia y añade contenido a la garantía, en el sentido de que no sólo se presume la inocencia desde el inicio del proceso, y en segundo lugar, que no sólo los órganos encargados de juzgar deben tratar a los imputados como inocentes, sino que todos los organismos del Estado son los obligados a respetar esta garantía.

En nuestro país el panorama es más que lamentable, puesto que la garantía de la presunción de inocencia no está contemplada en el procedimiento militar en tiempo de paz, ni en el procedimiento aplicable al tiempo de guerra, al contrario, la regla general en este sentido es la privación de libertad a través de la prisión preventiva luego de la dictación del auto de procesamiento, lo cual es preocupante, porque como se vio anteriormente, la presunción de inocencia es central en todo sistema de justicia que se precie de moderno y adecuado a los tiempos, de modo que la única opción es ajustar el sistema de justicia militar a las reglas generales que imperan en nuestro ordenamiento, con un pleno respeto a la presunción de inocencia, que en modo alguno haría más lento el proceso de juzgar por los tribunales militares, tal como lo estiman quienes están en contra de reformar la justicia militar conforme a los estándares garantistas contemporáneos⁶⁸.

⁶⁶ CORTE IDH. *Caso Cantoral Benavides*, cit., párrs. 118-122.

⁶⁷ Vid. TORO JUSTINIANO, Constanza (Cit. 60), pp. 107-108.

⁶⁸ Vid. VAN DE WYNGARD, Jorge, *La jurisdicción militar y el derecho constitucional a un debido proceso* (Universidad Bernardo O'Higgins, Santiago, 2008).

f) Derecho de defensa jurídica

El derecho de defensa jurídica del imputado es considerado central dentro de todo procedimiento dada su importancia en la protección de los derechos fundamentales del imputado. Es así como algunos definen a tal derecho como “la facultad que tiene toda persona para proveerse de la asesoría letrada y formular todas las peticiones y ejercer todas las acciones que estime pertinentes para el resguardo de los derechos contemplados en la Constitución y las leyes”⁶⁹, ergo, se entienden contemplados dentro de este derecho de defensa una serie de posibilidades de actuación que tengan como objetivo resguardar los derechos contemplados en el ordenamiento jurídico.

Los profesores HORVITZ y LÓPEZ entienden este derecho de defensa como la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenué⁷⁰. Otros, sin embargo, no extienden tanto las facultades que otorga la garantía, sino que entienden que el sentido propio de la garantía del derecho de defensa se reduce en el derecho del imputado a ser oído y a que lo que diga, si decide hacerlo, sea tomado en cuenta por el juez al adoptar su resolución, aunque estas alegaciones sean completamente rechazadas⁷¹. El profesor BINDER por su parte, va más allá y, sin elaborar una definición, entiende que el derecho a defensa es tan fundamental y básico que, si no se le da cumplimiento, las restantes garantías quedan en letra muerta o dejan de cumplir su función específica⁷². En definitiva, se concuerda con este último en que el derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, sea civil o militar, porque es el que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal⁷³.

El derecho a defensa se puede ejercer en cualquier sistema procesal, ya sea inquisitivo, como corresponde a la actual justicia militar, o acusatorio, entendiendo por tal el sistema actual producto de la reforma procesal penal de principios de este siglo. En todo caso, se reconoce que el modelo inquisitivo disminuye las facultades del derecho a defensa⁷⁴, particularmente, en el caso

⁶⁹ MATORANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal* (LegalPublishing, Santiago, 2010), p. 129.

⁷⁰ HORVITZ LENNON; LOPEZ MASLE, (Cit. 50), p. 226.

⁷¹ CAROCCA PÉREZ, Alex, *Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal en Nuevo proceso penal* (Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2000), p. 61.

⁷² BINDER, Alberto (Cit. 21), p. 155.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ CEA CIENFUEGOS, Sergio (Cit. 6), p. 131.

de la judicatura militar, debido a que ésta, a través del Código del ramo no reconoce garantías ni derechos que posibiliten una defensa efectiva y real por parte del militar imputado. En el mismo sentido, y complementando el argumento anterior, en Chile, en el procedimiento inquisitivo, nos encontramos con un modelo unilateral, en que la defensa no tiene derecho a participar e incluso, a acceder a la información mínima que le permita preparar su caso razonablemente. Esto es propio de un sistema de justicia decimonónico y por tanto resulta tremadamente preocupante que aún se mantenga vigente en nuestros días.

En la jurisprudencia de la Corte IDH, este principio de defensa jurídica se encuentra reconocido de forma dispersa a través de una serie de sentencias, esto por la multiplicidad de dimensiones, derechos y acciones que se entienden pertenecer a esta garantía, pero en general se puede advertir, que tal como la doctrina mayoritaria, la Corte distingue dentro del derecho de defensa: derechos de información del inculpado de un delito y derechos de defensa propiamente tales. Es así como el Tribunal Interamericano en el caso Palamara Iribarne contra el Estado de Chile reconoce el derecho a la información de los hechos por los cuales una persona es detenida y de los cargos que se le formulen en su contra, señalando que el artículo 7.4 de la CADH exige que toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados en su contra. A su vez, también reconoce, siguiendo lo dispuesto por el artículo 8.2. b), que exige que la comunicación al inculpado de la acusación formulada en su contra sea “previa y detallada”⁷⁵.

Sobre los derechos de defensa propiamente tales, estos se encaminan a asegurar adecuados medios de defensa en el proceso, y en general, la Corte pone hincapié en la garantía del defensor por sobre las dimensiones del derecho de defensa, esto por la importancia que reviste una persona cuya misión específica sea la de resguardar los intereses del inculpado.

En consecuencia, al considerar la indispensable concurrencia del defensor, la Corte Interamericana ha tenido en cuenta los estándares internacionales en esta materia, que van mucho más allá de la mera designación de un abogado defensor. En este orden, la Corte en la sentencia del caso Lori Berenson Mejía⁷⁶

⁷⁵ CORTE IDH. *Caso Palamara Iribarne vs Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C nº 135. Párr. 135. En el mismo sentido, CORTE IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Párr. 187.

⁷⁶ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado peruano por la deten-

recuerda que “el numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que a toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial”⁷⁷.

Se desprenden, en efecto, diversos datos de la defensa efectiva o material, los cuales corresponden a la designación de defensor, la oportunidad para hacerlo, la relación entre el defensor y el defendido, la posibilidad efectiva de allegar pruebas de descargo y controvertir las de cargo, entre otras.

La previsión de defensa abarca tanto el derecho del justiciable a defenderse por sí mismo como a designar un defensor de su confianza o a recibir, a falta de éste, la asistencia profesional de un defensor provisto por el Estado: “el inculpado tiene derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y si no lo hiciere tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna”⁷⁸. En este sentido, la Corte sostuvo que la defensa suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas para cumplirlo, no permitiéndose los defensores de oficio nombrados con el solo objetivo de cumplir la formalidad procesal⁷⁹.

De la misma forma, en el caso Tibi⁸⁰ la Corte IDH estimó necesario garantizar que la asistencia letrada debe ser también oportuna; de lo contrario no podría ser útil y menos podría satisfacer las exigencias del debido proceso. La falta de asistencia oportuna impide disponer de una defensa adecuada⁸¹ y constituye violación del artículo 8.2. e) de la CADH, en perjuicio del justicia-

ción arbitraria y condena sin un debido proceso en perjuicio de Lori Berenson, así como por las condiciones del centro penitenciario donde estuvo.

⁷⁷ CORTE IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C nº 119, párr. 166.

⁷⁸ CORTE IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros*, cit., párrs. 146-149.

⁷⁹ Vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* en TAVOLARI RIVEROS, Raúl (Coordinador), *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo I (Thomson Reuters Puntalex, Santiago, 2010), pp. 38-41.

⁸⁰ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la privación de libertad ilegal y arbitraria de Daniel David Tibi, así como por los maltratos recibidos y las condiciones de su detención.

⁸¹ CORTE IDH. *Caso Tibi*, cit., párr. 194; CORTE IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros*, cit., párrs. 146-149

ble. En efecto, la Corte estableció en el caso Cabrera García y Montiel Flores⁸² que “el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso”⁸³. En ese sentido, la Corte consideró en la misma sentencia que “impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada”⁸⁴.

Mientras tanto, en nuestra legislación militar, el código del ramo sólo se preocupa de esta materia al tratar de la acusación y su notificación al procesado. Por lo tanto, en la etapa de sumario –la más importante del procedimiento–, no existe una designación de abogado patrocinante que permita una defensa eficaz de los derechos del reo. Aunque el Código no niega la posibilidad de que éste designe un defensor, de modo que si desea designar abogado defensor, podrá hacerlo⁸⁵, empero, el código no se preocupa de la defensa del reo ni de este principio de la bilateralidad sino hasta la acusación, en consecuencia, el panorama es nefasto, por cuanto ni siquiera está contemplada la figura del defensor sino hasta una etapa posterior, lográndose así una completa vulneración de las garantías contempladas por la Corte Interamericana, al no existir un legítimo contradictor durante la realización de todas las diligencias de investigación en la etapa del sumario⁸⁶, ni menos aún, considerar posibilidades de actuación, o “derechos de defensa material” por parte del culpado. Una solución a esta manifiesta vulneración al derecho de defensa pasa necesariamente por otorgar derechos de defensa al militar sometido a proceso, desde el momento en que comienza la persecución penal en su contra, a través de la figura de un defensor, que sea autónomo, pudiendo ser un civil o un militar, pero en este último caso, no debiendo responder en caso alguno a la línea de

⁸² El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de México por la detención arbitraria y tratos crueles y degradantes a los que fueron sometidos Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables: miembros del Ejército Mexicano.

⁸³ CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C nº 220, párr. 154.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ En este sentido, tal facultad podría considerarse como un derecho poco operativo en beneficio del reo porque, si bien nada le impide nombrar a un defensor en la etapa del sumario, éste no tiene ninguna facultad legal de actuación en beneficio de su patrocinado sino hasta la etapa señalada.

⁸⁶ NOZIGLIA REYES, Pablo; SILVA MATUS, Sergio, *Ánalisis crítico del actual procedimiento de justicia militar y propuesta superadora*, Tesis de Grado (Universidad de Chile, Santiago, 2008), pp. 13-14.

mando de las Fuerzas Armadas, para así resguardar su completa autonomía al momento de actuar.

g) Derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley

El derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial en todas las fases de un proceso penal es un derecho fundamental de amplio reconocimiento, tanto a nivel internacional como a nivel interno. En el primer caso, este derecho se encuentra recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁷, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁸ y en la Convención Americana de Derechos Humanos⁸⁹, mientras que a nivel interno se consagra, de forma indirecta, en el art.76 de la Constitución Política de la República⁹⁰.

Como se verá a continuación en los párrafos siguientes, este principio es, sin lugar a dudas, el que más desarrollo ha tenido, tanto en la jurisprudencia de la Corte como en la doctrina a nivel latinoamericano, pues como lo señala Federico ANDREU-GUZMÁN: “no son solamente derechos humanos [la independencia y la imparcialidad] sino también principios esenciales y característicos de una recta administración de justicia”⁹¹.

⁸⁷ Artículo 10: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

⁸⁸ Artículo 14.1.: Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substancialización de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

⁸⁹ Artículo 8.1.: 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.

⁹⁰ Como lo entiende la Comisión para la reforma, esta consagración indirecta se extrae a partir del artículo 76, artículo que reserva exclusivamente la facultad de ejercer la jurisdicción a los tribunales establecidos por la ley, excluyendo de acuerdo al principio de separación de poderes, la intervención de los otros poderes del Estado.

⁹¹ GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio (Editor), *La incompatibilidad del Código de Justicia Militar con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Comisión Internacional de Juristas, Ciudad de México, 2014), pp. 14-15.

Respecto de este derecho, el ex juez (1998-2009) y ex Presidente (2004-2008) de la Corte Interamericana Sergio GARCÍA RAMÍREZ, siguiendo con lo expresado en el párrafo anterior, destaca que este derecho constituye un presupuesto del debido proceso, más no solo un elemento de éste, y sentencia que “la exigencia del juez natural adquiere el mayor rango y determina la suerte del proceso en su conjunto, más allá de la observancia o inobservancia de otros datos del debido proceso, cuya eficacia se condiciona a la intervención del juez independiente, imparcial y competente”⁹². En efecto, de sus palabras es posible concluir que este derecho es de tal importancia, que en caso de presentarse vulneraciones a éste se vuelve innecesario realizar un examen de la violación específica de otros derechos consagrados por la Convención. Lo anterior si bien es acertado no es compartido del todo, puesto que limitar el examen principalmente a si existe o no una vulneración a la garantía del juez natural, impide desarrollar una doctrina referente al resto de derechos que pueden resultar vulnerados, en consideración a las especiales características que pueda revestir la justicia militar. Es así como, en general, los pocos autores que abordan el tema de la justicia militar suelen hacerlo desde la vulneración a la garantía del juez natural, pasando por alto el análisis del resto de garantías, entendiendo, como se señala más arriba, que éstas resultan “innecesarias” ante una vulneración a la garantía del juez natural. Esto resulta al menos curioso y disminuye la posibilidad de crear doctrina.

A continuación, es necesario determinar cuál es la noción que tiene la doctrina y la Corte Interamericana respecto del concepto “tribunal”, y luego, cuál es el entendimiento que se le otorga a la idea de “competente, independiente e imparcial y establecido con anterioridad por la ley”.

En primer término, es necesario destacar que la Corte no limita la noción de tribunal bajo el concepto de ser éste todo órgano que ejerce jurisdicción dentro del Poder Judicial⁹³, sino que lo amplía a toda autoridad pública del Estado, sea esta integrante tanto del poder ejecutivo, legislativo o judicial. Es así como en la sentencia del caso del Tribunal Constitucional señala que: “De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación

⁹² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (Cit. 78), p. 19.

⁹³ “Los tribunales son un servicio público integrado al Poder Judicial, independiente de toda injerencia de otros poderes u organismos estatales, que no puede ser confundido con los servicios que desarrollan la actividad administrativa”. En ARAVENA ARREDONDO, Leonardo, *Derecho Procesal Orgánico* (Ed. LexisNexis, Santiago, 2006), p. 138.

de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana⁹⁴. En consecuencia, es posible concluir que la Corte reconoce la existencia de tribunales militares -que en nuestro caso no son integrantes del Poder Judicial-, pero a su vez insiste en que deben adoptar sus resoluciones con plena observancia de las garantías referentes al debido proceso según consagra el artículo 8 de la Convención Americana⁹⁵.

En segundo término, respecto a la noción de tribunal "competente, independiente e imparcial, y establecido con anterioridad por la ley", la doctrina en general asume que estos son requisitos que deben estar presentes en todo Estado de Derecho para el ejercicio exitoso de la facultad jurisdiccional. En el mismo sentido, BINDER señala que estas exigencias se han establecido "como un mecanismo adecuado para que la administración de justicia no responda a los dictados de ninguno de los otros poderes del Estado"⁹⁶. En definitiva, antes de analizar el contenido de la garantía, es necesario recalcar el carácter de presupuesto del debido proceso, y no sólo de componente o elemento de éste⁹⁷.

Respecto de la competencia del tribunal, es menester adherir a lo señalado por TORO JUSTINIANO⁹⁸, quien destaca que "la competencia del tribunal apunta al ámbito espacial, temporal, material y personal dentro del cual el tribunal puede ejercer sus atribuciones, y está íntimamente ligado a lo que la doctrina conoce como el derecho a un "juez natural" o prohibición de todo de comisiones especiales o comisiones *ad hoc*"⁹⁹.

PALOMO VÉLEZ menciona que la noción de independencia de la justicia implica necesariamente que todo tribunal o juez debe ser independiente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, lo cual supone que ni la judicatura ni los jueces que la componen pueden estar subordinados a otros poderes del

⁹⁴ CORTE IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de fondo de 31 de enero de 2001, párr. 71.

⁹⁵ Vid. TORO JUSTINIANO, Constanza (Cit. 60), pp. 95-96.

⁹⁶ BINDER, Alberto (Cit. 21), p. 149.

⁹⁷ Voto concurrente del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ en el *Caso Palamara*, 22 de noviembre de 2005, párrs. 5 y 7.

⁹⁸ TORO JUSTINIANO, Constanza (Cit. 60), p. 97.

⁹⁹ Vid. LÜBBERT ÁLVAREZ, Valeria, *El derecho a no ser juzgado por comisiones especiales: análisis crítico de jurisprudencia* en Revista de Estudios de la Justicia, nº15, 2011, pp. 87-107.

Estado y deben permanecer libres de influencias o presiones de cualquiera de las demás ramas del poder público u otro sector¹⁰⁰. Asimismo, continúa diciendo que uno de los aspectos esenciales de la independencia de los tribunales es que sus magistrados y jueces sean funcionarios judiciales y no tengan ningún tipo de subordinación o dependencia jerárquica o funcional respecto a los demás poderes, en particular el Ejecutivo¹⁰¹.

Respecto de la noción de independencia, cabe hacer la prevención que este concepto de independencia es, como lo señala TORO JUSTINIANO, un concepto de “independencia a secas”, esto debido a que existen autores que otorgan un alcance más amplio al término “independencia”, y al respecto suelen incluir dentro de ésta la imparcialidad y otras condiciones de autonomía del órgano juzgador¹⁰².

La noción de imparcialidad está referida a la ausencia de prejuicio, de animadversión o de simpatía por una de las partes¹⁰³, o como lo señala TORO JUSTINIANO, es la necesidad de que quien juzga no tenga relación alguna con las partes, de modo de evitar prejuicios, sesgos o cualquier tipo de trato privilegiado hacia alguna de las partes¹⁰⁴.

Por último, respecto del establecimiento del tribunal por una ley anterior previa a la comisión del hecho, como asimismo la necesidad de que una ley determine las atribuciones y la organización de los tribunales, esta responde a la necesidad de entregar al órgano legislativo esta tarea y así evitar así alteraciones *ad hoc* a las cualidades necesarias para ejercer jurisdicción. Es consecuente concluir entonces que a través de esta norma se pretende que materias de este tipo se reserven para una deliberación democrática, teniendo de igual forma como objetivo evitar la figura de las “comisiones especiales”, tribunales *ad hoc* creados para juzgar un caso concreto o a una determinada persona o grupo de personas en particular¹⁰⁵.

¹⁰⁰ PALOMO VÉLEZ, Diego, *Aportación de la convención americana de Derechos Humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela Judicial. Un apoyo en dos fallos: casos Barrios Altos y Castillo Petrucci en Ius et Praxis*, vol.8, nº2, 2002, pp. 261-298

¹⁰¹ *Ibidem.*

¹⁰² Ejemplo de lo anterior: BINDER, Alberto (Cit. 21), p. 149 y HORVITZ LENNON; LOPEZ MASLE, (Cit. 50), p. 53.

¹⁰³ PALOMO VÉLEZ, Diego (Cit. 106)

¹⁰⁴ TORO JUSTINIANO, Constanza (Cit. 60), p. 98.

¹⁰⁵ En ese mismo sentido está la norma del artículo 19 nº3 inciso quinto de la Constitución Política.

¿Cuál es la consideración que tiene la Corte Interamericana respecto de esta garantía? Respecto de la garantía del juez competente, es posible señalar que esto se relaciona directamente con la atribución de competencias a la justicia militar respecto de casos que deben ser conocidos y resueltos por la justicia ordinaria. Es redundante señalarlo, pero no es indiferente si quien juzga es un tribunal civil o un tribunal militar, de ahí la importancia del caso.

En definitiva, cada vez que un tribunal militar, aún amparado en la ley, asume el conocimiento y fallo de un asunto que de acuerdo a sus características debió ser materia de un tribunal ordinario, las garantías procesales que reconoce la Convención resultan seriamente violentadas¹⁰⁶. Es así como la Corte lo estima en el caso Castillo Petruzzi, en donde señala que: “El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas”.

En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso¹⁰⁷, asimismo, en el caso Lori Berenson Mejía la Corte IDH señaló: “en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”¹⁰⁸.

Respecto de las garantías de independencia e imparcialidad, la Corte igualmente se ha referido, pero cabe hacer la prevención que la Corte en general no distingue ambas garantías, por lo que en los casos que a continuación se presentan, este tribunal realiza un tratamiento conjunto de ambos¹⁰⁹.

¹⁰⁶ PALOMO VÉLEZ, Diego (Cit. 106).

¹⁰⁷ CORTE IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Cit., párr. 128.

¹⁰⁸ CORTE IDH. *Caso Lori Berenson Mejía*, cit., párr. 142; *Caso Cantoral Benavides*, cit., párr. 113 y *Caso Durand Ugarte*, cit., párr. 117. En igual sentido, *Caso 19 Comerciantes*, cit., párr. 165, *Caso Las Palmeras*, cit., párr. 51, *Caso Escué Zapata*, cit., párr. 105.

¹⁰⁹ Hago hincapié en que este es el único punto en que la Corte directamente hace alusión a la justicia militar. Por la misma razón, ésta se ha pronunciado respecto de esta garantía en similar sentido en las siguientes sentencias: caso Loayza Tamayo, cit., párr. 61; caso Cantoral Benavides, cit., párr. 112; caso Las Palmeras, cit., párr. 51; caso Palamara, cit., párrs. 133 y 134.

En general, y en lo que dice relación con la jurisdicción militar, la Corte ha hecho notar que ésta tiene deficiencias en ambos sentidos, por un lado, por el hecho de estar los tribunales militares conformados por miembros activos de las FF.AA., y por otro lado, por el hecho de encontrarse directamente involucradas en muchos de los casos que posteriormente debe juzgar. En ese sentido, la Corte en el caso Durand Ugarte¹¹⁰ señala: “los tribunales que conocieron los hechos relacionados con dichos sucesos ‘constituyen un alto organismo de los Institutos Armados’ y los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial”¹¹¹, y en el segundo de los supuestos, es decir, respecto de aquellos casos en que las FF.AA. han estado involucradas directamente en los casos que luego conocen los tribunales militares, la Corte se ha pronunciado en el caso Castillo Petruzzi, en donde se pretende juzgar ante la jurisdicción militar delitos terroristas, siendo que una de las funciones de éstas es precisamente la lucha antiterrorista, lo mismo se puede apreciar que ocurre en el caso Palamara y en el caso Cesti Hurtado, en donde incluso la atribución de competencias por parte de los tribunales militares es mayor, porque además de juzgar la eventual comisión de un delito terrorista, lo hace, en ambos casos, respecto de civiles que en el pasado habían desarrollado actividades como miembros de las FF.AA., pero que a la hora de ser juzgados, tenían la condición de “militares en retiro”.

Luego, como conclusión de esta garantía, es necesario señalar que lo pretendido a través del reconocimiento del juez competente, independiente e imparcial como uno de los principios a considerar en una futura reforma al sector, no es abogar ni argumentar sobre una eliminación total de los tribunales militares, ni menos aún cuestionar su conformidad con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (de hecho, los pactos internacionales sobre Derechos Humanos no proscriben la justicia militar), el punto radica en otro asunto, que tal cual como lo señala PALOMO VÉLEZ, se refiere a que es necesario “delimitar su campo de actuación a los casos que realmente les corresponde operar, esto es, la mantención del orden y disciplina dentro de las Fuerzas Armadas y de Seguridad”¹¹², esto se manifiesta en nuestra legislación con la dictación de la Ley nº 20.477, la que pretende lograr este cometido,

¹¹⁰ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la muerte y desaparición de Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera en el penal de El Frontón.

¹¹¹ En el mismo sentido, *Caso Lori Berenson Mejía*, cit., párr. 145. En igual sentido, *Caso Las Palmeras*, cit., párr. 53, y *Caso Cantoral Benavides*, cit., párr. 114.

¹¹² PALOMO VÉLEZ, Diego (Cit. 106).

esto es, limitar el conocimiento de los tribunales militares exclusivamente al conocimiento de delitos militares cometidos por militares en servicio activo.

Finalmente, como una forma de superar este inconveniente, es posible asegurar la independencia e imparcialidad de los tribunales militares a través de una “civilización” de éstos. Con esto se pretende que los tribunales estén conformados por civiles que cuenten con una especialización en materias propias del derecho militar, para así salvaguardar la constante crítica que niega el conocimiento de la jurisdicción militar por la jurisdicción ordinaria, por carecer esta de conocimiento respecto del “mundo militar” y de las especiales características que posee esta rama. De esa forma, serían civiles no sujetos a la cadena de mando, pero con un conocimiento acabado tanto del mundo civil como del militar quienes lleven a cabo la labor de juzgar.

h) Prohibición de persecución penal múltiple o *non bis in idem*

Esta garantía se encuentra regulada en el artículo 8.4 de la Convención Americana, el cual dispone que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Protege por lo tanto del doble enjuiciamiento basado en unos mismos hechos, es decir, a lo que nos hemos referido como principio *non bis in idem*.

El *non bis in idem* encuentra su fundamento en la necesidad de contar con certeza y seguridad jurídica de que un hecho sólo puede generar una reacción penal, y encuentra su fundamento procesal y material en lo que se conoce como efecto de cosa juzgada de la sentencia, es decir, en la inmutabilidad e irrevocabilidad del mandato que nace de la sentencia¹¹³.

La doctrina procesal penal moderna reconoce en el *non bis in idem* dos perspectivas o “fórmulas” diferentes: una sustantiva (o material) y otra de índole procesal. En sentido material, el principio prohíbe la doble -o múltiple- imposición de consecuencias jurídicas sobre una misma infracción o delito. Mientras que, desde una perspectiva procesal, el principio impide reiterar un nuevo proceso y enjuiciamiento con base en los hechos respecto de los cuales ha recaído sentencia firme o auto de sobreseimiento libre¹¹⁴, por ello, como señala MAIER, se extiende como garantía de seguridad para el imputado, al terreno del procedimiento penal; por esta razón, tiene también sentido procesal

¹¹³ TORO JUSTINIANO, Constanza (Cit. 60), p. 122.

¹¹⁴ ACEVEDO, Domingo, *La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre enjuiciamiento penal múltiple (non bis in idem) en el caso Loayza Tamayo en Liber Amicorum Héctor FIX ZAMUDIO, Secretaría de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS* (San José, 1998), p. 287.

y cubre el riesgo de una persecución penal renovada, cuando ha feneido una anterior o aún está en trámite. La fórmula extiende su influencia al mismo trámite procesal, declarando inadmisible tanto el regreso sobre una persecución penal ya agotada, en el sentido del aforismo *res iudicata pro veritate habetur*, como la persecución penal simultánea ante distintas autoridades, y no tan solo por razones meramente formales relativas a cuestiones de competencia¹¹⁵.

De los diversos sentidos entre los cuales se puede entender esta garantía, en este caso seguiremos específicamente el que ha reconocido la CADH, por ser éste el instrumento sobre el cual basa sus criterios la Corte, el cual entiende esta garantía como la prohibición de un doble enjuiciamiento con base en unos mismos hechos. Y al respecto, para efectos de este trabajo, son tres los casos relacionados con la justicia militar en los cuales se ha pronunciado, reconociendo dicha garantía. A saber, el caso Loayza Tamayo, el caso La Cantuta¹¹⁶, y el caso Cantoral Benavides.

En el primero de los casos, la Corte IDH estimó que se vulneraba el artículo 8.4 al haberse absuelto en sede militar a la acusada del delito de traición a la patria, para luego ser condenada posteriormente en sede civil por iguales hechos, pero en este caso bajo la acusación del delito de terrorismo¹¹⁷.

Luego, en el caso Cantoral Benavides, se presenta un caso similar, esto es, una persona que es absuelta por la justicia militar por el delito de traición a la patria, pero que luego, cuando los mismos hechos fueron conocidos por la jurisdicción civil ordinaria, la misma persona fue condenada a 20 años por los mismos hechos, pero bajo la calificación jurídica de delito de terrorismo.

Respecto de este segundo caso, es lamentable ver cómo la Corte desaprovecha la oportunidad para realizar un estudio ordenado y acabado de la vulneración a la garantía del *non bis in idem*, y al contrario, no aclara las dudas que se presentaron en el caso anterior, y sumado a ello, nuevamente, como ya hemos visto en varias sentencias relacionadas con la justicia militar, termina por limitarse solo a analizar la vulneración de la garantía del juez independiente e imparcial, es así como la Corte señala que: "En esta misma sentencia (*supra* párr. 114) se ha pronunciado la Corte en el sentido de que la aplicación de la justicia penal a civiles infringe las disposiciones relativas al juez

¹¹⁵ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos* (Buenos Aires, 1996), pp. 599-600.

¹¹⁶ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial de diez personas por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.

¹¹⁷ CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo*, cit., párr. 66.

competente, independiente e imparcial (artículo 8.1 de la Convención Americana). Eso es suficiente para determinar que las diligencias realizadas y las decisiones adoptadas por las autoridades del fuero privativo militar en relación con Luis Alberto Cantoral Benavides, no configuran el tipo de proceso que correspondería a los presupuestos del artículo 8.4 de la Convención¹¹⁸. Luego, prosigue en el párrafo 140 de la misma sentencia expresando que: “Con base en lo anterior, la Corte considera que, en las circunstancias del presente caso, la presunta infracción del artículo 8.4 de la Convención resulta subsumida en la violación del artículo 8.1 de la misma. En consecuencia, el tribunal se remite a lo ya resuelto en relación con la violación, por parte del Estado, del artículo 8.1 de la Convención”. En consecuencia, nuevamente la Corte en vez de realizar un estudio respecto de la vulneración de la garantía, opta por entenderla como parte de la garantía del juez independiente e imparcial.

El razonamiento de la Corte en este caso, tal como señala TORO JUSTINIANO, resulta al menos sorprendente, ya que el Tribunal no sólo no examina cada violación por separado como lo exigiría el diseño normativo de la Convención Americana, sino que en este caso el razonamiento lógico deductivo es, además de improcedente, incorrecto. En definitiva, tal como lo señala el autor antes citado, si la Corte considera que dadas las exigencias de la Convención Americana el proceso ante el fuero militar no califica como proceso propiamente tal, entonces el proceso posterior en sede civil no vulneraría la garantía contra el doble enjuiciamiento¹¹⁹.

