



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

N.º 19
OCTUBRE DE 2021

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

DIRECTOR

Dr. Julio Alvear Téllez

SUBDIRECTOR

Dr. Eduardo Andrades Rivas

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Dra. Vanessa Cisterna Rojas

COORDINADOR

Mg. Gaspar Jenkins Peña y Lillo

CONSEJO CIENTÍFICO

Derecho Público Iberoamericano

es una publicación semestral que se edita en abril y octubre de cada año.
Los trabajos científicos son sometidos al proceso de arbitraje ciego externo.

Prof. Dr. Danilo Castellano Università di Udine (Italia)	Prof. Dr. Santiago Legarre Universidad Católica de Argentina (Argentina)
Prof. Dr. Gilles Dumont Université de Nantes (Francia)	Prof. Dr. Agustín Squella Narducci Universidad de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna Universidad Complutense de Madrid (España)	Prof. Dr. Javier Couso Universidad Diego Portales (Chile)
Prof. Dr. Miguel Ayuso Universidad Pontificia de Comillas (España)	Prof. Dr. José Ignacio Martínez Universidad de Los Andes (Chile)
Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut Universidad de Santiago de Compostela (España)	Prof. Dr. José Manuel Díaz de Valdés Universidad del Desarrollo (Chile)
Prof. Dr. Santiago Sánchez González Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)	Prof. Dr. Carlos Salinas Araneda Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda Universidad de la Sabana (Colombia)	

REPRESENTANTE LEGAL

Sr. Federico Valdés Lafontaine

VERSIÓN IMPRESA: ISSN 0719-2959

VERSIÓN ONLINE: ISSN 0719-5354

Índices y bases de datos internacionales: Latindex (Catálogo) – VLex – Dialnet

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

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

AÑO 10 • N.º 19 • OCTUBRE DE 2021

ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

APORTES AL PROCESO CONSTITUYENTE

Max Silva Abbott

Algunos efectos teóricos que se producen al interior
de un ordenamiento jurídico
como fruto de la incorporación de tratados de derechos humanos
al bloque de constitucionalidad

13

Miguel Ángel Fernández González

El acceso a información pública
en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
y su incidencia en la justicia ordinaria

55

José Víctor Alfredo Contreras Ugarte

La Asamblea Constituyente española
y su resultado constitucional.
La Constitución de 1978

97

Aníbal Quiroga León

La actualidad del proceso constituyente en el Perú

117

IMPLICANCIAS DEL DERECHO CIVIL

Germán Ovalle Madrid

Aspectos esenciales de la teoría de la simulación de los contratos
en el derecho civil español

131



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

FILOSOFÍA POLÍTICA Y ECONÓMICA

Julio Alvear Téllez
¿Cuál es el espíritu de capitalismo?
Los distintos modelos de comprensión y de crítica
165

ENSAYOS

Eduardo Soto Kloss
Jaime Guzmán y su intervención en la Comisión Ortuzar
en la discusión y aprobación del texto
que crea el llamado "recurso de protección"
199

Dayna Esmeralda Monroy - Carlos Manuel Rosales
Excepcionalidad del principio de presunción de inocencia
211

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Henry Boys Loeb
Análisis de la sentencia 3681-17.
El Tribunal Constitucional
frente al doble sistema de enjuiciamiento criminal vigente en Chile
253

RECENSIONES

M. Laura Farfán Bertrán
Unborn Human Life and Fundamental Rights:
Leading Constitutional Cases Under Scrutiny
de Pilar Zambrano and William L. Saunders (coords.)
275

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

281

PRESENTACIÓN

Derecho Público Iberoamericano presenta su decimonoveno número. En esta ocasión hemos reunido importantes colaboraciones de especialistas de España, Perú, México y Chile.

Distribuimos los estudios científicos en tres áreas: “Aportes al proceso constituyente”, “Implicancias del derecho civil” y “Filosofía política y económica”.

En el ámbito de los “Aportes al proceso constituyente” incluimos cuatro trabajos. El primero es del doctor Max Silva Abbot y se denomina “Algunos efectos teóricos que se producen al interior de un ordenamiento jurídico como fruto de la incorporación de tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad”. El título es sintomático y revela la preocupación por un problema de hondo calado. En segundo lugar, publicamos un estudio del ministro del Tribunal Constitucional doctor Miguel Ángel Fernández sobre el acceso a información pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su incidencia en la justicia ordinaria. Las líneas jurisprudenciales son muy bien trabajadas por el autor.

Damos a conocer, asimismo, el agudo artículo del doctor español José Víctor Alfredo Contreras Ugarte sobre la Asamblea Constituyente española y su resultado constitucional en la Constitución de 1978, a propósito del intento de dominio de las ideologías de izquierdas del proceso político latinoamericano. También publicamos el escrito del profesor peruano Aníbal Quiroga León acerca de la actualidad del proceso constituyente en el Perú. Se trata de un análisis sobre el pretendido “proceso constituyente” promovido por el recientemente elegido Presidente de la República de ese país y su partido político, con la finalidad de relevar a la vigente Constitución de 1993.

En “Implicancias del derecho civil” sale a luz la investigación del doctor Germán Ovalle Madrid denominada “Aspectos esenciales de la teoría de la simulación de los contratos en derecho civil español” con el propósito de ilustrar sobre la cuestión al lector no peninsular. En ella revisa los aspectos fundamentales de la simulación de contrato, su declaración judicial y la relación con otras conductas afines, desarrollados por la doctrina del derecho privado español.

Finalmente en el área de la “Filosofía política y económica” se entrega el estudio del director de esta revista, doctor Julio Alvear Téllez, titulado

“El ‘espíritu’ del capitalismo. Los distintos modelos de comprensión y de crítica”. En él se intenta determinar cuál es el atributo que define el capitalismo moderno, a partir de los estudios de Werner Sombart, Max Weber, Albert Hirschman, Luc Boltanski, Eve Chiapello, Julio Meinvielle y André Pietre.

En la sección “Ensayos” se publican dos aportes. El primero, del doctor Eduardo Soto Kloss, es un análisis de la intervención de Jaime Guzmán en la Comisión Ortuzar, a propósito de la discusión y aprobación del texto que crea el llamado “recurso de protección”. En la misma sección se publica el artículo de la profesora mexicana Dayna Esmeralda Monroy y del profesor radicado en ese mismo país, Carlos Manuel Rosales, sobre la “Excepcionalidad del principio de presunción de inocencia”. Un tema, sin duda, controvertido.

En “Comentarios de Jurisprudencia” hemos recibido el interesante análisis de Henry Boys Loeb sobre la sentencia 3681-17 del Tribunal Constitucional sobre el doble sistema de enjuiciamiento criminal vigente en Chile.

Por último, en las “Recensiones” publicamos la reseña de la profesora M. Laura Farfán Bertrán respecto de la obra *Unborn Human Life and Fundamental Rights: Leading Constitutional Cases Under Scrutiny* de Pilar Zambrano and William L. Saunders (coords.)

Dr. Julio Alvear Téllez
Director

Estudios

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 19 | 2021

Aportes
al proceso constituyente

ALGUNOS EFECTOS TEÓRICOS
QUE SE PRODUCEN AL INTERIOR
DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO
COMO FRUTO DE LA INCORPORACIÓN
DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS
AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

SOME THEORETICAL EFFECTS
THAT OCCUR WITHIN A LEGAL SYSTEM
AS A RESULT OF THE INCORPORATION
OF HUMAN RIGHTS TREATIES
TO THE CONSTITUTIONAL BLOCK

*Max Silva Abbott**

Resumen

El presente trabajo analiza de manera teórica y desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, algunas de las consecuencias que se producen al interior del ordenamiento jurídico nacional, en particular para la labor de sus principales operadores, especialmente los jueces, como fruto de la incorporación de tratados de derechos humanos al llamado bloque de constitucionalidad. Ello, gracias a la aplicación del “principio *pro homine*”, de las ideas de “estándar mínimo” e “interpretación conforme”, propias del derecho internacional, así como de la doctrina del control de convencionalidad, que resulta del todo compatible con dicha incorporación.

Palabras clave: Bloque de constitucionalidad, control de convencionalidad, principio *pro homine*, estándar mínimo, interpretación conforme.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Filosofía del Derecho y de Introducción al Derecho, Universidad San Sebastián, sede Concepción. Artículo recibido el 25 de junio de 2021 y aceptado para su publicación el 30 de agosto de 2021. Correo electrónico: max.silva@uss.cl

Abstract

This paper analyzes theoretically and from the perspective of International Human Rights Law, some of the consequences that occur within a national legal system, in particular for the work of its main operators, especially judges, as a result of the incorporation of human rights treaties to the so-called constitutionality block. This, thanks to the application of the “*pro homine* principle”, of the ideas of “minimum standard” and “compliant interpretation”, typical of international law, as well as the doctrine of conventionality control, which is fully compatible with said incorporation.

Key Words: Constitutional block, Control of conventionality, *Pro homine* principle, Minimum standard, Compliant interpretation.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objetivo reflexionar acerca de algunas de las consecuencias teóricas que conlleva para un ordenamiento jurídico nacional, así como para sus principales operadores (en especial los jueces), la incorporación de los tratados de derechos humanos al llamado bloque de constitucionalidad.

Para ello, se abordará de forma breve el modo en que se realiza dicha incorporación, cómo atañe esto al principio de supremacía constitucional y la manera en que lo anterior afecta a la labor que se llama a realizar a los jueces nacionales. Debe dejarse en claro que la óptica desde la cual se hará dicho análisis será siempre la del derecho internacional de los derechos humanos, en particular teniendo en cuenta el llamado “principio *pro homine*” y las ideas de “interpretación conforme” y de “estándar mínimo”.

Luego, se indagará sobre cuál es exactamente el material jurídico que se incorpora a los ordenamientos nacionales y cómo se ven afectados estos últimos por los principios e ideas del derecho internacional antes señalados.

Para finalizar, se aclarará cuál es la relación resultante entre ambos órdenes normativos, fruto de la incorporación aludida.

Se plantea como hipótesis que el proceso descrito terminaría haciendo primar de manera absoluta y sin cortapisas al derecho internacional sobre el nacional, aunque por regla general se insista en una cooperación entre ambos en un plano de relativa igualdad.

Debe advertirse que, en el presente análisis, se relacionará siempre la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, con la doctrina del control de convencionalidad. Aun cuando

se trata de situaciones diferentes, por las razones que se expondrán, se considera que todo lo que se señala respecto de este último resulta del todo aplicable al primero y que, en realidad, lo sobreentiende.

II. Derechos humanos, bloque de constitucionalidad y principio pro homine

Desde hace ya varios años, resulta innegable la influencia que sobre los ordenamientos jurídicos nacionales están teniendo un cúmulo cada vez mayor de normas y de disposiciones emanadas del derecho internacional de los derechos humanos, todo lo cual ha dado origen a una creciente “permeabilidad” de los primeros¹, lo que ha hecho que varios autores hablen a este respecto, si bien desde diferentes perspectivas, de un nuevo paradigma jurídico².

¹ Néstor P. SAGÜES, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, p. 130; José Antonio CABALLERO JUÁREZ, “La recepción de jurisprudencia internacional y la ejecución de fallos en tribunales nacionales. Apuntes para su estudio”, pp. 193 y 205; Juan Carlos HITTERS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, pp. 131-135; Manuel NÚÑEZ POBLETE, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, pp. 3-5; Ernesto REY CANTOR, “Controles de convencionalidad de las leyes”, pp. 225-226; Gonzalo GARCÍA PINO, “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”, p. 358; María Cermelina LONDOÑO LÁZARO, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes; confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 332-234; Jorge TAPIA VALDÉS, “Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario”, pp. 123-125 y 133-134 y Gabriela RODRÍGUEZ HUERTA, “Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos”, pp. 217 y 220.

² Ariel DULITZKY, “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?”, p. 535; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno de convencionalidad”, p. 133; Humberto NOGUEIRA, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011”, p. 222; Humberto NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, pp. 59 y 86; Rubén Enrique BECERRA ROJASVÉRTIZ, “Enfrentar los desafíos del control de convencionalidad”, p. 22; Miguel Ángel FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La aplicación por los tribunales chilenos del derecho internacional de los derechos humanos”, pp. 438-439; Diego GARCÍA SAYÁN, “La recepción del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 93-96; Andrea LUCAS GARÍN, “Nuevas dimensiones del principio de división de poderes en un mundo globalizado”, p. 242; Néstor P. SAGÜES, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales

Ahora bien, aunque existan varias vías gracias a las cuales se produce el anterior fenómeno, interesa aquí analizar brevemente aquella consistente en la incorporación de los tratados de derechos humanos al llamado “bloque de constitucionalidad”³ –aunque no siempre se lo denomine de esta manera⁴– y algunas de sus posibles consecuencias.

Lo anterior ha sido posible gracias a la existencia de diferentes “cláusulas de apertura” o de “reenvío”⁵ en diversas cartas fundamentales, lo cual ha hecho hablar de igual manera a su respecto de “constituciones abiertas”⁶ o de “Estados abiertos”⁷, produciéndose lo que se ha llamado

en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, pp. 208-209; Alfonso SANTIAGO, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, pp. 93-95, 109-110 y 127.

³ Paola Andrea ACOSTA ALVARADO, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, pp. 43-46; Gonzalo AGUILAR CAVALLO, “Los derechos humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 357; Gonzalo AGUILAR CAVALLO, Humberto NOGUEIRA, “El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa”, p. 24; Iván ESCOBAR FORNOS, “La revolución de los derechos humanos”, pp. 1093-1094; Jorge CARVAJAL MARTÍNEZ; Andrés GUZMÁN RINCÓN, “Las instituciones del Sistema Interamericano de Protección a los derechos humanos: un análisis a sus procedimientos y orientación estratégica”, p. 199.

⁴ Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): Some Pertinent Questions”, p. 118; Sergio FUENZALIDA BASCUÑÁN, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente del derecho. Una revisión de la doctrina del ‘examen de convencionalidad’”, pp. 179-182; Leonardo GARCÍA JARAMILLO, “De la ‘constitucionalización a la convencionalización’ del ordenamiento jurídico. La contribución a un *ius constitutionale commune*”, p. 148.

⁵ Flavia PIOVESAN, “*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”, pp. 74 y 81; Armin Von Bogdandy *et al.*, “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”, p. 19; Mariela MORALES ANTONIAZZI, “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* de derechos humanos en América Latina”, pp. 418 y 422-423; GARCÍA JARAMILLO, *op. cit.*, pp. 135 y 151; Claudio NASH ROJAS y Constanza NÚÑEZ DONALD, “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, pp. 148 y 224.

⁶ ACOSTA, *op. cit.*, pp. 21, 26, 33 y 43; Néstor P. SAGÜES, “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, p. 25; David Andrés MURILLO CRUZ, “La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos”, pp. 10-11; NASH y NÚÑEZ, *op. cit.*, p. 208; PIOVESAN, *op. cit.*, pp. 72-73, 77 y 81.

⁷ Mariela MORALES ANTONIAZZI, “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 265 y 269-273; Armin VON BOGDANDY “*Ius constitutionale commune* en América Latina. Aclaración conceptual”, pp. 164-167; GARCÍA JARAMILLO, *op. cit.*, pp. 151-152; MORALES, “Interamericanización...”, *op. cit.*, pp. 418, 420 y 424-425; PIOVESAN, *op. cit.*, pp. 77-78.

una “internacionalización del derecho constitucional” o una “constitucionalización del derecho internacional”⁸. De esta manera:

“La consecuencia jurídica del rango constitucional y, por tanto, que dichos tratados integren el conocido bloque de la constitucionalidad, es que permean a todo el derecho interno y a todos los poderes públicos, los cuales deben sujetarse a ellos en igual medida que a la propia Constitución. Se aduce que una de las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos es su incorporación *in totum*, es decir, implica todas sus normas y todo su contenido, *incluidos los órganos de protección internacional previstos en dichos tratados*. Por esta razón se rechaza que pueda exigirse un *exequátur de constitucionalidad*”⁹.

Así, esta incorporación haría que siempre se estuviera aplicando en el fondo la Constitución, pues los tratados internacionales de derechos humanos formarían parte de la misma y, por ende, del derecho interno¹⁰. Eso sí, de un derecho interno enriquecido con los derechos humanos consagrados internacionalmente¹¹, todo lo cual ha hecho hablar a algunos autores de la existencia de “derechos innominados”¹² desde la perspectiva de la Carta Fundamental, los que debieran ser aplicados por todas las autoridades nacionales¹³.

⁸ Laurence BURGORGUE-LARSEN, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”, pp. 422 y 442-457; Humberto NOGUEIRA, “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010” p. 153; GARCÍA JARAMILLO, *op. cit.*, pp. 131-132, 135-136, 143-150, 159 y 161; VON BOGDANDY *et al.*, *op. cit.*, pp. 43-44.

⁹ MORALES, “Interamericanización...”, *op. cit.*, p. 433. Salvo “*in totum*” y “*exequátur de constitucionalidad*”, énfasis añadido.

¹⁰ Desde perspectivas distintas, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Carlos María PELAYO MÖLLER, *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno)*, pp. 149-150; Alfonso Jaime MARTÍNEZ LAZCANO, “¿Derecho supranacional o derecho convencional? Importancia de su determinación”, pp. 36-37, 39 y 45-46; MORALES, “Interamericanización...”, *op. cit.*, p. 433; Luis CASTILLO CÓRDOVA, “Control de convencionalidad (derecho constitucional)”, p. 87.

¹¹ MORALES, “Interamericanización...”, *op. cit.*, p. 432; Ricardo PÉREZ MANRIQUE, “Control de convencionalidad. Análisis de jurisprudencia”, p. 412; MURILLO, *op. cit.*, pp. 4 y 9-12; NASH y NUÑEZ, *op. cit.*, pp. 208-209 y 217; MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 45-46.

¹² GARCÍA JARAMILLO, “De la ‘constitucionalización’...”, *op. cit.*, p. 51; MORALES, “Interamericanización...”, *op. cit.*, pp. 432 y 439; MURILLO, *op. cit.*, pp. 4, 9-12 y 18-19.

¹³ Víctor BAZÁN, “Estado constitucional y convencional y protección de derechos humanos: Control de convencionalidad y diálogo interjurisdiccional”, p. 33; MURILLO, *op. cit.*, pp. 10-12; José de Jesús BECERRA RAMÍREZ; Adrián Joaquín MIRANDA CAMARENA, “El uso del canon internacional de los derechos humanos”, pp. 22-25; MORALES, “El Estado abierto...”, *op. cit.*, pp. 265-299; en parte, VON BOGDANDY, *op. cit.*, pp. 142-167.

Como resulta evidente, esta incorporación de instrumentos internacionales significa poner en entredicho o al menos en duda la idea de supremacía constitucional¹⁴, puesto que, desde este nuevo punto de vista:

“La supremacía constitucional tiene que ser una supremacía compatible con el derecho internacional, y su variable del derecho internacional de los derechos humanos”¹⁵.

De ahí que ya “La Constitución no es la norma suprema única, sino que comparten espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, otras disposiciones”¹⁶, de tal suerte que “el principio de supremacía constitucional se encuentra erosionado –y hasta domesticado– por el derecho internacional público”¹⁷.

Con todo, es necesario advertir que, si bien hay autores para los cuales la Constitución y los tratados internacionales estarían al mismo nivel¹⁸, existen otros, por el contrario, para quienes tendrían la primacía estos últimos¹⁹. Del mismo modo, también debe dejarse constancia que para algunos estudiosos, la jerarquía de estos tratados internacionales incorporados al bloque de constitucionalidad es un asunto que depende del propio derecho internacional, al margen de lo que considere cada país²⁰ y, para otros, debiera ser establecido soberanamente por cada Estado en su propia Constitución²¹.

¹⁴ Desde diferentes perspectivas, CASTILLO, *op. cit.*, pp. 84-85 y 87; Luis María BANDIERI, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas”, pp. 6-9; David LOVATÓN, “Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción”, pp. 1397-1398 y 1400-1401; MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 43-44; Néstor P. SAGÜES, “El control de convencionalidad en Argentina. ¿Ante las puertas de la ‘Constitución Convencionalizada?’”, pp. 118-119.

¹⁵ SAGÜES, “El Control de Convencionalidad en Argentina...”, *op. cit.*, p. 118.

¹⁶ MORALES, “Interamericanización...”, *op. cit.*, p. 422.

¹⁷ SAGÜES, “El Control de Convencionalidad en Argentina...”, *op. cit.*, p. 118.

¹⁸ Karlos CASTILLA JUÁREZ, “El control de convencionalidad; un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, p. 603; Marcelo TORELLY, “Control de convencionalidad: ¿constitucionalismo regional dos derechos humanos?”, pp. 342-343; SANTIAGO, *op. cit.*, p. 115; Gastón PEREYRA ZABALA, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos”, p. 157.

¹⁹ Jorge Andrés MORA MENDEZ, “El control de convencionalidad: un replanteamiento de principios y fuentes del Derecho”, pp. 231-236; Néstor P. SAGÜES, “Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”, pp. 15-23; Néstor P. SAGÜES, “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, pp. 2-5.

²⁰ Manuel BECERRA RAMÍREZ, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”, p. 298; Juana María IBÁÑEZ RIVAS, *Control de convencionalidad*, pp. 6-27; FUENZALIDA, *op. cit.*, pp. 177-178, 180-181 y 183.

²¹ Eduardo VIO GROSSI, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad?”, pp. 98-99 y 107; Juan

Sea como fuere, lo importante es recalcar, al menos para la primera postura señalada, que la Constitución estaría compartiendo su sitio de honor junto a los tratados de derechos humanos y –tal como se verá en un momento–, dentro del sistema regional, también con la jurisprudencia de la Corte Interamericana²².

Sin embargo, también es necesario señalar que existe un sector de la doctrina que considera que el fenómeno descrito estaría poniendo fin a la jerarquía entre el derecho nacional y el internacional²³, al ser reemplazada “por principios de complementariedad, interconexión y convergencia”²⁴, teniendo aquí un papel crucial el principio *pro homine*.

Ahora bien, independiente de la postura que se tenga, la idea común a todas ellas es que sea este orden jurídico nacional, enriquecido, el llamado a resolver en primera instancia los asuntos que lleguen a su conocimiento, a fin de que el derecho internacional de los derechos humanos tenga, en efecto, un carácter subsidiario²⁵.

Evidentemente, serían los jueces nacionales los llamados a tener un papel protagónico en esta labor, al ser los encargados de determinar en cada caso cuál norma deben aplicar, la de origen nacional o la de origen internacional²⁶. De esta manera:

“Desde la perspectiva de la aplicación jurisdiccional de los tratados sobre derechos humanos y otras fuentes de derechos humanos, un problema común al que deben enfrentarse los juzgadores, es que se amplía el espectro de normas bajo el cual deben resolver los conflictos. En efecto, el parámetro constitucional, al estar compuesto por fuentes nacionales e

Manuel GÓMEZ ROBLEDO, “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”, pp. 129-141; PÉREZ, *op. cit.*, p. 414.

²² José Luis CABALLERO OCHOA, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (art. 1º segundo párrafo de la Constitución)”, pp. 103-133; Karlos CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”, p. 80; MORALES, “Interamericanización...”, *op. cit.*, p. 422.

²³ ACOSTA, *op. cit.*, pp. 29-31 y 53-55; AGUILAR y NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 16; CASTILLA, “El control de convencionalidad...”, *op. cit.*, p. 598; CASTILLO, *op. cit.*, p. 87; NOGUEIRA, “El uso del derecho convencional internacional...”, *op. cit.*, pp. 153, 160-161 y 185.

²⁴ MORALES, “El Estado abierto...”, *op. cit.*, p. 267.

²⁵ BECERRA RAMÍREZ, “La jerarquía de los tratados...”, *op. cit.*, pp. 295-296; Antonio CANÇADO TRINDADE, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, pp. 274, 280 y 389; Felipe GONZÁLEZ MORALES, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, pp. 45 y 47; Juana María IBÁÑEZ RIVAS, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 112; NÚÑEZ, *op. cit.*, pp. 43-44.

²⁶ AGUILAR, “Los derechos humanos...”, *op. cit.*, pp. 341-343; GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial...”, *op. cit.*, pp. 133-139; GARCÍA JARAMILLO, *op. cit.*, p. 141; BAZÁN, “Estado constitucional...”, *op. cit.*, p. 26; VON BOGDANDY *et al.*, *op. cit.*, pp. 30-31.

internacionales, abre una amplitud de posibilidades de «cotejo», donde pueden existir diversas respuestas para un mismo conflicto, ya sea porque existan dudas acerca de cuál norma aplicar, o cuál es la interpretación más adecuada”²⁷.

Ahora bien, tal como se adelantó, en esta labor adquiere un papel principal el principio *pro homine* o favor persona, que entre otras cosas, busca la norma que mejor proteja o que menos restrinja los derechos humanos en juego²⁸. Por tanto:

“La idea es que [el juez nacional] busque y dé preferencia a la norma más protectora en el caso de colisión de normas, sin importar si son nacionales o internacionales e independientemente de su jerarquía. Todo esto, pues teniendo el ordenamiento estatal como objetivo y fin último el respeto, aseguramiento, garantía y promoción de los derechos de las personas, lo que importa es la aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico”²⁹.

De esta forma, se llama a la generación de un fructífero “diálogo interjurisdiccional”³⁰ entre los tribunales nacionales e internacionales, a fin de ir buscando en conjunto las mejores soluciones para los casos de derechos humanos que se vayan presentando. Ello, pues lo importante es, sobre todo, proteger *materialmente* estos derechos de la mejor forma posible³¹ –siempre de acuerdo con el principio *pro homine*³²–, sin importar

²⁷ NASH y NUÑEZ, *op. cit.*, p. 206.

²⁸ CABALLERO OCHOA, *op. cit.*, pp. 132-133 y 141-142; Karlos CASTILLA JUÁREZ, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, pp. 149-153; Álvaro Francisco AMAYA VILLARREAL, “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, pp. 337-380; GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 141-142; Juan Carlos HITTERS, “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto ‘*erga omnes*’ de las sentencias de la Corte Interamericana)”, pp. 708-709.

²⁹ AGUILAR y NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 22, cursivas en el original; similares ideas en pp. 16-17 y 23.

³⁰ BAZÁN, “Estado constitucional...”, *op. cit.*, pp. 25-32; FERRER y PELAYO, *Las obligaciones generales...*, *op. cit.*, pp. 146-147; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América”, pp. 337-339; AGUILAR, “Los derechos humanos...”, *op. cit.*, pp. 341-342; Gonzalo AGUILAR CAVALLLO, “Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile”, pp. 123, 130 y 141-142; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”, p. 99; GARCÍA RAMÍREZ, “The Relationship...”, *op. cit.*, p. 127.

³¹ MURILLO, *op. cit.*, p. 25.

³² CASTILLA, “Un nuevo panorama...”, *op. cit.*, pp. 149-153; CABALLERO OCHOA, “La cláusula de interpretación...”, *op. cit.*, pp. 109-112, 128 y 130; Humberto NOGUEIRA, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, pp. 1202-1203.

mucho de dónde se extraiga la solución adecuada³³. O si se prefiere, se insta a no atenerse tanto a criterios formales³⁴, sino resolver los problemas de manera bastante casuística³⁵, todo lo cual exige un buen grado de activismo judicial³⁶ e, incluso, una mirada innovadora de cualquier funcionario del Estado que de alguna manera se vincule con los derechos humanos:

“Independientemente de las reformas legales que deba adoptar un Estado para compatibilizar determinadas normas y prácticas con la Convención Americana y los estándares internacionales que correspondan, *toda autoridad pública*, en todos los niveles, debe actuar inmediatamente en el sentido de adecuar sus decisiones a la Convención y respectivos estándares, frente al conocimiento de los casos que se le sometan”³⁷.

Ahora bien, más allá del objetivo a conseguir, se indagará aquí cuál es la relación, que fruto de lo anterior, acaba produciéndose entre el derecho nacional y el internacional, tema a revisar en los dos epígrafes siguientes.

III. Algunos elementos a tener en cuenta para comprender la relación entre el derecho nacional y el internacional

Como puede comprenderse, la situación descrita conlleva un cambio mayúsculo de la manera tradicional de concebir y de aplicar el derecho; de ahí que se comentará más adelante de un ‘nuevo paradigma’ a este respecto.

Ahora bien, un elemento fundamental que es necesario recalcar, es que para los defensores de este proceso, en esta labor de protección de los derechos humanos debe existir una armonía entre las normas nacionales y las internacionales, puesto que ambas buscan colaborar en esta tarea. Ello, ya que sería un sinsentido que sendos órdenes jurídicos fueran por caminos separados.

Por tanto, la pregunta fundamental, y que sirve de hilo conductor a este apartado y al siguiente, es saber cuál de los dos órdenes es el dominante, o al revés, cuál es el que debe adaptarse al otro.

³³ MURILLO, *op. cit.*, p. 25.

³⁴ NASH y NÚÑEZ, *op. cit.*, pp. 188 y 224.

³⁵ ACOSTA, *op. cit.*, pp. 33-34 y 51.

³⁶ Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “Sobre el control de convencionalidad”, p. 182; VON BOGDANDY, *op. cit.*, pp. 156-161; GARCÍA JARAMILLO, *op. cit.*, pp. 134, 136-143, 158-160 y 162; PIOVESAN, *op. cit.*, pp. 78 y 80-81.

³⁷ IBÁÑEZ, *Control de convencionalidad, op. cit.*, p. 113. Ideas similares en p. 114 y en Hernán Alejandro OLANO GARCÍA, “Teoría del Control de Convencionalidad”, p. 88, énfasis añadido.

Pues bien, más allá del anunciado fin de la jerarquía mutua, lo cierto es que para los promotores de este proceso siempre termina primando el derecho internacional según se verá, aunque no en todos los casos de la misma manera. Para comprender lo anterior, es necesario tener en cuenta diversas ideas basales o principios de este último: la idea de estándar mínimo, de interpretación conforme y el principio *pro homine*. Estas características serán analizadas en el epígrafe siguiente, luego de aclarar algunos aspectos del funcionamiento del derecho internacional de los derechos humanos en la región.

Un primer aspecto es tener claridad sobre cuál es el contenido internacional que sirve de guía o parámetro en todo este proceso, lo que también se ha llamado “material normativo controlante”³⁸. Si bien esta nomenclatura es utilizada sobre todo a propósito de la doctrina del control de convencionalidad, resulta plenamente aplicable aquí.

Así, para la doctrina dominante en América Latina, este material normativo controlante estaría conformado tanto por los tratados de derechos humanos como por la jurisprudencia de la Corte Interamericana³⁹, que se encontraría al mismo nivel del pacto⁴⁰ (e, incluso, para algunos, sobre el mismo⁴¹), aun cuando varios autores adviertan que no existe texto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que otorgue un valor semejante a dicha jurisprudencia⁴². En consecuencia:

³⁸ SAGÜES, “El ‘control de convencionalidad’, en particular...”, *op. cit.*, p. 3; SAGÜES, “Obligaciones internacionales...”, *op. cit.*, pp. 125-127; Néstor P. SAGÜES, “El ‘Control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, pp. 458-461; NOGUEIRA, “Los desafíos del control...”, *op. cit.*, pp. 1181-1182.

³⁹ Si bien referido al control de convencionalidad, es plenamente aplicable aquí: GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial...”, *op. cit.*, p. 129; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, pp. 343-344, 371, 379 y 391-394; Juan Carlos HITTERS, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, pp. 109-114; Víctor BAZÁN, “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, p. 31; Miguel CARBONELL, “Introducción general al control de convencionalidad”, p. 81.

⁴⁰ Humberto NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, p. 544; CABALLERO OCHOA, *op. cit.*, pp. 117-118, 122, 128-129 y 140-141; Néstor P. SAGÜES, “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, p. 389.

⁴¹ FUENZALIDA, *op. cit.*, pp. 176-177; FERRER, “El control de convencionalidad en la jurisprudencia...”, *op. cit.*, p. 32; GARCÍA RAMÍREZ, “The Relationship...”, *op. cit.*, p. 134; IBÁÑEZ, *Control de convencionalidad*, *op. cit.*, pp. 105-108.

⁴² Diego Germán MEJÍA LEMOS, “On the ‘Control de Convencionalidad’ Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights’ Relevant Case Law”,

“La interpretación emprendida por el tribunal interamericano a las disposiciones convencionales *adquiere la misma eficacia que poseen éstas*, ya que en realidad las ‘normas convencionales’ constituyen el resultado de la ‘interpretación convencional’ que emprende la Corte IDH como órgano ‘judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e *interpretación*’ del *corpus juris* interamericano. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional”⁴³.

O si se prefiere:

“Esta jurisprudencia constituye ‘cosa interpretada’, esto es, una interpretación vinculante de textos normativos asimismo vinculantes para los Estados, que deben ser entendidos y aplicados interiormente en los términos de la interpretación formal y final dispuesta por la Convención y ejercida por la Corte”⁴⁴.