En el tercero de los casos que la Corte ha conocido en relación con la garantía de la prohibición del doble enjuiciamiento, ésta realizó la siguiente precisión: “el principio *non bis in idem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada ‘aparente’ o ‘fraudulenta’”¹²⁰. En definitiva, de este aporte de la Corte surge la problemática en orden a determinar cuándo se está frente a una cosa juzgada seria y válida, y cuándo frente a una cosa juzgada fraudulenta, cosa que la Corte IDH no desarrolla, de modo que no despeja las dudas que puedan surgir al respecto. De todos modos, se reconoce el aporte al resguardo a los Derechos Humanos

¹¹⁸ CORTE IDH. *Caso Cantoral Benavides*, cit., párr. 138.

¹¹⁹ TORO JUSTINIANO, Constanza (Cit. 60), p. 125.

¹²⁰ CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C nº 162. Párr. 153.

a través de esta excepción de la aplicación del principio en cuestión, aunque nuevamente es posible considerar que el aporte es insuficiente y termina por confundir.

En conclusión, de lo anterior es posible advertir el contrasentido que deja en evidencia la Corte en estas sentencias porque, de aplicar el criterio establecido en el fallo del caso La Cantuta, sería perfectamente viable objetar las decisiones anteriores, como por ejemplo, la dictada con ocasión del caso Cantoral Benavides, por emanar las primeras resoluciones de procesos que no cumplían con los mandatos del debido proceso. Bajo esta premisa entonces, dichos juicios no pudieron generar una verdadera cosa juzgada, y por lo tanto los procesos posteriores en sede civil nunca vulneraron la garantía del *non bis in idem*, por lo que dichas condenas deberían haber mantenido su vigor¹²¹.

En resumen, el *non bis in idem* es un principio que está presente en la jurisprudencia de la Corte, pero desafortunadamente no quedan claros ciertos aspectos del mismo que permitan entender a cabalidad el desarrollo que este Tribunal pretende darle a esta garantía.

CONCLUSIONES

La Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta agosto de 2015 había conocido 21 casos sobre jurisdicción militar en ejercicio de su jurisdicción contenciosa, lo cual representa poco más del 11% del total de casos en materia de justicia penal que ha conocido a la fecha este Tribunal Interamericano. El primer caso en el que la materia fue tratada por el Tribunal Interamericano fue Loaiza Tamayo vs. Perú en 1997, siendo la más reciente sentencia en la materia la del caso Chavín de Huantar vs. Perú en el año 2015. Por la aplicación de la jurisdicción militar en violación al Pacto de San José han sido condenados siete países: Perú (7), México (4), Colombia (3), Chile (2), Venezuela (2), Ecuador (1), Nicaragua (1) y República Dominicana (1)¹²². De la estadística anterior es posible concluir que la justicia militar verdaderamente ocupa un espacio importante en el quehacer diario de la Corte, y no es un área del derecho que sea próxima a desaparecer, como se suele leer en doctrina.

¹²¹ TORO JUSTINIANO, Constanza (Cit. 60), p. 126.

¹²² FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo, *Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol.59 (Enero-Junio, 2014), p. 59. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32981.pdf>>. [última consulta: 19 octubre de 2016].

A través de las páginas que componen este trabajo ha sido posible observar cómo este Tribunal Interamericano ha ido conociendo casos relacionados con aspectos importantes para la justicia militar, de tal manera que le ha otorgado un reconocimiento que muchas veces le ha sido negado en el ámbito doctrinal. En este sentido, la Corte, aunque con vacilaciones, ha considerado que la justicia militar no es *per se* contraria al debido proceso, a contrario sensu, ha estimado que una justicia que se someta a los requerimientos de un Estado Moderno y respetuoso de las garantías de los individuos, puede perfectamente coexistir con la justicia civil ordinaria.

Lo anterior se ve reforzado por la tendencia en materia militar a “civilizar”¹²³ la justicia militar, esto es, dotarla de elementos pertenecientes a la justicia civil ordinaria que garanticen un trato justo, independiente e imparcial al militar que está siendo juzgado. En efecto, la existencia de un juez civil especializado en materia militar, garantizaría la independencia e imparcialidad tan cuestionada en estos tribunales, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Esta falta de independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional es la gran deficiencia que presenta nuestro sistema cuando se lo analiza con un prisma constitucional. Desde el nombramiento del Juez Militar hasta la limitación en la interposición de ciertos recursos, pasando por toda una gama de garantías propias del procedimiento, la orgánica de la justicia castrense peca de, al menos teóricamente, parcialidad y dependencia, cuestión que en un órgano jurisdiccional son imperdonables, pues la imparcialidad e independencia del órgano jurisdiccional son de la esencia del debido proceso.

Por esta razón, la intención de este trabajo fue demostrar que existen iniciativas destinadas a regular los tribunales militares, para así adecuarlos a los criterios procesales imperantes en la doctrina contemporánea. En específico, la propuesta realizada por la Comisión de Estudios para la Reforma del Código de Justicia Militar, y el documento denominado “La administración de justicia por los tribunales militares” propuesto por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas. Ambos con el mismo objetivo: pensar en unos tribunales militares reformados, respetuosos de las normas del debido proceso.

En ese aspecto también colabora la Corte Interamericana, la que a través de sus sentencias y opiniones ha contribuido indirectamente en la creación de

¹²³ DAHL, Arne. “*International trends in military justice*”, presentación realizada en la Conferencia de Garmisch, Alemania (Enero, 2008), disponible en <http://www.ismllw.org/PDF/2008-01-International%20Trends%20in%20Military%20Justice-UK.pdf> . Traducción libre.

estos principios. Específicamente, es necesario en esta conclusión señalar que la Corte ha tenido aciertos y desaciertos a través de su historia, y tal como se vio en su momento, en ocasiones ha logrado dotar de contenido a las garantías contempladas en la CADH, logrando de esa forma dar un paso más en la protección de los derechos de las personas en el continente. Pero de la misma forma, es posible apreciar que en muchos casos de los que ha conocido, la Corte simplemente se limita, bajo premisas sumamente acotadas, a dar por vulnerada una garantía, sin entrar a analizar la garantía como tal, o lo que es peor, entendiendo a garantías como integrantes de otras garantías, logrando de una forma muy eficaz confundir el contenido propio de cada una de ellas.

De todos modos, independiente de las falencias destacadas en el párrafo anterior, el Tribunal Interamericano en el último tiempo ha advertido que los sistemas de administración de justicia militar presentan retos en la protección al derecho al debido proceso. Por esta razón ha desarrollado una serie de estándares que, aun cuando no se encuentren expresamente establecidos en la Convención Americana, reflejan una interpretación en favor de la persona de las garantías del debido proceso. Estos estándares establecen, en esencia, que el alcance de la jurisdicción militar, al tener un carácter especial o excepcional, tiene igualmente un alcance restrictivo, por lo que “debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”¹²⁴.

Por cierto, se extraña que la Corte realice un análisis más profundo. En específico, los autores que tratan el asunto concuerdan en que la justicia militar debe reducir su competencia en orden a excluir de su jurisdicción a los civiles, y junto con ello, destacan y hacen hincapié en cómo la justicia militar vulnera los principios de independencia e imparcialidad del proceso llevado ante un militar. Pero más allá de aquello, el análisis se detiene, y en ese mismo sentido, son variadas las sentencias de la Corte en donde ésta se limita a reconocer la falta de independencia e imparcialidad del tribunal militar, pero no ahonda en las vulneraciones al resto de las garantías que conforman el debido proceso y que en los diversos casos son alegadas. Es cierto, la independencia e imparcialidad son esenciales, y la vulneración a ellas convierte muchas veces en innecesario el análisis del resto de las garantías afectadas en cada caso en concreto, pero en definitiva, no por ello la Corte puede desaprovechar la oportunidad para establecer y desarrollar una doctrina clara y ordenada referente a la forma en cómo la jurisdicción militar debe operar en los Estados del continente.

¹²⁴ CORTE IDH. *Caso 19 Comerciantes*, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C, nº 109, parr. 165.

Muestra de ello es la propuesta de Emmanuel DECAUX, que va más allá de la independencia e imparcialidad de estos tribunales.

Los estándares internacionales y comparados de derechos humanos han irrumpido en los cuarteles y las barracas militares, especialmente en la esfera de la justicia penal castrense. El desarrollo jurisprudencial de los organismos internacionales de derechos humanos en la consolidación de sistemas judiciales independientes e imparciales ha conducido eficazmente, por un lado, a una reducción de la competencia de los tribunales militares y, por el otro, a la exigencia de garantías que favorezcan un debido proceso incluso para el personal militar que es sancionado por conductas militares en sentido estricto¹²⁵.

Lamentablemente el panorama es nuestro país es contraproducente, debido a que principalmente, por un lado, hay una voluntad académica clara en sostener una reforma integral al sistema, la que se ve apoyada por una sociedad civil que clama modificaciones sustanciales a la justicia militar como una forma de “extirpar y sanar heridas del pasado”. Pero, por otro lado, existe un escenario político que, desde el retorno a la democracia, y más aún en los últimos veinte años, ha venido anunciando una gran reforma integral al sistema, la que inexplicablemente no se ha realizado.

Es de esperar que las voluntades políticas asuman con seriedad el desafío, para que de esta forma se pueda llegar a tener unos tribunales militares renovados y acordes al siglo XXI. El panorama es más auspicioso que nunca, y el desafío es modificar las reglas del juego, para que así los militares que sean juzgados por la comisión de delitos estrictamente militares, en definitiva, no tengan que someterse a una “justicia de guerra” en un procedimiento militar ordinario en tiempo de paz.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO, Domingo, *La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre enjuiciamiento penal múltiple (non bis in idem) en el caso Loayza Tamayo en Liber Amicorum Héctor Fix ZAMUDIO* (Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos San José, 1998), pp. 279-300.
- ANDREU-GUZMÁN, Federico, “Tribunales militares y graves violaciones a derechos humanos” (Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2011).
- ARAVENA ARREDONDO, Leonardo, *Derecho Procesal Orgánico* (Editorial LexisNexis, Santiago, 2006).

¹²⁵ CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, *Independencia e imparcialidad en sistemas de justicia militar: estándares internacionales comparados* en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 9, nº2, (2011), p. 242.

- ASTROSA HERRERA, Renato, *Derecho Penal Militar* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1974).
- BAZÁN CHACÓN, Iván, *El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Perú. Una evaluación preliminar en Ars Boni et Aequi*, 7 (2011), 2, pp. 283-317.
- BERMEO LARA, Dolores et al., *Radiografía del Sistema de Justicia Militar en América Latina*, en RIAL, Juan (Compilador), *La Justicia Militar: entre la reforma y la permanencia* (RESDAL, Buenos Aires, 2010).
- BINDER, Alberto; *Introducción al Derecho Procesal* (Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2002).
- CAROCCA PÉREZ, Alex, *Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal en Nuevo proceso penal* (Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2000).
- CEA CIENFUEGOS, SERGIO, *La Justicia Militar de Chile en Ars Boni et Aequi*, nº5, 2009, pp.251-252. Disponible en <www.ubo.cl/icsyc/...ars-boni-et-aequi/revista-ano-2009-numero-5/>, [última consulta: 24 de agosto de 2015].
- CEA CIENFUEGOS, Sergio; CORONADO DONOSO, Ricardo, *Derecho Militar: parte general*⁴ (Editorial LegalPublishing, Santiago, 2011).
- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, *Independencia e imparcialidad en sistemas de justicia militar: estándares internacionales comparados* en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 9, nº2, 2011, pp. 191-248, disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200006&script=sci_arttext>, [última consulta: 24 de agosto de 2015].
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002, solicitada por la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (28 de agosto, 2002).
- CRESPO, Ismael; FILGUEIRA, Fernando, *La intervención de las Fuerzas Armadas en la política latinoamericana* en *Revista de Estudios Políticos*, nº80, abril-junio 1993, pp. 297-310, disponible en <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27211.pdf>, [última consulta: 24 agosto de 2015].
- DAHL, Arne. "International trends in military justice", presentación realizada en la Conferencia de Garmisch, Alemania (enero, 2008), disponible en <http://www.ismllw.org/PDF/2008-01-International%20Trends%20in%20Military%20Justice-UK.pdf>. Traducción libre.
- DECAUX, Emmanuel, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Derechos Civiles y Políticos, en Particular la Independencia del Poder Judicial, la Administración de Justicia y la Impunidad. La administración de justicia por los tribunales militares*, Informe presentado en Resolución E/CN.4/2006/58 (Nueva York, 62º período de sesiones, 13 de Enero de 2006).
- DOIG DÍAZ, Yolanda, *La justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción* en *Anuario de Derecho Penal* (2001-2002), pp. 27-64. Disponible en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2001_05.pdf>, [última consulta: 24 agosto de 2015].
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás; LEIVA GARCÍA, Carla, *Digesto de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: enero de 1984 - febrero de 2012* (Editorial LegalPublishing, Santiago, 2012).
- FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay)* en *Estudios constitucionales*, año 11, nº2, 2013, pp. 641-694, disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200017&lng=es&nrm=iso>, [última consulta: 24 agosto de 2015].
- FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo, *Las siete principales líneas jurisprudenciales de la*

- Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol.59 (enero-junio, 2014). Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32981.pdf>>. [última consulta: 19 octubre de 2016].
- FERRO TORRES, José. "Constitución y derecho penal militar" en *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores* vol. VIII, nº 16, julio-diciembre 2005, pp. 37-54, disponible en <<http://www.umng.edu.co/documents/63968/72402/ConstDerPenalM.pdf>>. [última consulta: 06 de agosto de 2015].
- GAMBOA SERAZZI, Fernando; FERNÁNDEZ UNDURRAGA, Macarena, *Tratado de derecho internacional público y migración* (Editorial LegalPublising, Santiago, 2013)³.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* en TAVOLARI RIVEROS, Raúl (Coordinador), *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Tomo I (Thomson Reuters Puntolex, Santiago, 2010).
- GOLDSCHMIDT, James; *Principios generales del proceso* (Editorial Jurídica Universitaria, Ciudad de México, 2001).
- GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio (Editor), *La incompatibilidad del Código de Justicia Militar con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Comisión Internacional de Juristas, Ciudad de México, 2014).
- HERENCIA CARRASCO, Salvador, *El Derecho de Defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* en ELSNER, Gisela (Editora), *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* (Editorial Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010). pp. 359-378.
- HORVITZ LENNON, María; LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002).
- LÜBBERT ÁLVAREZ, Valeria, *El derecho a no ser juzgado por comisiones especiales: análisis crítico de jurisprudencia* en *Revista de Estudios de la Justicia*, nº15, 2011. pp. 87-107. Disponible en <<http://web.derecho.uchile.cl/cej/doc/LUBBERT.pdf>>, [última consulta: 25 de agosto de 2015].
- MAIER, Julio; *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos* (Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2004).
- MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal* (Editorial LegalPublishing, Santiago, 2010).
- MERA FIGUEROA, Jorge. "La parte especial del Código Penal Militar Chileno. Bases programáticas para su reforma integral" en *Cuadernos de Análisis jurídicos nº13* (Universidad Diego Portales, Santiago, 2002).
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. *Principios formativos para el nuevo Código de Justicia Militar* (Santiago, 2008).
- MORALES GONZÁLEZ, Pedro, *La reforma integral a la justicia militar Chile, un desafío pendiente*, Tesis de Grado (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2010).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia* en *Ius et Praxis* vol.11, nº1, 2005, pp. 221-241. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100008>. [última consulta: 25 de agosto de 2015].
- NOZIGLIA REYES, Pablo; SILVA MATUS, Sergio, *Ánalisis crítico del actual procedimiento de justicia militar y propuesta superadora* (Tesis de grado, Santiago, 2008).
- NÚÑEZ PALACIOS, Susana, *Interpretación y aplicación del derecho humanitario en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* en *Revista Alegatos*, nº 77, 2011, pp. 15-32, disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26785.pdf>>. [última consulta: 06 de agosto de 2015].

- PALOMO VÉLEZ, Diego, *Aportación de la convención americana de Derechos Humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela Judicial. Un apoyo en dos fallos: casos Barrios Altos y Castillo Petrucci en Iu et Praxis*, vol.8, nº2, 2002, pp. 261-298, disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200009>. [última consulta: 25 de agosto de 2015].
- STEINER, Christian; URIBE, Patricia (Coordinadores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* (Konrad Adenauer Stiftung, Ciudad de México, 2014).
- TIRADO LETELIER, Ana. *Introducción al estudio del derecho penal militar*, Tesis de Grado (Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1972).
- TORO JUSTINIANO, Constanza, *El debido proceso penal: un estudio desde el prisma de la dogmática procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009).
- UNIDAD DE DEFENSA PENAL JUVENIL, *Justicia Militar y Adolescentes. Un nuevo escenario tras la vigencia de la Ley N° 20.084* (Defensoría Penal Pública, Santiago, 2007).
- VAN DE WYNGARD, Jorge, *La jurisdicción militar y el derecho constitucional a un debido proceso* (Universidad Bernardo O'Higgins, Santiago, 2008).
- ZALAQUETT, José, *Equilibrar Imperativos Éticos y Restricciones Políticas. El dilema de las democracias nuevas que encaran violaciones de los derechos humanos ocurridas en el pasado*, dictada en Conferencia Mathew O. Tobriner, publicada en *Hastings Law Journal* (University of California/Hastings College of the Law, California, agosto 1992), Vol. 43, Nº6, pp. 1425-1438.

La fiscalización de los actos del Gobierno por la Cámara de Diputados: Antecedentes históricos y delimitación conceptual*

Fiscalization of the Government acts by the Chamber of Deputies: historical background and conceptual delimitation

DIEGO ANDRÉS MOLINA CONZUE**

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

La Constitución chilena consagra la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados sobre los actos del Gobierno. Ella es una facultad esencial de los Parlamentos, pues a través de esta se busca evitar que el Gobierno transgreda sus atribuciones. El estudio de la atribución fiscalizadora supone el análisis y alcance de dos términos: fiscalizar y actos del Gobierno.

PALABRAS CLAVE

Parlamento, fiscalización, actos del Gobierno.

ABSTRACT

The Chilean Constitution establishes the fiscalization authority of the Chamber of Deputies on the acts of the Government. She is an essential faculty of Parliaments, because through this is to avoid that the Government is transgressed its powers. The study of the fiscalization assignment involves the analysis and scope of two terms: fiscalization and acts of the Government.

KEYWORDS

Parliament, fiscalization, acts of the Government.

* El presente trabajo forma parte de la memoria del autor. La misma fue dirigida por el señor decano de la Facultad de Derecho de la PUCV, profesor Dr. Alan Bronfman Vargas, a quien expresamos nuestro más sincero agradecimiento.

** Egresado de la Escuela de Derecho de la PUCV, ayudante de las cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Canónico, tutor para los alumnos de primer año, y miembro de la Secretaría Académica del Congreso Estudiantil de Derecho de la Judicatura. Dirección: Alejandro Navarrete #238, pobl. Irene Frei, Viña del Mar, Chile. Correo electrónico: diego.molina93@hotmail.com – diego.molina.c@mail.pucv.cl

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de las diferentes facultades de los Parlamentos está la de fiscalizar los actos del Gobierno. Nuestra Constitución, en su art. 52 N°1, entrega a la Cámara de Diputados la fiscalización de los actos del Gobierno como atribución exclusiva y que se materializará a través de diferentes mecanismos que la norma en cuestión consagra.

Con todo, es necesario recordar que el ejercicio de la facultad fiscalizadora debe circunscribirse a los márgenes entregados por el constituyente, lo contrario sería vulnerar el principio de juridicidad que rige el actuar de todos los órganos estatales. Lo anteriormente dicho se pone de manifiesto al momento de entender el alcance que dicha atribución tendría en una nueva Carta Fundamental.

El presente trabajo desea abordar la parte general de la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados, en tal sentido primero nos referiremos a los antecedentes históricos de dicha facultad, para referirnos a continuación al concepto de fiscalización y, finalmente, al sustrato de su ejercicio, los actos del Gobierno.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FACULTAD FISCALIZADORA DE LOS ACTOS DEL GOBIERNO EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL CHILENA

El estudio de la regulación de funciones e instituciones jurídicas requiere para una mejor comprensión de su sentido y alcance, un estudio previo de los antecedentes históricos de su regulación.

Estudiaremos, en primer lugar, los antecedentes y cambios experimentados a lo largo de la historia constitucional chilena de la facultad de la Cámara de Diputados de fiscalizar los actos del Gobierno. Este análisis se realizará respecto a la Constitución de 1925 y de 1980.

1. *Constitución Política del Estado de 1925*

a) Situación previa a 1925

La facultad de la Cámara de Diputados para fiscalizar los actos del Gobierno se consagra por primera vez en nuestra historia constitucional en el art. 39 N° 2¹ de la Constitución Política del Estado de 1925. La Constitución

¹ Art. 39. “Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: 2. Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución, la Cámara puede, con el voto de la mayoría de los

de 1833 solo consagraba, desde 1874, que la Comisión Conservadora ejercería “*la supervigilancia [...] sobre todos los ramos de la administración pública*”, mientras el Congreso Nacional se encuentre en receso; pero la referida Ley Fundamental en ninguna disposición consagró una suerte de fiscalización respecto de alguna de las Cámaras del Congreso Nacional².

Desde el último tercio del siglo XIX el Congreso Nacional experimenta un crecimiento en su fuerza política, HEISE GONZÁLEZ, en esta línea, indica que “todos los presidentes del período liberal apoyaron e impulsaron importantes enmiendas constitucionales que fueron debilitando progresivamente atribuciones del ejecutivo y reforzando la creciente influencia política del Congreso”³. A ello debe sumarse la influencia generada por los nacientes partidos políticos, sobre este punto el mismo autor agrega que “la formación de los primeros partidos políticos chilenos es un proceso que guarda estricto paralelismo con la gestación y desarrollo del gobierno de gabinete [...] transformando la opinión pública en fuerza política. De esta forma los partidos harán factible el gobierno democrático y representativo”⁴.

En este escenario surgirán diversas prácticas parlamentarias que importarán una injerencia, por parte del Congreso Nacional, en el ejercicio de las funciones del Gobierno y, especialmente, en la de los Ministros de Estado. Se cuentan entre estas prácticas los votos de censura, consistentes en un acuerdo adoptado por la mayoría de los miembros de una de las Cámaras con el objetivo de remover de su cargo a un Ministro de Estado. Con el devenir de los años, se transformaron en “un verdadero recurso de apremio que se esgrimía contra los Secretarios de Estado para que abandonaran sus cargos a fin de rectificar el rumbo político del gobierno de acuerdo con el sentir de la mayoría del Congreso”⁵, al existir “una discrepancia entre el gabinete, [más precisamente, entre un Ministro] y la mayoría de una de las dos ramas [o Cámaras]

Diputados presentes, adoptar acuerdos o sugerir observaciones que se trasmisirán por escrito al Presidente de la República. Los acuerdos u observaciones no afectarán la responsabilidad política de los Ministros y serán contestados por escrito por el Presidente de la República o verbalmente por el Ministro que corresponda”.

² Cfr. NAVARRO BELTRÁN, Enrique (1991): “La facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados”, en *Revista de Derecho Público*, vol. XLIX, pp. 72-73.

³ HEISE GONZÁLEZ, Julio (1974): *Historia de Chile. El Período Parlamentario, 1861-1925*, I: *Fundamentos histórico-culturales del parlamentarismo chileno* (Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello), p. 135.

⁴ HEISE GONZÁLEZ, Julio (1982): *Historia de Chile. El Período Parlamentario, 1861-1925*, II: *Democracia y gobierno representativo en el período parlamentario (Historia del poder Electoral)* (Santiago de Chile, Editorial Universitaria), p. 282.

⁵ HEISE GONZÁLEZ (1974), p. 62.

legislativas”⁶. En nuestro entender, es la práctica más relevante, pues, como dice FRÍAS VALENZUELA, las mayorías inestables, cambiantes, ocasionales y transitorias que se formaban en el Congreso Nacional, mediante los votos de censura, causaban la renuncia de los Ministros de Estado, y, al ser solidarios, implicaba que todo gabinete debía renunciar, por decoro y dignidad personal⁷.

La situación descrita ocasionó la denominada “rotativa ministerial”, es decir, el reiterado cambio de las personas que servían como Ministros de Estado, y que para Alessandri representaba el gran mal que el sistema parlamentario había generado, y que debía ser solucionado con la elaboración de la nueva Carta Fundamental⁸.

Otros instrumentos son las preguntas dirigidas a los Ministros de Estado, las Interpelaciones, y la conformación de Comisiones Investigadoras⁹. De ellas la más relevante es la figura de las Interpelaciones, esto es, “pedir explicaciones para formarse un juicio cabal de los hechos sobre los que recae la inspección”¹⁰, “pues eventualmente podría dar origen a una censura con la siguiente caída del gabinete”¹¹.

De este modo, el deseo de poner término a la influencia del Congreso Nacional en el actuar del Gobierno, ya sea orientándolo o controlándolo,

⁶ *Ibid.*

⁷ FRÍAS VALENZUELA, Francisco (1971): *Manual de Historia de Chile* (4^a edición, Santiago de Chile, Editorial Nacimiento), p. 397. Cfr. BRONFMAN VARGAS, Alan; DE LA FUENTE HULAUD, Felipe; PARADA ESPINOZA, Fernando (1993): *Congreso Nacional. Estudio constitucional, legal y reglamentario* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), p. 146

⁸ MINISTERIO DEL INTERIOR (1926): *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Constitución de 1925* (Santiago de Chile, Imprenta Universitaria), p. 6.

⁹ NAVARRO BELTRÁN (1991), p. 73.

¹⁰ HUNEEUS ZEGERS, Jorge (1879): *La Constitución ante el Congreso, I: Primera parte: Arts. 1 a 58 i 165 a 168* (Santiago de Chile, Los Tiempos), p. 210.

¹¹ GARCÍA BARZELATTO, Ana María (2011): “Fiscalización parlamentaria de los actos de gobierno”, en *Revista de Derecho Público*, vol. LXXV, p. 37. Esta práctica se incorpora por primera vez en 1846, su objetivo era que el Ministro de Estado diera explicaciones al Congreso Nacional sobre su gestión, para, posteriormente, y en base a ella, se votara una moción de censura o confianza (BRAVO LIRA, Bernardino (1993): *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica* (2^a edición, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello), p.255). Cfr. HEISE GONZÁLEZ (1974), p 61. De este modo se sigue el modelo francés, ya que en él “las respuestas que da el ministro de Estado, en caso que no satisfaga a los parlamentarios interpellantes, puede devenir en una moción de censura, y por consiguiente, la inmediata renuncia del interpellado”. ROBLES ROSALES, Walter, *La Interpelación parlamentaria*, p. 1. Disponible en <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/39D92E1A548AFA2F052575DF006235B2/\\$FILE/La_Interpelaci%C3%B3n_parlamentaria\[1\].pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/39D92E1A548AFA2F052575DF006235B2/$FILE/La_Interpelaci%C3%B3n_parlamentaria[1].pdf)> [fecha de consulta: 20 de agosto de 2015].

y poner así fin a la “rotativa ministerial”, serán las ideas matrices para la configuración de la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados en la Constitución de 1925.

b) Regulación de la facultad fiscalizadora

En este apartado nos referiremos a la regulación de la facultad fiscalizadora en la Carta Fundamental de 1925. En dicho cuerpo se reguló por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico la fiscalización de los actos del Gobierno por la Cámara de Diputados mediante la adopción de acuerdos o sugerencia de observaciones.

Para su ejercicio requiere el voto favorable de la mayoría de los Diputados presentes; vale decir, no se realiza por los parlamentarios independientemente considerados, para, de este modo, hacer política nacional, despojándose de intereses pequeños y personales¹².

Los acuerdos y observaciones de fiscalización no afectan la responsabilidad política de los Ministros de Estado, los que se mantendrán en sus cargos mientras cuenten con la confianza del Presidente de la República. Los Ministros de Estados quedan, entonces, al margen de la acción política de los partidos políticos¹³, ya que, solo mediando una acusación constitucional, podrán privárseles del cargo. SILVA BASCUÑÁN señala que esta norma conlleva a que los Ministros de Estado “no están forzados a presentar su renuncia de importar el acuerdo u observación una crítica a los actos en que intervinieran, ni hace tampoco para ellos la necesidad de conformar su actividad subsecuente a la pauta trazada en el contenido del acuerdo adoptado o de la observación sugerida”¹⁴.

Una vez aprobado el acuerdo u observación, la Cámara lo remite al Presidente de la República para su respuesta. Si dicha respuesta es evacuada por este, será por escrito, y si es evacuada por el Ministro de Estado que corresponda, la respuesta se entregará verbalmente. Con todo, no señala plazo para el envío de la respuesta, por lo que la doctrina considera que la norma adolece de un vacío¹⁵.

¹² MINISTERIO DEL INTERIOR (1926), p. 57.

¹³ MINISTERIO DEL INTERIOR (1926), p. 6.

¹⁴ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de derecho constitucional*, VI: *Congreso Nacional* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), p. 100. Cfr. BRONFMAN VARGAS, Alan; CORDERO QUINZACARA, Eduardo; ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2013): *Derecho parlamentario chileno. Funciones y atribuciones del Congreso Nacional* (Santiago de Chile, LegalPublishing), pp. 284-285.

¹⁵ Cfr. BRONFMAN VARGAS, Alan (1991-1992): *Algunas consideraciones en torno al art. 48 N° 1 de la Constitución, en Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. XIV 14, p. 299; MAR-

Consideramos que la regulación introducida da más vigor al sistema presidencial, pues “el Ejecutivo puede desentenderse totalmente de las observaciones de la mayoría y esta no posee medio alguno para orientar la política general del gobierno, ya que para separar a un Ministro se requiere que éste haya cometido en el desempeño de su cargo un delito”¹⁶. SALAS SALAZAR, en esta línea, nos da cuenta que, al modificarse la Constitución de 1833, se deseó que el Congreso Nacional pudiere fiscalizar los actos del Gobierno mediante la adopción de acuerdos u observaciones que se pondrán en conocimiento del Presidente de la República, pero dicho proceder no afectará la responsabilidad política de los Ministros¹⁷. Sus redactores estimaron que de este modo se “resguarda[ba] el derecho de fiscalización y [sic] se evita[ba], al mismo tiempo, la intervención del Parlamento en la administración”¹⁸.

Sobre la base de lo expuesto, podemos concluir que la incorporación de los acuerdos y observaciones adoptados por la Cámara de Diputados en el ejercicio de su facultad fiscalizadora reemplaza a los votos de censura. De esta forma, el Congreso Nacional, mediante su Cámara de Diputados, podrá dar su opinión, parecer o enjuiciar el actuar del Gobierno, empero de verse imposibilitada para obtener la renuncia del Ministro correspondiente, y del gabinete. No obstante, y si bien *per se* la fiscalización no trae aparejada la salida de un miembro del Gobierno de su cargo, al vetarse explícitamente dicha posibilidad respecto a los Ministros de Estado, y al no contemplarse respecto a otros miembros del Gobierno, los acuerdos y observaciones pueden influir en la opinión pública para que sea ella la que haga efectiva la responsabilidad política del Gobierno.

c) Ejercicio de la facultad fiscalizadora

La facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados (ejercida únicamente mediante acuerdos u observaciones) no tendrá gran eficacia, aunque hasta

TÍNEZ OCAMICA, Gutenberg (1998): *Fiscalización parlamentaria y comisiones investigadoras. Análisis y propuestas* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), p. 40; y SALAS SALAZAR, Carolina (1996): *La función fiscalizadora de la Cámara de Diputados* (Valparaíso, Memoria Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), p. 35-36. No obstante, si bien no existe un plazo preciso para responder debemos entender, ante tal vacío, que la obligación se vería incumplida si no se envía la respuesta antes del término del período presidencial, ya que, una vez expirado dicho mandato, resulta imposible enviar la respuesta pues ya no se es Gobierno, infringiendo la Constitución. De tal modo sería, en teoría, procedente la acusación constitucional.

¹⁶ ESTÉVEZ GAZMURI, Carlos (1949): *Elementos de derecho constitucional chileno* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), p. 318.

¹⁷ SALAS SALAZAR (1996), p. 25.

¹⁸ MINISTERIO DEL INTERIOR (1926), p. 56.

1927, el nuevo gabinete debía dar lectura de su programa ante la Cámara de Diputados¹⁹. Las causas de ello de acuerdo a BRONFMAN VARGAS son²⁰:

- Hay un cambio de carácter de los partidos políticos dominantes. Los partidos políticos pasan a ser partidos ideológicos, lo que sumado a una imagen que deben mantener ante los electores, vuelve el dialogo más difícil, por lo que se prefieren acuerdos directos entre los partidos.
- Crecimiento del aparato estatal dependiente del Ejecutivo. La expansión de las actividades y personal del Ejecutivo genera una dificultad para que la Cámara pueda ejercer su función fiscalizadora, no contando con medios y asistencia necesarios para ello. Empero, entendemos que la crítica pasa más por no contar con los medios y asistencia necesarios para ejercer las funciones fiscalizadoras que por el solo crecimiento del Ejecutivo, pues la extensión de este permite que la fiscalización se extienda a más ámbitos, pero la respuesta frente a tal extensión es la que torna ineficaz la fiscalización.
- Limitados efectos jurídicos de la norma que regula la facultad de fiscalización. Por un lado, se omite el plazo dentro del que se debe enviar la respuesta del acuerdo u observación, además de no contarse con una regulación que permita el correcto ejercicio de la fiscalización de los actos del Gobierno. La primera falencia no será superada, la segunda sí; así, a través de la Ley N° 13.609 se creó la Oficina de Informaciones de la Cámara de Diputados, el que le permitió a la Cámara disponer de mejor forma y más ordenada la información obtenida de las autoridades y órganos que forman parte del Gobierno, y la Administración en general.

Así, la facultad fiscalizadora no tendrá una gran eficacia durante gran parte de la vigencia de la Constitución de 1925, ya que, por su redacción, se vuelve ineficaz como medio de fiscalización del Ejecutivo y contrapeso al poder político de éste²¹. Con todo, será en el último período de su vigencia, y frente a una situación de polarización y crisis política, que tendrá una mayor influencia.

¹⁹ BRONFMAN VARGAS *et al.* (1993), p. 147

²⁰ BRONFMAN VARGAS (1991-1992), pp. 296-302.

²¹ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2002): “La reforma constitucional a la fiscalización parlamentaria en la Constitución de 1980: análisis preliminar”, en *Ius et Praxis*, vol. VIII, N° 1, p. 469.

LAVÍN VALDÉS señala que en este período²², y frente a un actuar ilegal del Gobierno, el Congreso Nacional, empujado por las fuerzas políticas que le apoyaban, lo que sumado a los efectos políticos, económicos y sociales que causaba la actuación del Gobierno, asumiera, no solo su función legislativa, sino que también la fiscalizadora. El Congreso Nacional fiscalizará para velar por la mantención del Estado de Derecho, encausando el actuar del Gobierno por una vía legal, y con miras al bien común, en razón de representar a la comunidad²³.

En este escenario, se ve disminuido el apoyo al Presidente de la República en el Parlamento, formándose en este una mayoría parlamentaria adversa a él, razón por la que el sistema institucional tendió a bloquearse²⁴. Frente a tal bloqueo, la única solución era destitución presidencial por acusación constitucional, empero, su quórum no era alcanzable. En efecto, el Congreso Nacional luego de elección parlamentaria de marzo de 1973 quedará integrado en un 55, 59% por la Confederación Democrática, opositora al gobierno de Salvador Allende, y en un 44,23% por la Unidad Popular, coalición de Gobierno; es decir, no se logra suficiente quórum para que la Cámara de Diputados pueda acusar constitucionalmente al Presidente de la República. Así, si bien no se cuenta con el quórum para acusar constitucionalmente, sí se cuenta con el necesario para adoptar acuerdos de fiscalización; adoptándose uno el 23 de agosto de 1973, que en su parte dispositiva señala: “representar a S. E. el Presidente de la República y a los señores Ministros de Estado miembros de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de Carabineros, el grave quebrantamiento del orden constitucional y legal de la República que entrañan los hechos y circunstancias referidos”²⁵.

2. Constitución Política de la República de 1980

Producido el quiebre constitucional del 11 de septiembre de 1973, la Junta de Gobierno conformará, mediante el D.S. del Ministerio de Justicia N° 1065, de 25 de octubre de 1973, la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (en adelante CENC); organismo que tendrá como misión la elaboración

²² Refiriéndose al período comprendido entre 1970 y 1973.

²³ LAVÍN VALDÉS, Julio (1986): “El papel del Congreso Nacional en el gobierno de la Unidad Popular”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. X, pp. 306 y 322.

²⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012): “Parlamento y Régimen Político”, en 50+1, *Revista Chilena de Derecho Parlamentario*, vol. I, p. 11.

²⁵ Acuerdo adoptado por la H. Cámara de Diputados, el día 23 de agosto de 1973, y dirigido a S.E. el Presidente de la República, p. 4. Disponible en <historiapolitica.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/13377/1/mj_00061.pdf> [fecha de consulta: 1 de junio de 2014].

de un anteproyecto de nueva Constitución, en la que se regulará la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados.

En la CENC es posible constatar que GUZMÁN ERRÁZURIZ “considera que la fiscalización que puede ejercer la Cámara de Diputados en el sentido de adoptar acuerdos o de sugerir observaciones que se transmitan al Presidente de la República, aunque no engendrará la posibilidad de una acusación constitucional, da lugar a un tipo de control político de los actos del Gobierno de extraordinaria importancia en una sociedad de derecho y democrática”²⁶. La consagración de dicha facultad quedará plasmada, finalmente en el art. 48 N°1 de la Carta Fundamental.

a) Cambios introducidos a la facultad fiscalizadora en relación con la regulación de la Constitución de 1925

El art. 39 N° 2 de la Constitución de 1925 sufrirá una serie de modificaciones, a saber:

- La autoridad obligada a dar respuesta a los acuerdos y observaciones son solo los Ministros de Estado, no el Presidente de la República. DE DIOS CARMONA consideró que el que “sea el Presidente de la República quien tenga la obligación de contestar las observaciones como una obligación constitucional suya, con una posible sanción jurídica, en un sistema presidencial, es desmesurado, y le parece que quizás haya que buscar una disposición para que los que estén obligados a responder a esto, verbalmente o por escrito, sean los Ministros”²⁷. No estamos de acuerdo con la modificación introducida, pues debiese permitirse al Presidente de la República darle la opción de responder él ante tales actos, por ejemplo, si es que ellos tienen gran importancia política.
- Con todo, la respuesta “puede efectuarse verbalmente o por escrito, sin perjuicio que en la práctica sea más conveniente esta última”²⁸.
- Se establece un plazo de 30 días para entregar la respuesta al acuerdo u observación. ORTÚZAR ESCOBAR señaló que era bueno que se incorporase un plazo en el cual entregar la respuesta, ya que de

²⁶ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República*, sesión N° 340, celebrada el 15 de marzo de 1978, Tomo X, p. 426. Disponible en <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf> [fecha de consulta: 1 de junio de 2014].

²⁷ *Ibid.* p. 352.

²⁸ NAVARRO (1991), p. 81.

no hacerlo oportunamente se incurría en una infracción a la Constitución y daba pie para una futura acusación constitucional como consecuencia²⁹. La norma, de este modo, supera una importante falencia en relación con la regulación previa.

- La respuesta del Ministro no debe ser fundada, de modo que se entiende cumplida con el solo hecho de ser entregada. En actas constará que la respuesta no puede ser calificada por la Cámara³⁰, constando en el anteproyecto que la obligación del Gobierno de entregar la respuesta a los acuerdos y observaciones se entenderá cumplida por el solo hecho de entregar su respuesta. Así, se elige entre dos males, el mal de tener respuestas breves y lacónicas, y el mal de la calificación. El primero es más aceptable, de lo contrario, se abre una brecha para el parlamentarismo³¹, ya que se entrega al fiscalizador un margen de valoración no deseado.

- Se regula la facultad de forma previa a la acusación constitucional para evitar interpretaciones erróneas que lleven a una confusión de las atribuciones. La facultad fiscalizadora es independiente de la acusación constitucional, en orden a que en la primera la Cámara solo manifiesta su opinión sobre un acto del Gobierno, en la acusación constitucional, en cambio, se busca contrastar el actuar de una autoridad o funcionario con uno de los delitos constitucionales tipificados. En la CENC este punto fue objeto de discusión, concluyéndose que son facultades distintas, pero que se encuentran íntimamente relacionadas³². Creemos que, si bien es positivo que se haya dejado constancia de tal distinción, somos de la idea que la discusión en cuestión no era justificada, ya que la Constitución de 1925 en ninguna disposición exigía que, para acusar constitucionalmente, debía haberse adoptado previamente un acuerdo u observación de fiscalización.

²⁹ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República*, sesión N° 341, celebrada el 22 de marzo de 1978, Tomo X, p. 447. Disponible en < http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf > [fecha de consulta: 1 de junio de 2014].

³⁰ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República*, sesión N° 353, celebrada el 19 de abril de 1978, Tomo X, pp. 638-639. Disponible en < http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf > [fecha de consulta: 1 de junio de 2014].

³¹ *Ibid.*, pp. 638-639.

³² *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución política de la República*, sesión N° 354, celebrada el 19 de abril de 1978, Tomo X, p. 654. Disponible en < http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf > [fecha de consulta: 1 de junio de 2014].

Junto con estas modificaciones, la CENC incorporó como mecanismo de fiscalización la petición de antecedentes. Jaime Guzmán consideraba que este mecanismo podía ser usado por cada parlamentario individualmente considerado, y sin el concurso de otros³³. La redacción final estableció que para el ejercicio de dicho medio se requeriría el acuerdo de un tercio de los miembros presentes de la Cámara.

Empero, los acuerdos y observaciones seguirán, al menos en teoría, constituyendo el mecanismo de fiscalización de mayor peso político; en razón del quórum exigido, mayoría de los miembros presentes, y al suponer una actividad reflexiva previa, por importar un juicio u opinión.

b) Modificaciones y aplicación del art. 48 N° 1 de la Constitución

La Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 1989, no modifica el art. 48 N° 1 de la Constitución; empero, modifica el artículo siguiente, en que se refiere a las atribuciones exclusivas del Senado, en orden a prohibir al Senado, o cualquiera de sus organismos, de adoptar acuerdos que importen fiscalización.

Con todo, resulta menester tener en consideración la regulación introducida por la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (en adelante LOCNC) de 1990³⁴. El art. 8 de la LOCNC dispone que los organismos de la Administración del Estado, las personas jurídicas creadas por ley o las empresas en que el Estado tenga representación o aportes de capital mayoritario, deben remitir al Congreso Nacional sus memorias, boletines y otras publicaciones que contengan hechos relevantes concernientes a sus actividades. El art. 9, por su lado, señala que los organismos que formen parte de la Administración del Estado deberán proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por las Cámaras o por sus organismos internos, autorizados por sus respectivos reglamentos, con excepción de aquéllos que por expresa disposición de la ley tengan el carácter de secretos o reservados. Estas disposiciones, no son mecanismos de fiscalización, puesto que no se adoptan con la finalidad de causar un impacto en la opinión pública, ya que

³³ El señalado miembro de la Comisión señaló que “a su juicio, entiende que la posibilidad de que un Diputado fiscalice tiene que quedar garantizada, ya sea a través de la existencia de la Hora de Incidentes, ya sea a través de la facultad para pedir antecedentes y proporcionarlos a la Cámara en la Hora de Incidentes, o a través de la presentación de proyectos de acuerdo; pero le parece que la adopción de una resolución por parte de la Cámara que implique un acto de fiscalización tiene que seguir siendo resorte de la mayoría.” *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República*, sesión N° 341, p. 460.

³⁴ Publicada el 5 de febrero de 1990.

no enjuician el actuar del Gobierno. En cambio, estas normas buscan que las Cámaras puedan contar con antecedentes para realizar de mejor forma su labor.

Dichas disposiciones tienen como antecedente lo dispuesto en el art. 5 de la Ley N° 13.609, que contemplaba una regulación muy similar. Empero, y pese a lo dicho, es posible constatar que el cambio en la estrategia de desarrollo económico, materializado en proceso de privatización de las empresas estatales desde 1974³⁵, trae como consecuencia que el aparato estatal se reduzca, por lo que ámbito de actuación de la facultad fiscalizadora se reducirá.

Sin perjuicio de la regulación de las vías para el ejercicio de la facultad fiscalizadora por la Constitución, “el poder fiscalizador de los partidos [políticos] se hace fundamentalmente a través del Parlamento y de las denuncias hechas a través de los medios de comunicación, en especial la televisión. En su mayoría han sido parlamentarios los que realizan [individualmente] estas acciones como parte del proceso de construcción de su perfil individual y como sucedáneo de la escasa gravitación de la fiscalización formal”³⁶.

Un nuevo escenario en materia de la fiscalización realizada por la Cámara de Diputados es introducido con la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050 de 2005³⁷, que, dentro de sus ideas matrices, busca “asegurar que los Diputados puedan realmente ejercer sus funciones fiscalizadoras y, a la vez, que el correspondiente Gobierno pueda ser fiscalizado con efectividad”³⁸.

Dentro de los cambios introducidos respecto de los acuerdos y observaciones, se exige que la respuesta enviada por el Ministro de Estado que corresponda sea fundada. Esto quiere decir, que la respuesta no debe tratarse de meras enunciaciones o mensajes lacónicos, sino que, muy por el contrario, deben exponerse y desarrollarse las razones o fundamentos de la respuesta

³⁵ HACHETTE DE LA FUENTE, Dominique (2011): “Capítulo IV: Privatizaciones: Reforma Estructural pero Inconclusa”, en LARRAÍN BASCUÑÁN, Felipe y VERGARA MONTES, Rodrigo (editores), *La transformación económica de Chile* (2^a edición, Santiago de Chile, CEP), pp. 112-113.

³⁶ BOENINGER, Edgardo (2008): “Relaciones entre partidos, Gobierno y Parlamento en el sistema presidencial chileno”, en FONTAINE, Arturo, *et al.* (editores), *Reforma de los partidos políticos en Chile* (Santiago de Chile, PNUD, CEP, Libertad y Desarrollo, Proyectamérica, CIEPLAN), p. 207.

³⁷ En cuyo texto refundido la facultad fiscalizadora que le cabe a la Cámara de Diputados quedará regulada en el art. 52 N° 2.

³⁸ *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, recaído en mociones de los HH. Senadores señores Chadwick, Diez, Larraín y Romero, y de los HH. Señores senadores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo, de 6 de noviembre de 2001, p. 419.

enviada, no estando la Cámara de Diputados facultada, en caso alguno, para pronunciarse acerca del cumplimiento de dicha exigencia en el marco de sus atribuciones fiscalizadoras, empero de si estarlo para incoar una acusación constitucional contra el Ministro por infringir la Constitución.

Respecto de la solicitud de antecedentes, se incorpora un plazo de 30 días para su entrega³⁹.

Junto con ello, y a nuestro entender de gran relevancia, se consagran, a nivel constitucional, otros mecanismos de fiscalización: las citaciones a los Ministros de Estado y las Comisiones Investigadoras.

En cuanto a las citaciones a los Ministros de Estado, su objetivo es que el Ministro citado responda las preguntas que formule un Diputado elegido para tal efecto. Es un derecho que se reconoce a las minorías por el bajo quórum exigido, un tercio de los Diputados en ejercicio. “Sin embargo, con el objeto de no entorpecer la gestión ministerial, se coloca un límite máximo de tres citaciones dentro de un año calendario. Salvo que concurre el acuerdo de la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio”⁴⁰. Estimamos que este mecanismo es un buen vehículo para obtener explicaciones del Ministro de Estado sobre un determinado asunto relativo a su cargo, y por ende, al ser parte de él, actuaciones del Gobierno. Además, son útiles para que la Cámara se forme una noción, aclare puntos dudosos u oscuros, o realice una reflexión acerca de un acto del Gobierno.

También se incorporan las Comisiones Investigadoras. Este mecanismo, bajo la vigencia de la Constitución de 1980, solo era contemplado por el Reglamento de la Cámara de Diputados (arts. 297 y siguientes). De allí, como dice NAVARRO BELTRÁN, se cuestionará su constitucionalidad, al no existir disposición constitucional ni legal que las consagra, ya que los órganos públicos deben actuar y enmarcarse dentro de lo señalado por la propia Constitución⁴¹. Este mecanismo, de acuerdo a la Constitución exige un quórum de dos quintos de los Diputados en ejercicio⁴². Una vez constituidas, pueden, a petición de un tercio de sus miembros, solicitar ciertos antecedentes y citar a los Minis-

³⁹ Para entregar eficacia a este mecanismo de fiscalización, pues al igual que en los acuerdos y observaciones, su inobservancia implica una abierta violación de la Constitución, susceptible, por ende, de ser acusada constitucionalmente.

⁴⁰ BRONFMAN VARGAS *et al.* (2013), p. 321.

⁴¹ NAVARRO BELTRÁN (1991), p. 84. En el mismo sentido *Cfr.* CEA EGAÑA, José Luis, (1993): “Fiscalización parlamentaria del Gobierno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XX, p. 14. Con todo, y como recoge HEISE GONZÁLEZ, desde 1863 la Cámara de Diputados ha conformado Comisiones Investigadoras. HEISE GONZÁLEZ (1974), p. 53.

⁴² El Reglamento de la Cámara exigía la mayoría de los miembros presentes.

etros de Estado, a funcionarios de la Administración del Estado, y personal de empresas del Estado, o en las que este tiene participación mayoría. Si bien la asistencia de dichas personas a la Comisión Investigadora es obligatoria, en el caso de los Ministros de Estado, no pueden ser citados más de tres veces a una misma comisión, salvo que la citación sea aprobada por la mayoría absoluta de los Diputados miembros; dicha regla consiste en “un mecanismo de control político y de rendición de cuentas por los actos del gobierno frente a los representantes de la cámara baja”⁴³.

Estos dos últimos mecanismos, por la exposición mediática que conllevan, serán los que de mejor forma sirvan para generar una opinión o impacto en la opinión pública respecto del actuar del Gobierno, amén de la crisis de eficacia que experimentan⁴⁴

En el año 2010, en razón de la reforma introducida a la LOCCN por la Ley N° 20.447, se refuerzan las vías que tienen ambas Cámaras del Parlamento para contar con antecedentes de la Administración del Estado; ya que el nuevo art. 9 A faculta a los parlamentarios individualmente considerados, o las comisiones de las Cámaras, para solicitar antecedentes e informes a los órganos de la administración del Estado. Facultad que si se coteja con la facultad del 52 N°1, letra a, inciso 2, se presenta como un vehículo más eficaz y rápido, por la circunstancia anterior, para pedir información.

Previamente, en 2008, se aprueba la Ley de Acceso a la Información Pública, dicha ley tiene por objeto, como lo señala su art. 1, regular el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información. Consagra, de este modo, la llamada transparencia activa, esto es, el deber de los órganos de la administración del Estado de poner a disposición de la ciudadanía información relevante que la ley señala en su art. 7; y la llamada transparencia pasiva, es decir, el derecho que tienen las personas de solicitar información y antecedentes que no sean declarados por una ley de quórum calificado, en virtud del art. 8, inciso 2 de la Constitución, como reservados o secretos. No obstante, los mecanismos contemplados por esta ley pueden ser utilizados por todas las personas.

⁴³ GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2014): *Diccionario Constitucional Chileno. Cuadernos del Tribunal Constitucional*. N ° 55, p. 145.

⁴⁴Cfr. BUSTOS, Andrea (2009): “Las comisiones investigadoras y su eficacia en el control político”, en *De qué se habla*. Disponible en <<http://www.bcn.cl/de-que-se-habla/comisiones-investigadoras>> [fecha de consulta: 17 de julio de 2015].

III. LA FISCALIZACIÓN PARLAMENTARIA

1. *El Parlamento y la fiscalización*

a) El Parlamento. Concepto y características

BERLÍN VALENZUELA señala que el Parlamento es un “órgano político colegiado, de carácter representativo, en el que recaen las funciones más elevadas de la dirección del Estado y quien, además de la función creadora de leyes, ejerce –entre otras– la de controlar los actos de los gobernantes de acuerdo con las constituciones y con el sistema político en que actúa”⁴⁵. NOGUEIRA ALCALÁ, por su lado, señala que es “el órgano colegiado político de carácter representativo de la voluntad popular, que como órgano del Estado desarrolla las funciones legislativas y de control o fiscalización de los actos del gobierno y la administración del Estado, de acuerdo con la Constitución y dentro de la modalidad del tipo o forma de gobierno democrático en que actúa”⁴⁶.

De los conceptos señalados se pueden extraer los siguientes caracteres:

- Es un órgano colegiado. Ello no implica que sea bicameral, pues independiente del número de cámaras y de los grupos allí representados, el Parlamento es un órgano compuesto por diversas personas (representantes). De ello da cuenta el significado etimológico del término Parlamento, *parabolare*, es decir, hablar, conversar, discutir. El Parlamento es, por tanto, esencialmente, y desde su origen como institución, una instancia de deliberación, discusión y acuerdos entre varios, de forma que “en los cuerpos colegiados la deliberación es la actividad más importante de los representantes”⁴⁷
- Tiene una naturaleza política, tanto por sus miembros (representantes de la comunidad), como por los asuntos objeto de su preocupación (asuntos que afectan a la comunidad, esto es, el cuerpo político). SILVA BASCUÑÁN señala que la “política se traduce en la acción encaminada a conservar el orden, facilitar el progreso y procurar la felicidad colectiva, se convierte en el arte político, y éste consiste en escoger los medios más conducentes, eficaces y adecuados

⁴⁵ BERLÍN VALENZUELA, Francisco (2006): *Derecho parlamentario* (6^a reimp., Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica), pp. 128-129.

⁴⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1997): “El control parlamentario en Chile”, en *Revista de Derecho (Concepción)*, vol. CCII, p. 187.

⁴⁷ REY SALAMANCA, Felipe (2014): *Teoría de la Representación Política en el Derecho Público* (Bogotá, Ibáñez), p. 121.

al mejor desarrollo, y con mayor provecho, de tal actividad”⁴⁸, en que se trazan líneas fundamentales para los países y organizaciones⁴⁹. En el Parlamento, así, se busca la integración de intereses públicos⁵⁰.

- El Parlamento es una institución esencialmente representativa. Busca ser el reflejo más fiel de la composición de la comunidad en la que se haya inserto. Dicho aspecto caracterizará al Parlamento independiente de la estructuración que adopte. Ahora bien, existen diversos criterios para determinar cómo la comunidad se representará en el Parlamento. De este modo hayamos un criterio: democrático (en que se desea la representación de todo la comunidad), o bien, aristocrático (en que se representa a un cierto grupo de la sociedad, como se observa en Reino Unido); federal (como en Estados Unidos, en que se representa a los Estados miembros de la Federación), regional o comunitario (en que se representa, en un país no federal, a las diferentes divisiones políticas administrativas); corporativo (representación profesional); o bien, político (los representantes son de mayor edad, y teóricamente, con más experiencia)⁵¹.

Los Parlamentos pueden ser, de acuerdo a su estructura, unicamerales, o bicamerales; en ellos cada Cámara utilizará un criterio de representación diverso, o bien ambas usarán un mismo criterio. En Chile nuestro Parlamento, llamado por la Constitución Congreso Nacional, es de estructura bicameral; mientras que en la Cámara de Diputados se observa un criterio principalmente democrático, en el Senado se observan criterios tanto democráticos como políticos⁵².

- Al ser un órgano del Estado debe enmarcar su actuar al principio de juridicidad y legalidad, no pudiendo, en caso alguno, y so pretexto de su naturaleza representativa, actuar fuera o en contravención al ordenamiento jurídico. Los límites de su actuar vendrán impuestos, en primer lugar, por la Constitución del Estado o entidad en que

⁴⁸ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de derecho constitucional*, I: *Principios, Estado y Gobierno* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), p. 23.

⁴⁹ Con la expresión organización se está haciendo referencia a Estados federados, u organizaciones supranacionales de integración.

⁵⁰ BERLÍN VALENZUELA (2006), p. 133.

⁵¹ Se extrajeron los criterios aristocráticos, federal, corporativo de BOCANEGRÁ VARÓN, Alfredo (2012): *Manual de derecho constitucional general* (2^a edición, Bogotá, Ibáñez), pp. 148-149.

⁵² Cfr. art. 50 de la Constitución Política de la República de Chile del año 1980, en que, entre los requisitos para ser senador se cuenta el haber aprobado la enseñanza media y contar con 35 años al momento de la elección, lo que no se requiere en el caso de los Diputados (art. 48).

se encuentre el Parlamento; por los derechos de las personas que en dicha organización se encuentren (esto es un límite material); y por el ordenamiento jurídico en su conjunto. En actuar de modo contrario originará la responsabilidad de esta institución.

b) La fiscalización como una función del Parlamento

Por representar a los miembros de una comunidad, el Parlamento se encuentra legitimado para desarrollar ciertas funciones; legislar es una de ellas, pero también, y no por ello de menor importancia, la de fiscalización del actuar del Gobierno.

La función fiscalizadora, llamada también inspectiva, es una de las instituciones esenciales para el buen funcionamiento de la democracia y de un Estado de Derecho con separación de los poderes públicos, y entendiendo que la soberanía radica en las personas⁵³.

Para entenderla debemos, en primer lugar, considerar que ella está inserta en el esquema de distribución del poder político, existiendo detrás la idea de balance entre las instituciones depositarias de este⁵⁴; conforma uno de los elementos del sistema de frenos y contrapesos de los poderes del Estado, buscando evitar abusos en que el Gobierno pueda incurrir. En tal sentido, ESTÉVEZ GAZMURI señala que “la fiscalización es de suma importancia en régimen de representativo de gobierno; más que importante, [el autor señalaba que era] necesaria, porque si los gobiernos no estuvieran sometidos a fiscalización degenerarían fácilmente en arbitrarios o despóticos”⁵⁵. Por su lado FERRADA BÓRQUEZ estima que la fiscalización es una de las materias de mayor y más directa incidencia en la conformación del régimen político que se da un país, de su forma de gobierno y, en definitiva, la forma en que, en un Estado Democrático y de Derecho, se ejerce el poder y este es controlado, pues al dotarse de poder a un órgano se deben establecer medios para controlarlo⁵⁶. Sobre el particular MARTÍNEZ OCAMICA agrega, “tiene por objeto evitar la arbitrariedad y el abuso de facultades o el uso de éstas con un propósito distinto al establecido, o bien, enjuiciar su mérito u oportunidad”⁵⁷

⁵³ GARCÍA G., José Francisco y BRUNET B., Marcelo (2007): “Aumentando los estándares democráticos del proceso político chileno: reformas pendientes en materia de fiscalización política, intervención electoral del gobierno y garantías constitucionales”, en *Revista de Derecho Pùblico*, vol. LXIX, N° 1, p. 216.

⁵⁴ ZÚÑIGA URBINA, Francisco (1991-1992): “Separación de Poderes y Estado de Derecho”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. XIV, pp. 192 y 195.

⁵⁵ ESTÉVEZ GAZMURI (1949), p. 316.

⁵⁶ FERRADA BÓRQUEZ (2002), p. 461-462.

⁵⁷ MARTÍNEZ OCAMICA (1998), p. 32.

En segundo lugar, y en una mirada funcional, el Parlamento fiscalizará para velar que las políticas públicas en las que ha intervenido sean efectiva y correctamente cumplidas, y de esta manera evitar que tales medidas, que han sido debatidas, ponderadas, y estimadas como necesarias, queden sin ejecución.

En un tercer lugar, desde la perspectiva de los representados, la actividad fiscalizadora del Parlamento busca que las decisiones del Gobierno no atenten contra la voluntad del pueblo, cuya vigilancia entrega a sus representantes, los que han sido elegidos para velar por el cumplimiento de la línea deseada por la colectividad nacional⁵⁸. La fiscalización cumple de este modo un rol de garantía para la comunidad, procurando la efectiva existencia de un Estado Democrático y de Derecho, al buscar que el Gobierno no incurra en abusos o desviaciones contrarias o atentatorias al deseo de lo que se estima como correcto y aceptable por el cuerpo político. Por tal motivo es que un rasgo esencial de la fiscalización es proteger los intereses del pueblo contra los posibles abusos y prácticas incorrectas en que las autoridades puedan incurrir⁵⁹.