Del mismo modo, es necesario traer a colación, aun en forma breve, la doctrina del control de convencionalidad ya mencionada⁴⁵. Debe advertirse que, si bien ella se da de forma independiente a la incorporación –o no– de

pp. 118 y 138-139; Jorge CONTESE, “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 13; CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno...”, *op. cit.*, p. 95; Alberto BIANCHI, “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’” pp. 4-5; Christina BINDER, “¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, pp. 161 y 173-176; Ariel DULITZKY, “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, pp. 74-75; Miriam HENRIQUEZ VIÑAS, “La polisemia del control de convencionalidad interno”, pp. 128, 131, 135-136 y 138; Exequiel MALARINO, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, pp. 437-439; Álvaro PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana in vitro: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, pp. 113-114; PEREYRA, *op. cit.*, p. 166-168.

⁴³ Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, p. 945, énfasis en el original.

⁴⁴ IBÁÑEZ, *Control de convencionalidad*, *op. cit.*, p. 108.

⁴⁵ Sobre esto hemos tratado entre otros sitios, en: Max SILVA, “Control de convencionalidad interno y jueces locales: un concepto defectuoso”, pp. 101-142; Max SILVA, “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”, pp. 717-144; Max SILVA, “¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico?”, pp. 265-308; Max SILVA, “La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones”, pp. 177-216; Max SILVA, “The Inter-American Court Of Human Rights, the Control Of Conventionality Doctrine and The National Judicial Systems of Latin America”, pp. 5-21.

los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, resulta del todo compatible con este último fenómeno, al punto que sus postulados pueden aplicarse con plena conformidad aquí y, es de estimar que se presuponen. Y en realidad con mayor razón, porque en el caso aquí comentado, para los partidarios de este proceso las normas y disposiciones internacionales han sido parte del ordenamiento interno luego de esta incorporación, a diferencia de lo que ocurre con la exposición ‘pura’ del control de convencionalidad, que se hace muchas veces sin tomar en cuenta dicha incorporación.

Lo importante para el tema que se estudia, y que debe tenerse muy en cuenta para comprenderlo es, en primer lugar, que el control de convencionalidad también otorga un papel protagónico a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, de manera independiente al tipo de resolución que ella dicte (sentencias definitivas, sentencias interpretativas, medidas provisionales y supervisiones de cumplimiento)⁴⁶ e, incluso, a sus opiniones consultivas⁴⁷. Todo esto estaría también aplicándose gracias a la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad. Y, en segundo lugar, que se pretende que la *res interpretata* de la Corte establecida en cualquier sentencia u opinión consultiva tenga un efecto *erga omnes* en todo el continente⁴⁸, esto es, que deba ser aplicada por todos los países del mismo, aun cuando no hayan sido parte del juicio (o peticionario de la opinión consultiva) que le diera origen. Con todo, es de advertir que de todas maneras existe doctrina muy crítica respecto de este último punto, al no existir tampoco en la Convención texto alguno que lo avale⁴⁹.

⁴⁶ María Angélica BENAVIDES CASALS, “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 141-166; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “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*)”, pp. 655-682 y 688-693; CARBONELL, *op. cit.*, pp. 79-83.

⁴⁷ Andrés ROUSSET, “Control de convencionalidad sobre normas procesales convencionales”, pp. 43-44; Néstor P. SAGÜES, “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad”, pp. 275-283; SAGÜES, “El ‘Control de convencionalidad’ como instrumento...”, *op. cit.*, pp. 458-461; CARBONELL, *op. cit.*, p. 83; NOGUEIRA, “Los desafíos del control”, *op. cit.*, p. 1219.

⁴⁸ GARCÍA RAMÍREZ, “The Relationship...”, *op. cit.*, pp. 134-136; GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial...”, *op. cit.*, pp. 128-129; AGUILAR, “Constitucionalismo global...”, *op. cit.*, p. 135; HITTERS, “Un avance en el control...”, *op. cit.*, pp. 695-710; BENAVIDES, *op. cit.*, pp. 141-166; TORELLY, *op. cit.*, p. 338; FERRER, “El control de convencionalidad en la jurisprudencia...”, *op. cit.*, p. 32; NOGUEIRA, “Los desafíos del control...” *op. cit.*, pp. 1179-1181; MURILLO, *op. cit.*, p. 22; OLANO, *op. cit.*, pp. 71-80-81.

⁴⁹ VIO, *op. cit.*, pp. 105-106; Alfredo VÍTOLO, “Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del ‘control de

Por otro lado, todo lo recién señalado debe vincularse con algunas de las características del derecho internacional de los derechos humanos. Entre otras, considerar que sus tratados poseen un “sentido autónomo”⁵⁰, que son “instrumentos vivos”⁵¹ –que en consecuencia deben ir adaptándose a los nuevos tiempos⁵²–, el principio de progresividad⁵³ y sus dúctiles reglas de interpretación⁵⁴.

Así las cosas, si además de lo anterior se agrega que para varios autores la Corte es la intérprete última⁵⁵ e inapelable⁵⁶ del pacto e, incluso,

convencionalidad’”, pp. 365-379, especialmente p. 365; BANDIERI, *op. cit.*, pp. 14-15; Carlos Alberto Gabriel MAINO, “Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos”, pp. 373-376.

⁵⁰ Gonzalo CANDIA FALCÓN, “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una reflexión a la luz de la noción de Estado de derecho”, p. 877; CASTILLA JUÁREZ, “Un nuevo panorama...”, *op. cit.*, pp. 154-157; CANÇADO, *op. cit.*, pp. 26-30 y 52.

⁵¹ CANÇADO, *op. cit.*, pp. 47-48; FERRER, “Interpretación conforme...”, *op. cit.*, p. 392; IBÁÑEZ, *Control de convencionalidad*, *op. cit.*, p. 136.

⁵² Eréndira SALGADO LEDESMA, “La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 229; Alan Diego VOGELFANGER, “La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 257 y 260; CANÇADO, *op. cit.*, p. 75.

⁵³ NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad...”, *op. cit.*, pp. 69, 82 y 88; Humberto NOGUEIRA, “Las mutaciones de la Constitución producidas por vía interpretativa del Tribunal Constitucional. ¿El Tribunal Constitucional: Poder constituido o poder constituyente en sesión permanente?”, p. 423; José de Jesús OROZCO HENRÍQUEZ, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1º constitucional”, p. 93; MARIO ALBERTO JULIANO, “El control de convencionalidad” [texto web sin páginas]; Luis Daniel VÁSQUEZ y Sandra SERRANO, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, p. 159.

⁵⁴ Gonzalo AGUILAR CAVALLO, “La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador”, pp. 92-93; Eduardo FERRER MAC-GREGOR; Carlos María PELAYO MÖLLER, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, pp. 149-150; VÁSQUEZ y SERRANO, *op. cit.*, pp. 151-155 y 159-164.

⁵⁵ Gonzalo AGUILAR CAVALLO, “El Control de Convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de 24.5.12”, pp. 727-728 y 740-742; FERRER, “Interpretación conforme...”, *op. cit.*, pp. 424 y 427; HITTERS, “Control de constitucionalidad...”, *op. cit.*, pp. 115, 118 y 122; NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad...”, *op. cit.*, pp. 58-59, 62-63 y 90-98; SAGÜES, “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano...”, *op. cit.*, p. 386.

⁵⁶ Héctor FIX ZAMUDIO, “El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la corte interamericana de derechos humanos”, pp. 69 y 76; Gonzalo AGUILAR CAVALLO, “‘Afinando las cuerdas’ de la especial articulación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”, pp. 636, 645; FERRER, “Interpretación conforme...”, *op. cit.*, pp. 368 y 400-401; Eduardo MEIER GARCÍA, “Nacionalismo constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, p. 333;

que: “La CADH y el *corpus iuris interamericano* vive en la interpretación formulada por la Corte de San José”⁵⁷, se diría que de manera muy simple y resumida, la Convención ‘es’ la propia Corte.

Por último, es necesario advertir que para algunos autores, la Convención Americana se estaría convirtiendo en una especie de superconstitución continental⁵⁸ y la propia Corte, en un tribunal constitucional continental⁵⁹ (o de casación continental⁶⁰). Por tanto, la idea sería que ella fuera elaborando mediante sus fallos y opiniones consultivas, un sistema de precedentes⁶¹ y, que por lo mismo, sean pocos los casos que lleguen a su conocimiento⁶², al estar obligados todos los jueces del continente a replicar y aplicar sus interpretaciones, siempre en virtud del control de convencionalidad, y con mayor razón, si los tratados de derechos humanos han sido incorporados al bloque de constitucionalidad.

“De este modo, el control de convencionalidad que dispone la Corte Interamericana *supone la afirmación de un orden jurídico supranacional*, y junto a ello la existencia de *un tribunal de las mismas características* con competencia para sancionar a los Estados partes y *fijarle internamente los estándares de derechos humanos* a los que deben sujetarse. Incluso *declarando inválidas las normas de su derecho interno* que no se adecuen a las normas internacionales, *ordenando asimismo su inaplicabilidad a futuro*. Los países que han suscrito el Pacto de San José de Costa Rica y aceptado la jurisdicción de la CIDH, *se someterían de este modo a un cuerpo*

Humberto NOGUEIRA, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 222.

⁵⁷ NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad...”, *op. cit.*, p. 72.

⁵⁸ BAZÁN, “El control de convencionalidad...”, *op. cit.*, p. 25; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional” pp. 187-188; JULIANO, *op. cit.*; NOGUEIRA, “Los desafíos del control...”, *op. cit.*, p. 1188; SAGÜES, “El ‘control de convencionalidad’, en particular...”, *op. cit.*, pp. 3-4.

⁵⁹ BINDER, *op. cit.*, pp. 169-170; BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, pp. 421, 423-424, 427, 430-431 y 456-457; DULITZKY, “An Inter-American...”, *op. cit.*, pp. 64-65; FERRER, “El control difuso...”, *op. cit.*, pp. 187-188; HITTERS, “¿Son vinculantes...”, *op. cit.*, p. 147.

⁶⁰ FUENZALIDA, *op. cit.*, pp. 176-177.

⁶¹ Si bien con diferente intensidad, CABALLERO OCHOA, *op. cit.*, p. 133; NOGUEIRA, “Los desafíos del control...”, *op. cit.*, pp. 1195-1196; María Engracia RODRÍGUEZ MORELIÓN, “La recepción de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos”, p. 360; SAGÜES, “Derechos constitucionales...”, *op. cit.*, p. 18; HITTERS, “Un avance...”, *op. cit.*, pp. 705 y 707.

⁶² DULITZKY, “An Inter-American...”, *op. cit.*, p. 69; BAZÁN, “El control de convencionalidad...”, *op. cit.*, p. 28; Pablo CONTRERAS, “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 260; NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad...”, *op. cit.*, pp. 72, 73 y 128; NOGUEIRA, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, p. 269.

normativo vinculante, formado no solo por las cláusulas del convenio, sino por las decisiones de la CIDH, que obliga directa e internamente, y que consagra derechos humanos inmutables a la soberanía. Derechos que configuran un orden público común entre los Estados partes que no es posible volver a ‘nacionalizar’⁶³.

Aclaradas estas ideas basales, se comentará lo que ocurre en la relación entre el derecho nacional y el internacional en el siguiente apartado, para lo cual hay que considerar tres características de este último: el principio *pro homine*, la idea de estándar mínimo y la de interpretación conforme.

IV. El completo sometimiento del derecho y de los operadores jurídicos nacionales a los estándares internacionales

Según se señaló, el principio *pro homine* llama al juzgador a buscar la normativa más protectora o que menos restrinja los derechos humanos en juego, sea esta de origen nacional o internacional, al punto que como también se ha visto, para algunos autores lo anterior estaría poniendo fin a la jerarquía entre unas y otras. Ello, dado que “el principio interpretativo ‘pro homine’ o ‘favor persona’, [...] es la clave básica de interpretación en materia de derechos fundamentales”⁶⁴. La aplicación de este principio resulta crucial, y un auténtico telón de fondo para todo lo que se expondrá en este apartado.

Asimismo, se debe recordar que una idea frecuente que suele mencionarse respecto de la protección de los derechos humanos, es que debe ser el propio Estado el primer llamado a tutelarlos, en razón del carácter subsidiario del derecho internacional de los derechos humanos⁶⁵.

Sin embargo, para comprender mejor este modo de operar por parte del juez nacional, debe tenerse muy en cuenta que para los defensores del derecho internacional de los derechos humanos, este solo establece el “estándar mínimo”⁶⁶ en materia de protección de dichos derechos.

⁶³ FUENZALIDA, *op. cit.*, p. 177, énfasis añadido.

⁶⁴ NOGUEIRA, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, p. 251.

⁶⁵ Véase supra, nota 25.

⁶⁶ FERRER, “Eficacia de la sentencia...”, *op. cit.*, pp. 669. 677; HITTERS, “¿Son vinculantes...”, *op. cit.*, nota 98, p. 153; MEIER, *op. cit.*, pp. 332-333 y 369-371; PIOVESAN, *op. cit.*, p. 46; Antonia URREJOLA NOGUERA “El sistema interamericano de derechos humanos: el debate sobre su fortalecimiento en el seno de la Organización de Estados Americanos”, nota 18, p. 210.

Lo anterior significa que su regulación a este respecto solo constituye el ‘piso’ o lo que podría llamarse la ‘línea de flotación’ en cuanto a lo que los derechos humanos exigen. No obstante, esto tiene al menos dos consecuencias: que el Estado debiera asumirlos si su propio estándar de protección es más bajo, y que también podría mejorarlo, llegando así a una protección más alta.

En consecuencia, las posibles modificaciones que se hagan al ordenamiento interno solo serían legítimas, ya sea para alcanzar dicho estándar mínimo o para superarlo, quedando, por ende, prohibido realizar cambios que no sigan esta pauta. De esta forma:

“La ubicación de los tratados de derechos humanos en la supremacía constitucional produce efectos a nivel nacional. Dicho rango les otorga rigidez en la medida en que una reforma constitucional solo podrá modificar un tratado en materia de derechos humanos cuando implique una mayor protección y garantía de tales derechos, estando vedado desmejorar su situación jurídica”⁶⁷.

En íntima conexión con lo anterior, y por razones mínimas de coherencia entre ambos órdenes normativos, se exige que exista una “interpretación conforme”⁶⁸ entre ellos. Ahora, puesto que el derecho internacional es el estándar mínimo, la idea es que el orden jurídico nacional sea entendido a la luz y en armonía con aquel.

Es necesario tener presente que la interpretación conforme también ha sido abordada con frecuencia, en relación con el control de convencionalidad. Ahora, por las mismas razones enunciadas más atrás, se estima que todo lo señalado por esta última doctrina respecto de la interpretación conforme resulta plenamente aplicable aquí. En realidad, aun cuando el control de convencionalidad y la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad sean fenómenos distintos, son, en verdad, compatibles entre sí, e, incluso, el primero debiera ser una consecuencia lógica en caso de producirse esto último.

⁶⁷ MORALES, “Interamericanización...”, *op. cit.*, p. 432.

⁶⁸ CASTILLA JUÁREZ, “El control de convencionalidad...”, *op. cit.*, pp. 612-615; CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno...”, *op. cit.*, p. 56; CABALLERO OCHOA, *op. cit.*, pp. 109-112 y 120-122; CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 237-238, 254, 261 y 263; Gonzalo GARCÍA PINO y Pablo CONTRERAS *Diccionario constitucional chileno*, pp. 219 y 888; HENRIQUEZ, *op. cit.*, pp. 132-134; FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA, “Activismo judicial en la evolución del derecho internacional: Hacia la configuración de un incipiente orden público internacional”, p. 101; Claudio NASH, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales u desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 492; OROZCO, *op. cit.*, p. 90; REY, *op. cit.*, p. 226.

Ahora bien, todo lo dicho hará que, por regla general, las normas jurídicas nacionales reciban “relecturas adaptativas”⁶⁹ a los criterios internacionales, con lo cual, “la mutación deja incólume el texto, pero altera el contenido del mensaje normativo”⁷⁰. En consecuencia:

“La posibilidad de una interpretación (constitucional, judicial, legislativa, administrativa) que se adecúe a los principios establecidos en la Convención Americana y a la respectiva jurisprudencia de la Corte Interamericana hace innecesaria la modificación o la adecuación de la norma interna concernida. Por tanto, mediante el uso de la interpretación conforme, el funcionario vinculado a la administración de justicia puede a menudo evitar la declaración de invalidez, por ‘inconveniencia’, de normas constitucionales o subconstitucionales *prima facie* contrarias a la Convención Americana. En consecuencia, ‘se trata de un dispositivo práctico de rescate de esas normas, que podrán permanecer como válidas, en tanto y en cuanto se seleccione, para aplicarlas, sus interpretaciones posibles ‘conformes’ con la Convención Americana y se descarten las interpretaciones conflictivas con la misma Convención, o con la jurisprudencia de la Corte’ ”⁷¹.

Empero, en casos de total incompatibilidad entre los criterios nacionales y los internacionales, para sus partidarios, los funcionarios nacionales tendrían que inaplicar las normas domésticas en pugna, sustituyéndolas por los criterios foráneos⁷².

Ahora bien, si a la idea de interpretación conforme, se la combina con la de estándar mínimo, nada impediría que el juez nacional mejorara estos criterios, yendo más allá de lo establecido en las interpretaciones de la Corte Interamericana, aunque siempre sujeto a su posible control posterior, de llegar ese caso a su conocimiento⁷³.

Con todo, la interpretación conforme no solo implica entender el derecho nacional a la luz del internacional, según se señaló, sino que de manera más profunda, permitiría al juez nacional utilizar:

⁶⁹ SAGÜÉS, “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema...”, *op. cit.*, pp. 385-386.

⁷⁰ SAGÜÉS, “Derechos constitucionales...”, *op. cit.*, nota 6, p. 18.

⁷¹ IBÁÑEZ, *Control de convencionalidad*, *op. cit.*, p. 119. Cita a SAGÜÉS, “Obligaciones internacionales...”, *op. cit.*, p. 286.

⁷² CABALLERO OCHOA, *op. cit.*, pp. 109-112 y 120-122; GARCÍA PINO, *op. cit.*, pp. 356 y 359-360; REY, *op. cit.*, pp. 226 y 261-262; AGUILAR, “Constitucionalismo global...”, *op. cit.*, p. 136; HITTERS, “Control de constitucionalidad...”, *op. cit.*, p. 114. Sobre esto último SILVA, “Qué efectos...”, *op. cit.*, pp. 286-290.

⁷³ NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad...”, *op. cit.*, pp. 89-90 y 94-95; NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional y control...”, *op. cit.*, pp. 531-532 y 534-540; NOGUEIRA, “El control de convencionalidad ...”, *op. cit.*, pp. 234, 248-249 y 253-255. Esto último, tratado en SILVA, “Control de convencionalidad...”, *op. cit.*, pp. 121-125.

“También los métodos de interpretación desarrollados por la CIDH: la interpretación evolutiva, dinámica y finalista; el uso de principios básicos de interpretación de derechos: ‘pro homine’ o ‘favor persona’, progresividad, proporcionalidad, para solo señalar algunos de ellos”⁷⁴.

En suma:

“A partir de la última década del siglo pasado y los primeros años de la nueva centuria, algunas constituciones latinoamericanas han empezado a positivizar los postulados de interpretación básicos en materia de derechos humanos, como son la *interpretación conforme con el derecho internacional de los derechos humanos*, el *principio de progresividad*, el *principio favor persona*, entre otros postulados, lo que otorga directrices precisas y seguras de interpretación a los jueces nacionales sobre la materia. Con todo, estos postulados igual se aplican aun cuando no se encuentren positivadas en el texto constitucional respectivo, por la necesaria aplicación del artículo 29 de la CADH, que en todos los Estados partes del sistema interamericano integra el derecho interno y es de preferente aplicación frente a las fuentes formales generadas internamente”⁷⁵.

De hecho, varios autores consideran que en su labor, los juzgadores domésticos primero debieran utilizar los estándares internacionales⁷⁶ y solo en caso de ser más favorables, los de origen doméstico⁷⁷ (tanto en virtud del estándar mínimo como del principio *pro homine*). Incluso, hay doctrina que estima que en el evento de aplicar los estándares nacionales, el juzgador debiera justificar por qué no ha utilizado los de origen internacional⁷⁸:

“Desde un punto de vista hermenéutico, aunque la normativa interna consagre una norma que *prima facie* sea suficiente para resolver un conflicto, resulta imperativo para la magistratura esgrimir las razones de por qué la previsión constitucional resultaría no sólo suficiente, sino más beneficiosa para la protección de los derechos humanos (única hipótesis para separarse con legitimidad, de los estándares internacionales). Esto permite dos cosas: legitimar la intervención judicial desde el punto de vista

⁷⁴ NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad...”, *op. cit.*, p. 82. Ideas parecidas en NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional y control...”, *op. cit.*, pp. 521 y 532.

⁷⁵ AGUILAR y NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 24, cursivas en el original.

⁷⁶ SALGADO, *op. cit.*, p. 224; FERRER, “Conventionality...”, *op. cit.*, p. 93; AGUILAR, “Constitucionalismo global...”, *op. cit.*, p. 137; NOGUEIRA “Diálogo interjurisdiccional y control...”, *op. cit.*, pp. 521 y 532; SAGÜES, “Derechos constitucionales...”, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁷ FERRER, “Eficacia de la sentencia...”, *op. cit.*, p. 676; GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial...”, *op. cit.*, pp. 133-139; HITTERS, “Un avance...”, *op. cit.*, pp. 708-709; CANÇADO, *op. cit.*, pp. 310-314.

⁷⁸ FERRER, “Interpretación conforme...”, *op. cit.*, pp. 371-372.

de los derechos humanos y cumplir con las obligaciones internacionales a que se ha comprometido el Estado”⁷⁹.

Por tanto, la idea es que los jueces domésticos apliquen los estándares mínimos internacionales:

“Tal como ha[n] sido interpretado[s] por sus órganos internacionales de supervigilancia, en la medida en que el ordenamiento jurídico estatal no proporcione una solución más favorable para el individuo, comunidad o pueblo”⁸⁰.

Por ello:

“Las decisiones de la CIDH se superponen a las del Tribunal Constitucional o Corte Suprema de un Estado, al punto que las primeras pueden dejar sin efecto a las segundas. En este contexto, las interpretaciones iusfundamentales que emplee el Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad que realice, no pueden ser contrarias a las interpretaciones formuladas por la CIDH en el *control de convencionalidad* que ella efectúa desde la CADH”⁸¹.

Lo anterior significa, en consecuencia, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana (llamada también “la norma convencional interpretada”⁸²), se impondría siempre a la de los tribunales nacionales:

“O si se prefiere [la Corte Interamericana], asume los roles de una Corte de Casación supranacional en derechos humanos, en aras de uniformar la interpretación de los derechos de esa índole emergentes del Pacto de San José de Costa Rica. Y ello importa, inexorablemente, una sensible reducción de las facultades de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad y de interpretación de los derechos personales. De aquí en más ya no son libres de descifrar esos derechos a su independiente leal saber y entender, sino que deben comprenderlos con el significado que hasta ahora les ha dado, y les dará en el futuro la Corte Interamericana. Asimismo, tendrán que «leer» los derechos constitucionales locales en consonancia con esas directrices”⁸³.

Lo antes dicho obliga a abordar, a modo de síntesis, la relación que existiría entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad. Ahora, pese a que fruto de esta incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, para algunos autores se estarían

⁷⁹ NASH y NÚÑEZ, *op. cit.*, p. 207.

⁸⁰ AGUILAR, “Los derechos humanos...”, *op. cit.*, p. 345.

⁸¹ CASTILLO, *op. cit.*, p. 85, énfasis añadido.

⁸² IBÁÑEZ, *Control de convencionalidad*, *op. cit.*, p. 107.

⁸³ FUENZALIDA, *op. cit.*, pp. 176-177.

confundiendo ambos controles⁸⁴, lo cierto es que como para los partidarios de este fenómeno la Constitución debiera depurarse de elementos anticonvencionales –que en casos de oposición incompatible habría que inaplicar⁸⁵–, en el fondo, el bloque de constitucionalidad terminaría siendo absorbido por el bloque de convencionalidad⁸⁶, surgiendo de esta manera un “bloque normativo convencional”⁸⁷ tanto para jueces internacionales como nacionales. Todo terminaría siendo así, bloque de convencionalidad⁸⁸.

Incluso, hay autores que estiman que las interpretaciones de la Corte Interamericana estarían sobre el poder constituyente⁸⁹, también el originario⁹⁰. Con lo cual:

“Respecto a las cláusulas de interpretación, Néstor Sagüés afirma que en tales hipótesis, ‘hay una ‘transferencia de responsabilidades interpretativas’ de sumo interés: el constituyente nacional se somete al documento y al órgano jurisdiccional inter o supranacional, según como se lo quiera ver’ y encuentra que la ‘legitimidad de dispositivos de aquella índole se explica, principalmente, por la necesidad de construir un *Ius Constitutionale Commune* en materia de derechos humanos y de derecho comunitario. El intérprete inter o supra nacional, además, puede gozar –aunque no siempre– de una cierta presunción de mayor calidad y objetividad que el intérprete nacional, de vez en cuando más comprometido con intereses sectoriales domésticos’⁹¹.

De ahí que:

“El principal objetivo que busca la existencia del control de convencionalidad es incrementar la efectividad del *corpus juris interamericano* a nivel nacional”⁹².

⁸⁴ IBÁÑEZ, *Control de convencionalidad*, *op. cit.*, pp. 121-122.

⁸⁵ Emilio IBARLUCÍA, ¿Existe una Constitución ‘convencionalizada?’”, p. 3.

⁸⁶ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 43-45; LOVATÓN, *op. cit.*, p. 1397; IBARLUCÍA, *op. cit.*, p. 3; indirectamente MORALES, “Interamericanización...”, *op. cit.*, pp. 422-423; MORALES, “El Estado abierto...”, *op. cit.*, p. 292.

⁸⁷ MURILLO, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁸ FERRER, “El control de convencionalidad en la jurisprudencia...”, *op. cit.*, pp. 30-31; MORALES, “El Estado abierto...”, *op. cit.*, p. 292; GARCÍA JARAMILLO, *op. cit.*, p. 149; MURILLO, *op. cit.*, pp. 19-24; VON BOGDANDY, *op. cit.*, p. 142.

⁸⁹ M. CALDERÓN; S. AGUDELO, “Control de convencionalidad concentrado sobre actos de la asamblea constituyente en Colombia”, pp. 83-104; ESCOBAR, *op. cit.*, pp. 1107-1109; MORALES, “Interamericanización...”, *op. cit.*, pp. 433-434; SAGÜÉS, “Nuevas fronteras...”, *op. cit.*, pp. 26-27; SAGÜÉS, “Las opiniones consultivas...”, *op. cit.*, p. 276.

⁹⁰ AGUILAR, “Los derechos humanos...”, *op. cit.*, pp. 346-347 y 361-362.

⁹¹ Néstor P. SAGÜÉS, “El poder constituyente como intérprete de la Constitución”, en *Pensamiento Constitucional*, año XVI, núm. 16, Lima, 2012, p. 191 y ss.

⁹² Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América”, p. 338.

Por tanto, seguiría vigente la supremacía constitucional, siempre que respete los tratados internacionales de derechos humanos, en virtud del “principio de supremacía convencional”⁹³, que obligaría a todas las ramas del derecho público del Estado:

“El listado, pues, se agiganta y presenta nuevos escenarios. Por ejemplo, el de los sujetos legisferantes, entre los que cabe hoy mencionar: a) al poder constituyente; b) desde luego, al congreso; c) al poder ejecutivo, cuando pronuncia normas; d) al judicial, en los casos en que emite, v. gr., directrices jurisprudenciales que implican reglas obligatorias para jueces u otros entes estatales, muchas veces a través de ‘sentencias exhortativas’ que en verdad, de vez en cuando, se transforman en ‘sentencias legislativas’; e) en ciertos lugares, al consejo de la magistratura, habilitado de vez en cuando por la constitución para expedir normas [...] etc. Incluso cabe preguntarse si particulares generadores de normas, como los empresarios y trabajadores que establecen convenios colectivos de trabajo, obligatorios incluso para quienes no hayan intervenido en su aprobación, no se encuentran también comprendidos en esta esfera del control legisferante de convencionalidad, interrogante al que respondemos de modo afirmativo. Un convenio colectivo laboral, v. gr., no debería incluir cláusulas opuestas al Pacto referido y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana”⁹⁴.

O si se prefiere:

“En primer término, es un mensaje para los operadores nacionales que ‘emiten’ normas, en el sentido amplio de este vocable (normas en sentido formal o material). Entre ellos, claro está, el legislador constituyente, al establecer reglas constitucionales. También, el legislador común, sea al dictar leyes, o cada cámara legislativa cuando adopta su reglamento. Del mismo modo, legisladores ‘inferiores’, como es el Poder Ejecutivo cuando emite decretos de necesidad y urgencia, delegados, reglamentarios o autónomos, o ministros cuando expiden resoluciones en el ámbito de sus carteras, u organismos con funciones materialmente legisferantes, al estilo –algunas veces– de bancos centrales, agencias de recaudación de impuestos, y también Tribunales habilitados a generar materialmente normas [...], o las universidades autónomas si aprueban sus propios estatutos, etc. Esta descripción es meramente enunciativa”⁹⁵.

En consecuencia, puesto que “el Pacto asume así condición de supra-constitucionalidad”⁹⁶, existiría, en definitiva, un *control heterónomo por parte de la Corte Interamericana sobre los propios Estados*, lo que incluye

⁹³ MORA,, *op. cit.*, p. 236. Ideas similares en pp. 231 y 233-235.

⁹⁴ Néstor P. SAGÜES, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, p. 145.

⁹⁵ SAGÜES, “Nuevas fronteras...”, *op. cit.*, p. 26.

⁹⁶ HITTERS, “Control de constitucionalidad...” *op. cit.*, nota 65, p. 121.

de forma evidente, la labor de sus jueces⁹⁷. De esta manera, las cortes nacionales, siguiendo el dictado de las internacionales:

“Dirigen órdenes a los demás órganos del poder político para su cumplimiento efectivo, a partir de la expedición de recomendaciones, orientaciones y lineamientos de políticas públicas en sus fallos, así como mediante el seguimiento de esas órdenes que adoptan carácter vinculante”⁹⁸.

Incluso –aunque el tema no es desarrollable aquí–, los derechos humanos establecidos por la Corte serían también un límite a las decisiones democráticas⁹⁹. Ello:

“Tales principios son los derechos humanos constitucionalizados que conforman el contenido axiológico de la Constitución, a través del cual se formulan los valores básicos de una sociedad que han de ser asumidos y seguidos como fin, tanto por el poder político como por los particulares, llegando incluso a justificar del poder político verdaderas obligaciones de acción”¹⁰⁰.

Es en virtud de todo lo anterior que algunos autores hablan de una “convencionalización del ordenamiento jurídico”¹⁰¹, de una “convencionalidad del derecho”¹⁰², de una “Constitución convencionalizada”¹⁰³ o de un “estado convencional de derecho”¹⁰⁴.

Por eso se señalaba antes que esta remisión de la Constitución a las normas internacionales, haría que la Convención Americana se convirtiera en una especie de ‘norma de normas’, que primaría sobre los ordenamientos jurídicos nacionales, incluyendo su Constitución, siendo, por tanto, todo el derecho interno “infraconvencional”¹⁰⁵. Lo cual equivaldría a convertir a

⁹⁷ HITTERS, “¿Son vinculantes...”, *op. cit.*, p. 151.

⁹⁸ CARVAJAL y GUZMÁN, *op. cit.*, p. 199.

⁹⁹ AGUILAR, “Los derechos humanos...”, *op. cit.*, *passim*, especialmente pp. 337, 338, 344-345 y 352; AGUILAR, “Constitucionalismo global...”, *op. cit.*, pp. 121-123; BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 430; FERRER y PELAYO, *Las obligaciones generales...*, *op. cit.*, pp. 102-103 y 139-140; FERRER, “El control de convencionalidad como un vehículo...”, *op. cit.*, p. 343; GARCÍA JARAMILLO, *op. cit.*, pp. 140, 145-147 y 160; MORALES, “El Estado abierto...”, *op. cit.*, p. 291.

¹⁰⁰ CASTILLO, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰¹ GARCÍA JARAMILLO, *op. cit.*, pp. 136 y 143-150.

¹⁰² *Op. cit.*, pp. 132, 135-136 y 148-149.

¹⁰³ IBARLUCÍA, *op. cit.*, p. 1; SAGÜÉS, “Notas sobre...”, *op. cit.*, p. 144; SAGÜÉS, “El Control de Convencionalidad en Argentina...”, *op. cit.*, pp. 117-119; SAGÜÉS, “Nuevas fronteras...”, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁴ Desde varios ángulos, BAZÁN, “Estado constitucional...”, *op. cit.*, pp. 13-37, especialmente pp. 13 y 33; OLANO, *op. cit.*, p. 63; CASTILLO, *op. cit.*, pp. 84-85 y 87.

¹⁰⁵ Para ambas citas, FUENZALIDA, *op. cit.*, p. 177, cursivas en el original. Para estas ideas, pp. 11-178.

este tratado en una especie de superconstitución continental y a la Corte, en una suerte de tribunal constitucional continental.