Con todo, la forma en que se desarrolla la fiscalización es diferente de acuerdo a la forma de gobierno que se trate. En el sistema parlamentario, sea este clásico o racionalizado, la fiscalización será más fuerte debido al rol central que ocupa el Parlamento en la vida y discusión política de dicho Estado, además de ser quien determinará qué grupo o partido político ocupará el Gobierno. En el sistema presidencial la mirada es otra; la fiscalización seguirá ocupando un rol preponderante, mas no determinará el actuar del Gobierno, ya que este no tiene su origen en el Parlamento, como en los parlamentarismos, al ser elegido de manera independiente. Por tal motivo, los aspectos antes señalados cobrarán mayor importancia en este tipo de sistema. No obstante lo dicho, la mayor diferencia que se observa es la concerniente a la responsabilidad política directa que tiene lugar con ocasión de la fiscalización. En efecto, mientras que en los parlamentarismos la responsabilidad política directa es efectiva, al nacer el Gobierno del Parlamento, en los presidencialismos no, pues los miembros del Gobierno serán responsables políticamente ante la ciudadanía, así, sus miembros “no son responsables políticamente ante el Parlamento”⁶⁰, sin perjuicio que su fiscalización pueda influir en ella para que haga efectiva dicha responsabilidad a través de elecciones⁶¹. Con todo, la opinión pública

⁵⁸ MONTERO GILBERT, José Ramón y GARCÍA MORILLO, Joaquín (1984): *El control parlamentario* (Madrid, Tecnos), p. 18-19.

⁵⁹ BERLÍN VALENZUELA (2006), p. 150.

⁶⁰ NOGUEIRA ALCALÁ (2012), p. 9.

⁶¹ Cfr. ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2002): “Control político de la Cámara de Diputados en la Reforma Constitucional”, en *Ius et Praxis*, vol. VIII, p. 484.

puede manifestar su opinión a través de otras vías, tales como las encuestas de opinión, en razón de las que el Gobierno puede adoptar ciertas medidas.

Por tanto, entendemos que la fiscalización es una facultad concebida para evitar abusos, y como garantía para la comunidad, además de contribuir a la distribución de poderes en los órganos de Estado y el correcto desarrollo de políticas públicas. A todo lo cual, si le sumamos la naturaleza representativa del Parlamento, debemos entender la función fiscalizadora como una función imprescindible en un Estado Democrático y de Derecho.

c) Mayorías y minorías en el Parlamento

Si bien la fiscalización es una función que se predica respecto al Parlamento, ella no solo es ejercida por las mayorías, sino que, y de forma muy especial, por las minorías parlamentarias.

Al hablar de fiscalización de los actos del Gobierno estamos haciendo referencia a una actividad que el Parlamento realiza respecto del Gobierno, de este modo, si hablamos de mayorías y minorías parlamentarias, hablamos de mayorías y minorías a favor o en contra del Gobierno.

(i) Mayoría a favor del Gobierno y minoría contraria a él

Este supuesto debe ser analizado tanto en el sistema parlamentario como presidencial.

En el sistema parlamentario, producto que el Gobierno tiene su origen en el Parlamento, la fiscalización impetrada por la minoría y por la mayoría son distintas; mientras la minoría busca que el Gobierno se acerque a sus posiciones, la mayoría busca que éste cumpla con el programa que se ha propuesto, y en base al que brindó su apoyo⁶². Por lo anterior, menester es que, para el cumplimiento de la función perseguida por que la fiscalización parlamentaria, deben consagrarse mecanismos de fiscalización en beneficio de la minoría, pues, al no apoyar al Gobierno, su actividad es libre de los lineamientos de este.

En estos sistemas la fiscalización ocupará un importante rol para la minoría parlamentaria al constituir un instrumento puesto a su disposición para generar en la opinión pública una postura contraria, a lo menos crítica, sobre el actuar del Gobierno y, por ende, de la mayoría parlamentaria⁶³. Además, se transforma en una útil vía para que el Gobierno tome conocimiento de los

⁶² MONTERO GILBERT y GARCÍA MORILLO (1984), p. 51.

⁶³ Cf. NOGUEIRA ALCALÁ (1997), p. 196.

juicios realizados por la minoría, y de este modo puedan realizarse acuerdos. Por lo previamente dicho es que a la mayoría no le es conveniente que la fiscalización realizada por la minoría trascienda públicamente⁶⁴, prefiriéndose que las opiniones, juicios u observaciones se realicen directamente al Gobierno y así evitar que la posición del Gobierno ante la opinión pública se vea mancillada.

La fiscalización realizada por la minoría no solo será relevante en los sistemas parlamentarios. En los sistemas presidenciales de igual manera tendrá importancias, pues, aunque el Gobierno es elegido de forma independiente al Parlamento, el que se consagre solo a favor de las mayorías parlamentarias, al tener ellas una misma orientación política que el Gobierno por el impulso que genera la elección de este, la fiscalización pasaría a ser un mecanismo de defensa y respaldo de la actividad gubernamental⁶⁵; de esta manera, y para que la fiscalización haga efectiva la función que persigue, resulta necesaria la consagración de mecanismos de fiscalización a favor de las minorías parlamentarias, empero de estimarse como adecuado, por criterios de alcance e instrumentalidad, de consagrar ciertos mecanismos exclusivamente para las mayorías.

(ii) Mayoría en contra del Gobierno y minoría favorable a él

Es una hipótesis que solo puede presentarse en los países de sistema presidencial⁶⁶, ya que en los de sistema parlamentario si el Gobierno pierde la mayoría del Parlamento debe llamar a elecciones. La hipótesis se presenta si se celebran elecciones parlamentarias durante un Gobierno, o bien, éste es elegido sin contar con la mayoría absoluta del Parlamento⁶⁷.

En esta hipótesis la actividad fiscalizadora será mayor, pues la ciudadanía ya se ha manifestado contraria al actuar del Gobierno al no elegir a los candidatos a parlamentarios que le son afines. De este modo, la implementación del programa de gobierno será difícil, lo que implica, consecuencialmente,

⁶⁴ MONTERO GILBERT y GARCÍA MORILLO (1984), p. 52.

⁶⁵ FERRADA BÓRQUEZ (2002), p. 475.

⁶⁶ “En los casos en que el Primer Mandatario no cuenta con mayoría parlamentaria, lo que ocurre, con cierta frecuencia, en sistema[s] políticos multipartidistas, pese a todos sus poderes jurídicos, solamente se convierte en un administrador del sistema sin poder procesar y cumplir el programa de gobierno, salvo que desarrolle una negociación, que es proyecto a proyecto, con el Congreso Nacional y con la oposición de [sic] esta que [sic] puede ser mayoritaria”. NOGUEIRA ALCALÁ (2012), p. 10.

⁶⁷ Esta era la situación en Chile bajo la vigencia de la Constitución de 1925, un Gobierno podía ver modificado el Congreso Nacional durante su mandato, o bien, podía resultar electo incluso con un tercio de los votos, al no existir segunda vuelta.

un cambio en la orientación de su desempeño y recursos⁶⁸; resultando más importante la fiscalización en los casos en que no se alcance el quórum para accionar la acusación constitucional⁶⁹. Finalmente debemos entender que, al ser la finalidad de la fiscalización causar un impacto en la opinión pública para que esta haga efectiva la responsabilidad del Gobierno, la fiscalización que realice la mayoría parlamentaria tendrá por fin último que sea la oposición la que ocupe el Gobierno en las próximas elecciones.

No obstante lo dicho hasta ahora, la fiscalización debe de igual modo estar abierta al uso de las minorías, ya que al constituir una función esencial del Parlamento, no puede vetarse dicha posibilidad por el hecho de ser un grupo tal.

2. El concepto de fiscalización de los actos del Gobierno

La Real Academia Española define fiscalizar, en su segunda acepción, como “criticar y traer a juicio las acciones y creencias de otro”⁷⁰. Esta definición servirá como punto de partida para definir la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados.

a) Fiscalización y control

Ambas actividades suponen una actividad de conocimiento, análisis y estudio para emitir una opinión o juicio acerca del actuar objeto de análisis, lo que se realiza para determinar si éste se adecua o no a ciertos parámetros. ZÚÑIGA URBINA señala que el control puede ser mirado como una actividad de juicio o verificación que incluye la adopción de medidas conducentes para adecuar los actos controlados a los parámetros queridos, o bien como actividad de confrontación con un parámetro al que debe adecuarse, pero sin importar medida sancionatoria o reparadora⁷¹. FERRADA BÓRQUEZ por su parte indica que si bien fiscalización y control constituyen actividad material de verificación conforme a ciertos parámetros, la diferencia entre ellos es dada por las consecuencias que traen aparejadas, ya que la particularidad del control, ausente en la fiscalización, es la efectividad de una sanción⁷².

⁶⁸ SILVA BASCUÑÁN (1997), p. 118.

⁶⁹ “[...] la acusación requiere quórum elevados que son normalmente difíciles de obtener. De allí que se sostenga que no hay manera de resolver crisis mayores dentro del sistema sin que el propio sistema entre en crisis institucional”. NOGUEIRA ALCALÁ (2012), p. 11.

⁷⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en <<http://lema.rae.es/drae/?val=fiscalizar>> [fecha de consulta: 18 de julio de 2015].

⁷¹ ZÚÑIGA URBINA (2002), p. 496.

⁷² FERRADA BÓRQUEZ (2002), p. 463.

El ordenamiento jurídico constitucional chileno regula la fiscalización, y no el control. En efecto, pues la Constitución en el art. 52 N°1, letra a, inciso 3 señala que “en ningún caso los acuerdos, observaciones o solicitud de antecedentes afectarán la responsabilidad política de los Ministros de Estado”, pues ellos serán responsables directamente ante el Presidente de la República⁷⁴.

Consideramos, sin perjuicio de lo anterior, que es menester distinguir la naturaleza de los efectos que la fiscalización genera. Si bien ella no genera *per se* responsabilidad, es decir, no origina responsabilidad directa, si cuenta con la aptitud de hacerla nacer, ya que la finalidad de la actividad fiscalizadora es generar un impacto en la opinión pública, así “la verdadera importancia de la función fiscalizadora de la Cámara de Diputados se encuentra en la fuerza política de sus acuerdos ante la opinión pública”⁷⁵, pues llevan a inclinar a la opinión pública en un sentido determinado⁷⁶. La opinión pública será de este modo la destinataria de la fiscalización, ya que ella, mediante las elecciones hará efectiva la responsabilidad política de los miembros del Gobierno, y que a la Cámara de Diputados le está prohibido realizar⁷⁷.

La actividad fiscalizadora generaría de este modo una consecuencia, pudiendo incluso dar lugar a responsabilidad política indirecta, difusa, o difusa, al ser la opinión pública la que, tomando conocimiento del enjuiciamiento realizado por el fiscalizador, se manifestará a favor o en contra del Gobierno en las próximas elecciones. La fiscalización de los actos del Gobierno buscará, así, “informar a la opinión pública, orientándola o capacitándola para que asuma posiciones reflexivas acerca de tales actos”⁷⁸. Cabe precisar que la eventual responsabilidad a la que dará lugar la fiscalización es de naturaleza política, al ser la comunidad política quien la hará efectiva. MONTERO GILBERT y GAR-

⁷³ El destacado es nuestro.

⁷⁴ La acusación constitucional no acarrea responsabilidad política, pues ella acarrea responsabilidad constitucional al haberse incurrido en ilícitos constitucionales y, si bien los actos de fiscalización pueden declarar que se ha infringido la Constitución y las leyes, al no corresponder a actos insertos en este especial proceso no generan responsabilidad directa al quedar vedada dicha posibilidad expresamente. *Cfr.* MARTÍNEZ OCAMICA (1998), p. 51.

⁷⁵ BRONFMAN VARGAS *et al.* (1993), p. 163. *Cfr.* CEA EGAÑA, José Luis (1979): “Fiscalización parlamentaria de los actos del Gobierno, 1925-1973”, en *Revista de Ciencia Política*, vol. I, Nº 2, p. 42.

⁷⁶ NAVARRO BELTRÁN (1991), p. 84.

⁷⁷ Importante resulta también tener presente que los parlamentarios, para resultar reelectos, buscan realizar diversos actos, entre ellos participar en los actos de fiscalización, para de este modo mostrar una imagen a la opinión pública que les permita alcanzar dicho fin. BRONFMAN VARGAS *et al.* (1993), p. 42.

⁷⁸ CEA EGAÑA (1993), p. 10.

cía MORILLO dan cuenta de lo anterior al sentenciar que “la responsabilidad política del Gobierno equivale a la obligación de responder y [sic] soportar las consecuencias de sus actos ante los ciudadanos [, y en el sistema parlamentario,] de sus representantes, de quienes en última instancia depende”⁷⁹, agregando que “la responsabilidad política difusa es propia de todo sistema pluralista y democrático que, al margen de su específica forma de gobierno [se hace efectiva sic] mediante elecciones libres, periódicas y competitivas”⁸⁰, se observa, de este modo, un mayor equilibrio entre las autoridades y ciudadanos⁸¹.

Pero, para que lo previamente dicho sea efectivo, la publicidad, y más precisamente la comunicabilidad de estos actos de fiscalización es capital, debiendo ir un paso más allá de lo planteado por DAHL⁸², pues no solo debe haber transparencia y comprensibilidad de los actos del Gobierno, sino que también de los actos fiscalizadores del actual gubernamental, ello permite una mayor efectividad de la actividad fiscalizadora y de la democracia en general.

Junto con ello hay que tener en cuenta el efecto, para el parlamentario que propone, y en menor medida que adhiere, a la utilización de un instrumento de fiscalización. Estimamos que este efecto consistirá en la creación de una imagen personal, que resultará positiva de cara a procesos eleccionarios, ya que sus electores sabrán que su representante, al fiscalizar el actuar del Gobierno, está defendiendo sus intereses.

b) Naturaleza de la opinión realizada

Al hablar de fiscalización se puede distinguir, en atención a la naturaleza de la opinión vertida, dos tipos o clases de fiscalización:

- Fiscalización política. Corresponde a aquella en que, previo análisis y valoración de la actuación gubernamental, ya sea de su acción u omisión, se emite una opinión, parecer o juicio sobre la oportunidad, mérito, conveniencia o eficacia de tales acciones u omisiones.
- Fiscalización jurídica. Corresponde a aquella en que se analiza la correspondencia de los actos u omisiones del Gobierno con parámetros jurídicos previamente establecidos, emitiendo una opinión jurídica sobre su conformidad o disconformidad a estos.

⁷⁹ MONTERO GILBERT y GARCÍA MORILLO (1984), pp. 126-127.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 127.

⁸¹ RIVERA NEUMANN, Teodoro (2006): “Congreso Nacional, integración y fiscalización parlamentaria”, en *Revista de Derecho Público*, vol. LXVIII, p.71.

⁸² DAHL, Robert (1999): *La democracia. Una guía para los ciudadanos* (trad. VALLESPÍN, Fernando, Buenos Aires, Taurus), p. 146.

Si bien BERTELSEN REPETTO planteó esta distinción en la CENC, señalando se debía distinguir entre una fiscalización de tipo político y una de tipo jurídico⁸³; y, que “la hora de entrar a examinar las atribuciones de fiscalización de la Cámara de Diputados [...] debe tenerse presente estos [sic] dos aspectos”⁸⁴, en la doctrina nacional se han planteado diversas posturas sobre el tema.

Ellas son:

- Amplia. Es la postura mayoritaria⁸⁵. Considera que, al fiscalizar, se analiza el acto del Gobierno conforme a parámetros jurídicos y de mérito, oportunidad, conveniencia y eficacia. “Cuando se fiscaliza y cuando se controla se examina y analiza determinado acto, pero en el primer caso, ya cumplido éste, se formula principio lumenante⁸⁶ un juicio de valor acerca de la regularidad o de la conveniencia o inconveniencia intrínseca de su contenido, desde o punto de vista no solo⁸⁷ de su conformidad con el ordenamiento jurídico, sino, además de su adecuación a determinada idea de bien

⁸³ La “fiscalización política apunta a determinar o a criticar la conveniencia, la oportunidad, las ventajas o desventajas que una determinada medida gubernativa, una actuación o bien una abstención traen consigo, pero sin poner en tela de juicio la competencia y la corrección jurídica del proceder de la respectiva autoridad u órgano gubernativo; en cambio, la fiscalización jurídica apunta precisamente a esto último, es decir, lo que se pone en duda, lo que se critica es la corrección jurídica de una actuación, bien sea que el órgano es incompetente, bien sea que no se han cumplido los procedimientos establecidos; en otros términos, la fiscalización de tipo jurídico apunta a un desconocimiento de las exigencias propias del Estado de Derecho”. *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República*, sesión Nº 341, p. 448.

⁸⁴ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República*, sesión Nº 341, p. 449.

⁸⁵ Cfr. MOLINA GUAITA, Hernán (2008): *Derecho constitucional* (8^a edición, Santiago de Chile, LexisNexis), pp. 415-416; BIDART HERNÁNDEZ, José (1985): *Atribución exclusiva de la Cámara de Diputados en la fiscalización de la Administración*, en *XV Jornadas chilenas de derecho público* (Valparaíso, Edeval), p. 28; CORDERO VEGA, Luis (2007): *El control de la administración del Estado* (Santiago de Chile, LexisNexis), p. 128; SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1963): *Tratado de derecho constitucional* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), III, p.114; OFICINA DE INFORMACIONES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS (1998): *La atribución fiscalizadora exclusiva de la Cámara de Diputados y las facultades de los señores Diputados para solicitar información y formular opiniones* (Valparaíso), p. 3; BRONFMAN VARGAS (1991-1992), p. 306; FERRADA BÓRQUEZ (2002), p. 463-465; ZÚÑIGA URBINA (2002), pp. 496-499; MARTÍNEZ OCAMICA (1998), pp. 30-31; GARCÍA y BRUNET, (2007), p. 55; NOGUEIRA ALCALÁ (1997), pp. 190 y 194; BERLÍN VALENZUELA (2006), pp. 139-140; SALAS SALAZAR (1996), p. 25; SILVA BASCUÑÁN (1997), p. 96; BRONFMAN VARGAS et al. (1993), p. 159; GARCÍA y CONTRERAS (2014), p. 465.

⁸⁶ El destacado es nuestro.

⁸⁷ El destacado es nuestro.

general”⁸⁸, pues “va más allá de un examen de la mera conformidad del acto con el ordenamiento jurídico, para comprender también la facultad de pronunciarse acerca de la oportunidad y conveniencia”⁸⁹. La fiscalización de los actos del Gobierno, bajo esta postura, es aquella “atribución exclusiva de la Cámara de Diputados mediante la cual examina políticamente las acciones del Gobierno en base a orientaciones programáticas, reglas constitucionales y legales y el mérito y conveniencia de dichos actos para el interés general de la República”⁹⁰.

- Restringida. La fiscalización es una actividad en que se realiza una confrontación del actuar del Gobierno con criterios no jurídicos. El actuar del Gobierno se analiza conforme a criterios de mérito, oportunidad, conveniencia o eficacia. Es la llamada fiscalización política o no jurídica, pues busca analizar un acto u omisión de cara a los efectos o la necesidad que este significa para la comunidad, es decir, los representados por el Parlamento. Es una postura minoritaria⁹¹.

O por otro lado, se confronta el actuar del Gobierno con criterios jurídicos. La opinión realizada por la Cámara se orienta a identificar la conformidad o no del acto u omisión del Gobierno con parámetros jurídicos. Es la llamada fiscalización jurídica. Es una opinión minoritaria⁹².

Nosotros adherimos a una concepción amplia; debido a la naturaleza del órgano fiscalizador y la finalidad buscada con la fiscalización, por un lado, como por el término fiscalizar, por otro.

El fiscalizador, Cámara de Diputados, es un órgano, de naturaleza política, que busca reflejar lo más fidedigna y real posible la plural y heterogénea conformación de la sociedad. Su actuar, por tanto, siempre tendrá en consideración a sus representados, y sus necesidades. De allí que su actuar no puede quedar únicamente circunscrito a la confrontación de un acto con parámetros

⁸⁸ SILVA BASCUÑÁN (1997), p. 96

⁸⁹ BRONFMAN VARGAS *et al.* (1993), p. 159.

⁹⁰ GARCÍA PINO y CONTRERAS VÁSQUEZ (2014), p. 465.

⁹¹ Cf. BULNES Aldunate, Luz (2005): “La reforma constitucional al Congreso Nacional”, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (editor), *La Constitución reformada de 2005* (Santiago de Chile, Librotecnia), p. 262; GARCÍA BARZELATTO (2011), p. 39; BRONFMAN VARGAS *et al.* (2013), p. 295.

⁹² Cf. SOTO KLOSS, Eduardo (1994): “El artículo 48 N° 1 de la Constitución (“Fiscalizar los actos del gobierno, su sentido y alcance”)\”, en *Revista de Derecho Público*, vol. LV-LVI, p. 129; NAVARRO BELTRÁN (1991), p. 84.

jurídicos. Junto a lo anterior, debe tenerse presente la finalidad perseguida por la fiscalización, “producir en la opinión pública un factor regulador o de control de la gestión de Gobierno”⁹³, en el entendido que a la opinión pública no le interesan solamente las opiniones jurídicas acerca del proceder del Gobierno, sino que también, y de forma muy especial, las referentes a la necesidad o preocupación en la adopción o no adopción de políticas y servicios que representen un beneficio o perjuicio para ellos. Lo anterior está en línea, con el cumplimiento del art. 1, inciso 4, de la Constitución, ya que los actos fiscalizados, jurídica o no jurídicamente, pueden impedir que el Estado pueda promover el bien común, y la mayor realización material y espiritual posible de las personas.

MOLINA GUAITA recuerda que, además de la importancia de encuadrar la fiscalización de los actos del Gobierno dentro del marco de la Constitución y la ley, conforme a un Estado de Derecho, también existe especial énfasis en el análisis de éstos en atención al bien común, el interés nacional, el servicio de la persona humana, y la conveniencia o no para la Nación⁹⁴.

Tampoco puede considerarse, en atención a la amplitud del término fiscalizar, que la facultad fiscalizadora queda restringida a valoraciones jurídicas. Fiscalizar es emitir una opinión o juicio⁹⁵, no señala cuál debe ser la naturaleza de éste. Por lo que al no distinguirse en la norma la naturaleza de la fiscalización, debemos aceptar que ella es tanto jurídica como no jurídica. Además, y por su propia naturaleza, resulta incuestionable que, si se fiscaliza no jurídicamente, pueda, con mayor razón, fiscalizarse jurídicamente.

La naturaleza de la fiscalización consiste, de este modo, en una opinión o juicio sobre la adecuación jurídica, o el mérito (fundamentos), oportunidad (tiempo), conveniencia (utilidad) o eficacia (efecto deseado) de un acto u omisión del Gobierno.

Con todo, y en atención al art. 5, inciso segundo, de la Constitución, el contenido de los acuerdos y observaciones no pueden violar los derechos de las personas.

c) La fiscalización y su influencia en los actos objeto de la fiscalización

⁹³ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República*, sesión Nº 340, p. 430. En 1925 se consideraba que la fiscalización tenía la misma finalidad. En efecto, se señalaba que “La fiscalización, o sea, llamar el auxilio a la opinión pública para juzgar o condenar un acto”. MINISTERIO DEL INTERIOR (1926), p. 718.

⁹⁴ MOLINA GUAITA (2008), pp. 415-416.

⁹⁵ Véase antes nota 70.

Si bien los actos objeto de fiscalización, los actos del Gobierno, no se ven afectados directamente por la actividad fiscalizadora de la Cámara de Diputados, pues el ordenamiento jurídico no contempla norma alguna en tal sentido, si contempla que ellos pueden ser dejados sin efecto por otros organismos como consecuencia de la actividad fiscalizadora, pero con la salvedad que, en ningún caso, las opiniones vertidas en los acuerdos adoptados u observaciones sugeridas son vinculantes para los órganos del Estado.

Los órganos que conforman el Gobierno, adelantando lo que desarrollaremos en el apartado siguiente, son parte de la Administración de Estado, por lo que sus actos, son por tanto, actos administrativos⁹⁶, y pueden ser dejados sin efecto a través de diferentes vías. Así, por la vía judicial, mediante la declaración de nulidad del acto⁹⁷; como por la vía administrativa, por razones de legalidad⁹⁸, o bien por razones de mérito, oportunidad o conveniencia⁹⁹. Los juicios vertidos por la Cámara de Diputados en sus acuerdos u observaciones, estimamos que pueden ser utilizados como fundamento, o punto de partida, para dejar sin efecto un acto administrativo, ya que ellos expresarán un juicio sobre la legalidad o ilegalidad del acto fiscalizado (acuerdo), o bien sobre la oportunidad, mérito, conveniencia o eficacia del mismo (observación); esta última distinción la analizaremos más adelante. Por tal razón BRONFMAN VARGAS ha reconocido que la actividad fiscalizadora tiene el valor de ser una actividad “prejudicial”¹⁰⁰.

Además, el art. 1, inciso 2 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República señala que: “La Contraloría estará obligada a ejercer en forma preferente las atribuciones señaladas en el inciso anterior, en los casos de denuncias hechas o investigaciones solicitadas en virtud de un acuerdo de la Cámara de Diputados”. De este modo, los acuerdos adoptados realizados por la Cámara de Diputados en el ejercicio de sus atribuciones fis-

⁹⁶ Sin perjuicio que sus actuaciones no formales, y sus omisiones también pueden ser fiscalizadas, como ya señalaremos.

⁹⁷ Art. 10 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE), y art. 54 de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo.

⁹⁸ Art. 10 de la LOCBGAE, y art. 53 de la LBPA.

⁹⁹ Art. 61 de la LBPA. En este último caso el acto invalidatorio es difícil control jurisdiccional pues deja abierta la puerta a una arbitrariedad, razón por la que el art. 61 de la LBPA establece un límite para el ejercicio de tal atribución. CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2007): *La eficacia, extinción y ejecución de los actos administrativos, en Acto y Procedimiento Administrativo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 127-128.

¹⁰⁰ BRONFMAN VARGAS (1991-1992), p. 302.

calizadoras, en cuanto impliquen denunciar una ilegalidad¹⁰¹, darán origen a una investigación por parte del órgano contralor. No obstante, la importancia que la actividad fiscalizadora así mirada puede llegar a tener en la realidad, atendiendo la seriedad, oportunidad y contenidos probatorios de sus contenidos, ella puede no ser tal¹⁰².

Por lo expuesto, la fiscalización debe entenderse como aquella actividad política en que se emite un juicio o parecer, acerca de un acto del Gobierno, ya sea con un criterio jurídico, o con uno basado en el mérito, oportunidad, conveniencia o eficacia, es decir no jurídico. Tiene por fin último generar un impacto en la opinión pública, la que puede hacer efectivas las responsabilidades de quienes han intervenido en dichos actos, a través de las elecciones, no causando, *per se*, la extinción del acto en tela de juicio, pero pudiendo influir en la declaración de ella.

IV. EL CONCEPTO DE ACTOS DE GOBIERNO

1. *El concepto de Gobierno*

El art 52 N° 1 señala que a la Cámara de Diputados le corresponde exclusivamente la fiscalización de los actos del Gobierno.

Determinar que se entiende por Gobierno resulta ser de capital importancia, ya que “si la Cámara de Diputados pretendiera extender su acción a [...] entes no comprendidos en el concepto de Gobierno, dicha actuación adolecerá de nulidad de derecho público, de acuerdo al artículo 7 de la Constitución”¹⁰³.

La Constitución al utilizar la expresión “Gobierno” no hace referencia a la función de gobierno, sino que al actuar de alguien y no de algo. “Alude a los actos del Gobierno como entidad orgánica, y no los actos del Gobierno”¹⁰⁴; si se entendiera en una matriz funcional “se limita [sic] la órbita [de la facultad fiscalizadora] a los actos propiamente directivos de sustancia política inhe-

¹⁰¹ Debido a que, como indica Bermúdez, “el control de oportunidad no puede ser realizado por la CGR, no se puede cuestionar el mérito, oportunidad o conveniencia de las decisiones”. BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General* (2^a edición, Santiago de Chile, LegalPublishing), p. 394.

¹⁰² BRONFMAN VARGAS (1991-1992), p. 301.

¹⁰³ SALAS SALAZAR (1996), p. 85. Cf. CEA EGAÑA (1993), p. 12; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2003): “Improcedencia de la fiscalización parlamentaria y otras consecuencias respecto de los órganos constitucionalmente autónomos”, en *Revista de Derecho Público*, vol. LXV, p. 229.

¹⁰⁴ BRONFMAN VARGAS *et al.* (2013), p. 302.

rente a la conducción superior de la sociedad nacional”¹⁰⁵. “Se trata de actos de alguien y no para algo”¹⁰⁶.

Sobre este particular la doctrina ha adoptado varias posturas.

- Concepción restringida. Esta postura es minoritaria¹⁰⁷, y considera que integran el Gobierno: “el Presidente de la República y sus agentes directos e inmediatos en el desempeño de la función pública, incluyendo[se] bajo esta denominación solo a los Ministros de Estado, a los Intendentes y Gobernadores”¹⁰⁸, en razón de los antecedentes históricos de la figura, los alcances jurídicos de la disposición, resguardo de la autonomía y la falta de dependencia directa con el Ejecutivo, y las autoridades que pueden ser acusadas constitucionalmente¹⁰⁹.
- Concepción amplia. Esta postura, que es la mayoritaria¹¹⁰, considera que el Gobierno no se conforma solo por el Presidente de la República, los Ministros de Estado, Intendentes y Gobernadores, sino que también por “los órganos dependientes suyos y ya en la actuación de entes dotados de autonomía de origen puramente legislativo relacionados con él por alguna forma de vinculación de carácter tutelar”¹¹¹. Esta también es la postura que ha adoptado la

¹⁰⁵ SILVA BASCUÑÁN (1997), p.97.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ VEGA, Óscar (2014): “Atribución fiscalizadora de la Cámara de Diputados”, en *Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios*, vol. X, p. 106.

¹⁰⁷ Cf. SOTO KLOSS (1994), p. 132; CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2012): “La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, en CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012)* (Santiago de Chile, Contraloría General de la Repùblica), p. 17.; NAVARRO BELTRÁN (1991), p. 83

¹⁰⁸ FERRADA BÓRQUEZ (2002), p. 471.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 472.

¹¹⁰ Cf. ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2012): “Autonomías constitucionales e instituciones contramayoritarias (a propósito de las aporías de la “democracia constitucional”)”, en *Ius et Praxis*, vol. XIII, N° 2, p. 233; CORDERO VEGA (2007), p. 138-139; CEA EGAÑA (1993), p. 12; OFICINA DE INFORMACIONES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS (1998), p. 7; GARCÍA BARZELATTO (2011), p. 49; BRONFMAN VARGAS *et al.* (1993), p. 160-162; BRONFMAN VARGAS *et al.* (2013), p. 304; MARTÍNEZ OCAMICA (1998), p. 48; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2003), p. 218; SILVA BASCUÑÁN, (1997), p. 96; GONZÁLEZ VEGA (2014), p. 115.

¹¹¹ SILVA BASCUÑÁN (1997), p. 96En la misma línea se ha dicho, de forma más amplia, que Gobierno debe “considerarse tanto a la Presidencia de la República como a los distintos Ministerios y también los servicios u organismos de la Administración o del Presidente de la República”. OFICINA DE INFORMACIONES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS (1998), p. 7.

Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado¹¹².

Nosotros adherimos a la postura amplia, pues si bien los instrumentos a través de los que se ejerce la facultad fiscalizadora remplazaron a las prácticas de influencia parlamentaria que existían bajo el imperio de la Constitución de 1833, y que se predicaban especialmente respecto de los Ministros de Estado¹¹³, la evolución y crecimiento del aparato estatal hará más amplio el ámbito en que la fiscalización podrá ser ejercida. En atención a la función de elaboración de políticas y planes que le corresponde a los Ministerios¹¹⁴, y al carácter directivo que tiene el Presidente de la República¹¹⁵, resulta conveniente que también puedan ejercerse funciones fiscalizadoras respecto de los actos de los servicios públicos y entidades que forman parte de la Administración del Estado a través de los que estas directrices y planes se llevan a cabo; por ello tampoco es procedente que la fiscalización se restrinja solo a los actos de aquellas autoridades acusables constitucionalmente.

Entendemos, por tanto, que el Gobierno, en un sentido orgánico, no se reduce solo al Presidente de la República y sus colaboradores más cercanos, Ministros de Estado, Intendentes y Gobernadores; el problema resulta ser determinar qué órganos y autoridades quedan fuera de él.

Debe excluirse, en primer lugar, al Poder Judicial y al Congreso Nacional, “al ser ello un corolario forzoso del principio de separación de poderes”¹¹⁶, de tal modo que debe analizarse la Administración del Estado, al entenderse en un sentido negativo, como plantea CORDERO QUINZACARA, como comprensiva de “todos aquellos órganos que no forman parte del Poder Legislativo o del Poder Judicial”¹¹⁷. Por lo anterior, los órganos que conforman el Gobierno también

¹¹² Si bien incorpora dentro del concepto Gobierno a las empresas del Estado, como a aquellas en las cuales este tiene participación mayoritaria, y las FF.AA., pero se excluyen a los Gobiernos Regionales y a las Municipalidades. *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, (2001), pp. 434-435.

¹¹³ Ver HUNEEUS ZEGERS (1879), p. 211, *i.f.*, acerca de la moción de censura sobre el Intendente de Valparaíso, y los Gobernadores de Quillota y Casablanca. Resulta interesante el argumento expuesto por el autor contra dicha moción: la no relación existente entre el Ministro y el Intendente o Gobernador. No obstante, como dice Heise, la proposición [de votos de censura contra Intendentes y Gobernadores] no prosperó, estimándose que los votos de censura debían limitarse solo a los Ministros de Estado, como lo exigía el régimen parlamentario”. HEISE GONZÁLEZ (1974), p. 52.

¹¹⁴ Art. 22, inciso 2 de la LOCBGAE.

¹¹⁵ Y sus representantes en regiones y provincias.

¹¹⁶ BRONFMAN VARGAS *et al.* (1993), p. 159.

¹¹⁷ CORDERO QUINZACARA (2012), p. 17.

forman parte de la Administración del Estado, pues la Carta Fundamental en el art. 52 N° 1 no habla de Administración, como lo hace en el art. 38, sino que de Gobierno. Resulta, por tanto, necesario realizar exclusiones de entidades que, formando parte de la Administración del Estado, debe excluirse del concepto orgánico de Gobierno, al no hallarse sujetas directa o indirectamente a las directrices de las altas autoridades del país¹¹⁸.

Los organismos constitucionalmente autónomos también deben excluirse al ser la propia Constitución la que les otorga autonomía, esto es, la posibilidad de regular independientemente aspectos normativos, institucionales y organizatorios, con independencia de si goza o no de personalidad jurídica¹¹⁹. El poder central no podrá ejercer respecto de ellos ni siquiera una supervigilancia por parte del Presidente de la República¹²⁰, mas no del Legislador, aun cuando éste “regule y desarrolle normativamente la institución [...] no le está permitido desfigurar o alterar las características esenciales que esta institución posee, privándole de todo sentido y eficacia”¹²¹, pues estos aspectos están dados por la propia Constitución, la cual se presenta como límite al ejercicio del desarrollo normativo que puede ejercer este. Con todo, los órganos constitucionalmente autónomos estarán relacionados con el poder central por medio de una relación de coordinación, “para garantizar la unidad de acción, así como la eficiencia y la eficacia en la gestión”¹²².

Dado lo anterior, se vuelve impracticable la obligación de respuesta a través del Ministro de Estado que corresponda, tal como señala el art. 52 N°1, letra a, inciso 1 de la Carta Fundamental, ya que las eventuales respuestas que se entreguen ante los acuerdos de la Cámara de Diputados deberían ser entregadas, no por los Ministros, sino que por representantes de dicho órgano al no estar este, como ya dijimos, ni siquiera en una relación de supervigilancia respecto del Presidente de la República. Por lo dicho si bien forman parte de la Administración del Estado¹²³, quedan excluidos del concepto Gobierno al no estar sujetos a las directrices, directas o indirectas del Presidente de la República, cabeza de este. Son excluidos, de este modo, el Consejo Nacional de Televisión (art. 19 N° 12, inciso 6 de la Constitución), la Contraloría General de la República (art. 98 de la Constitución), el Banco Central (art. 108 de la Constitución), las Municipalidades (art. 118, inciso 4 de la Constitución).

¹¹⁸ *Cfr.* FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2003), p. 223.

¹¹⁹ ZÚÑIGA URBINA (2007), p. 226.

¹²⁰ SILVA CIMMA, Enrique (1995): *Derecho Administrativo Chileno y comparado. El Servicio Público* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), pp. 170-171.

¹²¹ CORDERO QUINZACARA (2012), p. 23.

¹²² *Ibid.*, p. 32.

¹²³ *Cfr.* Art. 1, inciso 2 de la LOCBGAE.

La situación de los organismos con autonomía legal es distinta. Dicha autonomía proviene solo de la ley, pudiendo ella establecer que dichos organismos quedarán bajo la supervigilancia directa del Presidente de la República¹²⁴, o de éste a través de un Ministerio¹²⁵; es decir, la ley puede crear organismos que queden sujetos a una relación de supervigilancia con el Presidente de la República, directa o indirectamente¹²⁶; de tal modo, es correcto afirmar que la relación existente entre las autoridades centrales y estos organismo es “variable en su intensidad, pudiendo llegar a los niveles de autonomía constitucional”¹²⁷; por tal motivo, los actos de los organismos con autonomía legal que no queden, directamente o por medio de un Ministerio, bajo la supervigilancia del Presidente de la República, no pueden ser fiscalizados. Refuerza la idea anterior el art. 52 N° 1, letra a, inciso 1 de la Carta Fundamental, en orden a que la respuesta a los acuerdos u observaciones debe realizarse bajo el Ministro de Estado que corresponda¹²⁸. Además, al tener autonomía sin supervigilancia, el poder central pierde la capacidad orientar la actuación de estos órganos.

Los órganos sin autonomía dependen del poder central, encabezado por el Presidente de la República y sus Ministros, de forma tal que las directrices y determinación adoptadas por estos deben, imperiosamente, ser acatadas por aquéllos.

Por último, las empresas públicas creadas por ley, y aquellas en que el Estado tenga participación mayoritaria, quedan igualmente comprendidas en el concepto de Gobierno, al estar sus acciones orientadas por la cartera que corresponda. En la reforma constitucional de 2005 se discutió el punto y se llegó a la misma conclusión¹²⁹.

El art. 53, inciso final, de la Constitución está en plena concordancia con lo anterior, pues, al prohibirle al Senado, o cualquiera de los organismos a su interior, el ejercicio de actos que importen fiscalización del Gobierno o de entidades que de él dependan, en concordancia con el epígrafe del art. anterior, el que no define lo que se entiende por Gobierno, lleva a concluir que no solo

¹²⁴ Art. 28, inciso 2 de la LOCBGAE.

¹²⁵ Art. 28, inciso 1 de la LOCBGAE.

¹²⁶ Cf. DANIEL ARGANDOÑA, Manuel (1982): *La organización administrativa en Chile. Bases fundamentales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), p. 104.

¹²⁷ CORDERO QUINZACARA (2012), p. 23.

¹²⁸ En el caso que la supervigilancia sea ejercida directamente por el Presidente de la República, la respuesta debe ser enviada por parte del Ministro Secretario General de la Presidencia, ya que este es el Ministro encargado de las relaciones entre la Presidencia y el Congreso Nacional.

¹²⁹ *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, justicia y Reglamento del Senado* (2001), p. 434.

las autoridades centrales, cuyas funciones son primordialmente directivas, integran el concepto de Gobierno, sino que también lo incorporan todos aquellos órganos que dependan de él, no en el sentido de distribución de las funciones administrativas, sino que, y partiendo de la finalidad perseguida por la fiscalización, se refiere a todos los órganos que deben seguir, en alguna medida, las políticas y directrices fijadas por el Poder Central.

Podemos, en vista de lo ya señalado, considerar que Gobierno corresponde a aquel conjunto de órganos que, siendo parte de la Administración del Estado, se hayan determinados u orientados por las directrices emanadas del Presidente de la República y los Ministerios, producto de la relación de dependencia o tutela que existe entre éstos y aquéllos. En un sentido negativo, corresponde al conjunto de órganos que forman parte de la Administración del Estado, pero que no son constitucionalmente autónomos, o que, siendo legalmente autónomos, la ley que les otorga dicho carácter les excluye de la dirección del Presidente de la República o de alguno de sus Ministerios.

Determinado qué es el Gobierno, cabe referirse a sus actos, la segunda problemática, ya que ellos serán los fiscalizables.

2. Acción y omisión

La Constitución omite pronunciarse acerca de la modalidad que puede adoptar la actuación del Gobierno; en efecto, el art. 52 N° solo se refiere a los “actos”.

Sobre este punto, CEA EGAÑA considera que la expresión actos del Gobierno “se refiere a todas las conductas que, como órganos estatales, realizan –o en cuya o m i s i ó n¹³⁰ incurren– quienes integran el gobierno”¹³¹. Nosotros entendemos que la palabra “actos” es lo suficientemente amplia como entender que ella incorpora también a las omisiones, ya que actos proviene del verbo acción, el que contempla dos acepciones: “ejercicio de la p o s i b i l i d a d¹³² de hacer” y “resultado de hacer”¹³³. En virtud de la primera acepción cabe la omisión.

¹³⁰ El destacado es nuestro.

¹³¹ CEA EGAÑA, José Luis (2002): “Improcedencia de la fiscalización parlamentaria sobre el Ministerio Público”, en *Boletín Jurisprudencial del Ministerio Público*, vol. X, p. 184.

¹³² El destacado es nuestro.

¹³³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en <<http://lema.rae.es/drae/?val=actos>> [fecha de consulta: 22 de julio de 2015].

Consideramos, además, que los actos del Gobierno no se restringen solo a los actos “formales” del Gobierno, ya que la Constitución nuevamente nada dice sobre el particular, y estimarlo de este modo restringe demasiado el objeto de la fiscalización.

Teniendo presente que los órganos que conforman el Gobierno, son también parte de la Administración del Estado, resultan plenamente aplicables los postulados concernientes a la actuación administrativa como elemento de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.

ROMÁN CORDERO identifica como hipótesis de actuación administrativa, la actuación positiva, y la actuación negativa de la Administración. La actuación positiva puede ser formal, es decir, comprensiva de los actos de alcance general o especial, o material (actividad física); mientras que la negativa puede ser formal (no realiza la declaración jurídica que le es exigida por el ordenamiento jurídico, en orden de dictar actos con alcance general, o especial), y también puede ser una actuación negativa material (omisión de un servicio o prestación debida)¹³⁴.

BERMÚDEZ SOTO, en la misma línea, indica que un elemento esencial de la responsabilidad de la Administración del Estado es la “acción u omisión de un órgano de la Administración del Estado”¹³⁵, cuyo contenido es que “órgano que forma parte de la Administración del Estado actúa o deja de hacerlo”¹³⁶.

En lo sucesivo, y salvo que hagamos distinción, la expresión “acto” del Gobierno, debe ser entendida en un sentido amplio.

3. Actuar imputable a los órganos que conforman el Gobierno

Los actos que se fiscalizan deben ser en todo caso imputables al Gobierno, de lo contrario, la actividad fiscalizadora resulta improcedente.

En primer lugar, debemos entender que la actuación debe provenir de los órganos que forman parte del Gobierno, en los términos señalados, aunque su actuar sea ilícito (caso en que la fiscalización versará sobre tal ilicitud).

¹³⁴ ROMÁN CORDERO, Cristián (2007): “Libro IV. La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile”, en *Derecho Administrativo Chileno* (México D.F., Editorial Porrúa), pp. 788-791.

¹³⁵ BERMÚDEZ SOTO (2011), p. 514.

¹³⁶ *Ibid.*

Más problemático resulta determinar si los actos de las personas que integran el Gobierno, o los órganos o autoridades comprendidos en este, resultan imputables o no al Gobierno, siendo, por ende, fiscalizables. Sobre éste particular debemos considerar que solo serán imputables aquellos actos impetrados por la autoridad o funcionario en el ejercicio o con ocasión de su cargo o funciones¹³⁷. De esta forma, no son susceptibles de fiscalización los actos cometidos en el ámbito privado de las autoridades o funcionarios del Gobierno, es decir, aquellos que no significan ejercicio de atribuciones, funciones, facultades o prerrogativas que el cargo o función conlleva, aun cuando sean cometidos estando en servicio.

V. CONCLUSIONES

Producto del estudio realizado podemos llegar a las siguientes conclusiones:

PRIMERO. La consagración de la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados tiene sus antecedentes históricos previos a 1925, y nace como un medio para poner fin a la intervención de Congreso Nacional en el actuar del Gobierno (reemplazando a los votos de censura); y si bien la Cámara puede opinar sobre los actos de este, dicha opinión no genera responsabilidad política directa.

Bajo la Constitución de 1925 esta facultad no fue eficaz, ya que se carecerían de vías que pudieran ordenar la información que proviene del Gobierno. Bajo la vigencia de la Constitución de 1980 su ineficacia se debió a la preferencia de otros medios de fiscalización.

SEGUNDO. El Parlamento, órgano esencialmente representativo, es el más legitimado para fiscalizar los actos del Gobierno, al ser ella una exigencia de un Estado Democrático y de Derecho.

TERCERO. Si bien, quién fiscaliza emite una opinión, los efectos de esta deben ser analizados de acuerdo al sistema político en que esta se realiza. En un sistema presidencial, como el nuestro, la fiscalización busca influir, generar impacto en la opinión pública, para que esta, vía elecciones, haga efectiva la responsabilidad Política del Gobierno, sin perjuicio de dar a conocer su parecer a través de otras vías, como por ejemplo las encuestas.

¹³⁷ Cfr. ROMÁN CORDERO (2007), pp. 792-793; HUEPE ARTIGAS, Fabián (2006): *Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa* (Santiago de Chile, LexisNexis), p. 298-299.

CUARTO. La fiscalización puede ser impetrada por una minoría o mayoría del Parlamento. Si la mayoría es favorable al Gobierno, ella busca que este se apegue al programa de gobierno, si es contraria, mediante la fiscalización busca que éste se cuadre con sus parámetros. Si la minoría es favorable al Gobierno, no realizará mayores actos de fiscalización, y si la minoría es contraria, busca influir en las decisiones del Gobierno, para que se acerquen a sus posturas, aunque, principalmente, busca que la opinión pública haga efectiva la responsabilidad política del Gobierno.

QUINTO. La opinión vertida sobre los actos del Gobierno puede ser de naturaleza jurídica o política, conforme a los parámetros con que se evalúa el acto u omisión del Gobierno. En la fiscalización jurídica se confronta con criterios jurídicos, y en la fiscalización política se confronta con criterios de mérito, oportunidad, conveniencia o eficacia. Dicha distinción nos permite entender que los acuerdos contienen una opinión jurídica y las observaciones una opinión política, o no jurídica. Lo anterior debido a que la Constitución no restringe la naturaleza de la fiscalización que puede llevarse a cabo. Además, y propio del carácter esencialmente representativo del Parlamento, no resulta lógico que su fiscalización pueda restringirse a un determinado parámetro.

SEXTO. El Gobierno está compuesto, no solo por el Presidente de la República, los Ministros de Estado, Intendentes y Gobernadores, sino que también por todas las autoridades y órganos de la Administración del Estado que actúan influidos o determinados por los lineamientos de estas autoridades. Por otro lado, no forman parte del Gobierno el Poder Legislativo, el Poder Judicial, los órganos constitucionalmente autónomos, y los legalmente autónomos que no queden directamente o indirectamente bajo la relación de supervigilancia del Presidente de la República.

SÉPTIMO. Los actos del Gobierno pueden ser acciones u omisiones. En el último caso debe pesar sobre el Gobierno un deber de actuar. Con todo, es necesario que el actuar sea imputable a un órgano o autoridad de este.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

BERLÍN VALENZUELA, Francisco (2006): *Derecho parlamentario* (6^a reimp., Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica).

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General* (2^a edición, Santiago de Chile, LegalPublishing).

BIDART HERNÁNDEZ, José (1985): *Atribución exclusiva de la Cámara de Diputados en la*

- fiscalización de la Administración, en XV Jornadas chilenas de derecho público* (Valparaíso, Edeval), pp. 27-35.
- BOCANEGRA VARÓN, Alfredo (2012): *Manual de derecho constitucional general* (2^a edición, Bogotá, Ibáñez).
- BOENINGER, Edgardo (2008): “Relaciones entre partidos, Gobierno y Parlamento en el sistema presidencial chileno”, en FONTAINE, Arturo, et al. (editores), *Reforma de los partidos políticos en Chile* (Santiago de Chile, PNUD, CEP, Libertad y Desarrollo, Proyectamérica, CIEPLAN), pp. 191-219.
- BRAVO LIRA, Bernardino (1993): *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica* (2^a edición, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello).
- BRONFMAN VARGAS, Alan (1991-1992): *Algunas consideraciones en torno al art. 48 N° 1 de la Constitución, en Revista de Derecho* (Valparaíso), vol. XIV 14, pp. 293-308.
- BRONFMAN VARGAS, Alan; CORDERO QUINZACARA, Eduardo; ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2013): *Derecho parlamentario chileno. Funciones y atribuciones del Congreso Nacional* (Santiago de Chile, LegalPublishing).
- BRONFMAN VARGAS, Alan; DE LA FUENTE HULAUD, Felipe; PARADA ESPINOZA, Fernando (1993): *Congreso Nacional. Estudio constitucional, legal y reglamentario* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- BULNES Aldunate, Luz (2005): “La reforma constitucional al Congreso Nacional”, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (editor), *La Constitución reformada de 2005* (Santiago de Chile, Librotecnia), pp. 251-273.
- BUSTOS, Andrea (2009): “Las comisiones investigadoras y su eficacia en el control político”, en *De qué se habla*. Disponible en <<http://www.bcn.cl/de-que-se-habla/comisiones-investigadoras>> [fecha de consulta: 17 de julio de 2015].
- CEA EGAÑA, José Luis (1979): “Fiscalización parlamentaria de los actos del Gobierno, 1925-1973”, en *Revista de Ciencia Política*, vol. I, N° 2, pp. 34-45.
- CEA EGAÑA, José Luis, (1993): “Fiscalización parlamentaria del Gobierno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XX, pp. 7-19.
- CEA EGAÑA, José Luis (2002): “Improcedencia de la fiscalización parlamentaria sobre el Ministerio Público”, en *Boletín Jurisprudencial del Ministerio Público*, vol. X, pp. 184-187.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2012): “La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, en CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012)* (Santiago de Chile, Contraloría General de la República), pp. 15-33.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2007): *La eficacia, extinción y ejecución de los actos administrativos, en Acto y Procedimiento Administrativo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 109-130.
- CORDERO VEGA, Luis (2007): *El control de la administración del Estado* (Santiago de Chile, LexisNexis).
- DAHL, Robert (1999): *La democracia. Una guía para los ciudadanos* (trad. VALLESPÍN, Fernando, Buenos Aires, Taurus).
- DANIEL ARGANDOÑA, Manuel (1982): *La organización administrativa en Chile. Bases fundamentales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- ESTÉVEZ GAZMURI, Carlos (1949): *Elementos de derecho constitucional chileno* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2003): “Improcedencia de la fiscalización parlamentaria y otras consecuencias respecto de los órganos constitucionalmente autónomos”, en *Revista de Derecho Público*, vol. LXV, pp. 217-232.

- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2002): “La reforma constitucional a la fiscalización parlamentaria en la Constitución de 1980: análisis preliminar”, en *Ius et Praxis*, vol. VIII, Nº 1, pp. 461-481.
- FRÍAS VALENZUELA, Francisco (1971): *Manual de Historia de Chile* (4^a edición, Santiago de Chile, Editorial Nacimiento).
- GARCÍA BARZELATTO, Ana María (2011): “Fiscalización parlamentaria de los actos de gobierno”, en *Revista de Derecho Público*, vol. LXXV, pp. 32-52.
- GARCÍA G., José Francisco y BRUNET B., Marcelo (2007): “Aumentando los estándares democráticos del proceso político chileno: reformas pendientes en materia de fiscalización política, intervención electoral del gobierno y garantías constitucionales”, en *Revista de Derecho Público*, vol. LXIX, N° 1, pp. 216-232.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2014): *Diccionario Constitucional Chileno. Cuadernos del Tribunal Constitucional*. N ° 55.
- GONZÁLEZ VEGA, Óscar (2014): “Atribución fiscalizadora de la Cámara de Diputados”, en *Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios*, vol. X, pp. 103-126.
- HACHETTE DE LA FUENTE, Dominique (2011): “Capítulo IV: Privatizaciones: Reforma Estructural pero Inconclusa”, en LARRAÍN BASCUÑÁN, Felipe y VERGARA MONTES, Rodrigo (editores), *La transformación económica de Chile* (2^a edición, Santiago de Chile, CEP), pp. 111-153.
- HEISE GONZÁLEZ, Julio (1974): *Historia de Chile. El Período Parlamentario, 1861-1925*, I: *Fundamentos histórico-culturales del parlamentarismo chileno* (Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello).
- HEISE GONZÁLEZ, Julio (1982): *Historia de Chile. El Período Parlamentario, 1861-1925*, II: *Democracia y gobierno representativo en el período parlamentario (Historia del poder Electoral)* (Santiago de Chile, Editorial Universitaria).
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2006): *Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa* (Santiago de Chile, LexisNexis).
- HUNEEUS ZEGERS, Jorge (1879): *La Constitución ante el Congreso*, I: *Primera parte: Arts. 1 a 58 i 165 a 168* (Santiago de Chile, Los Tiempos).
- LAVÍN VALDÉS, Julio (1986): “El papel del Congreso Nacional en el gobierno de la Unidad Popular”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. X, pp. 305-324.
- MARTÍNEZ OCAMICA, Gutenberg (1998): *Fiscalización parlamentaria y comisiones investigadoras. Análisis y propuestas* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- MOLINA GUAITA, Hernán (2008): *Derecho constitucional* (8^a edición, Santiago de Chile, Lexis Nexis).
- MONTERO GILBERT, José Ramón y GARCÍA MORILLO, Joaquín (1984): *El control parlamentario* (Madrid, Tecnos).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (1991): “La facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados”, en *Revista de Derecho Público*, vol. XLIX, pp. 71-90.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1997): “El control parlamentario en Chile”, en *Revista de Derecho (Concepción)*, vol. CCII, pp. 187-209.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012): “Parlamento y Régimen Político”, en 50+1, *Revista Chilena de Derecho Parlamentario*, vol. I, pp. 8-17.
- OFICINA DE INFORMACIONES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS (1998): *La atribución fiscalizadora exclusiva de la Cámara de Diputados y las facultades de los señores Diputados para solicitar información y formular opiniones* (Valparaíso).
- REY SALAMANCA, Felipe (2014): *Teoría de la Representación Política en el Derecho Público* (Bogotá, Ibáñez).

- RIVERA NEUMANN, Teodoro (2006): “Congreso Nacional, integración y fiscalización parlamentaria”, en *Revista de Derecho Público*, vol. LXVIII, pp. 55-71.
- ROBLES ROSALES, Walter, *La Interpelación parlamentaria*, p. 1. Disponible en <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/39D92E1A548AFA2F052575DF006235B2/\\$FILE/La_Interpelaci%C3%B3n_parlamentaria\[1\].pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/39D92E1A548AFA2F052575DF006235B2/$FILE/La_Interpelaci%C3%B3n_parlamentaria[1].pdf)> [fecha de consulta: 20 de agosto de 2015].
- ROMÁN CORDERO, Cristián (2007): “Libro IV. La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile”, en *Derecho Administrativo Chileno* (México D.F., Editorial Porrúa), pp. 733-845.
- SALAS SALAZAR, Carolina (1996): *La función fiscalizadora de la Cámara de Diputados* (Valparaíso, Memoria Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1963): *Tratado de derecho constitucional* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), III.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de derecho constitucional*, I: *Principios, Estado y Gobierno* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de derecho constitucional*, VI: *Congreso Nacional* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- SILVA CIMMA, Enrique (1995): *Derecho Administrativo Chileno y comparado. El Servicio Público* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- SOTO KLOSS, Eduardo (1994): “El artículo 48 N° 1 de la Constitución (“Fiscalizar los actos del gobierno, su sentido y alcance”)", en *Revista de Derecho Público*, vol. LV-LVI, pp. 127-142.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (1991-1992): “Separación de Poderes y Estado de Derecho”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. XIV, pp. 191-199.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2002): “Control político de la Cámara de Diputados en la Reforma Constitucional”, en *Ius et Praxis*, vol. VIII, pp. 483-510.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2012): “Autonomías constitucionales e instituciones contramayoritarias (a propósito de las aporías de la “democracia constitucional”)", en *Ius et Praxis*, vol. XIII, N° 2, pp. 223-244.

Otras fuentes

- Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República*, sesión N° 340, celebrada el 15 de marzo de 1978, Tomo X, p. 426. Disponible en <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf> [fecha de consulta: 1 de junio de 2014].
- Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República*, sesión N° 341, celebrada el 22 de marzo de 1978, Tomo X, p. 447. Disponible en <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf> [fecha de consulta: 1 de junio de 2014].
- Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República*, sesión N° 353, celebrada el 19 de abril de 1978, Tomo X, pp. 638-639. Disponible en <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf> [fecha de consulta: 1 de junio de 2014].
- Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución política de la República*, sesión N° 354, celebrada el 19 de abril de 1978, Tomo X, p. 654. Disponible en <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf> [fecha de consulta: 1 de junio de 2014].
- Acuerdo adoptado por la H. Cámara de Diputados, el día 23 de agosto de 1973, y dirigido a S.E. el Presidente de la República*, p. 4. Disponible en <historiapolitica.bcn.cl/obtiene>

archivo?id=documentos/10221.1/13377/1/mj_00061.pdf> [fecha de consulta: 1 de junio de 2014].

Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en mociones de lo HH. Senadores señores Chadwick, Diez, Larraín y Romero, y de los HH. Señores senadores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo, de 6 de noviembre de 2001.

MINISTERIO DEL INTERIOR (1926): *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Constitución de 1925* (Santiago de Chile, Imprenta Universitaria).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en <<http://lema.rae.es/drae/?val=fiscalizar>>, [fecha de consulta: 18 de julio de 2015].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en <<http://lema.rae.es/drae/?val=actos>> [fecha de consulta: 22 de julio de 2015].

Las posibilidades de la democracia en la era del Internet

NELSON ROSAS AGUILERA*

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

El presente trabajo analiza los cambios que introduce la influencia del Internet, como medio de comunicación de masas, a la política actual y en general a la institucionalidad democrática, tanto en sus efectos negativos como en las oportunidades que se advierten en cuanto potencial para la realización de una política de deliberación pública eficaz.

PALABRAS CLAVE

Representatividad – medios de comunicación – democracia deliberativa.

ABSTRACT

This paper analyzes the changes introduced by the influence of the Internet as a means of mass communication, current politics and, in general, democratic institutions, both in their negative effects and in the opportunities that are perceived as potential for the realization of an effective public deliberation policy.

KEYWORDS

Representativeness – mass media – deliberative democracy.

* Estudiante de cuarto año de la Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: nelson_rosas_a@hotmail.com. Agradezco el tiempo de quienes se han dedicado a leer versiones tempranas de este trabajo, iluminando con sus comentarios. Todos los errores son por supuesto de mi exclusiva responsabilidad.

Desde el triunfo de las revoluciones liberales se fue asentando con éxito en Occidente lo que se conoce hoy como democracia representativa. Aunque en un comienzo se planteó la restauración de la democracia directa, esta idea fue rechazada prontamente sobre una base de presupuestos, los cuales a partir de entonces se han afirmado como verdades indiscutibles. De entre estos presupuestos, el argumento más fuerte fue siempre la afirmación tradicional acerca de la imposibilidad de consultar a todos los ciudadanos su parecer en los asuntos públicos, dada las dimensiones que habían alcanzado los Estados Nacionales en la modernidad. Esta premisa justificó durante mucho tiempo el limitado modelo de representación política de la ciudadanía. Pues bien, en particular y llevado al tema que nos concierne, el nacimiento de un nuevo medio de comunicación de masas como lo es Internet hacia finales del siglo XX y su posterior masificación en términos de acceso, vino a cambiar significativamente el paradigma cultural en el cual nos movemos, dándole a cada individuo la posibilidad virtual de que su opinión sea oída en todo el mundo, en otras palabras, dándole por primera vez en la historia, una voz directa al pueblo, sin mediaciones.