Por iguales razones, parece incorrecta la visión que señala que el principio *pro homine* (y todo lo demás ya mencionado) signifique el fin de la jerarquía entre el derecho nacional y el internacional, ya que es claro que termina primando siempre este último, sea de manera directa, si se lo aplica sin más, sea de forma indirecta, si se emplea la normativa nacional, pues ella estará del todo sujeta y dominada por la internacional. De ahí que parezca más coherente con este fenómeno aquella postura que considera que los tratados internacionales se encontrarían sobre la Constitución¹⁰⁶.

Es por eso que se ha afirmado de forma bastante clara que el control de convencionalidad (y lo mismo se diría respecto de la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, al presuponerlo):

“Implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹⁰⁷.

Todo esto, se entiende, fruto de haber suscrito soberanamente los Estados los tratados de derechos humanos y dado competencia a sus órganos guardianes¹⁰⁸.

V. Algunas consecuencias de lo anterior para la labor del Poder Judicial

Ahora bien, como resulta evidente, todo lo dicho hasta aquí produce el “recorte de las competencias judiciales nacionales para interpretar al derecho local”¹⁰⁹ (hay quienes hablan, incluso, de un “corsé interpretativo”¹¹⁰

¹⁰⁶ Con diferentes intensidades, SAGÜES, “Derechos constitucionales y derechos humanos...”, *op. cit.*, pp. 15-23; AGUILAR, “La Corte Suprema...”, *op. cit.*, pp. 121-127 y 133; FERRER, “El control difuso...”, *op. cit.*, pp. 185-186; MORA, *op. cit.*, pp. 231-235; LONDOÑO, *op. cit.*, pp. 805-808.

¹⁰⁷ SAGÜES, “Derechos constitucionales y derechos humanos...”, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁸ Víctor BAZÁN, “En torno al control de las inconstitucionalidades e inconvencionalidades omisivas”, pp. 173-174; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 28-31; GARCÍA SAYÁN, *op. cit.*, pp. 93 y 96; IBÁÑEZ, *Control de convencionalidad*, *op. cit.*, p. 112; Alfonso OÑATE LABORDE, “La recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 213-215.

¹⁰⁹ Néstor P. SAGÜES, “Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”, p. 25.

¹¹⁰ SAGÜES, “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano...”, *op. cit.*, p. 386.

de la Corte Interamericana) y, por tanto, “una seria disminución de las competencias de los operadores locales para interpretar el derecho doméstico, comenzando por el constitucional”¹¹¹. En consecuencia:

“¿Qué tipo de conclusiones (provisionales) podemos hacer en este tema de la función contenciosa de la Corte Interamericana al equipararla con los sistemas de justicia constitucional? La primera es *la omnipresencia y la importancia del principio de interpretación conforme*. Este principio constituye la práctica constitucional más relevante: cuando es posible, los jueces constitucionales no declaran de manera rigurosa la inconstitucionalidad, más bien formulan una ‘interpretación correcta’ de la ley que tendrá que ser seguida por los jueces ordinarios. La misma aplicación prevalece en el ordenamiento convencional interamericano: se exige de los jueces nacionales una interpretación de la ley interna que sea conforme a la Convención”¹¹².

Ahora bien, en atención a lo dicho, existen al menos tres aspectos que afectan a los jueces nacionales que se comentará con brevedad.

El primero es que lo anterior afecta gravemente la independencia judicial¹¹³, aun cuando pueda haber interpretaciones domésticas que vayan más allá de la Convención, ya que estas nunca podrían ser anti-Corte. Ello, pues:

“Uno de los aportes esenciales y a la vez uno de los desafíos permanentes de la Corte interamericana se centra, precisamente, en la capacidad de *guiar la actuación de los Estados democráticos y la jurisprudencia de los tribunales nacionales*”¹¹⁴.

En consecuencia, todo pareciera indicar que el diálogo jurisdiccional es solo unilateral o en un solo sentido¹¹⁵, porque la Corte siempre obligaría a los jueces nacionales, pero no lo contrario. De ahí que se haya señalado que con este diálogo los jueces pueden en la eventualidad, “liberarse de la servidumbre de la ley nacional”¹¹⁶, en realidad, quedan, del todo, atados a los estándares internacionales, según lo visto.

Por iguales razones, todo esto haría que, en teoría, se termine aplicando por regla general el derecho interno con preferencia al internacional (si

¹¹¹ SAGÜES, “Derecho internacional y derecho constitucional...”, *op. cit.*, p. 25.

¹¹² BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, pp. 117-119, énfasis añadido.

¹¹³ Karlos CASTILLA JUÁREZ, “La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano”, pp. 53-100.

¹¹⁴ MORALES, “El Estado abierto...”, *op. cit.*, p. 291, énfasis añadido.

¹¹⁵ DULITZKY, “El impacto...”, *op. cit.*, pp. 554, 557 y 560; DULITZKY, “An Inter-American...”, *op. cit.*, pp. 76-77; CONTESE, *op. cit.*, pp. 14-15 y 31.

¹¹⁶ NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad...”, *op. cit.*, p. 90.

bien, en la práctica, ‘domesticado’ por él), manteniéndose así el carácter ‘subsidiario’ de este último:

“El rol de los funcionarios vinculados a la administración de justicia es fundamental para efectos de garantizar el principio de complementariedad [también llamado de subsidiariedad] que rige el Sistema Interamericano. Si los funcionarios encargados de la administración de justicia aplican el derecho interno de conformidad con la Convención Americana, los demás tratados del *corpus juris* interamericano y la jurisprudencia respectiva, no será necesario que un caso sea sometido ante el Sistema Interamericano para la aplicación del control complementario de convencionalidad [...]. Por ello, tal y como lo ha señalado la Corte Interamericana, las interpretaciones judiciales realizadas por dichas autoridades deben adecuarse a los principios establecidos en la jurisprudencia interamericana”¹¹⁷.

Obrar de otra manera –es decir, de forma contraria a lo establecido por esta Corte–, generaría para varios autores responsabilidad internacional del Estado¹¹⁸, lo que debiera ser evitado a toda costa, para lo cual:

“Los mensajes enviados por la Corte de San José, deben ser prudentemente oídos y comprendidos por los jueces nacionales e inducir los cambios prudentes y necesarios de líneas jurisprudenciales”¹¹⁹.

El segundo problema a comentar afecta a la institución de la cosa juzgada, ya que en muchas oportunidades esta terminará radicando en la Corte Interamericana (de llegar el caso a su conocimiento, evidentemente), la que podría declarar la establecida por los juzgadores nacionales como “cosa juzgada aparente o fraudulenta”¹²⁰, aunque no siempre se use esta nomenclatura¹²¹, al punto de “ser estimadas dichas sentencias írritas y nulas desde su inicio”¹²²:

¹¹⁷ IBÁÑEZ, *Control de convencionalidad*, *op. cit.*, pp. 97-98.

¹¹⁸ BAZÁN, “En torno al control...”, *op. cit.*, pp. 170-173; TAPIA, *op. cit.*, pp. 133-134; GARCÍA PINO, *op. cit.*, pp. 375-376; SAGÜES, “Derechos constitucionales y derechos humanos...”, *op. cit.*, p. 18; NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad...”, *op. cit.*, p. 90.

¹¹⁹ NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad...”, *op. cit.*, p. 92.

¹²⁰ Humberto NOGUEIRA, “El Control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 259-260; AGUILAR CAVALLLO, “‘Afinando las cuerdas’...”, *op. cit.*, pp. 635, 637-638, 646-649 y 652; ESCOBAR, *op. cit.*, p. 1116.

¹²¹ Desde diferentes perspectivas, Domingo GARCÍA BELAÜNDE, “El control de convencionalidad y sus problemas”, p. 138; HITTERS, “Control de constitucionalidad...”, *op. cit.*, p. 111; Bárbara IVANSCHITZ BOURDEGUER, “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”, pp. 295, 305-307 y 320; PEREYRA, *op. cit.*, pp. 165-166; Martín RISSO, “Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa 18.831”, pp. 648 y 650-651.

¹²² NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad...”, *op. cit.*, p. 79.

“Pudiendo concluirse que no hay cosa juzgada en Chile hasta que no transcurran los plazos para que el caso respectivo pueda ser examinado por vía del amparo interamericano y se pronuncie la Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹²³.

Por eso hay autores que hablan de una “cosa juzgada convencional”¹²⁴, situación que también ha sido criticada¹²⁵.

De alguna manera, y haciendo un paralelo con lo sostenido a propósito del control de convencionalidad, tal como para sus defensores la norma inconvencional “carece de efectos jurídicos desde un inicio”¹²⁶, algo parecido se podría mencionar de la cosa juzgada nacional: que ella también carecería de efectos hasta que la Corte Interamericana diera su parecer (de llegar el caso a su conocimiento), razón por la cual mientras esto no ocurra –o hasta que precluyan los plazos para hacerlo–, sería solo aparente o fraudulenta.

En realidad, y más allá de la cosa juzgada, lo cierto es que la primacía del derecho internacional de la mano de la jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene varias otras manifestaciones respecto de los procedimientos llevados a cabo dentro de un país:

“Asimismo, el rol del funcionario vinculado a la administración de justicia se relaciona con medidas tan diversas como las consistentes en anular un proceso o retrotraerlo al momento previo a la configuración de una violación de la Convención; la orden de liberación de una víctima; la anulación de antecedentes penales de la víctima, y la declaración de inconstitucionalidad o inaplicación de ciertas normas –incluso constitucionales–, entre otras. Asimismo, tales autoridades pueden quedar comprometidas respecto a medidas administrativas consistentes en la organización de cursos de capacitación y/o formación en temas específicos de derechos humanos y de control de convencionalidad”¹²⁷.

El tercer problema a comentar aquí, es que toda esta adaptación de las autoridades nacionales (en este caso, de los jueces) a los criterios establecidos por la Corte, se tendrá que llevar a cabo mientras este tribunal no

¹²³ NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad...”, *op. cit.*, p. 93.

¹²⁴ OLANO, *op. cit.*, p. 63.

¹²⁵ Ezequiel MALARINO, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 46-47 y 53-59.

¹²⁶ Juan Carlos HITTERS, “Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)”, p. 145; FERRER, “El control difuso...”, *op. cit.*, p. 187; JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 100; CARBONELL, *op. cit.*, pp. 72-73; SAGÜÉS, “Derecho internacional y derecho constitucional...”, *op. cit.*, p. 22.

¹²⁷ IBÁÑEZ, *Control de convencionalidad, op. cit.*, pp. 116-117.

cambie de parecer¹²⁸. Con lo cual, en caso de ocurrir esto último, habría que readecuarlo todo para hacerlo coincidir con estas nuevas directrices, y así sucesivamente.

Algunas conclusiones

La aplicación del principio *pro homine*, junto a las ideas de estándar mínimo y de interpretación conforme al ordenamiento jurídico interno como resultado de la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, hacen que al menos de forma teórica, el derecho internacional de los derechos humanos acabe teniendo una completa primacía sobre dichos ordenamientos, pese a las abundantes aseveraciones en sentido contrario. En consecuencia, el papel de este último y de sus operadores se limitaría solo a seguir o mejorar los cauces abiertos e impuestos por el primero.

En este sentido, se puede hablar de una desconstitucionalización del orden jurídico nacional, tanto por acabar primando en definitiva los tratados de derechos humanos sobre la Carta Fundamental –y sobre todo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana– como por la absorción del control de constitucionalidad por el control de convencionalidad.

Debe recordarse que por las razones aludidas en su momento, hay que considerar que todo lo referente al control de convencionalidad resulta en su totalidad, aplicable a la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad.

En consecuencia, y en oposición a lo que señala cierta doctrina en cuanto a que esta incorporación significaría el fin de la jerarquía entre ambos órdenes normativos, el derecho internacional de los derechos humanos se considera a sí mismo superior al derecho doméstico y exige la total adaptación de este a sus criterios.

Esta completa dependencia afecta tanto a los operadores jurídicos creadores de normas, desde el poder constituyente hacia abajo, como a la labor de los jueces –además del propio sistema democrático, si bien es una materia que no ha sido analizada aquí–, debiendo ser en todos los casos su sujeción absoluta, al menos desde la perspectiva teórica del derecho internacional de los derechos humanos, lo cual afecta entre otras, a la autonomía judicial, así como a la institución de la cosa juzgada.

¹²⁸ NOGUEIRA, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, p. 245; NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional y control...”, *op. cit.*, p. 529; NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad...”, *op. cit.*, p. 70; NOGUEIRA, “Los desafíos del control...”, *op. cit.*, p. 1179.

Siempre se debe tener en cuenta que el “material normativo controlante” está conformado fundamentalmente por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, al punto de que el Pacto de San José termina siendo absorbido, controlado y modificado por ella, si se recuerdan algunas de las características del derecho internacional de los derechos humanos (considerar a los tratados como “instrumentos vivos”, dotados de un “sentido autónomo”, impulsados por el “principio de progresividad” y dotado de dúctiles reglas de interpretación). Es por eso que el llamado “diálogo interjurisdiccional” se produce desde esta Corte hacia los tribunales locales de modo unidireccional.

Así, se puede hablar así –siempre desde la perspectiva teórica del derecho internacional–, del surgimiento de un derecho nacional “tutelado” o “protegido” por aquel, al pretender erigirse la Convención Americana en una especie de superconstitución continental y la Corte en un tribunal constitucional regional.

Los ordenamientos jurídicos nacionales se verían, así, siempre sometidos a este *control heterónimo* ejercido por el tribunal interamericano, que no solo pretende convertirse en la “guía” en materia de derechos humanos para todo el continente, sino que, además, puede cambiar de parecer en cualquier momento. Con lo cual, tanto las normas producidas como en su momento, las sentencias judiciales pronunciadas podrían verse invalidadas, de manera completa o parcial, por alguna decisión de la Corte.

Todo esto hace dudar del supuesto carácter “subsidiario” del derecho internacional. Ello, en razón de que este termina aplicándose siempre, sea de manera directa, en caso que los estándares nacionales resulten insuficientes desde su perspectiva, o de manera indirecta en el evento de utilizar este último, puesto que su contenido se encuentra en su totalidad condicionado o “domesticado” por el primero.

Quizá por ello, la gran pregunta es, en verdad, si el derecho internacional se incorpora al nacional –como se señala de manera constante–, o como parece ser, el orden nacional, al internacional. O si se prefiere, cuál de ambos elementos de esta simbiosis es de verdad el principal y cuál resulta solo accesorio.

Ahora bien, aun cuando se trate de un proceso que no se ha consolidado, que en buena medida permanece todavía en un plano teórico, y que tampoco permite saber si logrará tener éxito en su cometido, todo lo dicho constituye una alteración mayúscula en el modo de entender y de aplicar el derecho, un completo cambio de paradigma, que requiere ser analizado y debatido en profundidad, en particular para que sea conocido tanto por los operadores jurídicos como por la ciudadanía. Del mismo modo, es necesario indagar si ha sido a esto a lo que se comprometieron

los Estados en su momento, al suscribir los tratados internacionales de derechos humanos.

Bibliografía

- ACOSTA ALVARADO, Paola, "Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el Derecho interno", en *Estudios Constitucionales*, año 14, n.º 1, Santiago, 2016.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "'Afinando las cuerdas' de la especial articulación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno", en *Estudios Constitucionales*, año 11, n.º 1, Santiago, 2013.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile", en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 9, Bogotá, 2016.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "El Control de Convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de 24.5.12", en *Estudios Constitucionales*, año 10, n.º 2, Santiago, 2012.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador", en *Estudios Constitucionales*, año 7, n.º 1, Santiago, 2009.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "Los derechos humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista da AJURIS*, vol. 43, n.º 141, Porto Alegre, 2016.
- AGUILAR CAVALLO, GONZALO y Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, "El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa", en *Revista de Derecho Público*, vol. 84, Santiago, 2016.
- AMAYA VILLARREAL, Álvaro Francisco, "El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado", en *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 5, Bogotá, 2005.
- BANDIERI, Luis María, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas". Disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu> [fecha de consulta: 9 de junio de 2016].
- BAZÁN, Víctor, "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas", en Víctor BAZÁN, Claudio NASH (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011*, Santiago, Konrad Adenauer-Stiftung E. V., 2012.
- BAZÁN, Víctor, "En torno al control de las inconstitucionalidades e inconvencionalidades omisivas", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVI, Montevideo, 2010.

- BAZÁN, Víctor, “Estado constitucional y convencional y protección de derechos humanos: Control de convencionalidad y diálogo interjurisdiccional”, en *Revista Temas Socio Jurídicos*, vol. 36, n.º 72, Bucaramanga, 2017.
- BECERRA RAMÍREZ, José de Jesús, Adrián Joaquín MIRANDA CAMARENA, “El uso del canon internacional de los derechos humanos”, en *Opinión Jurídica*, vol. 12, n.º 24, Medellín, 2013.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”, en Manuel GARCÍA RAMÍREZ, Mireya CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, Ciudad de México, UNAM/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- BECERRA ROJASVÉRTIZ, Rubén Enrique, “Enfrentar los desafíos del control de convencionalidad”, en *Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral*, n.º 8, Ciudad de México, 2012.
- BENAVIDES CASALS, María Angélica, “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 27, Bogotá, 2015.
- BIANCHI, Alberto, “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, en *La Ley* n.º 2010-E, 426. Disponible en www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Bianchi_Control_de_Convencionalidad_LL_2010.pdf [fecha de consulta: 20 de julio de 2015].
- BINDER, Christina, “¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, en Armin VON BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutuonale commune en América Latina?*, traducción de Gonzalo Aguilar Cavallo y Rébecca Stewart, Ciudad de México, UNAM; Max-Planck-Institut für a Usländisches ö Ffentliches Recht und Volkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, tomo II.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”, en Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI, Héctor FIX-FIERRO (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina Rasgos, potencialidades y desafíos*, Ciudad de México, UNAM / Max-Planck-Institut / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.
- CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, “La recepción de jurisprudencia internacional y la ejecución de fallos en tribunales nacionales. Apuntes para su estudio”, en Sergio GARCÍA RAMÍREZ y Mireya CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, Ciudad de México, UNAM/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1º segundo párrafo de la Constitución)”, en Miguel

- CARBONELL SÁNCHEZ, Pedro SALAZAR UGARTE (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Ciudad de México, UNAM, 2011.
- CALDERÓN ORTEGA, Michelle, Sirley. AGUDELO IBÁÑEZ, “Control de convencionalidad concentrado sobre actos de la asamblea constituyente en Colombia”, en *Advocatus*, n.º 27, Barranquilla, 2016.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo, “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una reflexión a la luz de la noción de Estado de derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.º 3, Santiago, 2015.
- CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf> [fecha de consulta: 14 de mayo de 2014].
- CARVAJAL MARTÍNEZ, Jorge E. y Andrés M. GUZMÁN RINCÓN, “Las instituciones del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos: un análisis a sus procedimientos y orientación estratégica”, en *Revista Republicana*, núm. 22, Bogotá, 2017.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, México D.F., 2013.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos, “El control de convencionalidad; un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, México D.F., 2011.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos, “La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano”, en *Estudios Constitucionales*, año 14, n.º 2, Santiago, 2016.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, en *Estudios Constitucionales*, año 9, n.º 2, Santiago, 2011.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Control de convencionalidad (derecho constitucional)”, en Mario ÁLVAREZ, Roberto CIPPITANI (coords.), *Diccionario analítico de derecho humanos e integración jurídica*, Roma/Ciudad de México, Perugia/ISEG, 2013.
- CONTESE, Jorge, “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Disponible en www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2016].
- CONTRERAS, Pablo, “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Ius et Praxis*, año 20, n.º 2, Talca, 2014.
- DULITZKY, Ariel E., “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, in *Texas International Law Journal*, vol. 50, Issue 1, Texas, 2015.

- DULITZKY, Ariel E., “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?”, en Julio César RIVERA, José Sebastián ELÍAS, Lucas Sebastián GROSMAN, Santiago LEGARRE (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrott, 2014.
- ESCOBAR FORNOS, Iván, “La revolución de los derechos humanos”, en Gerardo ETO CRUZ (coord.), *Treinta años de la jurisdicción constitucional en Perú*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, 2014, tomo II.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL (2010): “La aplicación por los tribunales chilenos del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, n.º 1, Santiago, 2010.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”, *Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America*, in *American Journal of International Law (AJIL)*, vol. 109, No. 93, Cambridge, United Kingdom, 2015.
- FERRER MAC-GREGOR, 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, n.º 2, Santiago, 2013.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXII, Montevideo, 2016.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Fabiane PEREIRA DE OLIVEIRA, Fabricio BITTENCOURT, Tarciso DAL MASO (coords.), *Controle de Convencionalidade*, Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2016.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf> [fecha de consulta: 11 de marzo de 2015].
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel CARBONELL, Pedro SALAZAR (eds.), *Derechos humanos; un nuevo modelo constitucional*, Ciudad de México, UNAM, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 131, Ciudad de México, mayo-agosto 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y Carlos María PELAYO MÖLLER, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, año 10, n.º 2, Santiago, 2012.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Carlos María PELAYO MÖLLER, *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno)*, Ciudad de México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas / Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la corte interamericana de derechos humanos”, en AA. VV., *Protección internacional de los derechos humanos*. Disponible en http://app.vlex.com/#vid/452375/graphical_version [fecha de consulta: 9 de octubre de 2015].
- FUENZALIDA BASCUÑAN, Sergio, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente del derecho. Una revisión de la doctrina del ‘examen de convencionalidad’”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVIII, n.º 1, Valdivia, 2015.
- GARCÍA BELAÜNDE, Domingo, “El control de convencionalidad y sus problemas”, en *Pensamiento Constitucional*, vol. 20, n.º 20, Lima, 2015.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, “De la ‘constitucionalización a la cconvencionalización’ del ordenamiento jurídico. La contribución a un *ius constitutionale commune*”, en *Revista Derecho del Estado*, n.º 36, Bogotá, 2016.
- GARCÍA PINO, Gonzalo, “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”, en Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2014-.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y Pablo CONTRERAS VÁSQUEZ, *Diccionario constitucional chileno*, Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55, 2014.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Sergio GARCÍA RAMÍREZ, Mireya CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*. Ciudad de México, UNAM, 2009.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año v, n.º 28, Puebla, 2011.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Sobre el control de convencionalidad”, en *Pensamiento Constitucional*, vol. 21, n.º 21, Lima, 2016.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): Some Pertinent Questions”, in *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, vol. 5, Issue 1, Notre Dame, Indiana, 2015.
- GARCÍA SAYÁN, Diego, “La recepción del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Sergio GARCÍA RAMÍREZ y Mireya CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, Ciudad de México, UNAM/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.

- GÓMEZ ROBLEDO, Juan Manuel, “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”, en Sergio GARCÍA RAMÍREZ, Mireya CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, Ciudad de México, UNAM/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 5, Santiago, 2009.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam L., “La polisemia del control de convencionalidad interno”, en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 24, Bogotá, 2014.
- HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, n.º 2, Santiago, 2009.
- HITTERS, Juan Carlos, “Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)”, en *Estudios Constitucionales*, año 13, n.º 1, Santiago, 2015.
- HITTERS, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10, México D.F., 2008.
- HITTERS, Juan Carlos, “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto ‘erga omnes’ de las sentencias de la Corte Interamericana)”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, n.º 2, Santiago, 2013.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, Santiago, 2012.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, *Control de convencionalidad*, Ciudad de México, UNAM / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017.
- IBARLUCÍA, Emilio A., “¿Existe una Constitución ‘convencionalizada’?”, en *La Ley*, año LXXVII, n.º 155, Buenos Aires, jueves 22 de agosto de 2013.
- IVANSCHITZ BOURDEGUER, Bárbara, “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la CIDH por el Estado de Chile”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, n.º 1, Santiago, 2013.
- JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, “Activismo judicial en la evolución del derecho internacional: Hacia la configuración de un incipiente orden público internacional”, en *Agenda Internacional*, vol. 17, n.º 28, Lima, 2010.
- JULIANO, Mario Alberto, “El control de convencionalidad”, en *Derecho a Réplica*. Disponible en <http://derecho-a-replica.blogspot.com/2009/08/el-control-de-convencionalidad.html> [fecha de consulta: 28 de mayo de 2015].
- LONDONO LÁZARO, MARÍA CERMELINA (2010): “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes; confluencias y perspectivas en el pensamiento

- de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 128, Ciudad de México, 2010.
- LOVATÓN PALACIOS, David, “Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción”, en *Revista Direito & Práxis*, vol. 8, n.º 2, Rio de Janeiro, 2017.
- LUCAS GARÍN, Andrea, “Nuevas dimensiones del principio de división de poderes en un mundo globalizado”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, n.º 2, Santiago, 2009.
- MAINO, Carlos Alberto Gabriel, “Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos”, en *Anuario de Derecho Constitucional*, año XXXI, Montevideo, 2016.
- MALARINO, Ezequiel, “Acercas de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010.
- MALARINO, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso, “¿Derecho supranacional o derecho convencional? Importancia de su determinación”, en *Revista Jurídica Valenciana*, n.º 33, Valencia, 2017.
- MEIER GARCÍA, Eduardo, “Nacionalismo constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, año 9, n.º 2, Santiago, 2011.
- MEJÍA LEMOS, Diego Germán, “On the ‘Control de Convencionalidad’ Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights’ Relevant Case Law”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, México D.F., 2014.
- MORA MÉNDEZ, Jorge Andrés, “El control de convencionalidad: un replanteamiento de principios y fuentes del Derecho”, en *Revista Republicana*, núm. 12, Bogotá, 2012.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “El Estado abierto como objetivo del Ius Constitutionale Commune. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI, Héctor FIX-FIERRO (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina Rasgos, potencialidades y desafíos*, Ciudad de México, UNAM / Max-Planck-Institut / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “Interamericanización como mecanismo del Ius Constitutionale Commune de derechos humanos en América Latina”, en Armin

- VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI, Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Ciudad de México, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute, 2017.
- MURILLO CRUZ, David Andrés, “La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 36, Santiago, 2016.
- NASH ROJAS, Claudio, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales u desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, Montevideo, 2013.
- NASH, ROJAS, Claudio; Constanza NÚÑEZ DONALD, “Recepción formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 50, n.º 148, Ciudad de México, 2017.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 10, n.º 2, Santiago, 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, Montevideo, 2013.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 10, n.º 19, Granada, 2013.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n.º 1, Santiago, 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, n.º 1, Santiago, 2013.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Las mutaciones de la Constitución producidas por vía interpretativa del Tribunal Constitucional. ¿El Tribunal Constitucional: Poder constituido o poder constituyente en sesión permanente?”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 7, n.º 2, Santiago, 2009.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 135, Ciudad de México, 2012.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una

- técnica de adjudicación del DIDH”, en Paola Andrea ACOSTA ALVARADO y Manuel NÚÑEZ POBLETE (coords.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, Ciudad de México, UNAM, 2012.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, “Teoría del Control de Convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, año 14, n.º 1, Santiago, 2016.
- ONATE LABORDE, Alfonso, “La recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Sergio GARCÍA RAMÍREZ y Mireya CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, Ciudad de México, UNAM/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1º constitucional”, en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año v, n.º 28, Puebla, 2011.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro, “La Corte Interamericana *in vitro*: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del Caso *Artavia*”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, año 1, n.º 2, Santiago, 2013.
- PEREYRA ZABALA, Gastón, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Revista de Derecho*, n.º 6, Montevideo, 2011.
- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo, “Control de convencionalidad. Análisis de jurisprudencia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXII, Montevideo, 2016.
- PIOVESAN, Flavia, “*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”, en Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI, Héctor FIX-FIERRO (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina Rasgos, potencialidades y desafíos*, Ciudad de México, UNAM / Max-Planck-Institut / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.
- REY CANTOR, Ernesto, “Controles de convencionalidad de las leyes”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Ciudad de México, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008, vol. IX: Derechos humanos y tribunales internacionales.
- RISSO FERRAND, Martín, “Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa 18.831”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, Montevideo, 2013.
- RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela, “Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos”, en Sergio GARCÍA RAMÍREZ y Mireya CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, Ciudad de México

- UNAM/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- RODRÍGUEZ MORELÍON, María Engracia, “La recepción de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos”, en Manuel GARCÍA RAMÍREZ y Mireya CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, Ciudad de México, UNAM, 2009.
- ROUSSET SIRI, Andrés, “Control de convencionalidad sobre normas procesales convencionales”, en *IIDH*, vol. 64, San José, 2016.
- SAGÜES, Néstor P, “Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del *control de convencionalidad* en el sistema interamericano”, en Helen AHRENS (comp.), *El Estado de derecho en América Latina. Libro homenaje a Horst Schönbohm*, México DF, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2012.
- SAGÜES, Néstor P., “Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”, en Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2014.
- SAGÜES, Néstor P., “El ‘Control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf> [fecha de consulta: 7 de mayo de 2014].
- SAGÜES, NÉSTOR P., “El control de convencionalidad en Argentina. ¿Ante las puertas de la ‘Constitución Convencionalizada?’”, en Fabiane PEREIRA DE OLIVEIRA DUARTE, Fabrício BITTENCOURT DA CRUZ, Tarciso DAL MASO JARDIM (coords.), *Controle de Convencionalidade*, Brasília, Coneslho Nacional de Justiça, 2016.
- SAGÜES, Néstor P., “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf> [fecha de consulta: 27 de marzo de 2014].
- SAGÜES, Néstor P., “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”. Disponible en www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Sagues_Control_de_Convencionalidad_LL_2009.pdf [fecha de consulta: 3 de octubre de 2016].
- SAGÜES, Néstor P., “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad”, en *Pensamiento Constitucional*, n.º 20, Lima, 2015.
- SAGÜES, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, en *Ius et Praxis*, año 9, n.º 1, Talca, 2003.
- SAGÜES, Néstor P., “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, Montevideo, 2015.

- SAGÜES, Néstor P., “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, en *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 1, n.º 2, Curitiba, 2014.
- SAGÜES, Néstor P., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, n.º 1, Santiago, 2010.
- SALGADO LEDESMA, Eréndira, “La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, Ciudad de México, junio-diciembre 2012.
- SANTIAGO, Alfonso, “El derecho internacional de los derechos humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, en *Persona y Derecho*, vol. 60, Navarra, 2009.
- SILVA ABBOTT, Max, “Control de convencionalidad y jueces locales: un planteamiento defectuoso”, en *Estudios Constitucionales*, año 14, n.º 2, Santiago, 2016.
- SILVA ABBOTT, Max, “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, n.º 3, Santiago, 2018.
- SILVA ABBOTT, MAX (2019): “La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones”, en Max SILVA (coord.), *Una visión crítica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y algunas propuestas para su mejor funcionamiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- SILVA ABBOTT, Max, “¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico?”, en *Estudios Constitucionales*, año 18, n.º 2, Santiago, 2020.
- SILVA ABBOTT, Max, “The Inter-American Court of Human Rights, the Control of Conventionality Doctrine and the National Judicial Systems of Latin America”, en *Ave Maria International Law Journal*, vol. 7, Naples, Florida, 2018.
- TAPIA VALDÉS, Jorge, “Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario”, en *Estudios Constitucionales*, año 6, n.º 2, Santiago, 2008.
- TORELLY, Marcelo, “Controle de convencionalidade: ¿constitucionalismo regional dos direitos humanos?”, en *Revista Direito & Práxis*, vol. 8, n.º 1, Rio de Janeiro, 2017.
- URREJOLA NOGUERA, Antonia, “El sistema interamericano de derechos humanos: el debate sobre su fortalecimiento en el seno de la Organización de Estados Americanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 9, Santiago, 2013.
- VÁSQUEZ, LUIS DANIEL y Sandra SERRANO, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Miguel CARBONELL, Pedro SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Ciudad de México, UNAM, 2011.
- VIO GROSSI, Eduardo, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Del control de convencionalidad a la supranacionalidad?”, en

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XXI, Montevideo, 2015.

- VÍTOLO, Alfredo, “Una novedosa categoría jurídica: el ‘querer ser’. Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del ‘control de convencionalidad’”, en *Pensamiento Constitucional*, n.º 18, Lima, 2013.
- VOGELFANGER, Alan Diego, “La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Pensar en Derecho*, n.º 7, Buenos Aires, 2015.
- VON BOGDANDY Armin, “*Ius constitutionale commune* en América Latina. Aclaración conceptual”, en Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI, Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Ciudad de México, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute, 2017.
- VON BOGDANDY, ARMIN, *et al.*, “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”, en Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI, Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Ciudad de México, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute, 2017.