Pues bien, en particular y llevado al tema que nos concierne, el nacimiento de un nuevo medio de comunicación de masas como lo es Internet hacia finales del siglo XX y su posterior masificación en términos de acceso, vino a cambiar significativamente el paradigma cultural en el cual nos movemos, dándole a cada individuo la posibilidad virtual de que su opinión sea oída en todo el mundo, en otras palabras, dándole por primera vez en la historia, una voz directa al pueblo, sin mediaciones. Precisamente este hecho nos invita necesariamente a cuestionar la premisa sobre la cual se sostienen las estructuras de la democracia representativa, llevándonos a formular la pregunta: ¿Viene a cambiar en algo la existencia de Internet el modo en que hacemos política en el siglo XXI? Y si la respuesta fuera afirmativa: ¿Qué oportunidades esto significa? ¿Qué peligros? El siguiente ensayo se propone esbozar o al menos hacer explícitas algunas de estas inquietudes, para luego señalar una vía posible de acción en cuanto diseño de instituciones.

I. INTRODUCCIÓN: DEMOCRACIA, REPRESENTACIÓN Y CRISIS

Siempre es fácil pensar en aquello que ya nos es dado, lo que resulta difícil es tratar de imaginar lo que aún no es. Los fundamentos de la política en la actualidad se rastrean al inicio de la época moderna y se puede decir que han permanecido en su base, sin mayores cambios hasta nuestros días. Sin embargo, vivimos hoy en un mundo totalmente diferente al que vio nacer a las repúblicas liberales de hace aproximadamente dos siglos. El escenario ha mutado lo suficiente como para comenzar a cuestionarnos estos fundamentos,

sobre todo en un clima que se acerca peligrosamente hacia la deslegitimación de las instituciones democráticas. Los nuevos medios de comunicación aplicados a este contexto pueden bien tratarse de un avance o de un retroceso, dependiendo del modo en que se incorporen estos elementos a la técnica política. Proponemos en las siguientes páginas el uso de estas innovaciones en comunicación para implementar el modelo de la democracia deliberativa, proyecto que ha estado desde hace algún tiempo ocupando las páginas de los anuarios de filosofía política y que precisamente ahora presenta las mayores oportunidades para su realización, entendida esta como aquel sistema de toma de decisiones llevado a cabo de forma colectiva, donde es el diálogo la parte central de la participación y no el voto. En nuestro análisis haremos primero un recorrido acerca de la democracia representativa, de sus pilares y de sus problemáticas. Luego nos haremos cargo de los cambios que introduce a la forma de hacer política la irrupción de los medios masivos de comunicación, con especial preocupación por el papel que adquieren la televisión e Internet. Hacia el final se estudiarán los caminos posibles a seguir, haciendo énfasis en la opción deliberativa. Las visibles dificultades que surgen a propósito de su adopción ocupan las últimas páginas de esta reflexión.

No es exagerado afirmar que el modelo de gobierno más exitoso en el mundo occidental es, en la época contemporánea, el que corresponde a la democracia liberal representativa¹. Modelo que, luego de la caída de los socialismos reales en Europa y del retorno a la democracia en la mayoría de los países latinoamericanos, después de haber pasado esta zona por largas experiencias dictatoriales, se consolidó de forma definitiva y durante un breve período de tiempo pudo decirse incluso, que ésta ya no tenía más enemigos en el mundo², queriendo indicar con esto, que ya no existían modelos políticos alternativos que se alcen como una posibilidad real para hacerle frente en términos de viabilidad. Terminando el siglo XX llegó a parecer que de hecho era así, por lo que no faltaron quienes se apresuraron en preconizar el “fin de la historia”.³ Con esta frase se hacía eco de una vieja ilusión política, todo aquel que concibe o sigue una determinada ideología espera que el triunfo de sus ideas se convierta en la victoria definitiva, la última historia que contar después de la cual los conflictos desaparecerán para dar lugar a la armonía. Ilusión en la que se deja de lado el reconocer que un estado de perpetua unidad implica negar u olvidar

¹ MIGUEL, Jesús M. de & MARTÍNEZ-DORDELLA, Santiago (2014). «Nuevo índice de democracia» en Revista Española de Investigaciones Sociológicas.146: pp. 93-140.

² SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la Democracia?* (Taurus, 1993).

³ FUKUYAMA, Francis, *The End of History and the Last Man*, (The Free Press, MacMillan, Inc., 1992) p.64.

la posibilidad del cambio. Para recordar a Arendt, la historia es movimiento y “con cada nuevo nacimiento nace potencialmente un mundo nuevo”.⁴

Pues bien, habiendo dicho lo anterior, tampoco resulta arriesgado en el panorama actual, sostener paradójicamente que tal sistema está siendo hoy objeto de un cada vez más amplio descontento por parte de la ciudadanía. Descontento que se deja ver ostensivamente no solo en las encuestas, sino que por sobre todo en las protestas y manifestaciones sociales que ocupan regularmente las calles de las principales ciudades del mundo, en eventos que se han ya transformado en algo común de ver en los medios. Este fenómeno social se ha calificado como “crisis de representatividad” y supone ciertamente un problema a superar para todos los actores políticos, por lo cual se hace necesario profundizar en sus causas, y esto implica más bien indagar en el sentido del gobierno representativo, llevándonos a preguntar: ¿Por qué la representación? Y las respuestas en este orden se pueden clasificar en argumentos que asignan a la democracia bien un valor instrumental, o bien que ven en ella un valor en sí mismo.

Este tipo de dicotomía se puede apreciar ya en *El Federalista*, la serie de ensayos que escribieron los padres fundadores de los Estados Unidos, en donde se hace presente la idea de que el sistema de gobierno debe estructurarse de forma tal que permita funcionar en una larga extensión de territorio como lo es Norteamérica, siendo esta una justificación de tipo instrumental. Pero al mismo tiempo, los ideólogos del primer Estado moderno, en menor medida, respondieron a esta pregunta de forma axiológica, entendiendo a la democracia basada en el voto como pieza fundamental dentro del movimiento constitucionalista, la mejor forma de organizar la nación a la que estaban dando lugar. En este sentido, James Madison junto con abogar por la protección de las minorías, considera que es “evidente que ninguna otra forma sería conciliable con el genio del pueblo americano, con los principios fundamentales de la Revolución o con esa honrosa determinación que anima a todos los partidarios de la libertad a asentar todos nuestros experimentos políticos sobre la base de la capacidad del género humano para gobernarse.”⁵

Resulta interesante recordar que en estos documentos aquella fórmula nunca fue llamada democracia, ya que esta última palabra era reservada para la democracia directa. En cambio, se utilizó el término república para referirse al régimen representativo. Así, Madison, nuevamente, nos dice que “en una democracia el pueblo se reúne y ejerce la función gubernativa personalmente;

⁴ ARENDT, Hannah, *La Gran Tradición* (Revista Eunomía, Nº 6, 2014, pp. 279-311).

⁵ HAMILTON, Alexander, et al., *The Federalist*, (Liberty Fund, 2001) Nº39, p. 194.

en una República se reúne y la administra por medio de sus agentes y representantes. Una democracia, por vía de consecuencia, estará confinada a un espacio pequeño. Una república puede extenderse a una amplia región.⁶ Por lo demás y en general, en estos escritos, son los argumentos de carácter instrumental como el límite territorial, los que aparecen con más fuerza como un obstáculo para el ejercicio de la democracia directa, o para el efecto, para cualquier otra variación de la democracia que no sea la representativa.

Parecido razonamiento realiza John Stuart Mill al asegurar que el gobierno representativo es la mejor opción en términos de eficiencia, aquel régimen que mejor resguarda la libertad del individuo, teniendo la virtud además de hacerlo mejor persona. Después de su apología a la Atenas clásica, Mill en efecto, indica que “es evidente que el único Gobierno que satisface por completo todas las exigencias del estado social es aquel en el cual tiene participación el pueblo entero; que toda participación, aun en la más humilde de las funciones públicas es útil; que por tanto, debe procurarse que la participación en todo sea tan grande como lo permita el grado de cultura de la comunidad: y que, finalmente, no puede exigirse menos que la admisión de todos a una parte de la soberanía. Pero, puesto que en toda comunidad que excede los límites de una pequeña población, nadie puede participar personalmente sino de una porción muy pequeña de los asuntos públicos, el tipo ideal de un Gobierno perfecto es el Gobierno representativo.”⁷

La forma de gobierno que se elija es vital para el ejercicio de la soberanía. ¿Mas, no contribuye de manera superior a la independencia la implementación de una democracia directa? El filósofo político Jonathan Wolff estima que visto ante esta disyuntiva “tal vez entonces Mill concedería que la democracia directa es el mejor sistema para mejorar a los ciudadanos, tanto moral como intelectualmente; pero eso no quita que en términos de eficiencia esa forma de gobierno sea un desastre.”⁸ Su defensa del gobierno liberal es por tanto un juicio sobre su utilidad práctica.

Wolff coincide en gran parte con estos planteamientos. Este último termina rechazando la idea de un cambio institucional más participativo, el cual, a pesar de considerarlo deseable, lo juzga ineficiente, algo que podría jugar en contra de la prosperidad y de la posibilidad de realizar planes de vida propios. Se aboca entonces a realizar una defensa de la representatividad arguyendo sobre la falta

⁶ HAMILTON, Alexander, et al., *Ibid.* N°14, p. 63.

⁷ MILL, John Stuart, *Consideraciones sobre el Gobierno Representativo* (Universidad de Sevilla, Edición Digital) p. 99.

⁸ WOLFF, Jonathan, *Filosofía Política, Una Introducción* (Ariel Filosofía, 2012) p. 121.

de experticia del pueblo y las dimensiones espaciales de los Estados modernos. Cree que lo máximo que se puede esperar de la democracia moderna es contar con algún tipo de control sobre los gobernantes. En este mismo sentido, pero en contra de un mayor control popular se pronuncia Sartori, para quien la representación es imprescindible y las críticas al sistema político son hechas por un grupo de gente ignorante e irresponsable. Agrega que la democracia representativa exige muy poco del pueblo, y esto es bueno en la medida que la permite operar en condiciones de un electorado analfabeto, incompetente o desinformado.⁹ Volveremos más tarde sobre este punto.

De manera que, sintéticamente, es posible articular lo sostenido por los defensores de la representación política, afirmando que mientras una mayor participación del pueblo en los asuntos públicos sería en un mundo ideal lo más deseable, la implementación de tal sistema resulta en la práctica poco viable por no decir imposible. La solución histórica fue la de adoptar el modelo que más se le parezca, el cual devino en la institucionalidad política tal como la conocemos hoy en día. De ser este el caso se sigue que, verdaderamente, aquello que constituye un fin en sí mismo es el principio de la democracia entendida como participación, es decir, el viejo ideal del gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. La representación en cambio, vale más bien como una herramienta, el modo de aplicación de una idea regulativa a la realidad de los Estados nacionales.

En otras palabras, mientras que la democracia posee un valor intrínseco, la representación no. Los autores citados aquí son el ejemplo de una clara tendencia en la literatura especializada, en la cual los dos tópicos que más se repiten en contra de un cambio son por un lado el tamaño de los Estados y por otro, la poca competencia de los ciudadanos para tomar sobre sí la responsabilidad de decidir asuntos políticos. Pero si como se ha visto, la representación solo sirve por los resultados que es capaz de producir en el terreno práctico, ¿qué está ocurriendo actualmente que nos produce malestar? Pareciere haber un hiato entre lo que piensa la opinión pública y aquello que se discute en las cámaras del Congreso. En Chile, las encuestas que se han realizado en esta materia muestran una clara desafección de la ciudadanía respecto del esquema institucional. Según el Centro Mide UC¹⁰, existe una gran desconfianza hacia la actividad política entre los votantes chilenos. Es indicativo el hecho de que

⁹ SARTORI, Giovanni, *En Defensa de la Representación Política*, en *Democracia y Representación: Un Debate Contemporáneo*, CARBONELL, Miguel (compilador) et al., (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005) p. 21.

¹⁰ DE TEZANOS-PINTO, P., CORTÉS, F., & CONCHA, M., *Participación política y descontento en Chile: Una tensión entre el interés en los temas políticos y la desafección generalizada*, Midevidencias 6, 1-6. (2016)

un 70% de los encuestados declare no tener ninguna orientación política. Concluye el estudio echando por tierra varios lugares comunes como la creencia conforme a la cual la juventud no se interesa por temas políticos. Muy por el contrario, la mayoría de las personas considera que lo que se discute en la política nacional es relevante, pero a la vez no se sienten parte de la discusión. Sienten que su nivel total de influencia en el sistema es mínimo y el 73% de los votantes no se siente representado por las opciones disponibles a la hora de sufragar. La negativa visión del sistema es reforzada en el ámbito nacional por la mala percepción que hay de la clase política, golpeada por los recientes (y cada vez más seguidos) casos de corrupción. El estudio resulta interesante también porque cuenta a las interacciones que se dan en redes sociales (Facebook, Twitter y otros) como formas de participación, aunque como veremos en el siguiente capítulo, estas intervenciones se enmarcan más bien en el ámbito de la acción marginal.

El reconocer esta crisis se ha vuelto un tópico común entre científicos políticos y filósofos, difiriendo los autores principalmente en cuanto a las causas que lo originan. Quienes defienden el statu quo se vuelcan por lo general a descalificar otras propuestas y a restarle peso a los problemas que muestra el sistema. Así, por ejemplo, y volviendo a Sartori, este autor reconoce que hay algo que está fallando, pero insiste en que se debe al aumento del número de electores, que los lleva a sentir distancia con la clase política. Descarta la veracidad de estos sentimientos ya que estos, en sus palabras, “no resisten con frecuencia el análisis objetivo ni las comparaciones en el tiempo.”¹¹ Son sentimientos provocados irresponsablemente por los “directistas”, término con que peyorativamente se refiere a quienes plantean vías alternativas, los cuales, en su opinión, no son más que demagogos que se dedican a rebajar el nivel de la discusión. Los culpa de deslegitimar el gobierno representativo, hablando de forma imprudente sobre cosas imposibles, como una mayor participación. Laporta por otro lado, admite un cansancio en la democracia, pero cree que tras esta situación se esconde mucho juego sucio e irresponsabilidad. El problema no es que el sistema funcione mal, sino que es la actitud del pueblo y sus demandas insostenibles lo que produce frustración.¹² La crisis en consecuencia de acuerdo a estos autores, se debe a que esperamos más de lo que debemos esperar de nuestros regímenes políticos.

No hay que realizar un esfuerzo mayor para observar que tras estas aseveraciones se encuentra una modesta visión de la ciudadanía, una desconfianza

¹¹ SARTORI, Giovanni, *Ibid.* p. 29.

¹² LAPORTA, Francisco J., *El Cansancio de la Democracia*, en *Democracia y Representación: Un Debate Contemporáneo*, CARBONELL, Miguel (compilador) et al., (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005) p. 49.

radical acerca de su capacidad para hacerse cargo de la política, de forma que se la termina excluyendo de la ecuación. Se entienden ahora las respuestas deliberativas que han surgido en el último tiempo frente a este conservadurismo. Tal vez se pueda hacer algo más que resignarse a la conformación. Que no estamos preparados para más democracia es un argumento que no termina de ser convincente por varios motivos. No se puede hacer tal aserción en primera persona sin caer en una suerte de paternalismo. Y ¿qué hace que los políticos estén mejores preparados para esta labor que el resto de los ciudadanos? Salvo el mayor tiempo del que dispone para dedicarse a esta actividad, no existe a priori en el parlamentario promedio ninguna competencia específica, ya que no se eligen en la práctica a los candidatos por su aptitud para gobernar, sino que por su popularidad.

En esta distancia de la sociedad civil con sus gobernantes es posible identificar, como en un juego de relaciones de poder, mediante el uso de un análisis bidireccional, dos dimensiones opuestas, una positiva y otra negativa, desde el punto de vista del individuo y con valores inversos desde la perspectiva del Estado. Hablamos de la facultad de ejercer un poder y de la situación de encontrarse siendo objeto de aquel. En este sentido, bajo la primera dimensión, la vertiente positiva, el individuo es meramente un administrado, un sujeto pasivo de la potestad estatal. La contraparte de esta dimensión, su faz negativa, la constituye la posibilidad de criticar este poder, es decir, cumpliendo con el ideal democrático, la capacidad efectiva del pueblo de someter este poder a escrutinio, afirmando mediante este acto que es el pueblo efectivamente su fundamento y fin. Debido a que el soberano es el pueblo y quienes detentan el poder político son sus representantes, éste debe tener conceptualmente la facultad de ponerle fin, de delimitar esa primera faz a la que hicimos referencia. Solo así el poder se legitima. Solo así el individuo se convierte en ciudadano. El problema de acuerdo con esta perspectiva es que, en las sociedades modernas, estas dos caras del poder se manifiestan cada vez más desiguales.

Mientras que por un lado la actuación del poder estatal, su regulación administrativa y las decisiones centralizadas, escudándose con frecuencia en el lema de la seguridad, han crecido al punto de hacer borrosa la línea que separa la esfera pública de la privada, esa que con tanto ahínco ha defendido el liberalismo clásico como área irreductible de libertad e intimidad, coadyuvada paradójicamente por la tecnología disponible ha ido dando paso lentamente al fantasma siempre presente de la sociedad de la vigilancia,¹³ por otra parte,

¹³ A este respecto, el filósofo italiano Giorgio Agamben, continuando con la línea de trabajo iniciada por Foucault en sus investigaciones sobre biopolítica, advierte en este fenómeno contemporáneo una especie de sobrepujamiento de las aporéticas internas en la teoría jurídica tradicional, una herencia del derecho romano. Iluminador es su trabajo

la posibilidad efectiva de control que le corresponde al pueblo se ve cada vez más dramáticamente disminuida. De entre los derechos civiles y políticos, aquel que constituye su dispositivo por excelencia, el derecho a voto, es de manifestación eventual, verificándose cada cuatro o seis años en los procesos eleccionarios. A veces también, el mismo diseño de las elecciones impide que la voluntad colectiva tenga un significativo impacto en los resultados. Además, está la constatación de que la votación popular se reduce a la mera elección de representantes y a la previsión de plebiscitos esporádicos, los cuales carecen, la mayoría de las veces, de real trascendencia. Se puede afirmar en consecuencia que el diagnóstico acerca de la existencia de esta crisis de representatividad, se debe principalmente a esto, a la exclusión de la injerencia del pueblo en los asuntos del pueblo. En definitiva, hay razones para sostener que no hay tal cosa como un desencanto de la política sino más bien la caída en cuenta de que no se participa realmente de ella en las instituciones que para ello prevé el ordenamiento jurídico.

II. POLÍTICA Y CULTURA DE MASAS

Pero la política como tal no es algo de exclusiva propiedad de los parlamentos o de los gobiernos. La política, como práctica discursiva se cuela en todas partes, hallando siempre nuevos espacios para su expresión. De tal forma que si el aparato público estatal falla en incluir dentro de sí esta necesaria crítica al poder, no por esta razón ésta se apaga o deja de existir. Al contrario, la sociedad civil ha encontrado en el Internet nuevas formas de manifestarse, constituyéndose así en una poderosa herramienta para cambiar e influir en la esfera pública. Y es que el perfeccionamiento de las tecnologías de la comunicación logró conseguir lo que la democracia representativa en todo este tiempo no había sido capaz: que el poder del discurso resida ahora en cualquiera que cuente con una conexión a la red, lo que es posible hoy para un cada vez más creciente número de personas. Llamaré a esta forma de hacer política, a falta de una mejor denominación, “política marginal”, para diferenciarla de la “política institucional”, que como su nombre lo indica, es la que ocurre al interior de las instituciones tradicionales. En la medida en que estén respaldados por el poder, los mecanismos de la democracia representativa forman parte en la actualidad de la política institucional. La política marginal por su parte hace uso del conjunto de técnicas disponibles para reclamar por sus intereses y reivindicaciones a través de protestas y manifestaciones sociales, que gracias al Internet alcanzan rápidamente visibilidad en el espacio público. Se trata

sobre los estados de excepción. Véase AGAMBEN, Giorgio, *Estado de Excepción, Homo Sacer II* (Adriana Hidalgo Editora, 2004).

de nuevos sujetos políticos que en la lucha por el reconocimiento suponen a menudo una amenaza al poder de la clase política.

Dado que la política marginal surge del descontento de no verse representada intrasistémicamente, aparece con fuerza en la forma de movimientos ciudadanos. Los casos de la primavera árabe, Occupy Wall Street y más cercanamente a nosotros el movimiento estudiantil chileno o el movimiento contra las AFP pueden ser un ejemplo de esto. Esta forma de acción social recuerda inevitablemente al concepto de multitud global que utilizan Negri y Hardt para describir a la clase dominada en el ejercicio de su derecho de resistencia.¹⁴ Con todo, no es la imagen a la que apuntamos, pues la multitud insurgente de estos autores se rebela contra un orden jurídico al cual le es imposible ajustarse a las pretensiones que reclaman una mayor inclusión. El espíritu de este trabajo está guiado por la afirmación contraria. Es justamente porque creemos que esto es posible para las instituciones, que se recomienda la adopción de una política pública que haga suyas decididamente estas preocupaciones, lo que a nuestro modo de ver tendría lugar idealmente en el contexto de un giro deliberativo.

Cabe mencionar que la conjunción de estos nuevos elementos en el tejido social introduce en general grandes cambios a la forma misma de hacer política, atravesando todas las esferas de su manifestación, no siendo en ningún caso un fenómeno extraño a la política institucional. En esta competencia por la visibilidad, las campañas electorales han hecho uso extensivo del Internet y de su potencial para llegar de una forma más cercana al electorado, especialmente a aquella parte de la población con tendencias afines. Pese a todo, los medios tradicionales no han dejado aún de ser relevantes. Según el sociólogo de la comunicación, Henry Jenkins, estos últimos influyen en la red, creando el marco de referencia sobre el cual versará la discusión en redes sociales. En sus palabras: “La televisión y la radio proporcionan la cultura común y la red ofrece canales más localizados para responder a esa cultura (...). Todo ello sugiere un momento de transición en el que se está expandiendo el papel político de Internet sin disminuir el poder de los medios de difusión masiva”.¹⁵ Las campañas de quienes aspiran al poder poco se diferencian hoy de las campañas de marketing comercial, llegando a utilizar muchas veces idénticas técnicas, promocionadas por los mismos como parte de un proceso de modernización. Concebida en estos términos, la oferta electoral ha comenzado a realizar sofisticados “estudios de mercado” con el objeto de aproximarse de mejor forma a la demanda ciudadana, su público objetivo.¹⁶ La sociedad es

¹⁴ NEGRI, Antonio & HARDT, Michael, *Empire* (Harvard University Press, 2001) pp. 393 y ss.

¹⁵ JENKINS, Henry, *Convergence Culture* (Paidós, 2008) pp. 214 y ss.

¹⁶ GERSTLÉ, Jacques, *La Comunicación Política* (LOM Ediciones, 2005) pp.43 y ss.

segmentada demográficamente, identificándose sectores bien diferenciados como el voto femenino, el voto indígena, el voto adulto mayor, etc., para diseñar estrategias basadas en sus preferencias. Los medios digitales son aprovechados de esta manera para construir una comunicación más personalizada con el consumidor/ciudadano. Las redes sociales son ampliamente efectivas para este propósito. En medios como Facebook o Twitter, el candidato puede proyectar una imagen de confianza hacia su electorado, permitiéndole tener una interacción activa con sus seguidores, los cuales pueden compartir o retwittear luego las publicaciones de sus líderes con sus amigos, transmitiendo mediante este acto el mensaje político.

Estas prácticas se mantienen y en cierta manera se estabilizan una vez que se ha alcanzado el poder, enfocadas ahora a mantener la popularidad del político electo. Se usa en este entorno la expresión *spin control* para referirse a la acción de intentar controlar el impacto que tiene la información en el público general. Se trata de una técnica de manipulación mediática, utilizada por consultores expertos (*spin doctors*) cuyos servicios son contratados por los partidos políticos. En una sociedad democrática la facultad de limitar el flujo de información es bastante reducida, pero no por ello imposible. Por supuesto, aparte del evidente dilema ético que esto trae para los periodistas ocupados de este trabajo, produciendo en casos extremos un desligue de los principios de su profesión, conlleva este hábito efectos debilitantes para la democracia, la cual necesita de un pueblo que cuente con información confiable para formar sus opiniones. Este modo de aproximación empresarial hacia la política, “junto con los emergentes marcos legales y su impulso hacia las restricciones, sirve para constreñir el alcance y las formas de representación para propósitos cívicos en formas muy familiares para los medios de comunicación, disminuyendo su potencial (el de Internet) como espacio comunicativo propiamente cívico.”¹⁷

La preocupación de los gobiernos por el impacto mediático trae al menos, como las sumariza Jacques Gerstlé, tres consecuencias negativas para la acción política institucional. Primero, la velocidad con que circulan los flujos continuos de información y su carácter efímero favorecen la toma de decisiones fijadas a corto plazo. Segundo, la necesidad de hacer visibles y populares las acciones de quienes gobernan, desplaza en importancia a los imperativos de gestión por ser en comparación menos llamativos. Por último, la rapidez con la que se pueden llegar a calificar las acciones en la red, antes que estas hayan desplegado todos sus efectos, dificulta la determinación de medidas impopulares.¹⁸ Estos corolarios no dejan de ser importantes pues indican el modo en

¹⁷ DAHLGREN, Peter, *The Internet, Public Spheres, and Political Communication: Dispersion and Deliberation* (Political Communication, 22:2, 2005) pp. 147-162.

¹⁸ GERSTLÉ, Jacques, *Ibid.* p. 41.

que el medio afecta e influye en el contenido, al punto de predeterminarlo en el momento de su origen.

Detengámonos un momento en esta observación: el medio no es nunca transparente, ya que influye de algún modo en el mensaje. Hasta ahora nos hemos referido principalmente a los medios de comunicación como si se tratases de un envase, un recipiente que puramente transporta y difunde mensajes y contenidos desde un lugar a otro. Esto es, sin embargo, una excesiva simplificación. La manera en que nos comunicamos configura el mundo en el que vivimos. El Internet es en la actualidad mucho más que un medio en la acepción tradicional de la palabra, su existencia ha significado sin duda una revolución en el paradigma cultural. Ha contribuido a la formación y expansión de la cultura popular o de masas, de la cual es hoy su patrimonio. No solo brinda una voz a quienes no encuentran representación en el sistema y determina en algún grado las acciones de carácter político, sino que, de un modo más insondable y primario, afecta al entramado de relaciones sociales y de poder en su totalidad, transformando performativamente nuestra percepción de la realidad y con esto nuestra aprehensión del discurso público. Pero esta nueva base para la esfera pública no garantiza por sí sola una democracia institucional más participativa.¹⁹ Hace falta para lograr este objetivo crear un espacio donde la ciudadanía sea valorada como tal, en el cual los intereses y preferencias puedan ser manifestados y debatidos libremente y en el que la toma de decisiones pueda ser fundada en información certera, libre de distorsiones y de la manipulación de intereses privados.

Porque, si como he ido esbozando en estas líneas, el ser ciudadano implica un esfuerzo de parte del individuo por participar del quehacer político, aun cuando esta instancia no esté garantizada del todo, las proporciones que adquirió el sistema socioeconómico conforme el avance del siglo XX, especialmente a partir de la década de los 80, se encargaron de preparar las condiciones para que el hecho de ser consumidor no suponga esfuerzo alguno. En este escenario, la información ha pasado a ser un bien más que se transa en el mercado y el discurso político uno más de estos bienes. La sujetación de los canales de información a los dictados de la economía ha traído como consecuencia la comoditización de la política y su consecuente banalización como bien de consumo. Nos hemos hecho consumidores de política de la misma forma en que somos consumidores de programas de entretenimiento. Esta situación bien podría explicar, por ejemplo, lo común que se han vuelto las campañas electorales de personajes venidos directamente de ese ambiente, así como también y por mencionar un caso, las características mediáticas que ha tomado la carrera pre-

¹⁹ DAHLGREN, Peter, *Ibid*, p.153.

sidencial en los Estados Unidos para ocupar el Salón Oval de la Casa Blanca.²⁰ La desigual cobertura que reciben los candidatos en la prensa se debe en gran parte a que, bien sea para seguirlos u odiarlos, su presencia en televisión vende y genera puntos de rating, acaso el valor más importante para los medios de comunicación en estos días. Ya no importa que se presenten opiniones como hechos, lo que cuenta es que haya auspiciadores pagando por el momento en que estas aseveraciones ocurren. De esta manera, el cambio climático nunca pasa de ser una opinión y la afirmación según la cual la inmigración es causa del desempleo es para muchas personas un hecho.

Quizás lo anterior constituya otro síntoma de una patología social más profunda y generalizada, una cuyos signos han sido denunciados por gran parte de la filosofía contemporánea. En particular, Luis Sáez Rueda designa a esta dislocación del mundo de la vida como “ficcionalización del mundo”.²¹ Señala que tras el vertiginoso suceder de hechos y noticias en la actualidad, se esconde una sociedad que permanece en su fondo estacionaria, en una parálisis que priva al ser de la posibilidad de construir mundo y de forjar sentido propio. Se vive entonces en medio de una “organización del vacío” que niega el surgir de nuevos horizontes. El autor español apela a la revitalización de la noción de comunidad, en un nuevo modo de ser en común como terapia ontológica que nos devuelva el camino.

Instancia paradigmática de este vaciamiento de sentido, la política ha devenido en un espectáculo más, dejando como subproducto, que el valor de verdad de sus enunciados se determine en función del número de espectadores.