Siglas y abreviaturas

<i>al.</i>	<i>alii</i> (otros)
AA.VV.	autores varios
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
comp.	compilador
coord.	coordinador
coords.	coordinadores
Corte IDH <i>a veces</i>	CIDH Corte Interamericana de Derechos Humanos
dirs.	directores
DF	Distrito Federal
eds.	editores
http	Hyper Text Transfer Protocol
https	Hyper Text Transfer Protocol Secure
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
n.º <i>a veces</i>	núm. número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)

p. página
pp. páginas
ss. siguientes
UNAM Universidad Nacional Autónoma de
México
v.gr. verbi gratia
vol. volumen

EL ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU INCIDENCIA EN LA JUSTICIA ORDINARIA

ACCESS TO PUBLIC INFORMATION IN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT AND ITS IMPACT IN ORDINARY JUSTICE

*Miguel Ángel Fernández González**

Resumen

Se sistematiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre junio de 2012 y enero de 2021) en relación con el principio de publicidad, contenido en el art. 8º inciso 2º de la Constitución, respecto de la regulación prevista en la Ley n.º 20285, sobre acceso a información pública, y su incidencia en la resolución de la respectiva reclamación pendiente en las Cortes de Apelaciones y Suprema.

Palabras clave: Información pública, secreto o reserva, Tribunal Constitucional

Abstract

The jurisprudence of the Constitutional Court is systematized (between June 2012 and January 2021) about the principle of publicity, contained in article 8, paragraph 2 of the Constitution, regarding the regulation provided for in Law No. 20.285, on access to public information, and its

* Abogado, Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magíster en Investigación Jurídica por la Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Director del LLM UC. Ministro del Tribunal Constitucional. Artículo recibido el 13 de enero de 2021 y aceptado para publicación el 25 de agosto de 2021. Correo electrónico: mafernag@uc.cl

impact on the resolution of the respective pending claim in the Appeals and Supreme Courts.

Keywords: Public Information, Secret or reserve, Constitutional Court.

I. Introducción

Durante los últimos años, Jaime Arancibia Mattar ha tenido la gentileza de invitarme a participar en el Magíster en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en el módulo sobre transparencia y acceso a información, lo que me ha permitido ir sistematizando las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional en la materia y su incidencia en la gestión pendiente donde fue requerida la inaplicabilidad, principalmente, de los arts. 5.º inciso 2.º y 10 de la Ley n.º 20285.

Me ha parecido interesante publicar esta sistematización y efectuar, a partir de ella, algunos comentarios, considerando que el debate central que suele plantearse es que esos preceptos legales, al ampliar el ámbito objetivo de publicidad contenido en el art. 8.º inciso 2.º de la Carta Fundamental, pugnarían con ella, pues extenderían ese principio más allá de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como de sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, alcanzando actos o informaciones de privados que, por el hecho de encontrarse en poder de los órganos de la Administración del Estado, adquirirían carácter público¹.

¹ Las principales disposiciones en juego señalan:

Art. 8.º inciso 2.º constitucional	Art. 5.º de la Ley n.º 20285	Art. 10 de la Ley n.º 20285
Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.	En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.	Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.

II. Sistematización jurisprudencial

La sistematización da cuenta de la materia respecto de la cual se solicitó acceso a información; y, luego, se insertan el rol y fecha de las sentencias del Tribunal Constitucional y de las Cortes de Apelaciones y Suprema, en su caso, con una referencia básica a la decisión adoptada por los tribunales superiores. He considerado treinta casos, correspondiendo el primero de ellos al rol n.º 1990 y, el último, al rol n.º 9264, entre el 5 de junio de 2012 y el 28 de enero de 2021.

A continuación, resumo la información que era solicitada y los principales fundamentos de lo resuelto por los tribunales superiores al decidir el asunto, presentando, si procede, la incidencia que tuvo la sentencia del Tribunal Constitucional en la decisión adoptada por ellos.

CASO 1

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 1990 ² 5 de junio de 2012	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 541-11 9 de diciembre de 2013	Corte Suprema
Antecedentes Concurso alta dirección pública	Acoge inaplicabilidad	Niega acceso	No hubo

Lo solicitado

Diversa información relativa al proceso de selección para el cargo de Director Nacional del Fondo de Solidaridad e Inversión Social, incluyendo la evaluación psicolaboral del requirente, atributos directivos, referencias laborales, fundamentos y puntajes asignados durante el proceso y copia

	Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.	El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales
--	---	--

² Preceptos legales requeridos: Arts. 5º inciso 2º y 21 Nº 1 letra b) de la Ley n.º 20285.

del acta en que el Consejo de Alta Dirección Pública define y fundamenta la nómina de candidatos.

Fundamentos de lo resuelto
por el juez del fondo

Artículo quincuagésimo Ley n.º 19882 está vigente³.

Prácticas imperantes en procesos de selección se valen de confidencialidad.

Incentivo a participar en procesos de selección.

Publicidad en función del principio de probidad.

Armonización entre publicidad (para la probidad) y reserva.

Incidencia de la sentencia
del Tribunal Constitucional

En el considerando 2º de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones se señala que cabe tener presente sentencia del Tribunal Constitucional, por lo que:

“[...] una necesaria consecuencia de lo anterior es que los preceptos decisorio litis que cabe tener presentes para la resolución de esta causa, deben entenderse del siguiente tenor:

Artículo 5º.- En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Artículo 21, número 1º, letra b).- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: [...] Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente [...] tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política” (c. 3º).

³ A esa época, esta disposición legal señalaba: “el proceso de selección tendrá el carácter de confidencial, manteniéndose en reserva la identidad de cada candidato. La Dirección Nacional del Servicio Civil dispondrá las medidas necesarias para garantizar esta condición”.

CASO 2

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 2290 ⁴ 6 de agosto de 2013	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 7514-12 26 de julio de 2012	Corte Suprema rol n.º 5845-12 28 de agosto de 2013
Puntajes Alta Dirección Pública	Rechazo (improcedente)	Otorga acceso	Confirma

Lo solicitado

Puntajes de la requirente y de todos los concursantes que quedaron en la nómina final en los diversos concursos que menciona.

Fundamentos de lo resuelto por el juez del fondo

Primacía del derecho de acceso a información pública.

Aplica test de daño: No se desprende que el hecho de revelar el puntaje asignado a cada atributo del perfil, correspondiente a los cargos concursados por la requirente de información, pueda dañar o afectar los bienes jurídicos que se invocan tanto a la peticionaria como a los demás postulantes y a las empresas consultoras o que afecten el interés nacional.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

Atendido el rechazo del requerimiento de inaplicabilidad, los preceptos legales siguen plenamente a disposición de los Jueces del Fondo.

CASO 3

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 2278 ⁵ 13 de agosto de 2013	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 9255-11 30 de agosto de 2013	Corte Suprema rol n.º 6785-13 18 de diciembre de 2013
Puntajes Alta Dirección Pública	Rechazo (improcedente)	Concede acceso	Revoca parcialmente

⁴ Preceptos legales requeridos: Arts. 5º inciso 2º y 21 n.º 1 letra b) de la Ley n.º 20285.

⁵ Preceptos legales requeridos: Arts. 5º inciso 2º y 21 n.º 1 letra b) de la Ley n.º 20285.

Lo solicitado

Candidatos elegibles y ordenados por puntaje del concurso n.º 1309 director del Complejo de Salud San Borja Arriarán.

Fundamentos de lo resuelto
por el juez del fondo:

Publicidad es principio de rango constitucional.

Reserva son excepciones de interpretación restrictiva: No hay verdaderas razones para denegar (artículos quincuagésimo y quincuagésimo quinto Ley n.º 19882).

La Corte Suprema planteó que la Ley n.º 19882 era aplicable⁶.

⁶ Cabe considerar que, en virtud de la Ley n.º 20955, publicada en el *Diario Oficial* el 20 de octubre de 2016, se había modificado el artículo quincuagésimo quinto en los siguientes términos:

“El proceso de selección y sus antecedentes tendrán el carácter de públicos, sin perjuicio de las reservas que expresamente establezca la ley.

Con todo, serán públicos los siguientes antecedentes, de conformidad con lo dispuesto por la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, sólo una vez nombrado el alto directivo público o declarado desierto el concurso:

a) Los antecedentes curriculares de quien sea nombrado, debiendo resguardarse sus datos sensibles en conformidad con la ley, y

b) Los puntajes finales de los candidatos incluidos en las nóminas a las que se refieren los artículos quincuagésimo y quincuagésimo segundo de esta ley, resguardando la reserva de la identidad de las personas nominadas.

Asimismo, cada postulante podrá solicitar su puntaje final y el resultado de su evaluación.

Sin perjuicio de lo anterior, siempre tendrán el carácter de confidencial los siguientes antecedentes:

a) El nombre y otros atributos personales que permitan deducir la identidad de los candidatos.

b) Las referencias entregadas por terceros sobre los candidatos.

c) Los puntajes de los candidatos, excepto en los casos señalados en la letra b) del inciso segundo y en el inciso tercero.

d) Las opiniones expertas y evaluaciones emitidas por las empresas especializadas en selección de personal sobre los candidatos, sin perjuicio de lo señalado en el inciso tercero.

e) La nómina de candidatos.

Las normas establecidas en este artículo serán aplicables a todos aquellos procesos de selección en que la ley disponga la utilización del proceso de selección regulado por el Párrafo 3° del Título VI de la presente ley o en los que participe la Dirección Nacional del Servicio Civil o el Consejo de Alta Dirección Pública o sus representantes. En el debido cumplimiento de las funciones de la Dirección Nacional del Servicio Civil y del Consejo para la adecuada operación del Sistema de Alta Dirección Pública, se mantendrá, por el plazo de nueve años contado desde el inicio de cada proceso de selección, el carácter secreto o reservado de los antecedentes a que se refiere el inciso cuarto de este artículo.

Aquiescencia de algunos terceros, no es argumento.

Pero solo para mantener en reserva identidad de candidatos. No puntajes.

Incidencia de la sentencia
del Tribunal Constitucional

Atendido el rechazo del requerimiento de inaplicabilidad, los preceptos legales siguen plenamente a disposición de los jueces del fondo.

CASO 4

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 4785 ⁷ 12 de septiembre de 2019	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 9644-17 19 de abril de 2018	Corte Suprema rol n.º 7582-18 1 de octubre de 2019
Informe evaluación Alta Dirección Pública	Rechazo (público para el titular)	Concede acceso	Confirma

Lo solicitado

Informe de evaluación practicado por empresa consultora.

Fundamentos de lo resuelto
por el juez del fondo

El informe es de titularidad del evaluado.

Incidencia de la sentencia
del Tribunal Constitucional

Atendido el rechazo del requerimiento de inaplicabilidad, los preceptos legales siguen plenamente a disposición de los jueces del fondo.

La Dirección Nacional del Servicio Civil deberá elaborar un resumen ejecutivo de los procesos de selección y de la historia curricular de los candidatos entrevistados, por el Consejo o por los Comités respectivos, sin que de éste pueda inferirse la identidad de los postulantes. El resumen señalado deberá publicarse en el sitio web del Servicio dentro de los treinta días contados desde el nombramiento en el cargo o declarado desierto el concurso”.

⁷ Preceptos legales requeridos: Arts. 5.º inciso 2.º y 21 n.º 1 letra b) de la Ley n.º 20285 y art. 2.º letra g) de la Ley n.º 19628.

CASO 5

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 2153 ⁸ 11 de septiembre de 2012	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 6704-11 17 de diciembre de 2012	Corte Suprema rol n.º 9563-12 22 de mayo de 2013
Correos electrónicos	Acoge ⁹	Niega acceso	Confirma

Lo solicitado

Correos electrónicos institucionales remitidos desde el Ministerio del Interior a la Gobernación Provincial de Melipilla y desde la Gobernación Provincial de Melipilla al Ministerio del Interior, incluida la Subsecretaría del Interior y las cuentas de correos electrónicos, tanto de la Gobernadora Provincial como la del Subsecretario o del funcionario designado por el Ministerio del Interior como contraparte de la Gobernación Provincial de Melipilla, que versen sobre los fondos entregados y transferidos por dicho Ministerio a la Gobernación Provincial, como consecuencia de la emergencia suscitada a raíz del terremoto del 27 de febrero de 2010, como también los que se refieran a las rendiciones de gastos efectuados por dicha Gobernación Provincial al Ministerio del Interior, en relación con dichos fondos, y a las eventuales órdenes de devolución que hiciera dicho Ministerio a la Gobernación Provincial, respecto de los mismos fondos.

Fundamentos de lo resuelto por el juez del fondo:

No precisa la información requerida. Inviolabilidad de la correspondencia.
Principio de deliberación.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

La Corte de Apelaciones señala:

“Que, sobre esta misma materia no puede esta Corte dejar de considerar la sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional de fecha 11 de septiembre

⁸ Precepto legal requerido: Art. 5.º de la Ley n.º 20285, en la parte que señala: “y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”.

⁹ Se declaró inaplicable la frase del art. 5.º inciso 2.º que señala: “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”.

de 2012 recaído en los autos Rol N° 2.153-2012, fallo que se ha tenido a la vista en estos antecedentes y que declara inaplicable por inconstitucional en este caso el artículo 5° inciso 2° de la Ley N° 20.285 [...].

La relevancia para el caso concreto de lo anterior es que se ha utilizado este precepto para incluir a los correos electrónicos en la información que elabora la Administración” (c. 4.°).

Por su parte, la Corte Suprema, al confirmar la decisión, indicó:

“Que, en consecuencia, al acoger el reclamo de ilegalidad y dejar sin efecto la orden de entregar los correos electrónicos en cuestión, teniendo en consideración para ello la declaración de inaplicabilidad hecha por el Tribunal Constitucional, no es posible concluir que los jueces recurridos –al decidir como lo hicieron– hayan realizado alguna de las conductas que la ley reprueba y que sería necesario reprimir y enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte” (c. 5.°).

CASO 6

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.° 2246 ¹⁰ 31 de enero de 2013	Corte Apelaciones de Santiago rol n.° 2496-12 23 de julio de 2013	Corte Suprema rol n.° 5040-13 29 de agosto de 2013
Correos electrónicos	Acoge	Niega acceso	Confirma

Lo solicitado

Correos electrónicos que el Ministro envió y recibió en su casilla institucional entre los días 18 y 21 de julio de 2011 (Programa de Estrategia Digital del Ministerio).

Fundamentos de lo resuelto por el juez del fondo

Conflicto entre derecho de acceso a información y vida privada. Pueden contener informaciones de carácter personal, opiniones o juicios de valor sobre materias confidenciales.

¿Solución? Técnica de la ponderación: Supera finalidad y adecuación.

No supera necesidad: Existen otras vías para conocer la información.

Proyecto de ley que perfecciona Alta Dirección Pública.

¹⁰ Precepto legal requerido: Art. 5.° de la Ley n.° 20285, en la parte que señala: “y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

La Corte de Apelaciones expuso:

“Que, esta Corte tiene presente además la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 31 de enero de 2013, recaída en el proceso Rol 2246-12, en cuanto declaró inaplicable al presente caso, por inconstitucional, el inciso segundo del artículo 5º de la Ley de Transparencia, precepto en el que pudieran haber los correos electrónicos que se vienen refiriendo” (c. 12.º).

CASO 7

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 2379 ¹¹ 29 de enero de 2014	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 7369-12 12 de agosto de 2014	Corte Suprema
Correos electrónicos	Acoge	Niega acceso	No hubo

Lo solicitado

Copias de correos electrónicos comprendidos en la solicitud enviados o recibidos a través de computadores inventariados por la Subsecretaría del Interior o cuya distribución se haya verificado a través de servidores públicos que el subsecretario del Interior haya intercambiado con personal o funcionarios contratados a cualquier título de la repartición ministerial o de cualquier otra repartición pública relativa a los antecedentes de los 1 749 casos de exonerados políticos calificados por dicha autoridad como irregulares.

Fundamentos de lo resuelto
por el juez del fondo

Principal argumento jurídico (art. 5.º inciso 2.º) fue declarado inaplicable.

Derecho de acceso no es absoluto.

En los correos puede haber informaciones de carácter personal, opiniones o juicios de valor sobre materias confidenciales. Son comunicaciones privadas. Inviolabilidad.

¹¹ Precepto legal requerido: Art. 5.º de la Ley n.º 20285, en la parte que señala: “y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”.

Incidencia de la sentencia
del Tribunal Constitucional

La Corte de Apelaciones indica:

“Que, esta Corte tiene presente además la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 31 de enero de 2013, recaída en el proceso Rol 2246-12, en cuanto declaró inaplicable al presente caso, por inconstitucional, el inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia, precepto en el que pudieran haber los correos electrónicos que se vienen refiriendo” (c. 12.º).

CASO 8

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 2689 ¹² 24 de mayo de 2016	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 4700-14 5 de agosto de 2016	Corte Suprema
Correos electrónicos	Acoge parcialmente ¹³	Niega acceso	No hubo

Lo solicitado

Correos electrónicos relacionados con la dictación de las resoluciones exentas números 1584 y 2778 (compras públicas), de 8 de junio de 2011 y 21 de octubre de 2011, respectivamente, ambas emanadas de la Dirección Administrativa de la Presidencia de la República.

Fundamentos de lo resuelto
por el juez del fondo:

No se dio traslado a terceros. Trámite esencial.

Debe retrotraerse.

Incidencia de la sentencia
del Tribunal Constitucional

Atendido que se acogió por el incumplimiento en la exigencia de traslado de la solicitud de acceso, no fue necesario estimar la incidencia de la sentencia constitucional.

¹² Preceptos legales requeridos: Art. 5.º y 10 de la Ley n.º 20285.

¹³ Solo respecto del art. 5.º y de la oración final del art. 10 inciso 2.º que señala: “así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

CASO 9

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 2982 ¹⁴ 27 de diciembre de 2016	Corte Apelaciones de Valparaíso rol n.º 2118-15 8 de agosto de 2017	Corte Suprema
Correos electrónicos	Acoge	Niega acceso	No hubo

Lo solicitado

Correos electrónicos intercambiados entre el Director Nacional del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura con cada uno de los personeros de SalmonChile con los que exista correspondencia entre el 17 de julio de 2014 y el 19 de abril de 2015.

Fundamentos de lo resuelto por el juez del fondo

No especifica lo que pide. Traslada al Servicio determinar.

No acredita que la información haya sido fundamento o antecedente de acto administrativo.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

La Corte de Apelaciones señaló:

“Que, como ya se señaló, para resolver este conflicto, el Tribunal Constitucional en causa Rol 2982-2016 referente a este proceso, estableció que no puede fundarse en base al artículo 5 inciso segundo, ni en el artículo 10 inciso segundo de la Ley de Transparencia [...] por lo cual quedan fuera del sistema de fuentes del derecho que puede invocarse para poder resolver esta causa” (c. 5.º).

CASO 10

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 6932 ¹⁵ 20 de abril de 2020	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 359-18 29 de mayo de 2019	Corte Suprema rol n.º 15010-19
--------------------------------	--	---	-----------------------------------

¹⁴ Preceptos legales requeridos: Art. 5.º inciso 2.º y 10 inciso 2.º de la Ley n.º 20285.

¹⁵ Preceptos legales requeridos: Art. 5.º inciso 2.º, 10 inciso 2.º y 28 inciso 3.º de la Ley n.º 20285, en virtud del cual: “el afectado también podrá reclamar de la resolución del

Correos electrónicos	Rechazo	Da acceso	Pendiente ¹⁶
----------------------	---------	-----------	-------------------------

Lo solicitado

Correos electrónicos de Ana Lya Uriarte referentes al cierre del penal Punta Peuco, el caso Caval y la renuncia de Sebastián Dávalos.

Fundamentos de lo resuelto por el juez del fondo

Rechaza reclamo de la Presidencia por falta de legitimación activa.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

Atendido el rechazo del requerimiento de inaplicabilidad, los preceptos legales siguen plenamente a disposición de los jueces del fondo.

CASO 11

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 7068 ¹⁷ 23 de abril de 2020	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 227-19 5 de agosto de 2020	Corte Suprema rol n.º 94866-20
Correos electrónicos	Acoge	Da acceso	Pendiente ¹⁸

Lo solicitado

Correos emanados desde la casilla institucional de Ana Lya Uriarte, relativos al cierre del Penal Punta Peuco, caso Caval y la renuncia de Sebastián Dávalos, mientras se desempeñó como Jefa de Gabinete de la ex Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria.

Consejo ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuando la causal invocada hubiere sido la oposición oportunamente deducida por el titular de la información, de conformidad con el artículo 20”.

¹⁶ A la fecha de envío de este artículo, se encontraba designado redactor de la sentencia, desde el 15 de enero de 2021.

¹⁷ Preceptos legales requeridos: Art. 5.º inciso 2.º y 10 inciso 2.º de la Ley n.º 20285.

¹⁸ A la fecha de envío de este artículo, se encontraba designado redactor de la sentencia, desde el 15 de enero de 2021.

Lo resuelto

Rechaza reclamo de la Presidencia por falta de legitimación activa.

Incidencia de la sentencia
del Tribunal Constitucional

Atendido que se rechazó la impugnación por falta de legitimación de la entidad reclamante, no fue necesario estimar la incidencia de la sentencia constitucional.

CASO 12

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 5841 ¹⁹ 21 de noviembre de 2019	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 363-18 7 de mayo de 2020	Corte Suprema rol n.º 58508-20 23 de octubre de 2020
Correos electrónicos	Acoge	Da acceso	Confirma

Lo solicitado

Informes, correos y documentos de Directora Regional del Servicio de Impuestos Internos y de jefes de Gestión de Personas y Subdirección de Fiscalización que recomendaban no renovar cargo a contrata.

Fundamentos de lo resuelto
por el juez del fondo:

Corte de Apelaciones: Servicio de Impuestos Internos carece de legitimidad.

Corte Suprema: El Servicio posee legitimidad. Correos son información pública, conforme a los arts. 8.º de la Constitución y 5.º inciso 1.º de la Ley n.º 20285.

Incidencia de la sentencia
del Tribunal Constitucional

“Que la conclusión antes anotada no se desvirtúa por la declaración de inaplicabilidad dispuesta por el Tribunal Constitucional en causa Rol N° 5841-18-INA respecto de los artículos 5º *inciso 2º* y 10 de la Ley N° 20.285 pues, se insiste, incluso sin acudir a tales normas, la información objeto del conflicto ha de considerarse pública, requiriendo, para su se-

¹⁹ Preceptos legales requeridos: Art. 5.º inciso 2.º y 10 inciso 2.º de la Ley n.º 20285.

creto o reserva, la configuración de alguna de las causales taxativamente señaladas en la ley” (c. 12°).

CASO 13

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 6136 ²⁰ 21 de noviembre de 2019	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 362-18 14 de enero de 2019	Corte Suprema rol n.º 1824-19 25 de febrero de 2020
Correos electrónicos	Acoge	Da acceso	Confirma

Lo solicitado

Correo electrónico de la subdirectora de Avaluaciones a sus jefes de Departamento sobre un sumario.

Fundamentos de lo resuelto por el juez del fondo

Corte de Apelaciones rechazó el reclamo del Servicio de Impuestos Internos por carecer de legitimidad para accionar.

Corte Suprema sostuvo que la información era pública.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

La Corte de Apelaciones dejó constancia que:

“Las comunicaciones privadas mediante correos electrónicos están amparadas por la garantía del N° 5° del artículo 19 de la Constitución Política de la República y así lo ha consignado el Tribunal Constitucional en la sentencia que cita” (c. 5.°),

no obstante lo cual desestimó el reclamo por falta de legitimación de la entidad accionante.

Por su parte, la Corte Suprema estimó que la información solicitada era pública, que:

“[...] se relaciona de manera inmediata y directa con un acto de la Administración del Estado preciso y determinado, al punto que no se entiende sin él, circunstancias, todas, que denotan la complementariedad esencial exigida por el artículo 5°, *inciso primero*, de la Ley N° 20.285 para ser

²⁰ Preceptos legales requeridos: Art. 5.° inciso 2.° y 10 inciso 2.° de la Ley n.° 20285.

entendida como información pública accesible, prima facie, a todo aquel que la requiera, norma que concreta, por lo demás, lo dicho por el artículo 8 de la Constitución Política de la República según su texto transcrito con anterioridad” (c. 8.º).

Por ello:

“[...] la conclusión antes anotada no se ve opacada por la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, dispuesta por el Tribunal Constitucional en causa Rol N.º 6136-19-INA respecto de los artículos 5.º *inciso* 2.º y 10 de la Ley N.º 20.285 pues, se insiste, incluso sin acudir a tales normas la información objeto del conflicto ha de considerarse pública, requiriendo, para su secreto o reserva, la configuración de alguna de las causales taxativamente señaladas en la ley” (c. 9.º).

CASO 14

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 4402 ²¹ 27 de marzo de 2019	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 14205-17 6 de junio de 2019	Corte Suprema
Instituto Nacional de Estadísticas	Acoge	Da acceso	No hubo

Lo solicitado

La VII Encuesta de Presupuesto Familiar con la información de la región perteneciente a cada observación, ya que la base disponible en la página del Instituto Nacional de Estadísticas solo tiene la variable *zona* que identifica si es de la Región Metropolitana o de otra Región.

Fundamentos de lo resuelto
por el juez del fondo

Instituto invoca secreto estadístico.

Está en su ley y es de quórum calificado, pero no se explica cómo se afecta, en virtud de las causales de secreto.

²¹ Preceptos legales requeridos: Art .5.º inciso 2.º y 28 inciso 2.º de la Ley n.º 20285. Este último niega a los órganos de la Administración del Estado el derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo para la Transparencia, que otorgue acceso a la información solicitada, cuando la denegación se fundó en la causal del n.º 1 del art. 21 de dicha ley.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

La Corte de Apelaciones hace aplicación, en cuanto conoce de la reclamación interpuesta, en virtud de la sentencia de inaplicabilidad de la regla que restringe la apelación en el art. 28 inciso 2.º de la Ley n.º 20285, pero expone que accederá a la información solicitada por cuanto:

“[...] en relación con la causal de reserva prevista en el artículo 21 N° 1 de la ley de transparencia, esto es, cuando la publicidad de la información afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, cabe tener presente que, si bien, como se señaló en el motivo cuarto, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad, para el presente caso, del artículo 28 inciso 2º de la ley N° 20.285, norma que prohíbe a los órganos del Estado reclamar ante esta sede jurisdiccional de la resolución del CPLT que otorgue acceso a la información que hubieren denegado, cuando la negativa se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21, por lo que no habría óbice en examinar la procedencia, en este caso en particular, de la aludida causal de reserva, lo cierto es que ésta no fue esgrimida por la reclamante [...]” (c. 8.º).

CASO 15

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 2870 ²² 15 de diciembre de 2016	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 9743-14 12 de junio de 2015	Corte Suprema rol n° 7817-15 20 de noviembre de 2017
Contratos ²³	Rechazo	Da acceso	Revoca

²² Precepto legal requerido: Frases destacadas del art. 5.º de la Ley n.º 20285:

“En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

²³ En el mismo sentido, la sentencia pronunciada por Tribunal Constitucional el 15 de diciembre de 2016, rol n.º 2871, en relación con las sentencias pronunciadas por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 12 de junio de 2015, rol n.º 9633-14 y la Corte Suprema el 20 de noviembre de 2017, rol n.º 7822-15.

Lo solicitado

Entrega, por parte de Corfo, de una copia de contrato de “compra de energía” que Abengoa Solar Chile S.A. suscribió con Empresa Eléctrica PCS SpA, tarjando cláusulas referidas al precio de venta, el valor de los excedentes y el porcentaje de venta de estos, además de los datos personales contenidos en la cláusula 19ª, según las bases de adjudicación de la licitación para “Concurso Planta Solar de Concentración de Potencia”.

Fundamentos de lo resuelto
por el juez del fondo

Contratos en parte son públicos porque se refieren a información incorporada en proceso de licitación.

Reserva es de interpretación restrictiva. Test de daño. Solo tarjar cláusula 8ª.

La Corte Suprema sostiene que la sentencia de la Corte de Apelaciones tiene posiciones contradictorias: Que el contenido es público porque es parte de un acto administrativo (la licitación); la reserva no opera porque es restrictiva y cabe aplicar test de daño; ordena entregar, salvo una cláusula.

Contiene información comercial confidencial.

Incidencia de la sentencia
del Tribunal Constitucional

Atendido que se rechazó la impugnación por falta de legitimación de la entidad reclamante, no fue necesario estimar la incidencia de la sentencia constitucional.

CASO 16

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 2505 ²⁴ 10 de mayo de 2014	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 4709-12 9 de julio de 2013	Corte Suprema rol n.º 4638-13 4 de agosto de 2014
--------------------------------	--	---	--

²⁴ Precepto legal requerido: Frases destacadas del art. 5.º de la Ley n.º 20285:

“En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Información bancaria	Rechazo	Da acceso	Confirma
----------------------	---------	-----------	----------

Lo solicitado

A la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, información desglosada respecto de cada institución que conforma el sistema bancario chileno para el periodo 2005-2011:

Mapa de procesos críticos

Matrices de riesgo operacional y financiero

Programa de auditoría anual de la Superintendencia, incluyendo la cantidad de auditorías por institución, precisando el año en que se solicitaron; clasificación entre operativas, computacionales, financieras y legales; grado de cumplimiento expresado en objetivos de que dieron cuenta las auditorías; cumplimientos comprometidos por los fiscalizados y el grado de cumplimiento y la cantidad de observaciones obtenidos en las auditorías.

Auditorías legales, financieras, operativas e informáticas. Esto incluye la cantidad de auditorías, con distinción entre planificadas, no planificadas, realizadas, no realizadas, indicando el año en que se hicieron; resultado de las auditorías en cuanto a si existieron o no observaciones.

Fundamentos de lo resuelto por el juez del fondo

Es información estadística.

Es pública porque, conforme al art. 5.º, es el resultado de la labor de fiscalización.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

La sentencia de la Corte de Apelaciones fue anterior al pronunciamiento del Tribunal y, luego, la Corte Suprema rechazó la queja sin entrar al fondo.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

CASO 17

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 2558 ²⁵ 15 de enero de 2015	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 5288-13 12 de noviembre de 2013	Corte Suprema rol n.º 13182-13 1 de junio de 2015
Información bancaria	Acoge parcialmente. Solo respecto del art 5.º inciso 2.º	Da acceso	Niega queja, pero revoca de oficio

Lo solicitado

El o los documentos en que conste la cantidad de fiscalizaciones, auditorías o revisiones efectuadas a bancos u otras instituciones financieras, entre los años 2010 y 2012, presentados en forma mensual, indicando entidad o conglomerado financiero evaluado, detallando mes a mes la cantidad de revisiones con o sin observaciones; y

La identidad de los diez conglomerados financieros que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras haya identificado, ya sea en estudios realizados por el mismo órgano o a través de reuniones de comités y, en caso de corresponder a un número distinto, la entrega de los conglomerados efectivamente identificados o, en su defecto, señalar sin ambages, que no se posee la información.

Fundamentos de lo resuelto
por el juez del fondo

La Corte de Apelaciones funda su decisión en que la reserva del art. 7.º de la Ley General de Bancos es para los funcionarios, no para el órgano; y, además, en el hecho de que, la Superintendencia no podía reclamar porque la causal invocada era la del n.º 1 del art. 21 de la Ley n.º 20285, conforme al art. 28 inciso 2.º de dicha ley.

Sin embargo, la Corte Suprema va a revocar de oficio la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones, por cuanto el aludido art. 7.º es de contenido y alcance amplio, por lo que:

²⁵ Preceptos legales requeridos: Art. 5.º de la Ley n.º 20285 y art. 7.º de la Ley General de Bancos, en virtud del cual: “queda prohibido a todo empleado, delegado, agente o persona que a cualquier título preste servicios en la Superintendencia, revelar cualquier detalle de los informes que haya emitido, o dar a personas extrañas a ella noticia alguna acerca de cualesquiera hechos, negocios o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su cargo. En el caso de infringir esta prohibición, incurrirá en la pena señalada en los artículos 246 y 247 del Código Penal”.

“[...] no tendría sentido mantener un deber de abstención de los funcionarios si es que se considerara posible divulgar la misma información por otros medios, o por la vía de otros organismos, o por la sede de una normativa distinta como puede ocurrir con los mecanismos previstos en la Ley de Transparencia”.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

Atendido que se rechazó el requerimiento de inaplicabilidad respecto del art. 7.º de la Ley General de Bancos, la Corte Suprema procedió a aplicarlo y, con base en él, negó, en definitiva, acceso a la información solicitada.

CASO 18

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 4669 ²⁶ 14 de marzo de 2019	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 14122-17 17 de septiembre 2019	Corte Suprema rol n.º 27661-19 8 de mayo de 2020
Información bancaria	Acoge	Niega	Confirma

Lo solicitado

Base de datos innominados de la deuda bancaria local de los registros administrativos de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras para los años 2015, 2016 y 2017.

Fundamentos de lo resuelto

Rechaza con base en el entonces vigente art. 7.º Ley General de Bancos.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional:

La Corte aplicó el art. 7.º de la Ley General de Bancos que no fue materia del requerimiento de inaplicabilidad.

²⁶ Precepto legal requerido: Art. 5.º inciso 2.º de la Ley n.º. 20285.

CASO 19

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 8474 ²⁷ 27 de octubre de 2020	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 503-2018 13 de enero de 2021	Corte Suprema rol n.º 5218-2021
Información bancaria	Acoge	Niega	Pendiente ²⁸

Lo solicitado

Expediente o documentación de fiscalización al Banco Itaú Corpbanca, en el marco de un crédito otorgado al fondo de inversión privado Synergia para ser invertido en SMU en 2010.

Fundamentos de lo resuelto por el juez del fondo

Inaplicabilidad deja sin sustento lo resuelto por el Consejo para la Transparencia. En todo caso, la información no es pública, por cuanto no ha constituido el fundamento de decisiones estatales, ni es un procedimiento administrativo porque no genera una secuencia de actos que termine en uno decisorio.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

La decisión del Consejo para la Transparencia se funda en los arts. 5.º inciso 2.º, 10 inciso 2.º y 11 letra c) de la Ley n.º 20285, los cuales fueron declarados inaplicables, por lo que se:

“[...] excluye y retira del universo de normas aplicables aquella declarada inaplicable, la que no sólo deja de vincular al tribunal que conoce el proceso particular en que incide la cuestión, sino que se establece la obligación de no considerarla –expulsión normativa– [...]”.

En tales condiciones, la decisión del Tribunal Constitucional [...] dejó sin fundamento normativo la petición de información [...], por lo que esta Corte queda situada en una posición de imposibilidad práctica de considerar válido el pronunciamiento jurídico fundado en dichos preceptos, deviniendo ella en ilegal y arbitrario, por carecer de un requisito esencial de todo acto administrativo –debidamente fundamentado–, conforme lo previenen los

²⁷ Preceptos legales requeridos: Arts. 5.º inciso 2.º, 10 inciso 2.º y 11 letras b) y c) de la Ley n.º 20285.

²⁸ A la fecha de envío de este artículo, se encontraba en relación.

artículos 41 –las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada– y 11 de la Ley N° 19.880 –Principio de imparcialidad [...]” (c. 12°).

CASO 20

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.° 8118 ²⁹ 23 de julio de 2020	Corte Apelaciones de Santiago rol n.° 353-19 29 de noviembre de 2019	Corte Suprema rol n.° 36305-19 6 de octubre de 2020
Información previsual	Acoge	Da acceso	Revoca

Lo solicitado

“Notas explicativas” de los informes diarios de las Administradoras de Fondos de Pensiones, desde el año 1981 a la fecha que envían a la Superintendencia.

Fundamentos de lo resuelto por el juez del fondo

Es pública la información que obra en poder de la Administración.

Rendición de cuentas por la Superintendencia/Seguridad Social-Propiedad sobre las cotizaciones.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

Aun cuando no se alude a su sentencia, el fundamento que tuvo en cuenta la Corte Suprema para, de oficio, dejar sin efecto lo decidido por la Corte de Apelaciones corresponde exactamente al que sostuvo el Tribunal Constitucional, por cuanto:

“[...] la información en comento emana de la AFP y es puesta en conocimiento de la Autoridad, para efectos de fiscalización, pero aquello debe ser entendido como un medio de control, que emana del Estado respecto de cualquier persona para verificar que su actuar se ajusta a la ley, puesto que todos estamos sujetos al cumplimiento del ordenamiento jurídico. Sin embargo, *la mera fiscalización que haga un órgano gubernamental no puede transformar, por ese sólo hecho, a la información que se le entregue a dicho órgano, como parte o fundamento de un acto administrativo que, para este caso, además, sería eventual y posterior, porque quien realiza y comete actos administrativos es la autoridad no el particular, por tanto, lo que emane de él per se no tiene el carácter de público*” (c. 8°).

²⁹ Preceptos legales requeridos: Arts. 5.° inciso 2.° y 10 inciso 2.° de la Ley n.° 20285.

CASO 21

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 2907 ³⁰ 27 de diciembre de 2016	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 3402-15 10 de septiembre de 2015	Corte Suprema rol n.º 15138-15 6 de julio de 2017
Antibióticos en salmones	Acoge	Da acceso	Revoca

Lo solicitado

Cantidad de antibióticos utilizados por cada empresa de cultivo de salmón entre los años 2009 y 2013.

Fundamentos de lo resuelto por el juez del fondo

La Corte de Apelaciones plantea que se ha entregado la información al Servicio Nacional de Pesca en forma no desagregada. ¿Por qué las afectaría entregarla desagregada?

En cambio, la Corte Suprema sostiene que, precisamente, en tanto se pide que sea desagregada, es estratégica de cada compañía.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

La Corte Suprema no emplea el art. 5.º inciso 2.º, declarado inaplicable, sino que invoca su inciso 1.º para concluir, sin embargo:

“Que, acorde con lo señalado, la información que se pide por el solicitante, en tanto exige sea disociada por empresa –para cuando se trate de una agrupación de concesiones cuyo titular esté compuesto por diversas sociedades–, importa acceder a la entrega de información que tiene el carácter de reservada o secreta, en el entendido que constituyen antecedentes que guardan relación con información confidencial y estratégica de cada compañía y que como tal le proporcionan una ventaja competitiva respecto de sus competidores [...]” (c. 14º).

³⁰ Preceptos legales requeridos: Arts. 5.º inciso 2.º y 10 inciso 2.º de la Ley n.º 20285 y art. 31 bis de la Ley n.º 19300.

CASO 22

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 3111 ³¹ 23 de marzo de 2017	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 11771-15 31 de mayo de 2016	Corte Suprema rol n.º 34432-16 6 de julio de 2017
Antimicrobianos en salmones	Acoge	Da acceso	Confirma

Lo solicitado

Al Servicio Nacional de Pesca:

- Informe sobre uso de antimicrobianos en la salmonicultura nacional correspondiente al año 2014.
- Información desagregada por empresa y centro de cultivo, sobre cantidades y clases de antibióticos usados por la industria del salmón de cultivo durante el año 2014.

Fundamentos de lo resuelto por el juez del fondo

Hay interés público comprometido.
Algunas empresas accedieron.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

La Corte Suprema no entra al fondo del asunto, sino que desestima el recurso de queja:

“[...] por aparecer de los antecedentes que lo debatido es una cuestión de interpretación y alcance de determinadas normas legales, no es posible concluir que los jueces recurridos al acoger el reclamo de ilegalidad deducido en contra de la decisión de amparo Rol C-1536-2015 adoptada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia que rechazó el amparo por denegación de información, hayan realizado alguna de las conductas que la ley reprueba y que sería necesario reprimir y enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte” (c. 6°).

³¹ Precepto legal requerido: Art. 5.º inciso 2.º de la Ley n.º 20285.

CASO 23

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 3974 ³² 12 de marzo de 2019	Corte Apelaciones de Puerto Montt rol n.º 122-17 17 de junio de 2019	Corte Suprema rol n.º 17310-19 4 de diciembre de 2019
Antibióticos en salmones	Acoge	Niega acceso	Revoca

Lo solicitado

Listados de aquellos centros de producción salmonídeos que reportaron uso de deltramina o cipermetrina durante el año 2015; que exhibieron presencia de Flavobacteriosis durante los años 2010 al 2015 o SRS, durante los años 2013 y 2015.

Fundamentos de lo resuelto por el juez del fondo

Ambas partes reconocen que información es parcialmente pública. Test de daño:

- No es vinculante que algunas empresas accedieron
 - No prueba afectación de derechos comerciales
- No es claro el interés en la información.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

La Corte de Apelaciones señala:

“Que como consta en los antecedentes, el Excmo. Tribunal Constitucional declaró inaplicable para el caso sub lite las disposiciones contenidas en los artículos 5 inciso segundo y 10 inciso segundo, de la Ley de Transparencia” (c. 4°),

agregando:

“Que de esta suerte, estos sentenciadores estiman que la decisión reclamada ha sido adoptada infringiendo la causal de secreto o reserva contenida en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, sin que la argumentación desplegada por la reclamada en su decisión de amparo, como en la discusión seguida en estos autos, permita desacreditar su

³² Preceptos legales requeridos: Arts. 5.º inciso 2.º y 10 inciso 2.º de la Ley n.º 20285 y art. 31 bis de la Ley n.º 19300.

conurrencia o haga preferente su divulgación en aras del interés público prevalente, por sobre la exclusión a que alude la norma en comento y que aparece como plausible y debidamente fundada, según se expresó en los párrafos anteriores” (c. 12°).

Sin embargo, la Corte Suprema estimó que las disposiciones declaradas inaplicables por el Tribunal Constitucional:

“[...] carecen de relevancia para resolver el asunto planteado, toda vez que, por una parte, no son esgrimidos por la quejosa, y por otra, porque la existencia de la causal de reserva esgrimida por Sernapesca, esto es, sobre la base de la negativa a la entrega de la información manifestada por las empresas reclamantes, es la consagrada en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, que dispone que la información podrá denegarse, entre otras causales: ‘Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico’.

Es decir, la causal no se relaciona con la exclusiva circunstancia de tratarse de información pública por estar en poder de un órgano del Estado o ser el fundamento de un acto administrativo. No, la causal es concreta, y se vincula, exclusivamente, con la circunstancia de afectar los derechos económicos y sociales de los terceros” (c. 12°).

CASO 24

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.° 5950 ³³ 14 de enero de 2019	Corte Apelaciones de Santiago rol n.° 382-18 21 de octubre de 2020	Corte Suprema rol n.° 131990-20
Antibióticos en salmones	Acoge	Da acceso	Pendiente ³⁴

Lo solicitado

Cantidad y clase de antibióticos utilizados durante los años 2015, 2016 y 2017 (por año y en toneladas) desagregada por empresa y centro de cultivo de la industria del salmón.

Biomasa producida durante los años 2015, 2016 y 2017 (por año y en toneladas) desagregada por empresa y centro de cultivo de la industria del salmón.

³³ Preceptos legales requeridos: Arts. 5.° inciso 2° y 10 inciso 2.° de la Ley n.° 20285 y art. 31 bis de la Ley n.° 19300.

³⁴ A la fecha de envío de este artículo, se encontraba designado redactor de la sentencia, desde el 15 de febrero de 2021.

Fundamentos de lo resuelto por el juez del fondo

Atendido que el proceso de aplicación de antibióticos se encuentra regulado por la normativa actualmente vigente y las recomendaciones y directrices nacionales e internacionales no constituye una materia propia de secreto empresarial y tampoco es de aquella información cuyo conocimiento pueda proporcionar una ventaja competitiva a las demás empresas.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

“Que, sin perjuicio de lo señalado precedentemente, lo cierto es que los motivos legales que permitieron adoptar la decisión reclamada, no son las normas que fueron declaradas inaplicables y a que se hizo referencia en el motivo precedente, lo que descarta su influencia en la presente litis [...]” (c. 5º).

CASO 25

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 4986 ³⁵ 14 de mayo de 2019	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 14688-17 8 de junio de 2018	Corte Suprema rol n.º 13044-18 3 de julio de 2019
Centros de producción de salmones	Acoge	Da acceso	Confirma

Lo solicitado

Servicio Nacional de Pesca debe entregar los nombres de los centros de producción salmonera, ubicados en las regiones de Los Ríos, Los Lagos y de Aysén, que informaron en el periodo 2010 a 2016, la aplicación de tres pesticidas (diflubenzuron, azametifos y benzoato de emamectina), utilizados para el control de la infestación parasitaria denominada caligidosis.

Fundamentos de lo resuelto por el juez del fondo

No se configura causal de afectación de derechos, pues tiene límites.

³⁵ Preceptos legales requeridos: Arts. 5º inciso 2º y 10 inciso 2º de la Ley n.º 20285 y art. 31 bis de la Ley n.º 19300.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

“Que, según consta del mérito de los antecedentes, por sentencia de 14 de mayo último, el Tribunal Constitucional acogió el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad entablado por las recurrentes de queja, declarando inaplicables en este procedimiento los artículos 5° inciso 2° y 10° inciso 2° de la Ley N°20.585, además del artículo 31 bis de la Ley N°19.300.

La decisión de los jueces recurridos, por su parte, es de 8 de junio de 2018, esto es, muy anterior al fallo a que se ha hecho referencia, de modo que mal pudieron los sentenciadores haber tenido en consideración lo resuelto por el Tribunal Constitucional, al momento de adoptar la decisión que se busca dejar sin efecto por esta vía disciplinaria y que confirma lo ya resuelto por la autoridad administrativa, esto es, que se trata de información pública a la cual se debe dar acceso” (c. 5°).

CASO 26

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.° 7425 ³⁶ 19 de diciembre de 2019	Corte Apelaciones de Santiago rol n.° 379-18 21 de octubre de 2020	Corte Suprema rol n.° 131974-20 15 de febrero de 2021
Antibióticos en salmones	Acoge	Da acceso	Pendiente ³⁷

Lo solicitado

Cantidad y clase de antibióticos utilizados durante los años 2015, 2016 y 2017 (por año y en toneladas) desagregada por empresa y centro de cultivo de la industria del salmón.

Biomasa producida durante los años 2015, 2016 y 2017 (por año y en toneladas) desagregada por empresa y centro de cultivo de la industria del salmón.

Fundamentos de lo resuelto por el juez del fondo:

Sin perjuicio de otras consideraciones, se argumenta con base en el art. 31 bis de la Ley n.° 19300.

³⁶ Preceptos legales requeridos: Arts. 5° inciso 2° y 10 inciso 2° de la Ley n.° 20285 y art. 31 bis de la Ley n.° 19300.

³⁷ A la fecha de envío de este artículo, se encontraba designado redactor de la sentencia, desde el 15 de febrero de 2021.

Incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional

Evidentemente, la sentencia ignora completamente lo resuelto por el Tribunal.

CASO 27

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 9264 ³⁸ 28 de enero de 2021	Corte Apelaciones de Puerto Montt rol n.º 17-2020	Corte Suprema
Caligidosis y uso de pesticidas en salmones	Acoge	Pendiente ³⁹	

Lo solicitado

Empresas que tengan presencia de la enfermedad parasitaria caligidosis y las que utilizaron determinados pesticidas para su control, entre 2017 y 2018, en las regiones de Los Ríos, Los Lagos, Aysén, y Magallanes.

Fundamentos de lo resuelto
por el juez del fondo

Pendiente de ser resuelto por la Corte de Apelaciones.

CASO 28

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 6126 ⁴⁰ 8 de octubre de 2019	Corte Apelaciones de Santiago rol n.º 519-2018 2 de enero de 2020	Corte Suprema
Causas judiciales	Acoge	Da acceso	No hubo

Lo solicitado

Causas judiciales laborales en que ha sido condenada la Municipalidad.

³⁸ Preceptos legales requeridos: Arts. 5º inciso 2º y 10 inciso 2º y 11 letras a), c) y d) de la Ley n.º 20285.

³⁹ A la fecha de envío de este artículo, la Corte de Apelaciones había resuelto –el 2 de febrero de 2021– tener presente el oficio por el que se comunicó la sentencia del Tribunal Constitucional y alzar la suspensión del procedimiento.

⁴⁰ Precepto legal requerido: Arts. 28 inciso 2º de la Ley n.º 20285.

Fundamentos de lo resuelto
por el juez del fondo

No aparece de los antecedentes que la exhibición afecte el debido cumplimiento de sus funciones ni perjudique a quienes lo suscriben y la reserva contenida en su Ley Orgánica está referida únicamente al deber funcionario de quienes laboran en dicha entidad.

Incidencia de la sentencia
del Tribunal Constitucional

“Que el Tribunal Constitucional remitió copias de la sentencia pronunciada por dicho organismo el 8 de octubre del año en curso, mediante la cual se acogió el requerimiento deducido por la I. Municipalidad de Santiago, declarándose la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 28 inciso segundo de la Ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública, en la presente causa” (c. 4°),

por lo que entra al fondo de la cuestión debatida.

CASO 29

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 9223 ⁴¹ 21 de diciembre de 2020	Corte Apelaciones de Santiago rol n° 363-2020	Corte Suprema
Fondos concursables	Acoge	Pendiente ⁴²	

Lo solicitado

Listado de ganadores de fondos concursables de deporte, educación, cultura y de juntas de vecinos de los años 2017 a 2019. Proyectos presentados. Actos administrativos autorizantes y las fiscalizaciones y cuentas de los proyectos.

Fundamentos de lo resuelto
por el juez del fondo:

Pendiente de ser resuelta por la Corte de Apelaciones.

⁴¹ Precepto legal requerido: Arts. 28 inciso 2° de la Ley n.º 20285.

⁴² A la fecha de envío de este artículo, el 10 de marzo de 2021, se había ordenado agregar de forma extraordinaria la causa en tabla.

CASO 30

Resumen información solicitada	Tribunal Constitucional rol n.º 9156 ⁴³ 21 de diciembre de 2020	Corte Apelaciones de Rancagua rol n.º 9-2020	Corte Suprema
Auditorías	Acoge	Pendiente ⁴⁴	

Lo solicitado

Auditorías clínicas y financieras de los años 2015 a 2019 de Servicio de Salud.

Fundamentos de lo resuelto por el juez del fondo

Todavía pendiente de sentencia en la Corte de Apelaciones.

III. Comentarios

Al revisar la jurisprudencia sistematizada, una primera constatación, de corte cuantitativo, da cuenta de que –de los treinta casos sistematizados– cuatro se refieren a solicitud de antecedentes de postulantes a través del sistema de Alta Dirección Pública; nueve a correos electrónicos; cinco a información vinculada con bancos o administradoras de fondos de pensiones; siete a tratamiento o cantidad de salmones y el resto tienen relación con estadísticas, contratos en el sector eléctrico, fondos concursables, causas judiciales y auditorías.

1. APRECIACIÓN GENERAL

En una mirada más sustantiva, buscando la correlación entre la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional y lo resuelto por las Cortes que conocieron del fondo de las reclamaciones que impugnaban el acceso que el Consejo para la Transparencia había dado, respecto de la información solicitada, hay que partir de la base que aquella magistratura rechazó en seis oportunidades el requerimiento de inaplicabilidad, acogéndola –al menos parcialmente– en las veinticuatro restantes.

⁴³ Precepto legal requerido: Arts. 28 inciso 2º de la Ley n.º 20285.

⁴⁴ A la fecha de envío de este artículo, el 5 de enero de 2021, se dispuso tener presente lo resuelto por el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de hallarse la causa suspendida, en su término probatorio, conforme a lo previsto en el art. 6º de la Ley n.º 21226.

Considerando estos veinticuatro procesos, pues en los otros seis no se afectó el conjunto de preceptos legales a disposición del juez del fondo, en nueve casos la Corte de Apelaciones respectiva negó acceso a la información, lo cual, en principio, parece estar en correlación con el pronunciamiento de inaplicabilidad que habría dejado sin sustento legal la solicitud de acceso. En doce, sin embargo, de igual forma accedió a los antecedentes pedidos, existiendo tres causas que todavía no se han resuelto.

Ahora bien, revisando aquellos nueve pronunciamientos en siete, (rol n.º 1990, 2153, 2246, 2379, 2982, 3974 y 8474) la Corte de Apelaciones accedió a la reclamación para negar acceso a la información teniendo como base la sentencia de inaplicabilidad pronunciada por el Tribunal Constitucional. En los otros dos casos, aun cuando el precepto legal no fue aplicado en la gestión, la Corte de Apelaciones accedió a la reclamación por no haberse dado traslado a los interesados de la solicitud de acceso (rol n.º 2689) y en virtud del secreto dispuesto en el entonces vigente art. 7.º de la Ley General de Bancos que no había sido impugnado ante el Tribunal Constitucional (rol n.º 4669).

En cambio, en las doce oportunidades en que, no obstante el pronunciamiento de inaplicabilidad, la Corte de Apelaciones rechazó la reclamación e, igualmente, dio acceso a la información pedida, hay dos en los que el asunto conocido por el Tribunal Constitucional no se vinculaba con los preceptos legales que regulan el acceso, sino que pronunció la inaplicabilidad del art. 28 inciso 2.º de la Ley n.º 20285 (rol n.º 4402 y 6126), en virtud del cual se establece una limitación para que el órgano público requerido de información pueda reclamar de la decisión del Consejo para la Transparencia ante la Corte de Apelaciones. En estos dos casos, la sentencia de inaplicabilidad surtió pleno efecto, pues el juez del fondo conoció de la reclamación.

En las diez causas restantes, sin embargo, se rechazó el reclamo por falta de legitimación de la reclamante (rol n.º 7068, 5841, 6136 y 2558) o se trató de situaciones en que la sentencia del Tribunal de Alzada se dictó con anterioridad al pronunciamiento de inaplicabilidad (rol n.º rol 8118, 2907, 3111 y 4986) y en un caso (rol n.º 5950) adujo que la inaplicabilidad se refería a preceptos legales que no incidían en la gestión pendiente.

La décima de estas causas corresponde al rol n.º 7425 en que, sencillamente, la Corte de Apelaciones ignoró el pronunciamiento de inaplicabilidad y resolvió, entre otros argumentos, con base en los preceptos que fueron materia de aquella declaración, encontrándose hoy pendiente el recurso de queja interpuesto por el interesado, alegando, en efecto, esta circunstancia.

Por último, si se compara lo decidido por la Corte de Apelaciones frente a lo resuelto por la Corte Suprema, en los veinticuatro casos⁴⁵:

- Tres se encuentran pendientes todavía ante el Máximo Tribunal (rol n.º 6932, 7068 y 7425);
- En seis causas no se recurrió en contra de lo resuelto por la Corte de Apelaciones (rol n.º 1990, 2379, 2689, 2982, 4402 y 6126);
- En diez casos la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones (rol n.º 2290, 4785, 2153, 2246, 6136, 2505, 4669, 3111, 4986 y 5841) y
- En seis causas, modificó, total o parcialmente, la sentencia de la Corte de Apelaciones (rol n.º 2278, 2870, 2558, 2907, 3974 y 8118).

2. CASOS INTERESANTES

Conforme a lo expuesto, de los diez casos confirmados por la Corte Suprema, es importante mencionar que dicha decisión importa mantener el correlato ya aludido, entre la inaplicabilidad y lo resuelto en sede de Corte de Apelaciones en seis causas, pues el Tribunal rechazó la inaplicabilidad y la Corte accedió a que se entregara la información solicitada (rol n.º 2505, 2290 y 4785) o se trata de aquellas en que el Tribunal acogió y el Tribunal de Alzada denegó el acceso (rol n.º 2153, 2246 y 4669), en los términos ya explicados.

En los cuatro casos restantes se producen las siguientes situaciones:

En el rol n.º 6136 y en el rol n.º 5841, si bien el Tribunal acogió la inaplicabilidad respecto de los arts. 5.º inciso 2.º y 10 inciso 2.º de la Ley n.º 20285, la Corte de Apelaciones permitió el acceso a la información porque desestimó la objeción, atendida la falta de legitimidad del reclamante, como ya hice notar.

Sin embargo, la Corte Suprema resolvió, en definitiva, que a su juicio, la información solicitada era pública fundándose en el art. 5.º inciso 1.º y no vinculando la decisión con los preceptos declarados inaplicables.

En el segundo caso, referido al rol n.º 3111, si bien el Tribunal acogió la inaplicabilidad de ciertas frases del art. 5.º de la Ley n.º 20285 y la Corte de Apelaciones ya había dado acceso, con anterioridad al pronunciamiento constitucional, la Corte Suprema terminó confirmando esta decisión al rechazar el recurso de queja, argumentando que, conforme a:

“[...] los antecedentes que lo debatido es una cuestión de interpretación y alcance de determinadas normas legales, no es posible concluir que los

⁴⁵ Hay tres causas, como ya señalé, en que todavía no ha resuelto la Corte de Apelaciones, rol n.º 8474, 9156 y 9223.

jueces recurridos al acoger el reclamo de ilegalidad deducido en contra de la decisión de amparo Rol C-1536-2015 adoptada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia que rechazó el amparo por denegación de información, hayan realizado alguna de las conductas que la ley reprueba y que sería necesario reprimir y enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte” (c. 6°).

Más interesante es el rol n.° 4986 en que la Corte Suprema confirmó la decisión de acceso, no obstante la inaplicabilidad de los arts. 5.° inciso 2.° y 10 inciso 2.° de la Ley n.° 20285 y 31 bis de la Ley n.° 19300, por cuanto:

“[...] la decisión de los jueces recurridos, por su parte, es de 8 de junio de 2018, esto es, muy anterior al fallo a que se ha hecho referencia, de modo que mal pudieron los sentenciadores haber tenido en consideración lo resuelto por el Tribunal Constitucional, al momento de adoptar la decisión que se busca dejar sin efecto por esta vía disciplinaria y que confirma lo ya resuelto por la autoridad administrativa, esto es, que se trata de información pública a la cual se debe dar acceso” (c. 5°).

Por último, en los seis casos en que la Corte Suprema revocó, total o parcialmente, lo resuelto por la Corte de Apelaciones, no son relevantes, para este efecto, el rol n.° 2278 ni el rol n.° 2870, pues el Tribunal Constitucional había rechazado el requerimiento de inaplicabilidad. En cambio, en los otros cuatro casos (rol n.° 2558, 2907, 3974 y 8118), la sentencia del Máximo Tribunal revestía interés, pues, en los dos primeros y en el cuarto, el pronunciamiento de inaplicabilidad había sido estimatorio, pero dictado con posterioridad a la sentencia de la Corte de Apelaciones que había negado la reclamación y hecho lugar al acceso, y en el tercero, si bien fue a la inversa, la Corte de Apelaciones negó el acceso fundándose en la sentencia de inaplicabilidad.

Pues bien, en el rol n.° 2558, la Corte Suprema, en línea con lo resuelto, por el Tribunal Constitucional, va a negar acceso apoyándose en el secreto previsto en el entonces vigente art. 7° de la Ley General de Bancos, cuya inaplicabilidad había sido desestimada, ya que solo se acogió respecto del art. 5.° de la Ley n.° 20285, dando cumplimiento a lo decidido por aquel Tribunal. A su turno, en el rol n.° 2907, la Corte Suprema no aplicó los preceptos declarados inaplicables y negó acceso a la información porque, a su entender, tenía carácter reservada o secreta, alineándose en el resultado.

Y, por último, en el rol n.° 8118, aunque sin aludir a la sentencia del Tribunal, la Corte Suprema resuelve acoger la reclamación basándose en el mismo, por el mismo fundamento con el cual se había pronunciado la inaplicabilidad, esto es, que –no por hallarse una información en poder de la Administración del Estado– pasa, por ese solo hecho, a ser pública.

Finalmente, en el rol n.º 3974, la Corte Suprema dio acceso a la información declarando que las disposiciones inaplicadas:

“[...] carecen de relevancia para resolver el asunto planteado, toda vez que, por una parte, no son esgrimidos por la quejosa, y por otra, porque la existencia de la causal de reserva esgrimida por Sernapesca, esto es, sobre la base de la negativa a la entrega de la información manifestada por las empresas reclamantes, es la consagrada en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, que dispone que la información podrá denegarse, entre otras causales: ‘Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico’.

Es decir, la causal no se relaciona con la exclusiva circunstancia de tratarse de información pública por estar en poder de un órgano del Estado o ser el fundamento de un acto administrativo. No, la causal es concreta, y se vincula, exclusivamente, con la circunstancia de afectar los derechos económicos y sociales de los terceros” (c. 12°).

En suma, de los veinticuatro casos analizados, ya resueltos por alguno de los tribunales superiores ante los que se encontraba pendiente la reclamación respectiva, diecisiete de ellos dan cuenta, finalmente, de una correlación entre lo decidido por el Tribunal Constitucional y lo resuelto por el Poder Judicial, sea porque se desestimó el requerimiento de inaplicabilidad o, estimándose, los preceptos declarados inaplicables fueron excluidos como fundamento normativo de la decisión de la gestión pendiente, bien porque, siendo decisivos, así lo hizo la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema o porque no alcanzaron tal poder de decisión, ya que la inaplicabilidad recae sobre disposiciones que *podrían* tener ese carácter, pero que no lo harán, al ser resueltas por el juez del fondo.

Por último, en los siete casos restantes, lo resuelto por el Tribunal Constitucional no surte efecto por la modalidad de la decisión que adopta el juez del fondo, ya sea porque se varió el fundamento normativo, cumpliendo al parecer lo sentenciado, dado que, en efecto, no se aplica el precepto declarado inaplicable, sino que la decisión se sostiene en otro precepto que conduce al mismo resultado (rol n.º 3974, 5841, 5950, 6136 y 7425); o porque se desecha el recurso que permitía dotar de eficacia la sentencia estimatoria de inaplicabilidad, sin entrar al fondo (rol n.º 3111) o, en fin, porque se sostiene, derechamente, que no cabe enmendar el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones –que aplicó el precepto luego inaplicado– porque esa decisión fue anterior a la del Tribunal (rol n.º 4986), lo cual subyace también en la decisión vinculada con el recién referido rol n.º 3111.

Conclusiones

Cabe constatar un alto grado de cumplimiento, por parte de los jueces del fondo, de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que, frente a una sentencia estimatoria, no terminan decidiendo con los preceptos legales que fueron declarados inaplicables, bajo diversas modalidades, sea directa o indirectamente, sino que, en definitiva, resuelven conforme a normas distintas de las que se inaplicaron.

En los cuatro casos que constituyen la excepción, más allá de lo que se argumente en el pronunciamiento de fondo, la verdad es que se decide conforme a los preceptos legales declarados inaplicables.

Es importante evaluar esta actitud del juez del fondo, porque resulta afectada la parte que obtuvo la sentencia estimatoria de inaplicabilidad y que, por ende, tenía derecho a que se diera cumplimiento a lo resuelto en ella con carácter de cosa juzgada, en especial, cuando la ineficacia deviene de la modificación, en la sentencia de término, del fundamento normativo que sustentó la decisión –del Consejo de la Transparencia o de la Corte de Apelaciones– atacada por ella durante el litigio y que la llevó a acudir al Tribunal Constitucional, afectándose su derecho a defensa, pues queda en entredicho el principio de congruencia entre los tres pronunciamientos de fondo: el del aludido Consejo, el de la Corte de Apelaciones y el de la Corte Suprema.

Ahora bien, cuando el argumento es que la norma ya se había aplicado en la Corte de Apelaciones, pues la inaplicabilidad se pronunció con posterioridad, se olvida que:

“[...] acoger una tesis de efectos hacia el futuro o *ex nunc*, como indicó la Corte Suprema en el fallo en comento, afecta la efectividad de la declaración de inaplicabilidad, pues ni el constituyente ni el legislador orgánico establecieron un determinado momento para su deducción, la que, en definitiva, se puede promover mientras penda la gestión judicial ante un tribunal ordinario o especial.

Con todo, pese a que nada se expresó, como se vio, respecto a los efectos en el tiempo del fallo de inaplicabilidad, no podemos olvidar el tenor expreso de la Constitución, que prescribe que es competencia del Tribunal Constitucional ‘resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal’. Dicho pasaje constitucional consagra una expresa prohibición para el juez o tribunal de la gestión pendiente, quienes, pese a mantener la facultad de determinar la ley de fondo aplicable al caso concreto, no podrán aplicar el precepto declarado inaplicable, aunque lo consideren como una norma *decisoria litis*. Dicha prohibición, retomando el tema de los efectos temporales, se estableció en términos absolutos, independientemente del momento

en que se determine que han de computarse los efectos retroactivos del fallo de inaplicabilidad”⁴⁶.

En fin, también es importante evitar estos incumplimientos, porque en el régimen constitucional chileno no es extraño que la eficacia de las decisiones de un órgano estatal quede entregada a otro, como sucede –sin ir más lejos– con las resoluciones emanadas del Poder Judicial, conforme al art. 76 inciso 3.º de la Carta Fundamental, el cual avanzó de forma significativa en mejorar el modelo de ejecución de decisiones judiciales, desde su predecesor en la Constitución de 1925, precisamente, a raíz del incumplimiento que, en alguna época, las afectó⁴⁷, o con la ejecución de las órdenes emanadas del Ministerio Público, de acuerdo con el art. 83 inciso 3.º de la Carta Fundamental.

En esta misma línea de pensamiento, conviene recordar que el modelo de Jurisdicción Constitucional diseñado en 2005 se organizó a partir del principio de separación de órganos y funciones, base del Estado de derecho, en virtud del cual se encargó a un órgano (el Poder Judicial) la interpretación y aplicación de la ley y a otro (el Tribunal Constitucional) el control de que esa aplicación se ajuste a la Carta Fundamental, retornando, una vez dictada la sentencia estimatoria, al Poder Judicial la potestad (poder/deber) de hacer cumplir lo resuelto en la sede Constitucional, tal y como, por ejemplo, en el control preventivo, la ejecución de la inconstitucionalidad queda a cargo del legislador.

Ciertamente:

“El proceso ideal de cumplimiento de la sentencia de inaplicabilidad es aquel donde el tribunal de la gestión, en los distintos grados del proceso, no sólo registra la sentencia de inaplicabilidad a través de la fórmula sacramental ‘a fojas [...] rola la sentencia de inaplicabilidad de fecha [...]’ sino que descifra su significado en el proceso y, al momento de resolver el asunto sometido a su conocimiento, justifica la inaplicación legal con el mandato judicial del Tribunal Constitucional [...]”⁴⁸.

De lo contrario, la parte afectada, en el ámbito del procedimiento correspondiente, puede impugnar el incumplimiento, mediante las acciones y recursos disponibles, frente a una decisión que, por ello, es contraria a derecho, incluso, si así procede, volviéndose a accionar de inaplicabilidad.