III. LA VERDAD Y LAS REDES SOCIALES

Todo lo recién expuesto nos pone de sobreaviso acerca de los riesgos de celebrar el influjo de los medios digitales con irreflexivo entusiasmo. En una de sus últimas entrevistas, el semiótico italiano Umberto Eco exclamó con cierta aspereza, que “si la televisión había aprobado al tonto del pueblo, ante el cual el espectador se sentía superior, el drama de Internet es que ha aprobado al tonto del pueblo como el portador de la verdad”²². En la web todos tenemos igual derecho tanto al consumo como a la producción de información y normalmente este intercambio ocurre sin filtro en las redes sociales, por lo que

²⁰ La referencia está hecha a las elecciones presidenciales que tomaron lugar en aquel país durante el año 2016.

²¹ SÁEZ RUEDA, Luis, *Ontología política como terapia de la cultura estacionaria y llamada al ser-cenital* (Otros Logos. Revista de Estudios Críticos, nº 1, 2010, pp. 125-146).

²² EL MOSTRADOR, Umberto Eco: “Las redes sociales generan una invasión de imbéciles”, 28 de julio de 2015.

muchas veces no hay cómo comprobar la veracidad de lo que se afirma, dando lugar a lo que se puede designar como una crisis epistémica. La confianza en que se dice la verdad, principio básico de cooperación para el éxito de la comunicación es puesta hoy en tela de juicio. Desprovista la realidad cultural del concepto de verdad, se ve ante la amenaza de volverse un simulacro y en última instancia, una parodia de sí misma. Jean Baudrillard, cercano a la citada crítica de Sáez Rueda, pero más apocalíptico, veía en esto los signos de una disuasión llevada a cabo de manera exhaustiva para eliminar la ocurrencia de nuevos sucesos. Un gran teatro de lo político que se monta para ocultar la inexistencia de lo político.²³

No obstante, la idea de corrección y la posibilidad de experimentar la verdad siguen siendo todavía conceptos válidos en el contexto globalizado de la cultura de masas, aunque se torne bastante difícil establecer aquella normatividad que permita distinguir lo verdadero de lo falso. El debate que toma lugar en esta nueva ágora digital se revela en razón de su diversidad como profundamente contradictorio. La difusión de información, que comúnmente circula sin respaldo en redes sociales, y las opiniones vertidas en estas plataformas se dan a diario en cantidades abrumadoras y a gran velocidad. La suma de datos que se producen todos los días supera con creces la capacidad humana para procesarlos. Sitios como Facebook, Twitter, Tumblr o YouTube proporcionan una plataforma útil para publicar y divulgar ideas, pero no para obtener puntos de vista diferentes, debido a que su funcionamiento no ha sido diseñado para la argumentación, sino que para conectar a personas de pensamiento afín. Si el problema solía ser antes la falta de información, ahora lo es en cambio el exceso de mala información que se viraliza en Internet. El resultado es una comunicación endogámica, poco abierta a la tolerancia y a la divergencia de opiniones, que sirve para reafirmar las propias creencias. Los estudios que se han hecho en esta área indican que esta es precisamente una de las causas de error más difíciles de desterrar, pues la gente suele aferrarse a aquellas convicciones que componen su cosmovisión y a ponerse a la defensiva frente a hechos que la desafían.²⁴ Esta disposición cognitiva es conocida en psicología

²³ BAUDRILLARD, Jean, *Cultura y Simulacro* (Editorial Kairós, Barcelona, 1978) p.29. Aclararé que este autor en este trabajo es leído en clave de advertencia. De todos modos y al contrario de lo que se suele afirmar acerca de la negación del principio de realidad en sus ensayos, esto no es del todo cierto o al menos constituye una aserción incompleta. La caída del World Trade Center fue sin ir más lejos, para este autor, el acontecimiento simbólico total que puso al descubierto la fragilidad del poder mundial. Por tanto, aparte de su propio discurso, el cual debe necesariamente contar con una pretensión de verdad si acaso su objeto de referencia es el mundo, Baudrillard afirma la existencia de no solo una realidad objetiva, sino que también la existencia de un poder al cual combatir.

²⁴ NYHAN, Brendan & REIFLER, Jason, *Misinformation and Fact-checking: Research Findings from Social Science* (New America Foundation, 2012).

como exposición selectiva. La misma investigación señala que aquellas personas tienden a ser más receptivas hacia fuentes con las que comparten análoga afiliación partidaria.

Queriendo capturar audiencias, existen medios inescrupulosos que fomentan estas actitudes y propagan intencionadamente información que es lisa y llanamente falsa, o que al menos aún no ha sido corroborada, induciendo aún más a conclusiones equivocadas. ¿Pero cómo conciliar el derecho a la libertad de expresión con la necesidad de contar con fuentes de confianza? La solución no puede estar en la censura, pues aquello sería un precio muy alto que pagar por la verdad. La salida al parecer, consiste en recurrir al principio de responsabilidad, como un imperativo a ser aplicado tanto a la producción de información como a su consumo.

Es preciso recordar que la cobertura de los hechos que nos entregan los medios de comunicación habituales no es mucho mejor en lo que a calidad concierne. La política y todos los temas en general se reducen y se clasifican en importancia según el tiempo que se les da en pantalla, instituciones democráticas como lo son las elecciones son presentadas casi como si se trataran de eventos deportivos y muchas veces estos datos son entregados manipulativamente, poniendo en práctica una agenda ideológica con el objetivo de transmitir a la población una cierta interpretación del mundo conveniente a quienes manejan los medios. Por tanto, esta multiplicidad de voces en Internet, que, si bien mal abarcada puede representar un problema, es la mayoría del tiempo una virtud, teniendo en cuenta que, frente a la diversidad de fuentes que encontramos en línea, en los medios tradicionales como la radio o la televisión lo verdadero es fijado de manera unilateral por quien ostenta el control sobre el canal de comunicación. A la luz de estas consideraciones, podemos concluir que el lograr una argumentación seria en el campo del Internet requerirá de cierta regulación que sea eficaz en la estructuración de una instancia para el debate, de modo tal que pueda contar como real participación política por parte de la ciudadanía y que las opiniones que allí tengan lugar puedan resistir el análisis veritativo.

Este es a nuestro juicio uno de los mayores desafíos que se nos presentan, una cuestión que hay saber resolver si pretendemos un uso serio de la capacidad del Internet como vehículo de democratización del foro político. Tal como sostiene Jenkins, más que de la cantidad de información disponible, la formación de una cultura del conocimiento depende de la calidad y diversidad de la información accesible.²⁵ Avanzando en esta dirección, podemos observar en la actualidad variados esfuerzos por parte de diversos organismos tratando

²⁵ JENKINS, Henry, *Ibid*, p. 239 y ss.

de mejorar el estado de la política y su vinculación con la verdad. Ha cobrado relevancia en el último tiempo el concepto de comprobación de hechos (*fact checking*), como método directo para verificar lo dicho por los políticos. Esta práctica de investigación periodística se puede advertir con mayor frecuencia durante tiempos de elecciones, en entrevistas en vivo o en sitios especializados y consiste en confrontar las declaraciones públicas en discursos y campañas con evidencia empírica y datos duros. Este proceder se ha expandido rápidamente debido a sus buenos resultados. En todo el mundo se cuentan a la fecha 96 proyectos activos en 37 países, cifra que va en explosivo aumento. Ocho de estas iniciativas se encuentran en Sudamérica.²⁶

En este punto el pesimismo de Eco debe ser contrastado con su propio pensamiento. En uno de sus más famosos ensayos este autor distinguió con claridad dos posiciones frente al ascenso de la cultura de masas, su rechazo definitivo o su aclamación acrítica²⁷. En este trabajo Eco termina por admitir que plantearse el problema en estos términos es al final de todo un ejercicio inútil. Trasladando esta conclusión al presente, hemos de aceptar que el fenómeno del Internet y de las redes sociales es hoy por hoy un acontecer irreversible, por lo que oponerse a ello no tiene mucho sentido. El esfuerzo debe ir encaminado en cambio, a encauzar estas nuevas tecnologías hacia una nueva participación colectiva, más efectiva y dotada de contenido, reduciendo, mitigando o incluso eliminando si mediare el éxito, los rastros de ficcionalización.

IV. CONCLUSIONES: APUNTES PARA UNA DEMOCRACIA DIGITAL

El diseño de una política institucional que recoja de manera más o menos satisfactoria las exigencias que impone el estar insertos en una sociedad de la información puede tomar dos caminos bastante distintos. En primer lugar, si lo que se busca es solo ocupar las nuevas tecnologías para crear un nuevo medio de votación, es decir, establecer algún mecanismo de votación electrónica, no será este cambio más que una ampliación bastante mezquina de la actual democracia representativa. Esto bien ejecutado, sería desde luego un avance, pero tal vez la opción menos satisfactoria. Constituiría la mantención del mismo principio representativo que, como se ha anotado más arriba, genera la exclusión de la capacidad de control por parte del ciudadano al mismo tiempo que margina su posibilidad de contribución al sistema.

La apuesta, en cambio, por la democracia deliberativa supondría una radical transformación al sistema político en su conjunto. La justificación de este giro,

²⁶ DUKE REPORTER'S LAB, *Global fact-checking up 50% in past year* (2016).

²⁷ ECO, Umberto, *Apocalípticos e Integrados* (Lumen, 1984).

aparte de los vicios someramente enunciados en este trabajo inmanentes a la sociedad contemporánea, se puede encontrar en el valor epistémico que trae consigo la deliberación racional. No obstante, la cuestión pertinente en este momento es la siguiente: ¿Cuáles serían las condiciones para institucionalizar una propuesta de deliberación ciudadana viable en términos prácticos? Efectivamente las críticas más comunes y certeras a las demandas por una mayor participación apuntan a la problemática de materializar estas ideas en programas realizables en el plano de la realidad. A continuación, revisaremos brevemente algunas de las propuestas más insignes en esta materia.

Uno de los autores más importantes y que ha sentado las bases para la teoría política en este aspecto es sin duda Jürgen Habermas, quien en sus obras ha ido edificando una sistemática reconstrucción de la razón universal.²⁸ El proyecto democrático habermasiano se enmarca en una particular concepción procedimental del derecho, en la que se gesta una tensión de fondo entre facticidad y validez. El ejercicio de la deliberación entra en actuación en este contexto como un puente entre ambos extremos, dándole un origen democrático y por esto válido a las formas jurídicas. En el centro de esta concepción se halla el espacio público, como lugar en que la ciudadanía puede ejercer el autogobierno. Esta propuesta supone también un tránsito del Estado liberal hacia un Estado social de derecho. Solo en el abrigo de un Estado social pueden darse las condiciones para ejercer el derecho a la participación política en condiciones de igualdad y respeto por los demás derechos fundamentales.²⁹ Se advierte aquí la primera limitación a la autoorganización del pueblo. Si aquella forma de Estado es *conditio sine qua non* para la deliberación política, entonces por la supervivencia del orden de cosas, los ciudadanos no llegarían a decidir sobre su forma primordial de organización. El Estado social debiera establecerse en una Carta Fundamental con procesos un tanto más agravados de reforma que aquellos previstos para la nomogénesis legislativa. Sirva el ejemplo para aclarar que incluso en una democracia de este tipo las aporías del constitucionalismo no desaparecen del todo.³⁰ El mismo Habermas refiere a esta limitación en cuanto a las materias de discusión ciudadana, pues el procedimiento democrático, supeditado a principios generales de justicia, se inserta en presupuestos que le son indisponibles.³¹

²⁸ SÁEZ RUEDA, Luis, *Movimientos Filosóficos Actuales* (Trotta, 2001) p. 367.

²⁹ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez* (Trotta, 2005) pp. 620 y ss.

³⁰ Acerca de los problemas del constitucionalismo y la objeción democrática a este, véase fundamentalmente: BAYÓN, Juan Carlos, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo* (Carbonell, M. y García, L., coord., El canon neoconstitucional, Trotta, 2010), pp. 285-355.

³¹ HABERMAS, Jürgen, *Íbid*, p.383.

Una vez aceptado el hecho de que la legitimidad de las normas en un Estado de derecho depende de la argumentación racional que les dio lugar y de la validez que le reconocan los ciudadanos, se sigue que un ordenamiento jurídico será tanto más legítimo en su establecimiento cuantos más personas participen de su creación. Se hace fundamental lograr un debate en el cual todos puedan contar en un plano de igualdad y libertad para lograr consensos racionalmente motivados, si quiera momentáneamente. En este orden de ideas la propuesta habermasiana se encuentra marcada por el sentido de inclusión, donde el concepto de espacio público cumple un rol vital. La meta es la aproximación a una comunidad ideal del habla en la que pueda manifestarse el uso público de la razón dialógica, reduciendo el campo de facticidad a un mínimo. La tarea del derecho es crear las condiciones para que esto ocurra. Es necesario reunir el proceso de formación de opinión con el proceso de formación de voluntad. Estos momentos se dan actualmente separados por una gran brecha que ocasiona en el parecer de este autor algunas de las problemáticas de orden sociopolítico que aquí hemos narrado.³² En fin, más allá de una proposición específica, Habermas nos ofrece un criterio deontológico para la democracia en el seno de su ética discursiva. El colofón: la democracia debe ser el fruto de un diálogo intersubjetivo realizado en condiciones ideales.

Afrontando este problema, de cómo llevar a cabo un sistema de discusión ideal, Carlos S. Nino³³, luego de analizar diversas soluciones, propone que esta reflexión pública tenga lugar en el marco de un proceso de descentralización que genere unidades políticas menores en las cuales quede la discusión acerca de conflictos de intereses locales sobre la distribución de recursos y otros temas de moralidad social. Asuntos de mayor envergadura estarían en manos de organismos internacionales. Como Habermas, el jurista argentino adhiere a una teoría metaética para fundamentar su particular visión de la política, al reconocer en el procedimiento democrático un valor epistémico, pero difiere del primero en cuanto a la justicia del consenso. Mientras que Habermas estima que el acuerdo democrático alcanzado bajo condiciones ideales es justo per se, Nino cree que la justicia está en los resultados que el procedimiento democrático arroja, siendo éste el mecanismo óptimo para lograr resultados justos.

Si el valor de la democracia está en su capacidad para llegar a descubrir verdades morales, su implementación institucional debe necesariamente proteger y ser reflejo de este principio. Para ello Nino tiene como principales factores a considerar: la justicia en la distribución de recursos y bienes básicos en una sociedad, así como también la empatía hacia el adversario, la apatía, el poder de

³² HABERMAS, Jürgen, *Íbid*, p.385.

³³ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa* (Gedisa, 1997) pp. 202 y ss.

los medios y el acceso a los mismos. Un sistema de deliberación local debiera descentralizar también alguna parte de la legislación material circunscribiendo sus efectos a las unidades de decisión locales. Instancia que podría convivir con un sistema representativo de “federalismo cooperativo”. Pese a todo, Nino cree que la representación es siempre un mal necesario. Para salvarla, sostiene que habría que “entenderla como una delegación para continuar la deliberación que ha tenido lugar entre los ciudadanos antes de que los ciudadanos hayan sido electos. La decisión debería continuarse sobre plataformas aprobadas por los electores cuando eligieron a sus representantes”³⁴. El peso preponderante del sistema político recaería de esta forma en el espacio público institucionalizado para después pasar al cuerpo de representantes, el cual haría en este caso las veces de coadyuvante a la organización del Estado. La opción más valiosa es para Nino el gobierno parlamentario, que, con todo y sus vicios, es posible de reformar de manera de fortalecer la calidad epistémica de la democracia, responsabilidad que agrega, atañe también a los jueces.

Más práctico, James Fishkin, ha propuesto la creación de encuestas deliberativas (*deliberative polling*), como una base para formar una voluntad colectiva más significativa. Esta voluntad estaría conformada en proporciones apropiadas por una combinación de deliberación y representación. En la parte deliberativa del proceso de formación de voluntad el público ha sopesado razones competitivas para decidir qué hacer, sobre la base de evidencia y buena información.³⁵ Las encuestas deliberativas, como las define el Centro para la Democracia Deliberativa de Stanford,³⁶ consisten en un proceso de pública consulta en el cual muestras científicas son sondeadas antes y después de que se ha tenido la oportunidad de deliberar seriamente acerca de los asuntos objeto de la encuesta. Este proceso, creado por Fishkin en 1988, ya ha sido aplicado con éxito en diversas regiones del mundo, gestionado tanto por la Universidad de Stanford como por la empresa de Bobby Fishkin, *Reframe It*, esta última aplicándolo también como mecanismo de toma de decisiones conjuntas con los trabajadores, al interior de grandes empresas.

Fishkin advierte que el ideal de las asambleas locales puede no llegar a realizarse, si no se dan las condiciones para asegurar una verdadera argumentación. En lugar de una opinión pública libre e informada, las decisiones que se tomen corren el riesgo de basarse en meras impresiones o arengas basadas

³⁴ NINO, Carlos Santiago, *Íbid* (Gedisa, 1997) p. 235.

³⁵ FISHKIN, James, *Reviving Deliberative Democracy*, en *Democracy Gridlocked? Colloquium* (Royal Academy of Belgium, 2014).

³⁶ Center for Deliberative Democracy, Department of Communication, Stanford University. Para una línea de tiempo sobre la historia de las encuestas deliberativas: <http://cdd.stanford.edu/deliberative-polling-timeline/>.

en titulares, algo que, según él, es común de ver en la democracia plebiscitaria. La clave, en sus palabras es “prestar atención suficiente al contexto social que puede verdaderamente motivar una opinión pública reflexiva e informada y luego combinar la realización de ese contexto social con un proceso de selección y conteo de los puntos de vista de los participantes por igual.”³⁷ Crear de esta forma las condiciones ideales para guiar la sabiduría colectiva a alcanzar resultados confiables. Reconoce este autor que mediante este sistema operaría el mismo filtro de la democracia madisoniana, pero en vez de llevarse a cabo la deliberación en un cuerpo de representantes elegidos, esta se desarrollaría en un microcosmos del mismo pueblo, cumpliendo así con los componentes de la formación de voluntad.

Como medidas en particular, los participantes de las encuestas deliberativas son elegidos por sorteo de entre la población votante, con el propósito de proveer al procedimiento de validez externa y que sus resultados puedan llegar a ser generalizados como representativos de poblaciones más grandes. Son encuestados sobre el asunto en cuestión dos veces. Una encuesta corriente al comienzo para registrar sus preferencias iniciales y otra al final del proceso de deliberación. Estos son proveídos para discutir, de documentos de información, seleccionados por un comité consultivo equilibrando diferentes puntos de vista. Estos materiales luego son debatidos en grupos pequeños y después en sesiones plenarias, a través de un proceso monitoreado y controlado por moderadores profesionales, en pos de lograr la validez interna de esta fórmula. Operarían estas disposiciones en función de corregir eventuales distorsiones del proceso, como lo son el peligro de que se imponga injustamente la voz de los más aventajados o que surjan polarizaciones al interior del grupo.³⁸ Ahora bien, mientras que la mayoría de estas encuestas se lleva a cabo físicamente con interacciones frente a frente, *Reframe It*, ofrece entre sus servicios desde 2007, la realización de encuestas deliberativas virtuales.³⁹ Para participar, los usuarios deben crear una cuenta a su nombre que les permite comentar documentos en línea sobre la base de un software creado para tal efecto, con el que se puede responder a los comentarios de otros usuarios, o valorarlos simplemente para manifestar acuerdo o desacuerdo, todo lo anterior en el marco de un proceso de conversación reglado, replicando de la mejor forma posible las prevenciones del diseño original.

Como es posible observar, alcanzar a través de las tecnologías de la comunicación la participación efectiva de la ciudadanía no es una idea irrealizable. Haciéndonos cargo de la interrogante planteada al inicio, podemos afirmar

³⁷ FISHKIN, James, *Íbid*, p.189.

³⁸ FISHKIN, James, *Íbid*, p.198.

³⁹ REFRAME IT: <http://blog.reframeit.com/>

que la masificación del acceso a Internet ciertamente presenta oportunidades para la integración popular, pero también serios peligros de que esta actividad se banalice. La red supone la superación de las barreras que determinaban hasta hace poco el espacio y el tiempo, factor que, sin embargo, no acarrea necesariamente el cumplimiento de la promesa que significa el ideal democrático. Antes bien, debemos ocuparnos de proveer una infraestructura adecuada para que esto sea posible. Poner los esfuerzos en fortalecer el espacio público diría Habermas. Pues ¿cómo se puede lograr un consenso sobre qué normas adoptar, cuando no nos hemos puesto de acuerdo en los hechos que las sustentan? La necesidad del concepto de verdad en la política se nos aparece como fundamental para su desarrollo y para optimizar la capacidad del diálogo de transformar los intereses y preferencias de quienes intervienen en él. Y aunque en este trabajo no lo hemos profundizado, se requiere para el logro de estos objetivos una ética ciudadana en el actuar, ya que el propio ser en comunidad exige un compromiso de respeto y de reconocimiento hacia el interlocutor, sin el cual difícilmente se pueda ejercer el autogobierno.

La formación de una voluntad soberana que tenga estos presupuestos producirá ciertamente resultados epistémicamente válidos y además legítimos para su pueblo. Por último, si la argumentación a través de Internet es algo que ya existe informalmente y que se da en un contexto preconfigurado por el desarrollador del soporte en que toma lugar, proponemos la creación de una plataforma pública digital que organice de forma justa y eficiente estos tres elementos esenciales de un proyecto de gobierno deliberativo: información imparcial y de calidad, oportunidad para el debate de razones competitivas y la consecuente toma de decisiones, en la que idealmente habrá de ganar el mejor argumento. La articulación de un diseño institucional exitoso en esta dirección será también la construcción del sentido de copertenencia y de mundo común.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio, *Estado de Excepción, Homo Sacer II* (Adriana Hidalgo Editora, 2004).
- ARENDT, Hannah, *La Gran Tradición* (Revista Eunomía, N° 6, 2014, pp. 279-311).
- BAUDRILLARD, Jean, *Cultura y Simulacro* (Editorial Kairós, Barcelona, 1978).
- BAYÓN, Juan Carlos, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, en *El canon neoconstitucional*, CARBONELL, M. y GARCÍA, L., coord., (Trotta, 2010) pp. 285-355.
- Center for Deliberative Democracy, Department of Communication at Stanford University. <http://cdd.stanford.edu/>
- DAHLGREN, Peter, *The Internet, Public Spheres, and Political Communication: Dispersion and Deliberation* (Political Communication, 22:2, 2005).
- DE TEZANOS-PINTO, P., CORTÉS, F., & CONCHA, M., *Participación política y descontento en Chile: Una tensión entre el interés en los temas políticos y la desafección*

- generalizada, Midevidencias 6, 1-6. (2016), disponible en: <http://www.mideuc.cl/wp-content/uploads/2016/MidEvidencias-N6.pdf>
- DUKE REPORTER'S LAB, *Global fact-checking up 50% in past year* (2016). Disponible en: <http://reporterslab.org/global-fact-checking-up-50-percent/>
- ECO, Umberto, *Apocalípticos e Integrados* (Lumen, 1984).
- EL MOSTRADOR, *Umberto Eco: "Las redes sociales generan una invasión de imbéciles"*, 28 de julio de 2015, disponible en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/mundo/2015/07/28/umberto-eco-las-redes-sociales-generan-una-invasion-de-imbeciles/>
- FISHKIN, James, *Reviving Deliberative Democracy*, en *Democracy Gridlocked? Colloquium*, (Royal Academy of Belgium, 2014). Disponible en: <http://cdd.stanford.edu/research/>
- FUKUYAMA, Francis, *The End of History and the Last Man* (The Free Press, MacMillan, Inc., 1992).
- GERSTLÉ, Jacques, *La Comunicación Política* (LOM Ediciones, 2005).
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez* (Trotta, 2005).
- HAMILTON, Alexander, et al., *The Federalist* (Liberty Fund, 2001).
- JENKINS, Henry, *Convergence Culture* (Paidós, 2008).
- LAPORTA, Francisco J., *El Cansancio de la Democracia*, en *Democracia y Representación: Un Debate Contemporáneo*, CARBONELL, Miguel (compilador) et al., (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005).
- NYHAN, Brendan & REIFLER, Jason, *Misinformation and Fact-checking: Research Findings from Social Science* (New America Foundation, 2012).
- MIGUEL, Jesús M. de & MARTÍNEZ-DORDELLA, Santiago (2014). «Nuevo índice de democracia» en Revista Española de Investigaciones Sociológicas, disponible en: <http://dx.doi.org/10.5477/cis/reis.146.93>
- MILL, John Stuart, *Consideraciones sobre el Gobierno Representativo* (Universidad de Sevilla, Edición Digital).
- NEGRI, Antonio & HARDT, Michael, *Empire* (Harvard University Press, 2001).
- NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa* (Gedisa, 1997).
- REFRAME IT: <http://blog.reframeit.com/>
- SÁEZ RUEDA, Luis, *Movimientos Filosóficos Actuales* (Trotta, 2001).
- SÁEZ RUEDA, Luis, *Ontología política como terapia de la cultura estacionaria y llamada al ser-cenital* (Otros Logos. Revista de Estudios Críticos, nº 1, 2010, pp. 125-146).
- SARTORI, Giovanni, *En Defensa de la Representación Política*, en *Democracia y Representación: Un Debate Contemporáneo*, CARBONELL, Miguel (compilador) et al., (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005).
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la Democracia?* (Taurus, 1993).
- STRATE, Lance, *El Medio y el Mensaje de McLuhan*, en Revista Infoamérica ICR, 2012.
- WOLFF, Jonathan, *Filosofía Política, Una Introducción* (Ariel Filosofía, 2012).

COLABORADORES

La relación auto acordado-ley en nuestro ordenamiento jurídico a propósito del Acta N° 54-2014 de la Corte Suprema

ALONSO PÉREZ BARRERA*

RESUMEN

La relación entre el auto acordado y la ley, más allá de una relación entre normas, tiene un aspecto competencial relevante entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo. La potestad normativa de la Corte Suprema, al no tener fijado constitucionalmente algunos de sus aspectos esenciales, ha dado pie a numerosas intromisiones en la reserva legal contenida en el artículo 63 de la Constitución Política de la República. El presente trabajo analiza en específico el Acta N°54-2014, auto acordado que regula la tramitación electrónica en los tribunales con competencia civil, y su relación con el proyecto de ley que modifica el Código de Procedimiento Civil para establecer la tramitación digital de los procedimientos

ABSTRACT

The relationship between the regulatory act of the Supreme Court and the law, beyond the relationship between norms, has a relevant competential aspect amidst the Judiciary and the Legislature. The regulatory powers of the Supreme Court, having not constitutionally set some of its essential aspects, it has given rise to numerous intrusions into the legal reserve in Article 63 of the Constitution of the Republic. This paper specifically analyzes Act No. 54-2014, which is a self-settled law regulating electronic filing in courts with civil jurisdiction, and its relation to the draft law amending the Code of Civil Procedure to establish the digital processing of court proceedings, in addition to the

* Egresado de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. El presente trabajo es parte de la memoria para el grado “Autos Acordados: consecuencias de su falta de regulación legal”. Ha sido escrito en el marco del “V Congreso Estudiantil de Derecho de la Judicatura” celebrado el 8 y 9 de octubre de 2015. Si bien para entonces no se encontraba publicada la Ley N° 20.886 sobre tramitación electrónica, ésta no altera las conclusiones de este artículo.

judiciales, además de la legislación vigente en materia procesal y la ley 19.799.

current legislation on procedural matters and Law 19.799.

PALABRAS CLAVE

Acta N°54-2014 – tramitación digital – auto acordado – reserva legal.

KEYWORDS

Act No. 54-2014 – digital processing – regulatory act – legal reserve.

I. ASPECTOS GENERALES

La inacción del legislador como presupuesto del actuar de la Corte Suprema para uso de su potestad normativa es una de las hipótesis que parte de la doctrina le asigna a los autos acordados. Entre ellos se pueden enumerar, aparte de la función organizativa y correctiva del servicio de justicia, una *función de ejecución e interpretación de la ley procesal*. Otros autores señalan que cumplen una *función reparatoria de una ley defectuosa*, y otra parte de la doctrina considera que se trata de una *función supletoria de la ley procesal*, inclusive algunos han dicho que se trata de una verdadera *función legislativa delegada*.¹

Entender la atribución normativa de la Corte Suprema en términos de funcionalidad relacionada con la ley, explica una praxis jurídica en la cual la relación auto acordado-ley no solo tendrá que ver con la aceptación y eventual obligatoriedad de los autos acordados, sino además una eventual intromisión normativa del Poder Judicial en el legislativo.

Esta relación entre normas tiene un aspecto competencial relevante. Nuestra Constitución contiene un sistema de distribución de competencias normativas, el cual no se encuentra plenamente racionalizado². El reparto de Nuestra Carta Fundamental, regula en su artículo 63 aquellas materias que son de ley, reserva legal que opera como un límite para la potestad reglamentaria del Presidente de la República, la cual consiste en una habilitación residual general contenida en el artículo 32 N°6³. No ocurre lo mismo con los autos acordados, dada su falta de regulación expresa por el Constituyente, más allá

¹ Moraga Klenner, Claudio (2007): “*Auto Acordados como fuente de Derecho Público*”, en *Trigésima séptimas jornadas de Derecho Público. Fuentes de Derecho Público*, Valparaíso 8 y 9 de noviembre de 2007, Facultad de Derecho de Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 1.

² ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2009): “*La Distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del fiscal nacional*”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIII, Nº 2, p. 382.

³ ALDUNATE (2009), p. 371.

de solo referirse a su existencia a propósito del control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional.

Haciendo una interpretación extensiva del artículo 93 inciso 1º nº2 de la Constitución, dicha norma solo señala como elementos reglados de la potestad el hecho de su existencia misma y el órgano competente. Sin embargo, existen aspectos esenciales que no han sido reglados. Se trata del supuesto fáctico que legitima para su empleo, vale decir, casos y condiciones bajo las que puede ser utilizada y el fin de la potestad, es decir, la finalidad concreta que el uso de la potestad debe perseguir⁴. Ello al menos no constitucionalmente, dado que existen habilitaciones legales dispersas en el Código Orgánico de Tribunales.