⁴⁶ Williams Eduardo VALENZUELA VILLALOBOS, “La sentencia de inaplicabilidad y su cumplimiento por parte de los tribunales de justicia”, pp. 62-63.

⁴⁷ Pablo ALARCÓN JAÑA, “Principios constitucionales de la organización judicial”, p. 125.

⁴⁸ Manuel A. NÚÑEZ POBLETE, “Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile: Examen a un quinquenio de la reforma constitucional”, estudios constitucionales,, p. 45.

Bibliografía

- ALARCÓN JAÑA, Pablo, "Principios constitucionales de la organización judicial", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, n.º 1, Santiago, 1999.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel A., "Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile: Examen a un quinquenio de la reforma constitucional", en *Estudios Constitucionales*, vol. 10, n.º 1, Santiago, 2012.
- VALENZUELA VILLALOBOS, Williams Eduardo, "La sentencia de inaplicabilidad y su cumplimiento por parte de los tribunales de justicia", en *Estudios Constitucionales*, vol. 17, n.º 1, Santiago, 2019.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 1990, 5 de junio de 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 2153, 11 de septiembre de 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 2246, 31 de enero de 2013.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 2290, 6 de agosto de 2013.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 2278, 13 de agosto de 2013.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 2379, 29 de enero de 2014.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 2505, 10 de mayo de 2014.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 2558, 15 de enero de 2015.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 2689, 24 de mayo de 2016.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 2870, 15 de diciembre de 2016.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 2907, 27 de diciembre de 2016.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 2982, 27 de diciembre de 2016.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 3111, 23 de marzo de 2017.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 5950, 14 de enero de 2019.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 3974, 12 de marzo de 2019.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 4669, 14 de marzo de 2019.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 4402, 27 de marzo de 2019.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 4986, 14 de mayo de 2019.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 4785, 12 de septiembre de 2019.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 6126, 8 de octubre de 2019.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 5841, 21 de noviembre de 2019.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 6136, 21 de noviembre de 2019.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 7425, 19 de diciembre de 2019.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 6932, 20 de abril de 2020.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 7068, 23 de abril de 2020.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 8118, 23 de julio de 2020.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 8474, 27 de octubre de 2020.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 9223, 21 de diciembre de 2020.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 9156, 21 de diciembre de 2020.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 9264, 28 de enero de 2021.

SENTENCIAS Y RESOLUCIONES DE LA CORTE SUPREMA

CORTE SUPREMA, rol n.º 9563-12, 22 de mayo de 2013.
CORTE SUPREMA, rol n.º 5845-12, 28 de agosto de 2013.
CORTE SUPREMA, rol n.º 5040-13, 29 de agosto de 2013.
CORTE SUPREMA, rol n.º 6785-13, 18 de diciembre de 2013.
CORTE SUPREMA, rol n.º 4638-13, 4 de agosto de 2014.
CORTE SUPREMA, rol n.º 13182-13, 1 de junio de 2015.
CORTE SUPREMA, rol n.º 15138-15, 6 de julio de 2017.
CORTE SUPREMA, rol n.º 34432-16, 6 de julio de 2017.
CORTE SUPREMA, rol n.º 7817-15, 20 de noviembre de 2017.
CORTE SUPREMA, rol n.º 7822-15, 20 de noviembre de 2017.
CORTE SUPREMA, rol n.º 13044-18, 3 de julio de 2019.
CORTE SUPREMA, rol n.º 7582-18, 1 de octubre de 2019.
CORTE SUPREMA, rol n.º 17310-19, 4 de diciembre de 2019.
CORTE SUPREMA, rol n.º 1824-19, 25 de febrero de 2020.
CORTE SUPREMA, rol n.º 27661-19, 8 de mayo de 2020.
CORTE SUPREMA, rol n.º 36305-19, 6 de octubre de 2020.
CORTE SUPREMA, rol n.º 58508-20, 23 de octubre de 2020.

SENTENCIAS Y RESOLUCIONES DE CORTES DE APELACIONES

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 6704-11, 17 de diciembre de 2012.
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 7514-12, 26 de julio de 2012.
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 5288-13, 12 de noviembre de 2013.
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 4709-12, 9 de julio de 2013.
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 2496-12, 23 de julio de 2013.
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 9255-11, 30 de agosto de 2013.
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 541-11, 9 de diciembre de 2013.
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 7369-12, 12 de agosto de 2014.
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 9743-14, 12 de junio de 2015.
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 9633-14, 12 de junio de 2015.
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 3402-15, 10 de septiembre de 2015.
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 11771-15, 31 de mayo de 2016.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 4700-14, 5 de agosto de 2016.
 CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, rol n.º 2118-15, 8 de agosto de 2017.
 CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 14122-17, 17 de septiembre 2019.
 CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 9644-17, 19 de abril de 2018.
 CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 14688-17, 8 de junio de 2018.
 CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 362-18, 14 de enero de 2019.
 CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 359-18, 29 de mayo de 2019.
 CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 14205-17, 6 de junio de 2019.
 CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, rol n.º 122-17, 17 de junio de 2019.
 CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 353-19, 29 de noviembre de 2019.
 CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 519-2018, 2 de enero de 2020.
 CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 227-19, 5 de agosto de 2020.
 CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 363-18, 7 de mayo de 2020.
 CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 382-18, 21 de octubre de 2020.
 CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 379-18, 21 de octubre de 2020.
 CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 503-2018, 13 de enero de 2021.

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
c.	considerando
Corfo	Corporación de Fomento de la Producción
CPLT	Consejo para la Transparencia
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
LLM	Legum Magister
n.º <i>a veces</i> No., Nº	número
p.	página
PCS	Servicio de Comunicación Personal
pp.	páginas
S.A.	Sociedad anónima
SpA	Sociedad por Acciones
SRS	Síndrome Rickesttsial del Salmón
vol.	volumen

LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE ESPAÑOLA Y SU RESULTADO CONSTITUCIONAL: LA CONSTITUCIÓN DE 1978

THE SPANISH CONSTITUENT ASSEMBLY AND ITS CONSTITUTIONAL RESULT: THE CONSTITUTION OF 1978

*Jesús Víctor Alfredo Contreras Ugarte**

Resumen

Actualmente, sobre todo en países de América, se habla de la necesidad de un cambio de Constitución a través de una asamblea constituyente. Esto, porque se evidencia que, en estos países, hay un cambio de tendencia hacia la ideología de izquierdas que, en honor a la verdad, advierte de cierto interés, apoyo y concierto –que más parece un contubernio internacional de cierto sector– que rebasa el ámbito nacional de cada país. Es esta ideología, sobre todo en los países iberoamericanos, la que promueve, hoy, el cambio total de sus constituciones, habilitando e intentando la aceptación y elección de una asamblea constituyente que permita un cambio radical en busca de sus fines. Chile y Perú son buenos ejemplos de este fenómeno actual. En tal contexto internacional, este trabajo analiza lo que fue el proceso constituyente español y su resultado, es decir, lo que es hoy la Constitución de 1978. No se trata de una revisión exhaustiva, sino más bien de unas pinceladas que, desde algunos datos históricos ciertos, permitan advertir cuál es el estado constitucional actual devenido a dicho proceso constituyente –el que es mejor conocido como ‘La Transición Española’ o, simplemente, ‘La Transición’– y cuál la situación de los derechos en dicha Carta Fundamental española en pleno siglo XXI.

* Doctor en Derechos Humanos; profesor de Filosofía del Derecho y de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la UCM; máster en Derechos Fundamentales y en Derechos Humanos; académico y miembro de la Sección de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos de la Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación de España; secretario académico del Seminario Permanente de Filosofía del Derecho, en la Facultad de Derecho UCM; miembro del Grupo de Investigación Fundamentos Histórico-Filosóficos de la Ciudadanía Jurídica, en la Facultad de Derecho UCM. Artículo recibido el 27 de junio de 2021 y aceptado para publicación el 30 de agosto de 2021. Correo electrónico: jesuco_amag@yahoo.es ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9148-659X>

Palabras clave: Asamblea Constituyente, transición, España, Constitución de 1978, derechos humanos.

Abstract

Currently, especially in American countries, there is much talk of the need to change the Constitution through a Constituent Assembly. This, because it is evident that, in these countries, there is a change in the trend towards left-wing ideology that, to be fair to the truth, warns us of a certain interest, support and agreement –which seems more like an international collusion of a certain sector– than it goes beyond the national scope of each country. It is this ideology, especially in the Ibero-American countries, which promotes, today, the total change of their constitutions, enabling and trying to accept and elect a Constituent Assembly that allows a radical change in search of its goals. Chile and Peru are good examples of this current phenomenon. In such an international context, I analyze, in this work, in the present, what was the Spanish constituent process that led to the 1978 Spanish Constitution. It is not a thorough review, but rather a few considerations that, from historical data, allow us to know what is the actual constitutional state has become by means of a constituent process –which is known as ‘The Spanish Transition’ or, simply, ‘The Transition’– and what is the situation of rights in the Spanish Constitution in the XXI century.

Keywords: Constituent Assembly, Transition, Spain, 1978 Constitution, human rights

I. Recorrido histórico-constitucional español

Antes de entrar en el tema de la Asamblea Constituyente española y a la misma Constitución de 1978, se revisará, sucintamente, algunos temas considerados centrales para entender cómo se llegó al proceso constituyente.

España ha recorrido un camino evolutivo-constitucional a lo largo del pasado siglo XIX. Se trató de un recorrido oscilante y nunca firme: desde el año 1812 –que es cuando se da la primera Constitución española– hasta 1878 se alzan hasta diez Cartas diferentes, las que se van turnando según el signo político a la que se debía cada una de ellas. Se produce, pues una alternancia que evidenciaba la falta de un sentimiento constitucional; los legisladores constitucionales empezaban a construir textos constitucionales sin tener en cuenta las necesidades que la realidad social que ese

momento demandaba. Las principales influencias que ha recibido dicha Carta de 1978 vienen dadas por sus predecesoras de 1812, 1869 y 1931.

Tal como se mencionó, la primera Constitución en España es la que aprueban las Cortes de Cádiz el 19 de marzo de 1812. En este texto constitucional se advierten regulados una separación de poderes, un catálogo de derechos y una soberanía nacional de corte liberal. Luego, vendría lo que se conoce como la 'Época Isabelina' (reinado de Isabel II de España durante la segunda mitad del siglo XIX) donde se alternan distintos textos constitucionales: Estatuto real de 1834, Constitución de 1837, Constitución de 1845 y la Constitución *non nata* de 1856. De todos estos cuerpos constitucionales destacan dos en concreto: el de 1837 y el de 1845. El de 1837 es una continuación del texto de 1812, aunque refuerza en algo los puntos que en el mismo texto aparecían y lo adecua a las circunstancias de la época. La de 1837 será de corte liberal; esta, dará paso a una de corte conservador que es la de 1845. Luego, en 1856 se redacta la Constitución *non nata*, llamada así porque no será promulgada ni entrará en vigor por las circunstancias y por todos los movimientos sociales que se originaron en ese momento (hubo un golpe contrarrevolucionario del general Leopoldo O'Donnell y Jorís quien dio fin al bienio progresista del reinado de Isabel II de España, decretándose el cierre de las Cortes Constituyentes elegidas en 1854).

En cuanto al primer texto que da apertura al periodo isabelino, el estatuto real de 1834, no fue un verdadero texto constitucional sino, más bien, una especie de carta otorgada o de estatuto real. Hay que resaltar, en esta época, desde el punto de vista histórico, que lo que se está produciendo es propiamente una regencia¹ de la madre de Isabel, María Cristina, puesto que Isabel segunda era menor de edad y, además, España tenía en vigor la Ley Sálica, que establecía la exclusión de las mujeres de la herencia al trono, lo que impedía a Isabel gobernar en el momento en el que falleció su padre Fernando VII. Siendo así, se puede decir que tanto el estatuto real de 1834 como la Carta de 1837, estarían marcados por la regencia de María Cristina y, los dos últimos (los textos constitucionales de 1845 y 1856), estarían marcados ya por completo por el reinado de Isabel II.

Luego de la Época Isabelina, surgiría lo que se conocerá como el 'Sexenio Revolucionario' donde son dos los textos constitucionales principales. En primer lugar, está el de 1869 –conocido también como la 'Constitución Democrática'–, que sobresale por ser el primer texto

¹ Es el gobierno provisional que ejerce un regente, en un estado monárquico, porque el Rey legítimo no puede gobernar, en tanto es menor de edad, o porque está ausente o porque está incapacitado.

democrático en España y del que se podría decir que es el antecedente más inmediato de la actual de 1978. Años más tarde, surgiría el fallido texto constitucional de 1873; fue fallido por todos los acontecimientos, movimientos sociales y circunstancias de la época. En el año 1873 en España se atravesaba la Primera República y se produjo la ruptura del texto de 1869. Los que defendieron la instauración de la Primera República redactaron un texto constitucional, que fue el de 1873; sin embargo, las circunstancias de estos tiempos obligaron a que este texto no alcance vigencia; siendo así, se encontrará con otra nueva carta, la de 1873, que, junto con la de 1856, no serían promulgadas ni entrarían en vigor.

Pasado el 'Sexenio Revolucionario' surge otra etapa histórica, que es la llamada 'Época de la Restauración'. Aquí estará presente una Constitución principal, que es la de 1876.

Habría luego una última de etapa, antes del proceso constituyente, que es la que se situará y conocerá como la etapa de la Segunda República y del Régimen Franquista. Esta es muy importante, ya que es la más inmediata, y estando ya en el siglo xx. En dicha época, se encuentran dos textos constitucionales o, más precisamente, un texto constitucional y las llamadas 'Siete Leyes Fundamentales'.

En primer lugar, se está bajo el amparo de la Constitución de 1931. En España, se atraviesa la segunda República y, en este año, se plantea la elaboración de un texto constitucional que atienda a tres problemas principales y que aún hoy siguen siendo materia de cuestionamiento con el texto de 1978:

- 1) Se proponía, en el año 1931, un tipo de Estado integral que estaba entre el unitario y el federal.
- 2) El Laicismo, es decir, dilucidar si se quería un Estado confesional o aconfesional.
- 3) Se proponía atender el tema de los derechos sociales: prestaciones sociales, medidas estabilizadoras, etcétera.

Luego, inmediatamente a la Constitución de 1931 se pasaría al resultado de lo que fue la guerra civil española, es decir, al régimen franquista. En este régimen no se cuenta con un auténtico texto constitucional; lo que surge son las Siete Leyes Fundamentales del Reino (o Leyes Fundamentales del Franquismo). Fueron siete leyes inconexas entre sí y que no constituían un verdadero texto constitucional, aunque algunos, eufemísticamente, las llamaban 'Constitución Abierta' o 'Constitución Fragmentada'. Estas siete leyes se sostenían en un marco de personalización del poder, en un carácter unitario de todas las medidas y de todos los estamentos.

II. El proceso constituyente español: 'La transición'

Primero se ensayarán algunas ideas claras en lo referido a lo que supone una asamblea constituyente.

Una asamblea constituyente es como un congreso especial porque únicamente se dedica a escribir la nueva Constitución. Para ello, la ciudadanía elige delegados asambleístas. Esta se realiza mediante una elección popular; además, se debería garantizar cierto nivel de representatividad a través de una paridad en los asambleístas –por ejemplo, plazas especiales para representantes de pueblos indígenas, en el caso que los haya–. Luego, la asamblea debe definir las reglas fundamentales de cómo funcionará, el tiempo que durará y los quórum de aprobación para escribir la nueva Carta. Asimismo, se requerirán ciertas inhabilidades: por ejemplo, no podrían integrarla aquellos que están en el poder. Tampoco, los asambleístas podrían después competir para ganar elecciones populares. De lo que se trata es de que no haya conflictos de intereses. Finalmente, cuando este organismo redacta el texto fundamental, debe ser sometido a consulta para que la ciudadanía lo ratifique. Como se aprecia, este órgano representativo, es elegido con una peculiaridad: tiene un mandato único y, por tanto, se consume una vez realizado dicho mandato. Este mandato le otorga el poder de establecer o reformar la Constitución de un Estado; desde esta perspectiva, se puede referir a un poder constituyente que dota de esas capacidades a la Asamblea Constituyente. Un proceso de este tipo utiliza al poder constituyente para cristalizar lo que ya sostiene los cimientos de un Estado, reconociendo y plasmando ello en una Constitución, la que puede ser elaborada día tras día, en proceso ininterrumpido, en función histórica y con sentido tradicional –como pasa en Inglaterra–, o, por el contrario, con criterio racionalista, puede buscarse de un golpe subvertir la historia, romper con el pasado y trastornar las leyes de la naturaleza, instituyéndose una Constitución escrita, como sucedió en Francia. Al fin de cuentas, en el fondo, de lo que se trata es del:

“Simple tránsito de fuentes, que no acusa alteración fundamental del criterio predominante en el país respectivo, sino mera concreción puntualizada de fenómenos que ya venían actuando en la sustancia vital del Estado”².

Pero hay que situarse ya en el escenario español y en su proceso constituyente que llevó a la Constitución de 1978.

² Nicolás PÉREZ SERRANO, *Tratado de derecho político*, p. 461.

El 20 de noviembre de 1975 fallece Francisco Franco. A partir de aquí se retoma en España el hilo de lo que serían las constituciones anteriores a su régimen. Se da paso así al proceso constituyente también conocido como la ‘transición política’. Así, surge lo que algunos llaman ‘la octava ley fundamental’ porque es continuidad de las siete leyes fundamentales del régimen franquista; esta ley fue la ‘Ley para la Reforma Política’:

“La transición del régimen absolutista del general Franco al régimen que, normativamente, se apunta en la Constitución de 1978, pone de relieve la *ruptura* que dicho texto legal vigente supone respecto a la tradición constitucional española dominante (la definida como *moderada*) y con la cual guardaba tan profunda relación el sistema de Leyes Fundamentales franquistas”³.

El proceso constituyente, sin duda, supone un cambio, una ruptura de lo que fue el régimen franquista, buscándose retomar todo lo anterior:

“La característica fundamental del proceso constituyente español es el ‘consenso’. La ‘memoria histórica’ del pueblo español, saltando por encima de los cuarenta años de régimen franquista, enlazaba directamente con la experiencia democrática de la II República, y ello en un doble sentido: se quería recuperar sus valores y se quería evitar sus errores, sobre todo el error fundamental de aquella Constitución: haber sido impuesta por la mayoría a la minoría. Los auténticos actores o protagonistas del proceso constituyente son los partidos políticos, en aquel momento básicamente partidos de cuadros, escasamente ‘representativos’”⁴.

En este escenario, todas las fuerzas políticas, de signo e ideología diferente, se apoyaron y actuaron buscando un mismo camino, logrando elaborar, promulgar y poner en vigor la Carta de 1978. Lo más característico de este texto constitucional –que es el que está actualmente vigente– es el consenso; se quería hacer un punto y aparte de lo que había vivido España. Como lo apunta bien Francisco Fernández Segado:

“El pacto constituyente tenía que ser multilateral y necesariamente dificultoso, pues habían de integrarse, si se quería romper con la funesta inercia de nuestro constitucionalismo histórico caracterizado, como ya vimos, por la sucesión de ‘constituciones de partido’, modelos de convivencia muy diferentes entre sí”⁵.

³ José Antonio GONZÁLEZ CASANOVA, “El derecho constitucional y las instituciones políticas en España, p. 963.

⁴ Juan José GONZÁLEZ ENCINAR, “El proceso constituyente”, pp. 21-22.

⁵ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, p. 56.

En todo caso, sí que había un cierto consenso en retomar el camino constitucional trazado antes del régimen franquista. Ese acuerdo se obtuvo con la unión de todas las fuerzas políticas; esto es, partidos de diferentes signos políticos consensuaron que era necesario y que se debería retomar el camino constitucional. Con dicha resolución, sumada a la unión de fuerzas políticas, se alcanzó la estabilidad política que permitió preparar las bases para ese proceso de elaboración y aprobación de dicho texto. Así, se suceden cuatro fechas importantes y correlativas, en ese año, que corresponden al proceso constituyente y su promulgación final, actualmente vigente:

- 1) El 31 de octubre, las Cortes aprueban la Constitución.
- 2) El 6 de diciembre, los ciudadanos españoles, por referéndum, proceden a aprobar el texto constitucional.
- 3) El 27 de diciembre, se produce su sanción y promulgación.
- 4) El 29 de diciembre, se da la publicación del texto constitucional en el *BOE*.

En el proceso de transición de 1978, la comisión mixta de diputados y senadores entregó a ambas cámaras un proyecto único. Estas cámaras lo aprobaron ese proyecto, en sesiones separadas, el 31 de octubre. Por un lado, en el Congreso de los Diputados hubo seis votos contrarios, catorce abstenciones y cinco ausencias. Por otro lado, en el Senado hubo cinco votos contrarios, ocho abstenciones y nueve ausencias. La Constitución nació con el apoyo de las fuerzas políticas y sociales y con el rechazo de una parte de la derecha conservadora del nacionalismo vasco y de las Fuerzas Armadas.

Luego, por real decreto del 3 de noviembre fue convocado un referéndum nacional para la aprobación del proyecto constitucional por parte del pueblo español. La consulta tuvo lugar el 6 de diciembre de 1978; fecha que, por ello, se considera el día de la Constitución. En ese referéndum pudieron votar, por vez primera, los mayores de dieciocho años. El texto constitucional fue aprobado por el 88 % de los votantes; más precisamente, por el 59 % del censo electoral, ya que acudió a votar el 67,1 % de las personas con derecho a voto.

El Rey, en sesión conjunta de ambas cámaras, estampó su firma al pie del texto de la nueva Carta Fundamental el 27 de diciembre:

“Don Juan Carlos I, Rey de España, a todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: que las Cortes han aprobado y el pueblo español ratificado la siguiente Constitución [...]. Por tanto, mando a todos los españoles particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Constitución como norma fundamental del Estado”⁶.

⁶ Constitución española de 1978, pp. 25, 138.

Lo anterior aparece escrito en su parte inicial y final. Advuértase cómo, intencionadamente, no se referencia a la participación de este en el proceso constituyente. Esto se hizo así para que no se interpretara que el poder constituyente había sido compartido por el Rey y el pueblo. Según este texto el Rey no sanciona la Constitución, como hacía y sigue haciendo con las leyes, sino que se limitó a promulgarla. Empero, en el discurso oral que dio, ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978, el rey de España sí se refiere a que es él quien acaba de sancionar el texto constitucional⁷.

Resulta también interesante resaltar que el texto se publicó en el *BOE* en castellano, catalán, gallego y euskera.

Hoy día en España, algunos hablan de una reforma constitucional importante y, otros, aún más avezados, hablan de una reforma o cambio total de la Constitución a través de un nuevo proceso constituyente. Esto se produce, entre otras razones y sobre todo, por el insistente problema de las fuerzas políticas separatistas en Cataluña. Estas fuerzas pretenden separarse de España, desconociendo y saltándose la ley y la Norma Fundamental que rige Cataluña y los puestos políticos que ellos mismos ejercen y de los que cobran sus elevados sueldos. Hay muchas opiniones de las fuerzas políticas españolas, tanto de Cataluña como del resto de autonomías españolas. Hay quien no quiere ni hablar de una reforma total o parcial de la misma, en atención al problema de los separatistas de Cataluña, porque considera que lo que se busca es la liquidación de la soberanía nacional; además, porque las fuerzas separatistas catalanas proponen un referéndum parcial (solo entre catalanes) y hay quien cree –con mucho acierto– que lo que sea España lo deciden todos los españoles y no una parte de ellos (y Cataluña, sin que quepa duda coherente y cierta, es parte de dicha nación). El Texto Fundamental se puede cambiar y se puede adaptar y ya se ha hecho dos veces en España; empero, hay que saber muy bien qué es lo que se va a hacer y, desde luego, hay que hacerlo con el consenso de todos los españoles y no solo con el de una parte minoritaria de dicho país. Si se va a dar una reforma constitucional, total o parcial, a través de una asamblea constituyente, esta reforma constitucional debe garantizar niveles de autogobierno de las regiones españolas, pero sin que ello vaya en perjuicio del gobierno central y, por supuesto, del resto de España; debe otorgarse, en todo caso, una autonomía para la mejor gestión de esa parte del territorio español; no se trata de regalar privilegios y caprichos en atención al cálculo político de algunos inescrupulosos líderes del gobierno central, como, lamentablemente, sucede en la actualidad. Se requiere, pues de un gobierno central de calidad, con reconocimiento de su seriedad y

⁷ RTVE, 1978, min 39'50'.

compromiso con la unidad nacional y los valores de España; por supuesto, tampoco se trata de negar o no atender las singularidades de los distintos territorios, pero siempre en un marco de unidad y de igualdad básica para todos los españoles. Se podría tratar de una reforma constitucional federal, una vía para que todos los españoles puedan decidir, no solo en el momento de refrendar, sino, también, en el día a día, persiguiendo juntos –como se ha hecho durante siglos– el desarrollo económico, social, cultural y político, en el marco de un estado del todo democrático, legitimado, actualizado y mejorado a partir de las lecciones que está dando la historia. No se trata de abrir un proceso constituyente impulsado por los intereses parciales del separatismo catalán, que se entiende, a todas luces, innecesario. Tampoco se trata de imponer la propia posición política a los demás, por minoritarios y desfazados que sean; se trata de hacer propuestas realistas, claras, sensatas y viables de reformas constitucionales que puedan ser compartidas por el resto de las fuerzas políticas y refrendadas por todos los españoles. Como lo precisa Pablo Pérez Tremps, cualquier cambio que tenga que ver con la estructura territorial del Estado –por ejemplo, se propondría analizar la posibilidad de acabar con las autonomías y sustituirlas por un sistema más proporcional, transparente, respetuoso, leal e integrador con los intereses de toda España–. Este tipo de ideas y propuesta, dirá Pablo Pérez:

“Exige de grandes dosis de reflexión, de debate y de discusión para alcanzar el deseable consenso. Pero si, a la vista de nuestra historia, la estabilidad constitucional es un bien en sí misma, también lo es la necesidad de que Constitución y realidad político-institucional vayan parejas, aunque sólo sea porque “el melón que no se abre puede pudrirse”⁸.

Cualquier reforma y proceso constituyente debe respetar los derechos de los ciudadanos; España es un país de ciudadanos libres e iguales; son los derechos de los ciudadanos y no de los territorios. Se trata, pues, de los derechos de los ciudadanos, de mejorar la vida y la calidad de vida de la gente. Empero, como todo, claro está, la democracia española no deja de ser perfeccionable. Por ejemplo, se debería reformar la ley electoral, ya que esta tiene que ser más proporcional; luego, una reforma de la justicia, garantizada en la Carta Magna, que asegure la independencia de los jueces; no puede ser que haya la sensación de que ciertos jueces –y fiscales también– trabajan al servicio del partido político al que le deben el cargo o al que sirven, subrepticamente, por cualquier otra razón sórdida.

⁸ Pablo PÉREZ TREMPs, “La reforma de la constitución veinticinco años después (La apertura del “melón””, p. 808.

III. El Resultado: *La Constitución de 1978*

Visto lo anterior, es claro que la Constitución de 1978 es consecuencia de una fatigosa y jadeante historia constitucional española. El itinerario constitucional español estuvo lleno de modificaciones; las líneas directivas de los textos anteriores, muchas veces, se definían con la perspectiva ideológica de un determinado partido político, y, por ello, terminaban siendo desairadas por extensas fracciones de ideología contrarias, provocando que todo el sistema perdiera legitimidad y que se perturbase, a menudo, los mandatos constitucionales a través de mecanismos extrajurídicos. En este sentido Luis López Guerra precisará:

“La experiencia histórica llevó a los constituyentes de 1977-1978 a tratar de evitar la aprobación de una ‘Constitución de partido’, buscando, por el contrario, que el nuevo texto fundamental recogiese principios aceptables por todas las fuerzas políticas y que hicieran posible la convivencia y la concurrencia de todas ellas dentro de un marco jurídico unánimemente respetado. En denominación ya comúnmente aceptada, la Constitución de 1978 se ha definido como una *Constitución de consenso*”⁹.

Así, pues, la Constitución de 1978 recoge la mayor parte de contenidos que son propios de cualquiera de su época. Destaca la extensión del reconocimiento de los derechos y libertades y el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Asimismo, en el texto español existen valores y principios constitucionales, de los que cabe destacar cuatro valores superiores que orientan la actuación de los poderes públicos: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Además, se proclama un nuevo principio fundamental y sustentador de todo el orden jurídico español: el de dignidad de la persona (art. 10.1.º).

Al revisar y comparar con otros modelos constitucionales, se advertirá que, la española es de corte teórico porque recoge en un plan racional el régimen político que se pretende para España, rompiendo con la realidad constitucional anterior; además, se puede decir que es espontánea, ya que surgió gracias a un movimiento político interno protagonizado por el pueblo español que es el que ejerce la soberanía. Es claro que nace de un pacto entre las fuerzas políticas dominantes en 1977; también se dice que es ambigua porque, como consecuencia de querer alcanzar un consenso constitucional, numerosos preceptos fueron intencionadamente

⁹ Luis LÓPEZ GUERRA, “El derecho constitucional español. Origen y característica de la Constitución”, p. 28.

redactados de forma ambivalente para contentar a todas las fuerzas; además, es la segunda más extensa de la historia de España tras la de Cádiz; es una Constitución normativa porque puede ser convocada ante cualquier tribunal de justicia y estos han de aplicarla como la primera de las fuentes del ordenamiento jurídico; y, por último, se dice que esta Carta es derivada porque no innova casi nada y se limita a recoger soluciones dadas por otras Constituciones, extranjeras y nacionales, anteriores a ella.

Ahora bien, ¿cuáles serían las principales notas distintivas de la Constitución de 1978.

La primera de ellas es que es la ley de leyes. El art. 9.º establece que los ciudadanos y los poderes públicos están supeditados a lo que ella dicte. Es una norma que forma parte del ordenamiento jurídico y que se sitúa en la cúspide de la pirámide normativa y, además, será la norma que regula la producción normativa. También determina los procedimientos y las pautas que hay que seguir en la producción de todo tipo de norma, tales como: leyes, decretos leyes, reglamentos, entre otras.

En segundo lugar, otro de los puntos y pilares en los que se sustenta el sistema constitucional de 1978, es que se trata de una monarquía parlamentaria; esta es la forma del Estado español. Esto está regulado en el apartado tercero de su artículo primero. Para comprender qué significa 'monarquía parlamentaria' se desdoblarán estas dos palabras. Una vez hecho esto, por un lado, hay que contraponer el binomio 'monarquía versus república'; esto ya sugiere que en España existe algo distinto a la República. En España, se tiene una familia real que representa a la Corona y que aparece regulada en el título segundo de la Constitución española. Por otro lado, está la palabra 'parlamentaria'; que se contrapone y expresa en el binomio contrapuesto de 'parlamentario versus presidencialismo'. Esto quiere decir que esa monarquía parlamentaria va a estar caracterizada por el apoyo de los principales poderes (el Legislativo y el Ejecutivo); los poderes no serán ámbitos aislados y lo que habrá es una cooperación entre ellos, a diferencia de lo que sí sucedería en el presidencialismo donde existe un mayor protagonismo del Ejecutivo sobre el Legislativo. Pese a ello, y así lo han puesto de manifiesto muchos autores, si bien en la teoría sí existe una colaboración entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, en la práctica se da un mayor protagonismo del Ejecutivo respecto del Legislativo. Entonces, en España, desde 1978, está instaurada una monarquía parlamentaria, la que toma ejemplo de similares modelos existentes como: Gran Bretaña, Bélgica, Dinamarca, Holanda, Noruega y Suecia. Cabe destacar también, que las Cortes vaciaron al máximo el poder político del Rey dejándole una función algo más simbólica y ceremonial. Los principios constitucionales de la monarquía parlamentaria española

se sustentan, en primer lugar, en que el Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia; es el que designa al Ejecutivo, siempre según las reglas del sistema; además, el Rey solemniza con su firma las decisiones políticas tomadas por otros órganos; al Rey no se le puede exigir responsabilidad política o jurídica por sus actos y, por último, el Rey no es el jefe del Poder Ejecutivo, ya que al gobierno es al que le corresponde el Poder Ejecutivo del Estado.

En tercer lugar, otra nota a destacar es que –como dice el apartado primero del artículo uno de la Constitución española– España está constituida en un Estado social y democrático de derecho. Hay aquí un sustantivo y tres adjetivos: ‘Estado’, que viene acompañado de ‘social’, ‘democrático’ y ‘de derecho’. ‘Social’, supone que se trata de un Estado que va a velar por la familia, por los ciudadanos, por las prestaciones sociales, por la vivienda, por la educación, por la sanidad, etcétera. ‘De derecho’, quiere decir que es necesario que se cumplan todos los cauces y todos los procedimientos que tanto las leyes como la Constitución establecen. Y, por último, ‘democrático’, que quiere decir que los ciudadanos, sea directamente, o sea, a través de representantes, pueden participar en el proceso de decisión estatal y en la vida política y pública. Entonces, el país se considera estado de derecho, recogido en el art. 9.1.º que indica que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos al Texto Fundamental y al resto del ordenamiento jurídico; un estado social, representado en el art. 9.2.º en el que se establece que los poderes públicos deben promover la igualdad entre individuos y facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política económica social y cultural; y, por último, un Estado democrático, lo que está reflejado en el art. 1.2.º que dispone que la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado.

Por último, una cuarta nota distintiva, en la que se asienta el Estado español y su Constitución vigente, es que se está ante un Estado estructurado en estados autonómicos. Esto se regula en el art. 2º y en el título VIII. El art. 2.º se refiere a la unidad del Estado español y, aparejadamente, en el mismo artículo, reconoce el derecho de las autonomías y de las regiones que lo comprenden; siendo así, la Constitución española establece el fundamento indisoluble de la unidad de la nación española, pero también reconocen el derecho a la autonomía de las regiones y nacionalidades. Luego, tenemos también el título VIII que es muy extenso y que es el que recoge todo lo que tiene que ver con el entramado del Estado autonómico. Siendo así, queda claro que España se establece como un Estado descentralizado autonómico; con ello, lo que se pretendía era acabar con el centralismo y con el sentimiento antiespañol que se había extendido por

algunas zonas, de modo especial en Cataluña. El Estado autonómico está a mitad de camino entre el Estado unitario y el Estado federal. El Estado autonómico se desenvuelve alrededor de tres principios. El primero, es el principio de unidad; este principio dicta la única e indivisible soberanía nacional. El segundo, es el principio de autonomía; por este principio se permite a los territorios convertirse en comunidades autónomas y ejercer las competencias que asuma su estatuto de autonomía. Y, en último lugar, el principio de solidaridad; este limita la autonomía y garantiza un mínimo de cohesión nacional.

Además de las cuatro notas distintivas o cimientos sobre los que se asienta la referida Carta de 1978, se destacarán algunas características relevantes de la misma.

En primer lugar, hay que enfatizar el que sea escrita, entendida esta como una especie de código donde se han ido acumulando y acopiando los principales artículos que representan y reflejan el sentimiento y el querer mayoritario de regulación de la sociedad española.

En segundo lugar, su gran extensión porque cuenta con muchos artículos, además de disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias. Así, pues, la Constitución está redactada en ciento sesenta y nueve artículos, cuatro disposiciones adicionales, nueve disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y una disposición final; todo ello, agrupado en títulos, varios de los cuales, se dividen en capítulos. Pero, no solo es extensa por su número de artículos, sino, también, por la amplitud de alguno de ellos; en concreto, por ejemplo, está el art. 149° donde aparecen las competencias exclusivas del Estado.

En tercer lugar, su origen es popular porque el 6 de diciembre, en referéndum, fue aprobada por los ciudadanos españoles.

En cuarto lugar, es rígida porque en su art. 166° y siguientes, se advertirá que para reformarla, aparecen dos procedimientos, un ordinario y otro extraordinario, pero, sobre todo, en el extraordinario se advierte que se van a exigir mayorías muy importantes para retocar determinados puntos del texto constitucional. Así, pues, existen dos formas del cambio constitucional:

- 1) Reforma constitucional
- 2) Mutación constitucional

En el caso de la reforma constitucional, si bien se afirma que la Constitución es rígida, carece de cláusulas de intangibilidad por lo que toda ella es reformable. Existen dos procedimientos distintos de reforma constitucional, dependiendo del precepto que se quiere modificar. Por un lado, está el procedimiento ordinario, que es el menos complejo y viene regulado en los arts. 166.° y 167.°, en virtud de estos deben seguirse los

siguientes pasos: en primer lugar, la iniciativa corresponde exclusivamente al gobierno, al Congreso de los diputados, al Senado y a los parlamentos de las Comunidades Autónomas; la iniciativa debe estar suscrita, al menos, por dos grupos parlamentarios o a la quinta parte de los componentes de la cámara, setenta diputados o cincuenta senadores que no pertenezcan al mismo grupo. El texto definitivo de la reforma deberá ser aprobado en el Congreso de los diputados por una mayoría de tres quintos, es decir, doscientos diez de los trescientos cincuenta diputados. Después pasará al Senado, que deberá aprobarlo por la misma mayoría; si el Senado incluye modificaciones, se crea una comisión mixta, de diputados y senadores, encargada de presentar un texto único para una nueva votación de ambas cámaras. Por último, en los quince días que siguen a la aprobación de la reforma, la décima parte del Congreso o el Senado pueden solicitar la celebración del referéndum, que el Rey deberá convocar. Por otro lado, está el procedimiento especial, que es más complejo y está previsto para reformas sustanciales. El proceso es igual que el ordinario, hasta que las Cortes deciden por mayoría de dos tercios, en ambas cámaras, iniciar la reforma constitucional; tras esto, las cámaras quedan disueltas de inmediato y se convocan elecciones; las nuevas Cortes deciden si seguir adelante con la reforma o no; en caso afirmativo, se procede a la elaboración y tramitación de la reforma que deberá ser aprobada por una mayoría de dos tercios en ambas cámaras; en este procedimiento es necesario el referéndum, y el resultado será vinculante a la mayoría simple.

En el caso de la mutación constitucional, esta se produce cada vez que uno de los poderes constituidos da, a un precepto constitucional, una interpretación contraria de la que inicialmente tuvo y tal novedad termina por imponerse. Es decir, es una transformación de los textos constitucionales que no responde a una reforma formal y expresa, sino a modificaciones sucedidas a partir de interpretaciones y prácticas.

Ahora bien, ¿qué las reformas constitucionales que se han producido en España?

En 1992, el Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea –firmado por los Estados de la Unión Europea el 7 de febrero de 1992– establecía que todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional, tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, y en las mismas condiciones que los nacionales; por lo tanto, la reforma consistió en añadir en el art. 13.2 la expresión ‘y pasivo’ referida al ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en elecciones municipales:

“Solamente los españoles serán titulares de los derechos [...] salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y *pasivo* en las elecciones municipales”¹⁰.

Otra reforma constitucional se dio en el año 2011 durante el gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero y en plena crisis económica. Es una reforma íntegra del art. 135° que supone que dicha modificación persigue garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las administraciones públicas en su consecución, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social del país.

Siguiendo con las características, en quinto lugar, se puede decir que se trata de una Constitución consensuada y elástica. Es consensuada, porque fue fruto del consenso en la época de la transición, donde todas las fuerzas políticas se enrumbaron en el mismo sentir. Es elástica, porque permite que se vaya adaptando a las circunstancias o al contexto social de cada momento.

En sexto y último lugar, es una Constitución abierta e inacabada. Hay numerosos artículos donde ella misma se va a remitir a otras leyes para terminar de redactar su contenido. Es el caso, por ejemplo, del art. 81.°, de las leyes orgánicas. Aquí se dice que estas leyes son aquellas que regulan los estatutos de autonomía, los derechos fundamentales y de las libertades públicas, el régimen electoral y las demás, previstas en la Constitución española.

IV. Los derechos humanos en la historia constitucional española

La situación de los derechos humanos en la historia constitucional española desde todo el siglo XIX, paulatinamente, va tornándose en el reconocimiento de estos derechos. En general, uno de los elementos definidores del constitucionalismo es la instauración de garantías y mecanismos de protección, hasta encontrar en el siglo XX la aparición final de los mecanismos de protección internacional que además son recogidos en ella y actualmente vigente. Téngase presente que un Estado es constitucional si cumple, en lo principal, con que los derechos de sus ciudadanos se encuentren garantizados en sus relaciones con el Estado. Esto es fundamental para un

¹⁰ Constitución española de 1978.

Estado constitucional, pese a que Riccardo Guastini considere que está hoy en desuso¹¹. No se trata de si se usa o no, o si se ha olvidado el buen uso y entender de algo; las cosas son lo que son, pese a que se dejen de usar, involuntaria u oportunistamente por algunos intereses particularistas. La Constitución es un límite al poder político, por antonomasia, y este es un concepto que, se use o no, sigue siendo válido y certero en la actualidad.

Ahora bien, la cuestión de los derechos fundamentales, en el decimonónico, fue una cuestión nacional, es decir, los derechos y las libertades existían allí donde las Constituciones lo determinaban y eran protegidos, igual y en esencial, del modo en que las Constituciones mismas lo decían. Pero cuando se cruzaba las fronteras de España, se seguía a Francia y a otros países, la protección que se dispensaba, incluso el propio catálogo de derechos y libertades era bastante distinto. Esta es una característica y, en cierta forma, un defecto de eso que se llamó el Estado-nación del siglo XIX; se trataba de un Estado egoísta que existía encerrado en su propia soberanía y, por lo tanto, destinado a crear una cultura de derechos fundamentales que era la suya propia y singular. Esta es, pues, una de las cosas ya superadas; a saber, la cuestión de los derechos humanos, por fortuna, no es una cuestión nacional –o no solo– sino que es una cuestión internacional. Muestra de ello son los múltiples convenios internacionales sobre la materia y los múltiples tribunales especiales y no especiales, ordinarios y extraordinarios que existen.

En la de Cádiz de 1812, se incorporaba un liberalismo bastante matizado con una enumeración de derechos y libertades muy exigua, una protección de los derechos y libertades también bastante reducida y subsumida en lo que era la protección general de toda la Constitución que contemplaba el título x. En principio, los derechos y libertades relevantes serán la propiedad y la libertad civil, que no política; la única libertad aludida era la libertad de imprenta, y todo lo demás se entendía subsumido dentro de un constitucionalismo de corte antiguo, es decir, seguían existiendo corporaciones y desigualdades. En definitiva, Cádiz no sirve como referencia porque allí, lo que se hace más bien es cerrar el siglo XVIII en vez de inaugurar el siglo XIX; con lo cual, en verdad, es una Constitución más ilustrada que liberal.

El constitucionalismo del siglo XIX es, en esencia, un constitucionalismo moderado en España, Francia, Italia, Inglaterra, Alemania y en la mayor parte de América. Esto significa que se contemplan escasos derechos y libertades porque lo que más interesa, es la organización del poder; se regulan derechos y libertades sustentados, principalmente, en la libertad

¹¹ Riccardo GUASTINI, “Sobre el concepto de Constitución”, p. 17.

y en la propiedad privada, pero se regula la libertad entendida no como autonomía sino solo como seguridad física. Las Constituciones hacían una enumeración muy exigua de los derechos y libertades, y además añadían esa peligrosa muletilla de que ‘habrá que atenerse a lo que digan las leyes’; de manera que las leyes podrían ampliar o recortar los derechos y sus protecciones. Por supuesto, ni en Cádiz ni en las Constituciones del XIX, aparece referencia alguna a una comunidad internacional o a una protección de los derechos más allá de las fronteras españolas. En ese siglo solo quedaba contar con la benevolencia del legislador y con que este último acertara en dar una protección mejor a los derechos contemplados en la legislación. Esta dinámica tiene dos excepciones caóticas: una, es el bienio progresista (del año 1854 al año 1856 con una Constitución que no se promulgó) donde cambia un poco la perspectiva; la otra, es el sexenio democrático que va de 1868 a 1874 en la cual algo se avanza, pero sin dejar de ser momentos caóticos, donde el propio texto constitucional nace amenazado en el mismo instante en el que se le bautiza; esto significa que la mayor parte del siglo XIX vivió bajo esos derechos y libertades que existen de acuerdo con lo que viene en las leyes de derechos; además, los derechos no son asegurados por un Poder Judicial independiente; lo que hay en el XIX es una administración de justicia de instancia, es una parte de la administración, es decir, una parte del Ejecutivo (del gobierno). Así, pues, se dan pocos derechos desarrollados legalmente y, además, estos van a ser protegidos por el gobierno quien solía –y suele– ser el principal conculcador de los mismos; con todo esto, es imaginable el panorama desolador que existía para los derechos humanos en el otrora decimonónico. La cosa cambia en el siglo XX, en concreto durante la República, pero no porque fuese un fenómeno tan solo español; el constitucionalismo que la República brinda mantiene el espíritu del llamado ‘constitucionalismo de entreguerras’. Este constitucionalismo ha tenido en cuenta la enorme degradación que ha supuesto la Primera Guerra Mundial (un reguero de muertos y de destrucciones) y eso, pues va a tener su reflejo dentro del texto constitucional porque, por vez primera, el texto constitucional se abre a la vida internacional. Por ejemplo, la Carta de 1931 habla de que la paz es la guía de la vida política y de la renuncia a la guerra como instrumento de la política nacional (art. 6.º), prohíbe hacer tratados internacionales cuyo fin sea extraditar delincuentes políticos sociales (art. 30.º), o hace referencia expresamente a la Declaración de Ginebra sobre menores (art. 43.º), o a los tratados de la Organización Internacional del Trabajo (art. 76.º), prohibiendo, además, una práctica también muy usual en el siglo XIX que eran las cláusulas secretas en los tratados. Hay un artículo fundamental –que después se encuentra en el art. 10.2.º de la Constitu-

ción española actual de 1978— donde se incorporaba todas las ratificadas normas universales del derecho internacional al derecho español —cosa que era del todo impensable en el siglo XIX—. Esto se desarrollaba en los arts. 65.º y 66.º donde se regulaban los trámites parlamentarios para hacer esa traslación.

Hay que tener en cuenta que, en la actualidad, está funcionando una sociedad de naciones que cumple cierto papel relevante, como el Tribunal de la Haya para asuntos internacionales, etcétera. En definitiva, la conjunción de todos estos factores —que no son solo españoles, sino europeos— tienen reflejo en un Texto que, por vez primera, se abre a lo exterior, a lo internacional y que permite, pues, esa defensa desde la perspectiva internacional de los derechos y libertades. El problema de la Constitución española de 1931 fue el ataque —a babor y a estribor— de la República y, por ello, prácticamente, este documento no tuvo virtualidad.

La senda de 1931, tras el periodo del franquismo, se recupera desde el año 1978, en adelante, con numerosos ejemplos de integración en los principales organismos internacionales como, por ejemplo, la Unión Europea. Estas relaciones internacionales han tenido como resultado más derechos y libertades, más salvaguardias para estos, así como mayores cotas de defensa para unos y otros. Han aparecido tribunales de todo tipo, catálogos de derechos incorporados a convenios internacionales que han traído consigo un compromiso instrumental de acabar superponiendo lo internacional a los mecanismos internos. En España se cuenta con la Constitución, con el Poder Judicial y con el Tribunal Constitucional, pero luego, se tienen también todas esas leyes de los organismos internacionales.

Así se ha pasado de una ausencia de defensa o de una defensa al modo antiguo —como en Cádiz de 1812—, transitando después por toda la hiperlegalidad vinculada a la existencia de esas libertades —las Constituciones moderadas del XIX—, hasta llegar a esa proliferación de dispositivos nacionales, europeos, mundiales y casi universales, que fueron esbozados tímidamente en 1931 y que luego fueron consagrados con plenitud. Parece que los tiempos actuales son tiempos de sobreprotección, al menos en términos teóricos, normativos y para efectos del discurso político. Ahora bien, en términos de eficiencia real, la cuestión ya no parece tan clara ni tan sobreprotectora; entonces, la pregunta es, si se está más seguro y protegido, en verdad, como ciudadanos con el estado actual y normativo de los derechos y libertades.

Conclusiones

Según lo comentado en este breve artículo, queda claro que España ha seguido, históricamente, un trayecto constitucional, durante el siglo XIX, convulso y oscilante.

Las Constituciones anteriores a la de 1978, seguían el ideario ideológico del partido político que las lograba instituir –más bien imponer–. Esto determinaba que no hubiese consenso y sí mucho descontento entre aquellos que se situaban en un ideario distinto al impuesto, lo que, al final, determinaba la deslegitimación de las Constituciones impuestas con las bases ideológicas de partido político.

Sabedores de la historia constitucional española, los constituyentes se esmeran por rehuir la aprobación de una “Constitución de partido”. Para ello, se buscó instituir, en la misma, principios que sean aceptables por todas las fuerzas políticas que hicieran posible la convivencia y la concurrencia de todas estas, dentro de un marco jurídico unánimemente respetado. Por ello, se puede afirmar, sin equívoco alguno que la Constitución española de 1978 es la ‘Constitución de consenso’. Asimismo, afirmar que los auténticos actores y protagonistas del proceso constituyente son los partidos políticos y, por supuesto, los españoles que ratificaron por referéndum la Constitución elaborada a fines de la década de 1970.

En suma, cualquier reforma y proceso constituyente debe respetar los derechos de los ciudadanos. España es un país de ciudadanos libres e iguales; cuando se habla de derechos, hay que referir, siempre, y en concreto, a los derechos de los ciudadanos y no de los territorios; por supuesto, tampoco hay derecho superior de alguna o cualquiera ideología radicalizada en una falsa idea de superioridad moral, por ejemplo. Un proceso constituyente o cualquier reforma constitucional solo debe obedecer a la búsqueda consensuada de mejorar la calidad de vida y los derechos de los todos ciudadanos del país donde se produzca.

Bibliografía

Constitución española de 1978, Madrid, Tecnos, 2005.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.

GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio, “El derecho constitucional y las instituciones políticas en España”, en André. Hariou, Jean Gicquel & Patrice Gélard, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1980.

- GONZALES ENCINAR, José Juan, “El proceso constituyente”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, n.º 76, ciudad, abril-junio de 1992.
- GUASTINI, Ricardo, “Sobre el concepto de Constitución”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, “El derecho constitucional español. Origen y característica de la Constitución”, en Luis LÓPEZ GUERRA, Eduardo ESPÍN *et al.*, *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos* Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, vol. 1.
- Pérez Serrano, Nicolás, *Tratado de derecho político*. Madrid, Civitas, 1976.
- Pérez Tremps, Pablo, “La reforma de la constitución veinticinco años después (La apertura del “melón”)”, en Miguel ÁNGEL RAMIRO AVILÉS, Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ (coords.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- RTVE, “El Rey don Juan Carlos I sanciona la Constitución española del 27 de diciembre de 1978”, en *Play Archivo Constitución*. Disponible en www.rtve.es/play/videos/archivo-constitucion/rej-don-juan-carlos-sanciona-constitucion-espanola-del-27-diciembre-1978/1596683/ [fecha de consulta: 28 de agosto de 2021].

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
coord.	coordinador
coords.	coordinadores
https	HyperText Transfer Protocol Secure,
min.	minuto
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
RTVE	Radio y Televisión Española
UCM	Universidad Complutense de Madrid
vol.	volumen
www	world wide web

LA ACTUALIDAD DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN EL PERÚ

THE CURRENCY OF THE CONSTITUENT PROCESS IN PERU

*Aníbal Quiroga León**

Resumen

En el presente artículo nos centramos en una reflexión sobre el pretendido “proceso constituyente” promovido por el recientemente elegido Presidente de la República y su partido político, con la finalidad de relevar a la vigente Constitución de 1993. Constitución cuestionada no solo por su origen, sino, también, porque se le suele atribuir la responsabilidad por los problemas sociales que hoy aquejan al país, como la pobreza y corrupción. Pero lo cierto es que dicha Constitución, aún vigente, ha permitido una estabilidad democrática, institucional y constitucional de más veinte años consecutivos.

Palabras clave: Perú, proceso constituyente, constitución, asamblea constituyente, elecciones presidenciales.

Abstract

This article focuses on a reflection on the alleged “constituent process” promoted by the recently elected President of the Republic and his political party, in order to replace the current Constitution of 1993. Constitution questioned not only because of its origin but also because it is often blamed for the social problems that currently afflict the country, such as poverty and corruption. But, the truth is that the Constitution, still in force, has allowed a democratic, institutional, and constitutional stability for more than twenty consecutive years.

* Magíster en Investigación Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en las facultades de Derecho de la Universidad de Ciencias Aplicadas y en la Universidad de Lima, en el Perú. Exvocal suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima y expresidente del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República. Artículo recibido el 1 de junio de 2021 y aceptado para su publicación el 29 de agosto de 2021. Correo electrónico: aquirog@pucp.edu.pe

Keywords: Peru, constituent process, constitution, constituent assembly, presidential elections.

I. Introducción

A raíz del último proceso electoral peruano en primera y segunda vuelta, con la posterior elección de un nuevo Presidente, se ha puesto en la agenda político-constitucional la inminente discusión acerca de la necesidad de que ingresemos, necesaria y forzosamente, a un proceso constituyente que lleve al reemplazo total de la Carta de 1993.

Desde el pleno retorno a la democracia que tuvo lugar en 2001 con el gobierno transitorio del presidente Valentín Paniagua, contando desde la acuciosa actividad del entonces congresista Henry Pease que desembocó en la “Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú”¹, hasta la fecha, con diversas intensidades y decibeles, se ha discutido, hablado y estudiado la necesidad de un cambio constitucional radical, al punto que en la última agenda política se ha postulado, sin ambages, ir a una “asamblea constituyente”; expresión y órgano que no se encuentran descritos como tales en la actual Constitución como vía para su reforma legítima, conforme se puede apreciar en su art. 206.² que señala, de modo categórico, que el único “constituyente derivado” y titular de la reforma constitucional es el Congreso de la República.

Bien es verdad que desde que se dio la Constitución de 1993 en vigencia, se oyeron diversas voces solicitando su cambio y el ingreso a un proceso constituyente. Durante los últimos veinte años, desde la presidencia transitoria de Valentín Paniagua, pasando por la elección de Alejandro Toledo, hasta la fecha, no tuvo gran aceptación general el llevar a cabo y prontamente un proceso constituyente que nos llevara a una nueva Constitución. Por más que hicieron más de veinte reuniones descentralizadas,

¹ MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comisión de Estudio de las bases de la reforma Constitucional del Perú*.

² Artículo 206.º.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

y que con vigor dedicó gran esfuerzo a ello (sumado a los esfuerzos del Acuerdo Nacional y la redacción de las “Bases de la Reforma Constitucional”), tal reforma constitucional nunca tuvo visos serios de ser acogida, más allá de las reformas puntuales que sí se llevaron a cabo.

La respuesta necesaria hasta ahora, parece entonces, ser más simple de lo que se avizora: la Constitución de 1993, con todos sus defectos y cuestionamientos de origen, y tal vez sus pocas virtudes, ha demostrado en los hechos ser una “constitución eficiente”, ya que hasta la fecha va permitiendo cinco recambios constitucionales consecutivos, cosa que nunca se había logrado en la historia constitucional peruana, y una evidente estabilidad democrática constitucional hasta 2016, año en el que ganó la presidencia Pedro Pablo Kuczynski sin mayoría en el Congreso. A pesar de la mayor longevidad de la Constitución conservadora de Castilla de 1856, que en términos generales tuvo una vigencia de sesenta años hasta que fue reemplazada por la Carta de 1920, en la práctica estuvo salpicada e interrumpida por golpes de Estado, asonadas militares, levantamientos cívico-militares, pronunciamientos y hasta la interrupción que motivó la infausta guerra con Chile.

No fue sino hasta la Constitución de 1993 que pudimos contar, en términos reales, con una Carta Magna que permitió una estabilidad democrática, institucional y constitucional de más veinte años consecutivos; alejando de nuestra realidad los golpes de estado y las interrupciones constitucionales y permitiendo sucesiones constitucionales pacíficas, libres y alejadas de un cuestionamiento general. Ello, al margen de los últimos avatares de la parte final de la segunda vuelta electoral de las últimas elecciones presidenciales.

Sin embargo, pese a estas circunstancias y a pesar, también, de que durante ese periodo democrático existió una estabilidad económica y un desarrollo nacional nunca antes visto, la pandemia desatada a escala mundial (y, en especial, nacional) desnudó serias carencias nacionales en los servicios básicos, infraestructura esencial y una atención del Estado hacia los sectores menos favorecidos. Todo lo cual evidenció que ese expectante desarrollo macroeconómico no necesariamente se vio reflejado en la misma proporción en un desarrollo microeconómico. Por ello, no obstante los altos indicadores nacionales y la evidente estabilidad económica, muchas familias y pobladores viven en una pobreza inaceptable y en un estado de dejación estatal que la propia crisis de la pandemia ha exacerbado en demasía.

En este contexto, lo que hemos denominado un “fetiche constitucional” ha cobrado auge, poniéndose en diferentes tiendas políticas la agenda del cambio constitucional y la necesidad de la instalación –no se sabe bien

cómo en el actual esquema constitucional— de una asamblea constituyente, acicateado ello por el ejemplo reciente también ocurrido en Chile.

II. Análisis

Nos encontramos, entonces, al frente de lo que un sector de la doctrina constitucional llamaría “el momento constituyente”. Al respecto, Carlos de Cabo señala:

“Esta situación de completa y profunda crisis social general se configura como lo que puede llamarse momento constituyente. Se quiere decir que las Constituciones surgen, solo pueden surgir –y eso les da un cierto carácter escénico y estéticamente dramático al Constitucionalismo– en esos momentos, en esas fases crítica de la vida de las sociedades que, de un lado, exigen y, de otro, posibilitan una ruptura con ‘lo viejo’ y un alumbramiento de lo nuevo. Para ello es necesario que ese momento, objetivamente constituyente, se convierta en proceso Constituyente, lo que requiere de una fuerza social que incorporando las exigencias de cambio social sea capaz de convertirlo en cambio constitucional, es decir, se configure como un Poder Constituyente. De ahí que la cuestión del Poder Constituyente haya sido una cuestión central en la Historia del Constitucionalismo porque es también la Historia de sus momentos decisivos. Y eso es lo que ocurre ahora, ya que, como se está en ese momento crítico, constituyente, en la cuestión sobre las posibilidades de configuración de un Poder Constituyente, se dilucidan nada menos que las posibilidades de reconstrucción y liberación social. La cuestión, pues, del Poder Constituyente recupera y manifiesta toda su centralidad. [...] Planteada, pues, la pertinencia actual de reconstruir la categoría, la cuestión es qué debe entenderse por tal, quién puede convertir ese momento en proceso constituyente e impulsarlo. Inicialmente, de manera general, lo que aquí se considera es que hay que partir del conflicto. La dinámica histórica y, en concreto, la Constitucional, ha tenido en él su causa fundamental en cuanto ha sido siempre el conflicto el que ha generado momentos constituyentes. Después, depende de cada circunstancia histórica cómo se configura el conflicto y el lugar que respecto de él ocupen las distintas fuerzas según sean portadoras o enemigas del cambio. Por eso, de la peculiaridad que tiene en la actualidad el conflicto es de donde surge la peculiaridad del –potencial– Poder Constituyente”³.

Por lo consiguiente, corresponde determinar si, en efecto, estamos ya ingresados en un “momento constituyente” que inexorablemente –al margen de voluntades opuestas o de voluntarismos impulsores– y sin

³ Carlos DE CABO MARÍN, “Capitalismo democracia y poder constituyente”.

poder evitarlo, nos conduzcan a una “reforma constituyente” radical con el que la historia de la nación deberá encararse en pleno bicentenario, o si solo ha sido un lema o bandera de campaña que pronto se abandonará, o será de imposible realización, considerando que los impulsores del cambio radical de la Constitución no tienen la mayoría necesaria en el Congreso de la República y que tal reforma, a la luz del art. 206.º de la Carta Constitucional, pasa siempre por la autoridad y decisión mayoritaria del Congreso de la República. Si estamos frente a un conflicto social de gran magnitud –donde una de sus evidencias sería el resultado parcial de las elecciones en segunda vuelta y la crisis electoral/constitucional que vivimos en la actualidad con una autoridad electoral desgastada y en parte deslegitimada– o, si salvadas estas y juramentado quien ha sido proclamado legítimamente ganador, ese “momento constituyente” se diluirá ante la *real politik*, como le ocurriera a Henry Pease en el periodo presidencial entre 2001 y 2006, pese a sus innegables esfuerzos y múltiples afanes.

Eso no lo podemos saber ni determinar en este instante. Podremos distinguir ciertas características, atisbos, riesgos y soluciones; pero la certeza llegará solo al inicio formal de las actividades congresales, si ese “momento constituyente” que eleva el evidente conflicto social manifestado en las elecciones presidenciales, sobre todo en la segunda vuelta, han de llevarnos a un nuevo esquema de reforma total o cambio integral de la actual Constitución en el curso de los siguientes dos años.

De todas formas, es claro que se presenta un problema que enfrenta la legalidad y la legitimidad. La legalidad del texto expreso de la Constitución de 1993, que en su art. 206.º señala un camino diferente para la reforma parcial –y muy difícilmente, sino imposible, la integral– de la Carta Política; pero no sabemos aún si la legitimidad del movimiento por el cambio constitucional radical, vía una “asamblea constituyente”, alcanzará en última instancia su meta y logrará imponerse a este esquema de legalidad constitucional, sobre todo cuando el partido del actual gobierno, con estas banderas, alcanzó como resultado de la primera vuelta electoral, tan solo, 18,921 %⁴, y que, según las últimas encuestas⁵ la mayor parte de la población electoral no se inclinaría por un cambio radical de la Constitución vía “asamblea constituyente”, sino tan solo de lo que se consideran necesarias reformas particulares.

Avizoramos por ello una pugna de grandes proporciones, cuyo resultado final aún está por escribirse, debiendo definirse, en primer lugar, la relación

⁴ OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES, “Presentación de resultados elecciones generales y parlamento andino 2021”.

⁵ DATUM INTERNACIONAL, “Estudio de opinión a nivel nacional-julio 2021”, p. 11.

dinámica entre el Poder Ejecutivo y el Congreso (que pronto entrarán en pugna en busca de sus propios espacios y poderes reales) y entre la ciudadanía, los demás partidos y movimientos políticos y el partido en el gobierno.

Por eso Carl Schmitt señaló en su día:

“La legitimidad y la propia existencia el sistema jurídico de la propia Constitución, solo pueden descansar en la figura del Soberano, que para él es, a la vez, legislador supremo, juez supremo y comandante en jefe supremo, la última fuente de la legalidad y el último fundamento de la legitimidad’. Unas características que convierten al soberano en el Poder Constituyente y, así, una Constitución es legítima –esto es, reconocida, no solo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica– cuando la fuerza y autoridad del Poder Constituyente en que descansa su decisión es reconocida. La decisión política adoptada sobre el modo y forma de la existencia estatal, que integra la sustancia de la Constitución, es válida, porque la unidad política de cuya Constitución se trata, existe, y el sujeto del Poder Constituyente puede fijar el modo y forma de esa existencia. No necesita justificarse en una norma ética o jurídica; tiene su sentido en la existencia política’. Un planteamiento que supone subrayar la existencia propia, independiente y fundamental del poder político. Pues en él es en quien termina sustentándose la unidad política del pueblo (que es anterior a la propia Constitución positiva), y por eso ‘no puede hablarse de legitimidad de un Estado o de un poder público. Un Estado, la unidad política de un pueblo, existe, y existe en la esfera de lo político; es tan poco susceptible de justificación, juridicidad, legitimidad, etc., como si en la esfera del Derecho privado se quisiera fundamentar normativamente la existencia del individuo humano vivo...’⁶.

Uno de los aspectos en lo que hay un consenso mayoritario en el cambio de la actual Constitución –y sobre el cual hay un proyecto bastante bien desarrollado en el Congreso⁷, pero que en la última legislatura no obtuvo la legitimidad necesaria– es el retorno a la “bicameralidad” que, además, implica cambiar la columna vertebral de la actual Carta Magna y la necesaria modificación de casi sesenta artículos de su texto. Es cierto que tamaña modificación estructural requiere de una base de legitimidad que en el anterior Congreso no se logró y, por eso, ese proyecto quedó trunco. Pero, sin duda alguna, se retomará a la brevedad, bien sea por la vía de la reforma parcial –con mayor o menor profundidad, no se sabe–, bien sea por la vía de la reforma total en una eventual “Asamblea Constituyente”

⁶ Carl SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*.

⁷ Omar CHEHADE MOYA, “Proyecto de ley n.º 6123-2020-CR Proyecto de Ley de Reforma Constitucional para Restablecer la Bicameralidad en el Congreso de la República del Perú”, pp. 1-58.

que nadie sabe con exactitud cómo se insertaría en la Constitución actual (que no sea por la vía de la reforma del actual art. 206.º –como se hizo en Chile–, lo que tomaría cuando menos un semestre o más en hacerse realidad), ni cómo se procedería a elegir democráticamente a los “asambleístas” designados o elegidos a participar de esta “Asamblea Constituyente”, ni cómo o cuáles serían las reglas para hacer “coexistir” a esa “Asamblea Constituyente” –de por sí omnímoda, con el actual Congreso de la República en funciones. Al respecto, si bien sería lo natural que todos ellos –de instaurarse la “Asamblea Constituyente”– sean elegidos por votación general y universal, en el propio “plan de gobierno” del ahora presidente Pedro Castillo, denominado: “Perú al bicentenario sin corrupción” se habla de una “asamblea constituyente”⁸ y de un “referéndum constituyente”, sin mayor explicación en su composición. Además, en posteriores debates y manifestaciones se ha esbozado una suerte de “asamblea constituyente corporativa”, donde una parte de los posibles asambleístas serían elegidos por sufragio popular, y otro tanto sería designado directamente por “bases sindicales”, “organizaciones sociales de base”, “gremios de trabajadores” y otros estamentos afines. Es decir, no todos los asambleístas serían elegidos por sufragio democrático, sino que una parte sería designada –nadie sabe bien cómo– de modo vertical y dirigista, por bases dirigenciales “sociales”, prescindiéndose del sufragio democrático; afectando, así, de manera importante, la legitimidad del resultado constitucional que se obtenga, por más que al final se quiera hacer del proyecto de Constitución así elaborado, un referéndum ratificatorio o aprobatorio.

Parte de la población del país, cree que el título sobre el régimen económico de nuestra Carta Constitucional actual ha sido el origen de la pobreza en que aún están sumidas muchas de las familias peruanas, y que ha impedido el desarrollo sostenido nacional, amén de que también se la acusa de ser muy liberal, de haber postrado el esfuerzo empresarial del Estado, de haberlo subordinado a un papel subsidiario a la actividad empresarial privada, de haber liberalizado en exceso la economía y de haber entregado nuestros capitales y recursos naturales a la inversión extranjera. En suma, de plantear tan solo un esquema de economía liberal de mercado. No estamos de acuerdo con tal conclusión. Si bien las bases económicas de la actual Constitución propugnan la economía social de mercado⁹, no es del todo liberalizadora, y el hecho de que el papel económico del Estado sea subsidiario a la empresa e iniciativa privada, no extingue ni prohíbe la del Estado previamente autorizada y justificada.

⁸ Pedro CASTILLO, “Plan de gobierno: Perú al bicentenario sin corrupción”, pp. 12-14.

⁹ Baldo KRESALJA y César OCHOA, *Derecho constitucional económico*, pp. 439-512.

Por otro lado, tampoco podemos afirmar que la parte económica de la Constitución vigente haya propiciado la corrupción en la actividad empresarial pública y privada. Si partimos de esto último, diríamos que con la Carta Constitucional de 1979 y las anteriores también se ha presentado el fenómeno anómalo y pernicioso de la corrupción. Dicho problema no parte de la Constitución, ni se puede afirmar con total validez que la Constitución permita o propicie la corrupción. Ese, solo es un lema de campaña, como el que exhibió con gran desconocimiento un joven candidato a la Presidencia de la República, que se permitió propugnar una suerte de “constitución anticorrupción” lo que no le valió la aceptación ciudadana y su magro resultado electoral dio cuenta muy pronto de ello.

Y es que se ha puesto de moda lo que hemos denominado el “fetiche constitucional”; es decir, el paradigma mediante el cual se cree que con el cambio de Constitución de inmediato cambiará la realidad nacional, sobre todo la realidad socio-económica y la honestidad empresarial y la honradez en el manejo de la cosa pública. Son planos por completo diferentes que no dependen el uno del otro. Del mismo modo, en el pasado, con otras constituciones se han dado graves y complicados casos de corrupción privada y pública y ello, es lamentable decirlo, no se va a detener con el pretendido cambio constitucional.

Una Constitución se establece como norma fundacional y, sobre todo, conforma de manera originaria las fuentes del poder legítimo, y la traducción de la elección popular en poder y atributo legítimo del ejercicio del poder. Constituye una norma política y, también, una norma jurídica, el vértice máximo del ordenamiento jurídico –al decir de Eduardo García de Enterría¹⁰– a partir de cual se desarrolla todo el sistema jurídico.

Una Constitución tampoco puede cambiarse continuamente. Al contrario, la estabilidad constitucional es un paradigma del Estado democrático de derecho. No se trata de afirmar que los ciudadanos están “prisioneros” de un texto constitucional, o que los menores de cuarenta y cinco años no han participado en el debate constitucional, así, acorde a dicho supuesto, cada dos generaciones la Constitución debería ser cambiada. Eso equivaldría a postular que en Estados Unidos –con más de doscientos años de vigencia constitucional, con todas sus reformas– en verdad no hay una Constitución, cuando es evidente desde el derecho constitucional, que Estados Unidos es un paradigma de desarrollo estable en democracia constitucional, aun con el interregno de su Guerra Civil y sus problemas no resueltos en la igualdad de los derechos civiles hacia

¹⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, pp. 48-59.

poblaciones minoritarias, los derechos de igualdad y hacia sus habitantes afrodescendientes.

Por lo tanto, no compartimos el criterio de Francisco Eguiguren¹¹ en el sentido de que se puede hacer un referéndum, al margen del art. 206.º de la Carta Constitucional, para la aprobación de una reforma integral de la Constitución sin contar con el Congreso, incluso cuando aceptamos que es una forma inteligente de ingresar al problema, consideramos con todo fundamento que no se ajusta a una adecuada interpretación sistemática de la Constitución¹², pues termina –con dicha interpretación que consideramos equívoca– por vaciar de contenido el espíritu del constituyente derivado reservado expresamente por el art. 206.º de la Carta Constitucional en vigencia al Congreso de la República y termina por alterar la conformación de los poderes públicos asignados por la Constitución en vigencia.

Conclusiones

Los sucesivos intentos de reforma constitucional integral y de convocatoria a una “asamblea constituyente” que intentan establecer una nueva Carta Magna en reemplazo de la Constitución de 1993 en actual vigencia, y que tuvieron lugar desde la restauración de la democracia acaecida el año 2001, hasta ahora no han sido acogidos por la ciudadanía, ni en el foro ni en nuestra vida política.

La Constitución de 1993, aunque cuestionada en su origen, creó el marco jurídico-institucional adecuado para permitir una estabilidad democrática de más de veinte años consecutivos, episodio inédito en la historia republicana del Perú. Asimismo, sentó las bases para un desarrollo macroeconómico sostenido que, lamentablemente se fue desacelerando en los últimos años, hasta llegar al colapso de resultados de la pandemia de la COVID-19.

El desarrollo macroeconómico experimentado bajo la vigencia de la Constitución Política de 1993, no se vio reflejado en la misma proporción en un desarrollo microeconómico, ni alejó a muchas familias peruanas de la pobreza y del abandono estatal que la pandemia hizo más agudos. Eso ha servido para que la propaganda “anticonstitución” se exacerbe en los

¹¹ FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI, “El Referéndum y sus alcances en la Reforma de la Constitución en el Perú, ¿Sólo procede para ratificar una reforma aprobada previamente por el Congreso?”, pp. 243-259.

¹² Aníbal QUIROGA LEÓN, “La interpretación constitucional”, pp. 949-966.

últimos tiempos, culpando –de manera injustificada– a la Constitución del fracaso en el desarrollo social e igualitario, a la par de traer un exagerado neoliberalismo y del auge de una mayor corrupción estatal y privada.

Estas circunstancias propiciaron el desarrollo de un “fetiche constitucional” en el relato político nacional, según el cual, los problemas de pobreza, desigualdad, ausencia del Estado y de la corrupción misma serán resueltos con un cambio constitucional. Conclusión falsa, debido a que, como bien sabemos, tales factores no dependen de la mayor o menor perfección de los textos constitucionales. Sin embargo, eso es lo que ha animado el actual debate político-constitucional, así como la perentoria urgencia con que algunos sectores, sobre todo los de izquierda radical que se han hecho del Poder Ejecutivo en el Perú, propugnen casi como un dogma, la necesidad de un cambio constitucional por la vía de una “asamblea constituyente”.

Partiendo de estas bases, no es posible determinar si el conflicto social manifestado en las elecciones presidenciales se traduce en un “momento constituyente”, lo que dependerá muchísimo del equilibrio de poder de las fuerzas políticas en las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento, en el que representarán un papel fundamental la función que asuman la ciudadanía y los partidos políticos en el curso de los próximos años.

Atisbamos, con gran claridad, que la “asamblea constituyente” propuesta por el novísimo gobierno plantea un problema de legalidad y legitimidad. El primero, el de Legalidad, ya que el art. 206.º de la Carta Constitucional asigna expresamente el papel de *constituyente derivado* al propio Congreso de la República sin contemplar mecanismos artificiosos como la convocatoria a referéndum para una reforma constitucional que permita la existencia de tal Asamblea. El segundo, de Legitimidad, porque nos parece evidente que la llegada al poder del presidente Pedro Castillo y, con ella, la puesta sobre el tapete de la propuesta de “asamblea constituyente” del partido de gobierno no cuenta con la aprobación de la mayoría de la población, como lo demuestra los magros resultados obtenidos (18,921 %) en primera vuelta electoral y los actuales sondeos de las principales encuestas, donde la propuesta de un cambio radical de la Constitución, y la propuesta misma de una “asamblea constituyente” no posee un respaldo mayoritario. Por el contrario, la mayoría se pronuncia sobre reformas más o menos sustanciales a la Constitución, pero no a su cambio radical. Por otro lado, el riesgo latente de una nueva Constitución traería no solo el cambio del modelo económico que tanto incontrastable bienestar ha traído para el país en su desarrollo macroeconómico. Además, poco incidiría en la repuesta microeconómica –que más tienen que ver con la aplicación de la política cotidiana de los agentes del Estado– para zanjar

los niveles de pobreza. Por último, lo más grave –creemos– es que como ya hemos visto en otros lugares, este cambio radical del texto constitucional traería como consecuencia directa la variación y alteración de las reglas del poder, y su alternancia, afectando el recambio democrático y facilitando la perpetuación en el poder por parte de los sectores radicales que se han hecho, con poco menos del 20 % del electorado nacional, a través del manejo del Poder Ejecutivo. Queda al frente el balance y contrapeso que al efecto pueda desarrollar, en estas circunstancias, el Congreso de la República, en aquello que Karl Loewenstein llamó, los “controles interórganos”, los pesos y contrapesos constitucionales, los requeridos *checks and balances* de toda democracia esencial.

Bibliografía

- CASTILLO, Pedro, “Plan de gobierno: Perú al bicentenario sin corrupción”, 2021. Disponible en <http://perulibre.pe/plan-bicentenario.pdf> [fecha de consulta: 1 de agosto de 2021].
- CHEHADE MOYA, Omar, “Proyecto de ley n.º 6123-2020-CR Proyecto de Ley de Reforma Constitucional para Restablecer la Bicameralidad en el Congreso de la República del Perú”. Disponible en www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL06123-20200903.pdf [fecha de consulta: 1 de agosto de 2021].
- DATUM INTERNACIONAL, “Estudio de opinión a nivel nacional-julio 2021”, 2021. Disponible en <http://admin.datum.com.pe/datum/descarga/20210726105952.pdf> [fecha de consulta: 1 de agosto de 2021].
- DE CABO MARÍN, Carlos, “Capitalismo democracia y poder constituyente”, en Rubén MARTÍNEZ DALMAU (ed.), *Teoría y Práctica del Poder Constituyente*, Valencia; Tirant lo Blanch, 2014.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco, “El Referéndum y sus alcances en la Reforma de la Constitución en el Perú, ¿Sólo procede para ratificar una reforma aprobada previamente por el Congreso?”, en *Pensamiento Constitucional*, n.º 23, Lima, 2018.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed, Madrid, Ed. Civitas, 1985.
- KRESALJA, Baldo y César OCHOA, *Derecho constitucional económico*, 2ª ed., Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020, tomo I.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comisión de Estudio de las bases de la reforma Constitucional del Perú*, Lima, Konrad Adenauer Stiftung, 2001.
- OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES, “Presentación de resultados elecciones generales y parlamento andino 2021”. Disponible en <https://resultadoshistorico.onpe.gob.pe/EG2021/EleccionesPresidenciales/RePres/T> [fecha de consulta: 27 de julio de 2021].

QUIROGA LEÓN, Aníbal, “La interpretación constitucional”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Interpretación constitucional*, México DF, Ed. Porrúa S.A., 2005, tomo II.

SCHMITT, Carl, *Legalidad y legitimidad*, Buenos Aires, Struhart & Cía., 2002.

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
Cía.	Compañía
coord.	coordinador
COVID-19	corona virus disease 2019.
DF	Distrito Federal
ed.	editor <i>a veces</i> edición, editorial
etc.	etcétera
http	Hyper Text Transfer Protocol
https	Hyper Text Transfer Protocol Secure
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
S.A.	Sociedad Anónima
www.	World Wide Web

Implicancias del derecho civil

ASPECTOS ESENCIALES DE LA TEORÍA DE LA SIMULACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

SIMULATIONS'S THEORY: MAIN ASPECTS OF THE CONTRACTS IN SPANISH CIVIL LAW

*Germán Ovalle Madrid**

Resumen

La presente contribución revisa los aspectos fundamentales de la simulación de contrato, su declaración judicial y la relación con otras conductas afines, desarrollados por la doctrina del derecho privado español. Su relevancia radica en que se trata de un fenómeno expansivo y vigente, cuyo estudio y desarrollo se encuentra inacabado.

Palabras claves: Manifestación de voluntad, contrato, mentira, falsedad, simulación.

Abstract

This paper deals with the concept of simulated contract in the light of its theory and doctrinal development, investigating its historical origin, the forms it adopts and the legal consequences in private law, its most relevant classifications, or types, as well as the various schools that have developed the effects of this business phenomenon. I conclude with some reflections about the limits of the faculty of simulating contracts.

Keywords: Manifestation of will, contract, lie, falsehood, simulation.

* Doctor en Derecho por la Universitat de Barcelona. Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universitat Pompeu Fabra y de Barcelona. Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Artículo recibido el 7 de mayo de 2021 y aceptado para su publicación el 20 de agosto de 2021.. Correo electrónico: german.ovalle@monttgroup.com

I. Requisitos del negocio simulado

§ 1. Los requisitos del negocio simulado¹ son:

- a) *Una declaración deliberadamente disconforme con la voluntad* –que distingue la simulación del error obstáculo, ya que en la simulación la disconformidad es consciente mientras que en el error, es inconsciente–;
- b) *Un acuerdo entre las partes* –que distingue la simulación de la reserva mental, puesto que en la simulación ambos contratantes acuerdan la disconformidad entre lo querido y lo declarado, mientras que en la reserva mental, dicha disconformidad permanece oculta solo en la mente de uno de los contratantes– y
- c) *Una finalidad común de ocultar la verdadera voluntad a terceras personas* –aunque no se exige que ese fin sea ilícito o fraudulento–².

La descripción de estos requisitos ofrece una mejor comprensión del fenómeno objeto de estudio. Se debe destacar con especial énfasis, el hecho de que el término ‘simulación’ que se ha manejado hasta este instante, en ningún caso se puede interpretar como sinónimo de ‘fraude’ o ‘dolo’ en la conducta de los contratantes. En ese contexto, la explicación de la simulación será la que el acto significa para las partes, siendo este el motivo o *causa* próxima que determina a estos para desplegar la operación simulatoria.

Establecer si este acto es doloso o defraudatorio para otro es una apreciación que excede el concepto formal, lo que debe ser resuelto aplicando los requisitos señalados supra. Esta valoración de los *efectos de la simulación* es una vertiente que supone verificar otras condiciones anexas al fenómeno simulatorio y que se deben revisar a propósito de la sanción jurídica que proceda, que es cuando cobra relevancia la *intención* de una o ambas partes frente al perjudicado³. Previa esta aseveración de realida-

¹ Los antecedentes históricos, legales y doctrinarios de la simulación de contrato en derecho civil español, véanse en Germán OVALLE MADRID, “Origen y evolución de la teoría de la simulación de los negocios jurídicos en Derecho español”, pp. 219-250.

² FRANCISCO FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos, passim*. Sobre la teoría de la simulación en general, véase Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 333 y s.; M^a ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ (COORD.), *Derecho civil. Obligaciones y contratos*, p. 379 y s.; JOSÉ L. LACRUZ BERDEJO, AGUSTÍN LUNA SERRANO, JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA Y FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones. Teoría general del contrato*, p. 108 y s., §65; JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, p. 439 y s.; JOSÉ L. LACRUZ BERDEJO, *Manual de derecho civil*, p. 638 s. También, MARCEL PLANIOL Y GEORGES RIPERT, *Derecho civil*, p. 871 y s.; KARL LARENZ, *Derecho civil, Parte general*, p. 500 y s. JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 9^a ed., p. 541 y s. También LUIS DIEZ-PICAZO Y ANTONIO GULLÓN, *Instituciones de derecho civil*, p. 340 agrega que no debe confundirse la intención de engañar con la intención de dañar.

³ La sanción jurídica que corresponda al acto jurídico simulado debe ser objeto de una adecuada valoración normativa y solo en esta esfera de análisis se podrá distinguir si el *engaño* simulatorio colma los requisitos para ser desvalorado y constitutivo de un *dolo* civil.

des en juego, es posible seguir con la explicación de las formas en que se presenta de manera usual la simulación en el tráfico jurídico.

II. Clasificación de la simulación: *absoluta y relativa*

§ 2. La simulación, en cuanto al fin específico por el cual ha sido desplegada por los contratantes, se puede clasificar en absoluta y relativa. La *simulación absoluta*, es aquella por medio de la cual se aparenta celebrar un negocio, con la intención de no ejecutar negocio alguno⁴. Se pueden distinguir dos categorías de esta especie de simulación:

- a) Aquella que simula un negocio mediante el cual disminuye el patrimonio, como en los casos en que un deudor se insolventa para impedir la persecución de la deuda en su patrimonio⁵ y
- b) La que simula un negocio que ocasiona un aumento del pasivo del patrimonio de manera ficticia, lo que ocurre en los casos en que se fingen deudas para defraudar a los acreedores.

Por su parte, en la *simulación relativa* se aparenta celebrar un negocio, cuando en la realidad se ejecuta otro acto diverso, pero disimulado, que se oculta tras el ficticio. Existen tres categorías distintas de simulación relativa:

- a) *La simulación relativa a la naturaleza del contrato*, como en la donación disfrazada de venta⁶;
- b) *La simulación relativa al contenido del contrato*, en el caso que el precio pactado es distinto al real y
- c) *La simulación relativa a los sujetos del contrato*, también denominados de *interposición de persona* o negocio celebrado por medio de testaferro⁷, con diversos fines, algunos lícitos y otros ilícitos⁸.

⁴ En lo que aquí interesa, en los casos de simulación absoluta no hay ningún contrato subyacente al aparente.

⁵ Esto discurre sobre la idea de *vaciamiento patrimonial* en perjuicio de los acreedores.

⁶ Véase Ramón DURÁN RIVACOBA, *Donación de inmuebles, forma y simulación*, p. 25 *in fine*.

⁷ Cfr. PLANIOL Y RIPERT, *op. cit.*, p. 871 y s. También exponen un caso de *excepción* a la simulación cuando en el primer acto se anuncia el modificativo, o el denominado “declaración de pedido”, esto es, en los casos en que el adquirente se reserva la facultad de señalar, con posterioridad, en un plazo cierto, el nombre de la persona para la cual adquiere. No es un caso de simulación porque el acto no está destinado a permanecer en secreto.

⁸ Esta figura debe diferenciarse del mandato no representativo, en el que simplemente se oculta a terceros el nombre del mandante por motivos de legítima conveniencia o por un interés digno de protección. Véase PUIG, *op. cit.*, pp. 442-443. Para otra subclasificación de la simulación relativa, véase Luis CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, p. 591 y s., quien señala que pueden concebirse “b.1)

§ 3. La simulación absoluta y la relativa difieren sustancialmente una de la otra. Siguiendo a José Santa María, la simulación absoluta consiste en una “configuración artificiosa de una apariencia contractual por voluntad de los interesados” que constituye un *caso particular de inexistencia* del contrato⁹. Dicho concepto se deriva de la regla general *quod ab initium vitiosum est non potest tractu tempore conualescere*. Por su lado, la simulación relativa la explica diciendo que es tal cuando:

“Bajo la falsa apariencia se hubiera disimulado otro contrato en verdad querido y entonces puede este tener eficacia propia como contrato subyacente o disimulado”^{10,11}.

Esta especie de simulación responde al principio *quia plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*¹².

La *simulación absoluta* se define por la ausencia de una voluntad o de una causa verdadera para obligarse, cuyos requisitos son inherentes a todo acto jurídico. En efecto, el art. 1261 del CC establece los elementos esenciales de todo contrato:

La simulación relacionada con el negocio realmente celebrado; b.2) Las condiciones especiales del negocio y b.3) El uso de interposición de persona”. También, Miguel DEL ARCO TORRES y Manuel PONS GONZÁLEZ, *Diccionario de Derecho Civil*, p. 1307.

⁹ Véase PUIG, *op. cit.*, pp. 79-80. También, CASTAN, *op. cit.*, 9ª. ed., p. 541 y s. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pp. 442-443. CLAVERIA, *op. cit.*, p. 591 y s. SsTS de 12 de julio de 1941, 3 de marzo de 1932 y 22 de febrero de 1940.

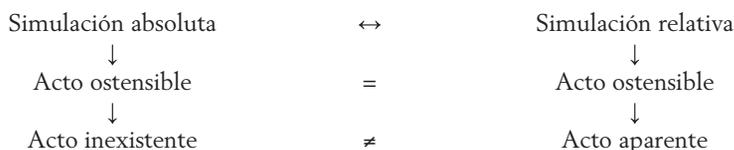
¹⁰ Manuel GARCÍA AMIGO, *Instituciones de derecho civil, I. Pare general*, pp. 754-755, 758. Véanse SsTS de 24 de febrero de 2002, 20 de diciembre de 1963, 14 de enero de 1966, 8 de marzo de 1988, 9 de mayo de 1988 y 28 de octubre de 1988. En el mismo sentido, LARENZ, *Derecho civil., op. cit.*, p. 500 s. y SsTS de 22 de marzo de 1963 y 22 de diciembre de 1987. También Vicente, TORRALBA, *Derecho civil para ciencias económicas y empresariales*, pp. 526-527; Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil. Parte general*, p. 335.

¹¹ PUIG, *op. cit.*, pp. 445-446, quien sostiene que la simulación relativa se configura cuando, además del aparente, se ha celebrado un contrato disimulado. El contrato disimulado deberá cumplir con los mismos requisitos de validez que exige la ley si se hubiese celebrado de forma autónoma. De ahí que subsista la discusión en torno a la compra-venta simulada de cosa inmueble, otorgada en escritura pública, que se entiende válida como donación, sin que hubiese cumplido con los requisitos del art. 633 del CC, esto es, se haya expresado en ella individualmente los bienes donados.

¹² José SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil: Art. 1.088 a Disposiciones transitorias y Apéndice foral de Aragón*, p. 268 s. Véase STS de 3 de marzo de 1932, que, respecto de los negocios disimulados, es necesario que se justifique la concurrencia de los elementos y el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley. También, José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, p. 643; Giuseppe STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, pp. 135-136.

- a) *Consentimiento de los contratantes*, el que da origen al contrato conforme al art. 1254 del CC, siempre que se produzca en los términos del art. 1262 del CC¹³;
- b) *Objeto cierto*, sobre el que recae el consentimiento y que constituye la materia del contrato con arreglo a los arts. 1271 y 1273 del CC y
- c) *Causa jurídica de la obligación*, de acuerdo con los arts. 1274 a 1277 del CC. Una vez que se constata la concurrencia copulativa de estos tres elementos, el contrato adquiere existencia en derecho¹⁴.

§ 4. Por otra parte, la simulación absoluta difiere de la relativa en que, en la primera, si bien hay una declaración, no hay una voluntad de obligarse; en cambio, en la segunda, además de la declaración, existe una intención vinculante, aunque sea diversa a la expresada¹⁵. De este modo, se plantea el siguiente esquema:



Como se observa, el modelo subyacente a cada forma de expresión de la simulación presenta igualdad en cuanto a la existencia de un acto ostensible frente a otros posibles interesados en los efectos del acto, distinto al contenido que se encuentra detrás de la ficción contractual. La diferencia radica en que, al indagar en la finalidad que tienen las partes con el acto simulado, en los casos de simulación relativa se encuentra un acto real que se desea ocultar dando eficacia jurídica solo al acto ostensible, quedando el acto disimulado como un negocio sin efectos para las partes, esto con el ánimo de solo beneficiarse de los resultados que el acto ostensible ofrece como *medio* para sostener la operación disimulada. En cambio, en los casos de simulación absoluta no existe un acto disimulado, no se ocultan efectos que perjudicarían a los declarantes¹⁶, sino que se quiere dar una apariencia de realidad a la ficción creada por las partes. El

¹³ El art. 1262 del CC establece cómo se procede con la oferta y la aceptación.

¹⁴ GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 754 y s., § 107. También, ampliamente, Germán BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Comentarios al Código Civil*, p. 1486 y s.

¹⁵ Así, véanse SsTS de 14 de junio de 1966, 10 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964 y 13 de mayo de 1965.

¹⁶ Lo paradójico es que la simulación absoluta es explícita, es decir, su declaración solo conduce a establecer que no subyace ningún acto jurídico. En este contexto, lo que se haya dado o pagado es “pura exacción” sin “contraprestación alguna”.

acto en realidad no cuenta con los requisitos de existencia de todo acto jurídico, existiendo así, solo uno con *contenido ficticio*. De otra forma, el acto ostensible es una virtualidad que ofrece beneficios a los contratantes, por lo que se convierte en *medio y fin* para sus expectativas.

III. Otras clasificaciones de la simulación contractual

§ 5. En razón a su finalidad, la doctrina ha señalado que la simulación puede ser:

- a) *Lícita*, cuando las partes realizan el acto basándose en un interés lícito y sin propósito de fraude, como el caso de fingimiento de grandes ventas de manera de promocionar un producto o
- b) *Ilícita*, cuando el acto simulado busca defraudar a terceros u ocultar la violación de un precepto legal. Respecto de esta segunda clase, existen las siguientes subespecies:
 - b.1) *La simulación de insolvencia*, que consiste en la compraventa que impide la ejecución judicial, en la constitución de gravámenes reales en garantía de deudas simuladamente reconocidas, en las ejecuciones judiciales de créditos simulados, etc.;
 - b.2) *Liberalidades encubiertas*, en particular, las donaciones que esconden actos onerosos hechas con distintos objetivos, como el perjuicio a legitimarios¹⁷, *turpem causa* o la elusión fiscal;
 - b.3) *Préstamos usurarios*, realizados para fingir o, bien, la naturaleza del préstamo o, bien, los elevados intereses; para estos fines ilegales se utilizan la compraventa con *pacto de retro*, la permuta en la que una de las cosas es en esencia de mayor valor a la otra, el contrato de sociedad entre prestamista y prestatario, en el que el primero aporta al inicio la cantidad prestada y luego vende su parte al prestatario por una suma equivalente al préstamo más los intereses de usura, la fianza, la anticresis, la donación remuneratoria y la compensación desmedida al mandatario;
 - b.4) *Simulación de endoso bancario*, es una operación por medio de la cual el librador hace cesión o endoso de la letra a un tercero complaciente, con la finalidad de frustrar la excep-

¹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 349 y s. LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 112.

ción de falta de provisión de fondos que pueda deducir el librado;

b.5) *La letra de favor*;

b.6) *La simulación en las sociedades*, ya sea en el *affectio societatis* o en las aportaciones, en los casos en que se constituye la compañía sin existir una intención real de realizar un negocio en común y de repartirse las utilidades o los casos en que se adultera la aportación real por parte de los socios, respectivamente y

b.7) *Simulación en los negocios fiduciarios*¹⁸.

§ 6. De acuerdo con otra clasificación, la simulación puede producirse en tres grados diferentes:

- a) *Simulación de la existencia*, referida aquellos actos del todo ficticios, de modo que la simulación crea una completa apariencia que no cubre ningún acto real. Este es el caso de la enajenación simulada para sustraer bienes de una persona a la acción de sus acreedores;
- b) *Simulación de la naturaleza*, cuyo negocio no destruye los efectos del acto ostensible, aunque los modifica de tal modo que alcanza a su propia naturaleza. A este grupo pertenecen las compraventas simuladas que encubren una donación y
- c) *Simulación de las condiciones*, que implica la modificación de una o más de sus condiciones, por lo que se la denomina simulación parcial.

IV. La declaración judicial de simulación contractual

1. GENERALIDADES

§ 7. Solo una sentencia judicial puede declarar que un negocio jurídico es simulado¹⁹. Antes de la dictación de dicha sentencia, el acto jurídico goza de una *presunción de validez* conforme al art. 1277 del CC^{20, 21}. Se trata

¹⁸ Cfr. José Luis ALBÁCAR LÓPEZ *et al.*, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, p. 1049.

¹⁹ Cfr. Rosa M. MÉNDEZ y A. Esther VILALTA, *Acción declarativa de simulación de un contrato, passim*.

²⁰ El art. 1277 del CC dispone: "Aunque la causa no se exprese en el contrato se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario".

²¹ Ya se ha visto que la indicación de la voz 'deudor' no es restrictiva de este y ello tiene una mera razón de inercia histórica [la cursiva es añadida]. Al respecto véase CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 580.

de una sentencia declarativa que debe dictarse en un juicio contradictorio, previo emplazamiento de todos los contratantes. La declaración de nulidad por simulación de contrato es una acción, en esencia, de carácter civil²². Dicha declaración judicial es requisito previo e insustituible para fundamentar otras acciones judiciales, como solicitar la indemnización de perjuicios o reivindicar la cosa²³.

Desde la *perspectiva procesal*, la acción civil declarativa de la simulación²⁴ tiene por finalidad que se reconozca, a través de una sentencia judicial, la inexistencia de una relación jurídica –absoluta– o la existencia de otra diversa –relativa–. Una vez declarada la simulación, se pueden impetrar otras pretensiones jurídico-procesales, como la condena a la *restitución de bienes*, la *reivindicación de dichos bienes*, las *indemnizaciones* correspondientes, el *ejercicio de preferencias* que correspondan, la *acción de preterición*, etcétera^{25, 26}.

²² Aun cuando la declaración de nulidad por simulación contractual también puede llevarse a efecto en otro orden de materias, *v. gr.*, en materia laboral, de extranjería, etcétera.

²³ Véase STS de 27 de noviembre de 1963 al señalar: “las cuestiones referentes a la simulación contractual son de naturaleza civil, y si bien en el caso de haber un tercer perjudicado por la simulación, podrá éste acudir a la vía penal para que la reparación del perjuicio sea consecuencia del condigno castigo de los culpables, al amparo de preceptos de orden punitivo, mientras ello no ocurra y se acredite la apertura del procedimiento criminal la jurisdicción civil es libre para actuar y, por tanto, la de los árbitros de equidad designados legalmente para, en sustitución de aquella, resolver en conciencia la cuestión, siempre que no aparezcan graves motivos que aconsejen lo contrario”; CASTAN, *op. cit.*, 9ª ed., pp. 542-543. También, véase PUIG, *op. cit.*, p. 442, quien agrega que en la simulación absoluta, motivada por una causa ilícita, los contratantes pueden incurrir en responsabilidad civil o incluso penal, y en el caso de terceros de buena fe, que hayan realizado una adquisición a título oneroso, esta podrá ser oponible y respetada. En el mismo sentido véase LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 117.

²⁴ Que se rige conforme el procedimiento que se disponga dependiendo de la cuantía del juicio (art. 249.2 LEC, cuando la cuantía es indeterminada; verbal, cuando no exceda del monto que indica el art. 250.2 LEC, etcétera).

²⁵ MÉNDEZ y VILALTA, *op. cit.*, p. 10. A este respecto el art. 5211 de la LEC dispone que “no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas”. Acerca del método para proceder a enjuiciar el contrato, véase LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 121; Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, p. 294.

²⁶ Otras características relevantes de la acción declarativa de simulación son: a) *universalidad*: en tanto se puede dirigir en contra de cualquier persona que amenace un derecho legítimo o tutelado mediante el mecanismo de la apariencia jurídica. Por esto se permite que un acreedor demande a otra persona diversa al obligado; b) *transmisibilidad*: por cuanto pueden ejercerla no solo los herederos sino también por actos *inter vivos*. Por esto se permite que el cesionario y el subrogado por pago puedan ejercerla, así como los acreedores con acción subrogatoria. Al respecto, véase MÉNDEZ y VILALTA, *op. cit.*, p. 10 y s.

2. PRUEBA DE LA SIMULACIÓN

§ 8. La acción de simulación se dirige a destruir la *presunción de validez de que gozan los contratos*. Esta última implica que se presume existir la causa expresada de los contratos mientras no se pruebe y declare judicialmente la simulación²⁷. Se trata de una presunción de corte legal –no de derecho– y, por lo mismo, admite prueba en contrario²⁸.

²⁷ Véase la STS de 31 de mayo de 1963, que define la acción de simulación como aquella que tiene por objetivo remover la falsa apariencia, incertidumbre y obstáculos que genera el contrato y sus dañosas consecuencias. En el derecho canónico, Cristina GUZMÁN PÉREZ, *Simulación del consentimiento matrimonial*, p. 89, agrega que la simulación en el matrimonio estaba regulada en el canon 1086 (*Código Canónico* de 1917), que establecía una presunción *iuris tantum* en relación con la igualdad entre la voluntad interna y la declarada que es el antecedente del art. 1277 del CC. Hay que considerar que existen *presunciones de fraude*, como la que establece el art. 1297 del CC, en tanto establece: “Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito”. Al efecto, véase con buenas referencias jurisprudenciales, María Ángeles ZURILLA CARINANA, *Comentarios al Código Civil*, pp. 1518-1519.

²⁸ De origen romano, las presunciones –*præsumtiones*– en general, son deducciones en virtud de las cuales, constando un hecho, se considera existente también otro, que le acompaña de ordinario. Al respecto, véase Polynice VAN WETTER, *