Dicho de otro modo, que el Poder Judicial se entrometa en las facultades normativas del Poder legislativo tiene su razón de ser principalmente en su falta de regulación, lo cual genera que esta potestad pueda ser utilizada de manera discrecional. Lo anterior se manifiesta en una serie de autos acordados que se inmiscuyen en materias de ley que no han dejado indiferentes a los distintos operadores jurídicos. La Asociación Nacional de Magistrados ha impugnado en diversas ocasiones una serie de autos acordados, por ejemplo las actas 182, 183, 184 y 186, todas del año 2014 y el acta 44 - 2015, solicitando a la Corte Suprema su derogación. Por otro lado, el auto acordado sobre la acción de protección ha tenido varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca de su constitucionalidad.⁵

II. TRAMITACIÓN DIGITAL: ENTRE EL AUTO ACORDADO Y EL PROYECTO DE LEY

La Corte Suprema el 23 de abril del año 2014 a través del Acta N°54-2014 ha dictado el auto acordado que regula la tramitación electrónica en los tribunales con competencia civil.

El citado auto acordado dispone :

“Segundo. Tramitación electrónica. Las causas que se tramiten mediante procedimiento ejecutivo y gestiones preparatorias serán registradas exclusivamente en el sistema informático de tramitación. Sólo se conformará expediente físico, en soporte de papel, al deducirse oposición por el ejecutado por medio de una o más excepciones a la ejecución; al interponerse tercerías y al recurrirse

⁴ CORDERO QUINZACARA, Eduardo(2013): “*La potestad pública*”, material docente de la cátedra de Derecho Administrativo I, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 4.

⁵ STC Rol 1557-2011, 1812-2011, 1816-2011, 1817-2011.

de apelación y casación en la forma en contra de las resoluciones y sentencias de primera instancia.

En los demás procedimientos ante los tribunales con competencia civil se continuará confeccionando el expediente físico en soporte de papel, integrando los escritos, resoluciones y demás actuaciones conforme a su fecha, agregando los archivos respectivos, los que se imprimirán desde el sistema informático, en su caso⁶.

Este artículo es el eje del Acta 54-2014. Dicho precepto surge principalmente ante la carga existente en los tribunales de instancia por el excesivo porcentaje de causas tramitadas en procedimiento ejecutivo y las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva.

Un estudio de análisis de trayectoria de las causas civiles en los tribunales civiles de Santiago del año 2009 es lapidario. Dicho informe estadístico señala que aquellos procedimientos que inician con una demanda ejecutiva corresponde a un 70,55% del total y los denominadas gestiones preparatorias de la vía ejecutiva alcanzan un 25,89%, teniendo una fuerte presencia, por no decir absoluta, los procedimientos ejecutivos en la carga de los tribunales civiles⁷. La estadística es aún más grotesca, ya que solo el 1,7% de los casos finaliza con una respuesta efectiva a la pretensión del demandante, ya sea mediante el pago de los créditos y/o la sentencia definitiva. Los datos llaman la atención debido al alto porcentaje de causas que prácticamente no tienen tramitación (se podría decir que “nacen muertas”)⁸.

Luego, en su artículo 14, señala que la “implementación de las medidas dispuestas en el presente auto acordado se realizará de manera gradual”. Dicha implementación se ha llevado a cabo este año 2015 en una serie de tribunales, en el cual el 2do juzgado civil de Viña del Mar encabezará la ejecución de este plan en la región.

Paralelamente, con fecha 19 de agosto de 2014, en el Congreso se ha presentado el proyecto de ley iniciado por los Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, que modifica el Código de Procedimiento

⁶ Acta Nº 54-2014 Corte Suprema

⁷ DUCE, Mauricio; HERNÁNDEZ, Cristián; MEDRANO, Adrián; VARGAS, Macarena (2011): “*Estudio de análisis de trayectoria de las causas civiles en los tribunales civiles de Santiago*” (Santiago, CEJA-JSCA). Disponible en: <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Estudiotrayectorias-Causas-Civiles-en-Tribunales-Civiles-Santiago.pdf> [fecha de consulta: 2 de octubre de 2015], p. 16

⁸ *Ibid.*, p. 27-28

Civil para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales.⁹ Dicho proyecto ha visto la luz a través de la Ley Nº 20.886, que modifica el Código de Procedimiento Civil, para establecer la tramitación electrónica de los procedimientos.

Los parlamentarios señalan que “este proyecto se erige como una antesala a la anunciada reforma al sistema procesal civil, en que se busca agilizar los procesos, abaratar los costos de litigación, establecer una litigación responsable por parte de los abogados y generar mayor cercanía de los justiciables con nuestro arcaico sistema de justicia civil.” El proyecto consagra el “expediente digital”, que asegura fidelidad, preservación y reproducción, además de reducir los costos de papel y abaratamiento de los costos de litigación para las partes. Provoca una mayor cercanía a través de una mayor facilidad de acceso al expediente y de un cambio en las notificaciones, reemplazando la notificación por el estado diario por una notificación digital en el portal de Internet del Poder Judicial.

Lo anterior pretende un cambio legislativo del Código de Procedimiento Civil del Libro I (Disposiciones comunes a todo procedimiento) en su Título V (De la formación del proceso, de su custodia y de su comunicación a las partes). Sólo a modo de ejemplo, significa una modificación del artículo 29 del cuerpo legal mencionado, en relación a la formación del proceso, se deroga el artículo 31 relacionado con las copias de escrito, y una serie de modificaciones a las notificaciones, entre otros.

Dicho proyecto, en palabras de la directora de la Asociación Nacional de Magistrados, Lidia Pozas “no viene a modificar el procedimiento, sino que únicamente se refiere al soporte en que éste se registra, el cual pasa a ser electrónico”. Al respecto ejemplifica señalando que hoy en día una demanda ingresa a distribución en la Corte de Apelaciones respectiva y demora dos a tres días en llegar al tribunal. A dicho tercer día debe agregársele un día más de trabajo administrativo interno del tribunal, en que se ordena la causa y se distribuye al funcionario correspondiente. A lo anterior deben adicionarse tres días para que los abogados concurren a autorizar los poderes. Posteriormente, la resolución que se dicta debe ser firmada por el Secretario, coserse al expediente y pasar al mesón. Estos pasos, resume, han completado entre siete y diez días.

La magistrada precisa que con la tramitación digital, este lapso se reducirá, a lo menos, a la mitad, porque una demanda ingresada a la Corte estará en el

⁹ Boletín nº 9.514-07. Disponible en : https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9923&prmBL=9514-07 . [fecha de consulta: 3 de octubre de 2015].

tribunal competente ese mismo día o a más tardar al día siguiente, y al cuarto día se podrá dictar la primera resolución que recaiga sobre la causa.¹⁰

El proyecto de ley hace una mención expresa del auto acordado que la antecede. En su parte preliminar, los incluye dentro del capítulo “Legislación Vigente y Auto Acordados (sic) de la Corte Suprema sobre la materia”. En el capítulo citado se puede apreciar el contexto actual normativo relacionado a la tramitación digital, en el cual el auto acordado coexiste con las normas del Código de Procedimiento Civil.

La Corte se ha adelantado en la voluntad de regular la tramitación digital a los órganos colegisladores. A pesar de ello, el proyecto de ley significa una mayor profundización de lo que ha venido realizando en estos años el Poder Judicial en una serie de autos acordados, citados para el efecto en el mismo proyecto de ley¹¹. Dicha posibilidad de profundización dice relación con un mayor alcance de la facultad normativa que tiene el Poder Legislativo. En este sentido, si bien ambos poderes comparten una misma voluntad, la diferencia radica en el procedimiento para la dictación de cada una de estas normas, significando un procedimiento más simple el de dictar un auto acordado, por un lado, pero por otro la limitación de la reserva legal provoca que dicha profundización requiera necesariamente una modificación legal.

De todas formas, tanto el Acta 54-2014 como el proyecto de ley en cuestión trae aparejada una desventaja. El alto ingreso de demandas ejecutivas no va a disminuir con la tramitación digital de los procedimientos, sino por el contrario debe aumentar por la facilidad del acceso a la justicia que tendrán en la actualidad con la implementación del acta 54 y posteriormente con la modificación legal. Sin embargo, Lidia Pozas destaca que si bien el número de demandas aumentará, pues se estará facilitando el ingreso de las mismas al sistema, por otra parte, la experiencia en materia de demandas masivas hizo limitar el número de éstas por usuario, debido a la saturación del sistema.

¹⁰ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica el Código de Procedimiento Civil para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales. Boletín Nº 9.514-07. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9923&prmBL=9514-07 [fecha de consulta: 3 de octubre de 2015].

¹¹ Acta N° 164-2013 sobre “Tramitación de Recursos de Protección de garantías constitucionales en sistemas informáticos”; el que consta en el Acta N° 40-2014 sobre “Regulación de la utilización de la firma digital avanzada en el nuevo módulo de sentencias del sistema informático de tramitación de causas de los tribunales del sistema procesal penal”; y en el Acta N° 113-2006 sobre “Tramitación en sistemas informáticos en las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema”.

III. CORTE SUPREMA Y PODER LEGISLATIVO, UNA MISMA VOLUNTAD

La Corte Suprema basa su competencia para dictar dicho auto acordado en el ejercicio de las facultades directivas y económicas de la Corte y en conformidad a los artículos 79 de la Constitución y 96 nº4 del Código Orgánico de Tribunales.

La relación auto acordado - ley implica, más allá de una relación normativa, una de carácter competencial entre el poder legislativo y la Corte Suprema como parte del poder judicial. El llamado a crear normas por autonomía es el poder legislativo, habilitado por el artículo 63 de la Carta Fundamental. Por otro lado, el Presidente de la República tiene una habilitación residual general del artículo 32 nº6, siempre respetando la reserva legal.

No existe regulación explícita en la Constitución, más allá de su existencia como control que debe ejercer sobre estos actos el Tribunal Constitucional. Solo contempla una regulación legal en el artículo 96 nº4 del Código Orgánico de Tribunales y otros artículos dentro del mismo cuerpo legal. El cuerpo legal citado habla de un tipo de autos acordados de una naturaleza y funcionalidad interna, distinta a la del Acta 54 que tiene efectos externos¹². Al respecto podemos decir que no solo hay un tipo de autos acordados y que la potestad normativa de la Corte Suprema se manifiesta de diferentes formas, desde nombramientos hasta la acción de protección.

A lo anterior hay que agregar un dato. El Acta 54-2014 ha sido dictado con el voto en contra del Sr. Dolmestch quien estuvo por no disponer las medidas adoptadas en el presente auto acordado en atención a que, a su juicio, ello es improcedente, desde que la materia de que se trata es de reserva legal.

Para MENESES PACHECO, dicho cuestionamiento es improcedente, debido a que la Corte Suprema ha actuado dentro del marco fijado por la Ley Nº 19.799 de 2002.¹³

Argumenta que los artículos del 29 al 37 del Código de Procedimiento Civil consagran el principio de escritura respecto de los juicios civiles y que por

¹² ANSALDI BALTAZAR, Octavio (2012): *Auto acordados y su ámbito regulatorio* (Santiago de Chile, LibroTecnia), pp. 75-81. El autor señala que “los autos acordados reglamentarios admiten una subclasificación, en atención a si su ámbito de aplicación es *interna o externa corporis*, de manera que es posible hablar de autos acordados reglamentarios internos y autos acordados reglamentarios externos”.

¹³ MENESES PACHECO, Claudio (2014): “*El expediente electrónico en los procesos civiles*”. Disponible en: <http://www.ichdp.cl/el-expediente-electronico-en-los-procesos-civiles/> [fecha de consulta: 2 de octubre de 2015].

lo tanto la modificación de dichos preceptos debe ser a través de la dictación de leyes. En este contexto, el Acta Nº54-2014 implicaría una intromisión en asuntos propios de la legislación. Sin embargo, en palabras del autor, la cuestión recién expuesta hay que responderla a la luz de los preceptos de la Ley Nº19.799 de 2002, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma.

Señala al respecto que el artículo 1º inciso 2º del citado cuerpo legal, consagra el “principio de equivalencia del soporte electrónico al soporte papel”. Dicho principio es sostenido además por una serie de preceptos que tienen como finalidad la ejecución de dicho principio, entre ellos el artículo 6º inciso 1º de la misma ley, conforme con el cual los órganos del Estado (dentro de los cuales están los tribunales de justicia) “podrán ejecutar o realizar actos, celebrar contratos y expedir cualquier documento, dentro de su ámbito de competencia, suscribiéndolos por medio de firma electrónica” y el artículo 7º que consagra el aludido principio de equivalencia al campo de las actuaciones públicas. Indica en su inciso 1º que “los actos, contratos y documentos de los órganos del Estado, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte de papel”.

No estoy de acuerdo. Una modificación de un cuerpo legal como el caso del Código de Procedimiento Civil tiene que ser explícita. En ningún precepto de la Ley Nº19.799 señala que las actuaciones jurisdiccionales se regirán por esta ley. En su artículo 1º señala “ las actividades reguladas por esta ley” de manera genérica, no correspondiendo incluir dentro de éstas a la actividad jurisdiccional por el principio de especificidad, debiendo por lo tanto regularse por el Código de Procedimiento Civil, salvo norma expresa¹⁴.

El principio de especialidad tiene como objetivo resolver conflictos de normas del mismo grado o jerarquía, expresado en el adagio *lex especiali derogat lex generali* y que nuestro Código civil recoge en su art. 13 en los siguientes términos: “*Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición*”¹⁵. Lo esencial de este principio es que la ley

¹⁴ Un ejemplo en relación a tramitación electrónica podemos encontrarlo en el Nº 6 del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, el cual ha sido incorporado por la Ley Nº 20.217, de 12 de noviembre de 2007. El citado artículo dispone:

“Art. 342. Serán considerados como instrumentos públicos en juicio, siempre que en su otorgamiento se hayan cumplido las disposiciones legales que dan este carácter:

“*Los documentos electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada.*”

¹⁵ CORDERO QUINZACARA, Eduardo(2009): “*Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno*”, *Revista Ius et Praxis*, vol. XV, Nº2, p.41.

especial prevalece sobre la general, ello es así ya sea que se trate de preceptos contenidos en una misma ley, o que estén en leyes diferentes¹⁶. Luego, en la historia de la ley 19.799 se señala: “existen en la iniciativa legal en estudio, de una parte disposiciones de carácter material o sustantivo, ocasionalmente acompañadas de reglas de naturaleza procesal y de otra parte, reglas de índole puramente administrativa, como las relativas al uso de firmas electrónicas en la administración del Estado y las que regulan la intervención pública en el mercado de certificación de esta clase de firmas. De manera que, si no fuera por los cinco primeros artículos, reglas sustantivas por excelencia y que constituyen el núcleo de la iniciativa legal, podría afirmarse que se trata de una reglamentación de naturaleza puramente administrativa”¹⁷.

IV. SOLO UN PODER ES COMPETENTE

Es por ello que no es correcto que una ley de carácter administrativa modifique el Código de Procedimiento Civil. Dicha modificación dice relación directa con el acto jurídico procesal, el cual se rige por principios propios, diversos al acto jurídico en material civil y el acto administrativo. De hecho el inciso 2º del art. 1º se refiere a los principios de la ley 19.799, señalando: “*Las actividades reguladas por esta ley se someterán a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel*”. El principio de equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel no está contenido en la regulación procesal, el cual consagra en sus arts. 29 y siguientes el principio de escrituración, principio diverso al contenido en la ley 19.799.

Luego el artículo 3º inciso 2º dispone que lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable a los actos o contratos otorgados o celebrados en los casos siguientes:

a) Aquellos en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico; “.

El Código de Procedimiento Civil es claro en sus artículos 29 y siguientes en cuanto a la exigencia de solemnidades, las que deben constar por escrito. Sólo una modificación legal como la que pretende el proyecto de ley citado

¹⁶ Véase lo señalado por GUZMÁN BRITO, Alejandro (2000): “*Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*” (Santiago, Ed. Jurídica), p. 100.

¹⁷ Historia de la ley N° 19.799, *documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma*, disponible en: www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/567/1/hdl-19799.pdf . [fecha de consulta: 3 de enero de 2015].

daría cabida a la tramitación digital con la validez suficiente que exige nuestro sistema legal.

A esto hay que agregar que cuando el artículo 6º de la Ley N°19.799 dispone que “podrán ejecutar o realizar actos, celebrar contratos y expedir cualquier documento, dentro de su ámbito de competencia, suscribiéndolos por medio de firma electrónica”, el ámbito de competencia de los tribunales de instancia viene determinado por los cuerpos legales antes citados, no por la Ley N°19.799 como he argumentado. De realizar un acto aplicando la Ley N°19.799, estaría vulnerando el artículo 19 Nº3 inciso 5º, en el cual , “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”. Dicho proceso, en la actualidad aún sigue vigente el principio de escritura, debiendo respetarse por el órgano jurisdiccional lo dispuesto en los artículos 29 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

MENESES señala además que para tales fines (en específico el principio de equivalencia del soporte electrónico al soporte papel), la Ley N°19.799 de 2002 ha autorizado que los órganos del Estado dicten normas reglamentarias; así consta en los artículos 10 y 25. En virtud de dichos preceptos, la Corte Suprema estaría habilitada para dictar el Acta 54-2014.

Sin embargo, lo anterior no es correcto. Estas normas no significan una habilitación a la Corte Suprema a dictar autos acordados en la materia. Ello, porque señalar que el auto acordado es una norma reglamentaria no es más que una opinión de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así tanto Eduardo ALDUNATE¹⁸ como Francisco ZÚÑIGA¹⁹ señalan que se trata de una potestad reglamentaria de un poder jurisdiccional, pero en base a un aspecto fáctico, dado a la no-positivización de esta fuente normativa o fuente no jurídico-positiva. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por su parte, ha hecho lo mismo en la STC 783-2007, no estando exenta de críticas por los mismos autores recién señalados, dado que basa su interpretación²⁰

¹⁸ ALDUNATE (2009),pp. 380-381. El autor señala que “se trata de disposiciones generales y abstractas que emanen del ejercicio de potestades administrativas. La circunstancia de que el órgano del cual emanen sea aquél a quien se le encomienda de manera principal el ejercicio de la función jurisdiccional no altera el hecho de que no ejerce esta función jurisdiccional cuando dicta un auto acordado”.

¹⁹ ZÚÑIGA URBINA, Francisco (1998): “Corte Suprema y sus competencias. Notas acerca de su potestad normativa (Autos Acordados)”, *Revista Ius et Praxis*, vol. IV, Nº 1, p. 228. El autor señala que “podemos concebir los “ autos acordados” como normas procesales administrativas fruto del acuerdo que adoptan tribunales colegiados y superiores de justicia en ejercicio de una potestad normativa emanada de una función administrativa asignada por la Constitución o la ley a estos órganos”.

²⁰ Reyes Kokisch (2007): Tribunal Constitucional, sentencia Rol 783, de 31 de agos-

en un argumento histórico²¹ o en la tradición²², basado en las facultades económicas atribuidas a los tribunales, además de ampliar sin una justificación idónea el ámbito de los autos acordados, pudiendo en su opinión incluso abarcar materias que la Constitución ha reservado al legislador, cuando éste no ha actuado o ha sido pasivo en la regulación²³.

Ello no es suficiente. El Constituyente en ningún precepto constitucional ha señalado que la potestad de la Corte para dictar autos acordados es de carácter reglamentario. No es correcto interpretar una potestad pública en virtud de una opinión doctrinal o jurisprudencial. No podemos por analogía crear una habilitación legal según lo que disponen los artículos 10 y 25 de la Ley N°19.799 en relación a la Constitución, dado que no existe tal atri-

to de 2007. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por María Isabel Reyes Kokisch en contra del Auto Acordado Relativo al Procedimiento a Utilizarse para hacer Efectiva la Responsabilidad Disciplinaria de los Funcionarios y Empleados Judiciales, dictado el 13 de octubre de 1995 por la Corte de Apelaciones de Santiago y publicado en el *Diario Oficial* de 17 de noviembre de 1995. En su considerando 24º el Tribunal Constitucional señala: “[...] se ha entendido que la capacidad para dictar autos acordados proviene de las llamadas facultades económicas que competen, en primer lugar, a la Corte Suprema, aunque también a las Cortes de Apelaciones. Esta facultad tiene igualmente consagración constitucional expresa en el artículo 82, precepto que viene repitiéndose en nuestras cartas fundamentales desde 1828”

²¹ ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2011): “Control de Constitucionalidad de Autos Acordados”, *Revista Estudios Constitucionales*, año IX, N°1, p. 414. El autor señala: “el Tribunal Constitucional incurre en un notorio yerro, no oscurecido por los antecedentes histórico-jurídicos acerca de los autos acordados, y que consiste en hacer *tabula rasa* del problema de inconstitucionalidad competencial que está presente cuando un órgano constitucional (Corte Suprema), en ejercicio de una potestad administrativa-reglamentaria (“superintendencia económica”) dicta autos acordados (en rigor verdaderos reglamentos administrativos y jurídicos, por utilizar una distinción clásica del derecho público) en el marco de una competencia administrativa; sustituyendo a los órganos legislativos en el ejercicio de una potestad y competencia legislativa; en la medida que pertenece al dominio legal la normación de los procedimientos o formas en las que cristaliza el proceso y a través de las cuales se encausa la potestad jurisdiccional del Estado”.

²² ALDUNATE (2009), p 383. El autor señala que “el Tribunal Constitucional elige un camino de dudosa constitucionalidad, dejando al descubierto el componente de legitimación tradicional al que se ha aludido precedentemente. En efecto, señala el Tribunal que “desde siempre” se ha entendido que la capacidad para dictar autos acordados proviene de las facultades económicas que competen, en primer lugar, a la Corte Suprema, aunque también a las cortes de apelaciones. Este es un cuestionable giro de nuestro Tribunal Constitucional hacia fuentes no jurídicas, o al menos no jurídico-positivas del ordenamiento jurídico público de nuestro país”.

²³ Reyes Kokisch (2007), en su considerando 25º el Tribunal Constitucional expone: “En aspectos de funcionamiento en que el legislador no ha establecido normas o que expresamente la Constitución no la ha reservado a éste, el propio órgano judicial puede autoregularse”.

bución con características de reglamento de la Corte positivizada en nuestra Carta. La Corte solo puede basar su potestad para dictar autos acordados en aquellos preceptos legales que lo disponen expresamente, como es el caso del artículo 96 Nº4 del Código Orgánico de Tribunales y dicho artículo tiene un presupuesto fáctico claro, que no corresponde con una habilitación para haber dictado el Acta Nº54-2014.

Inclusive, aceptando la tesis de que la Corte si tiene una potestad normativa de carácter reglamentario, ésta siempre debe ser infraconstitucional e infralegal. Sin embargo ello no ocurre en este caso, dado que el auto acordado regula normas procedimentales relacionadas con la tramitación digital. Lo anterior es aún más claro dado que entre el Acta 54-2014 y el proyecto de ley sobre tramitación digital de los procedimientos judiciales existe una misma voluntad en distintos poderes, solo variando el nivel de profundización entre una y otra norma. No es correcto lo señalado por Lidia Pozas cuando dice que el proyecto de ley “no viene a modificar el procedimiento, sino que únicamente se refiere al soporte en que éste se registra, el cual pasa a ser electrónico”. Las formas son un aspecto relevante en los procedimientos, con objetivos claros de entregar seguridad y certeza jurídica a las partes y dotan de validez las actuaciones de los órganos jurisdiccionales²⁴. Se refieren a las reglas de procedimiento, que son aquellas que establecen los mecanismos de transmisión de conocimiento para determinar si se respetaron o no las reglas sustantivas y de remedios. Por ello el procedimiento es el conjunto de reglas de forma, espacio y tiempo dispuestas para la realización de determinadas actividades.²⁵ Éstas formalidades son necesarias y de ninguna manera afectan, sino más bien coadyuvan a la eficiencia y transparencia de la función jurisdiccional.

Tanto el proyecto de ley como el auto acordado en cuestión suponen una modificación del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, solo uno de ellos está habilitado constitucionalmente para provocar dicho cambio, el Poder Legislativo.

En la hipótesis de aceptar el carácter reglamentario de los autos acordados, si hay un límite a esta potestad, el cual está dado por la reserva legal contenida en

²⁴ En un mismo sentido, CARRETTA MUÑOZ, Francesco (2014): “*La desformalización del proceso judicial de familia e infancia*”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLII, Nº1. pp. 483-485. Las formas constituyen un verdadero freno a decisiones arbitrarias de parte de la autoridad. Significan una de las modalidades para asegurar la imparcialidad del órgano jurisdiccional.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; PÉREZ RAGONE, Álvaro; NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2010): “*Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*”(Santiago, LegalPublishing),pp. 24-25.

el artículo 63º de nuestra Constitución. El Acta 54-2014 ha regulado materias que son propias de ley, significando una intromisión de la Corte Suprema en las atribuciones que son propias del legislativo. El hecho de que los legisladores hagan una referencia en el proyecto de ley a los autos acordados sobre esta materia, junto con la legislación vigente, no es un buen indicio.

Que la Corte Suprema dicte este tipo de autos acordados supone una afectación al principio democrático y el principio de legalidad, éste último funda y domina las normas que integran el Derecho público, según el cual los órganos del Estado sólo pueden hacer aquello que expresamente le faculta el ordenamiento jurídico: *quae no sunt permissae, prohibita intelliguntur*²⁶, regla que por lo demás esta recogida expresamente en el inc.2º del artículo 7º de la Constitución²⁷.

El Poder Legislativo no puede convalidar este tipo de actuaciones que puedan afectar el equilibrio entre los distintos Poderes del Estado. Los autos acordados no pueden invadir el reparto de las competencias de los otros órganos con facultades normativas, esto es el Congreso Nacional y el Presidente de la República.

CONCLUSIONES

El constituyente en su labor de fijar cada una de las potestades normativas de los distintos poderes del Estado ha dejado su tarea inconclusa. Esto sin duda debe verse a la luz del principio de juridicidad, ya que hablamos a propósito de órganos del Estado. Si bien ha regulado tanto la potestad reglamentaria del Presidente de la República, así como aquellas materias que son de ley, no lo ha hecho con la misma rigurosidad respecto de los autos acordados.

Lo anterior genera un margen de discrecionalidad de parte de aquellos tribunales con la facultad de dictar autos acordados. Dicha discrecionalidad de todas formas puede encontrar ciertos límites si la interpretamos en relación con las potestades de otros poderes. Así las cosas, en el entendido de que los autos acordados tienen una naturaleza de carácter reglamentario, estas normas tienen como límite natural la reserva legal del Poder Legislativo.

²⁶ CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2012): “*La nulidad de los actos administrativos y sus causales*”, en *IX Jornadas de Derecho Administrativo*, Valparaíso 23 y 24 de agosto de 2012, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, p.3 .

²⁷ “*Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferidos en virtud de la Constitución o las leyes*”

El Tribunal Constitucional por su parte reafirma esta situación, fijando la facultad para dictar autos acordados como una de carácter reglamentario y que excepcionalmente, cuando así lo requiera, podrá dictar autos acordados para llenar vacíos legales en relación a los procedimientos. Lo anterior no hace más que generar un elemento de discrecionalidad más. Será el propio órgano que dicte el auto acordado el que valorará si la ley es suficiente para la regulación de su propia actividad. Sin embargo, en el caso del Acta 54-2014, si existe una regulación acabada contenida en el Código de Procedimiento Civil, por lo cual, el argumento de la inacción del legislador no tiene cabida alguna.

Todo lo dicho parece indicarnos que si bien existe un conflicto de poderes evidente, en tanto una intromisión de los autos acordados en las potestades del Poder Legislativo, el conflicto parece ser más bien aparente, dada la tolerancia de los distintos poderes del Estado. Pero este es uno de los casos en que la carencia de conflicto no es una situación deseable. La pasividad ante esta situación pone en jaque el principio democrático y da pie a la vulneración de las garantías constitucionales de carácter procedural. La reforma constitucional del año 2005 ha sido insuficiente para resolver este conflicto.

I. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2009): “*La Distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del fiscal nacional*”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIII, Nº 2.
- ANSALDI BALTAZAR, Octavio (2012): *Auto acordados y su ámbito regulatorio* (Santiago de Chile, Librotecnia).
- CARRETTO MUÑOZ, Francesco (2014): “*La desformalización del proceso judicial de familia e infancia*”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLII, Nº1.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2012): “*La nulidad de los actos administrativos y sus causales*”, en *IX Jornadas de Derecho Administrativo*, Valparaíso 23 y 24 de agosto de 2012, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo(2013): “*La potestad pública*”, material docente de la cátedra de Derecho Administrativo I, primer semestre año 2013, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2009): “*Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno*”, *Revista Ius et Praxis*, vol. XV, Nº2.
- DUCE, Mauricio; HERNÁNDEZ, Cristián; MEDRANO, Adrián; VARGAS, Macarena (2011): “*Estudio de análisis de trayectoria de las causas civiles en los tribunales civiles de Santiago*” (Santiago, CEJA-JSCA). Disponible en : <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Estudio-Trayectorias-Causas-Civiles-en-Tribunales-Civiles-Santiago.pdf> [fecha de consulta: 2 de octubre de 2015].
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2000): “*Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*” (Santiago, Ed. Jurídica).

- MARINONI, Luiz Guilherme; PÉREZ RAGONE, Álvaro; NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2010): “*Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*”(Santiago, LegalPublishing).
- MENESES PACHECO, Claudio (2014): “*El expediente electrónico en los procesos civiles*”. Disponible en: <http://www.ichdp.cl/el-expediente-electronico-en-los-procesos-civiles/> [fecha de consulta: 2 de octubre de 2015].
- MORAGA KLENNER, Claudio (2007): “*Auto Acordados como fuente de Derecho Público*”, en *Trigésima séptimas jornadas de Derecho Público*. Fuentes de Derecho Público, Valparaíso 8 y 9 de noviembre de 2007, Facultad de Derecho de Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (1998): “*Corte Suprema y sus competencias. Notas acerca de su potestad normativa (Autos Acordados)*”, *Revista Ius et Praxis*, vol. IV, Nº 1.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2011): “*Control de Constitucionalidad de Autos Acordados*”, *Revista Estudios Constitucionales*, año IX, Nº1.

Jurisprudencia Citada

Reyes Kokisch (2007): Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol 783, de 31 de agosto de 2007. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por María Isabel Reyes Kokisch en contra del Auto Acordado Relativo al Procedimiento a Utilizarse para hacer Efectiva la Responsabilidad Disciplinaria de los Funcionarios y Empleados Judiciales, dictado el 13 de octubre de 1995 por la Corte de Apelaciones de Santiago y publicado en el *Diario Oficial* de 17 de noviembre de 1995.

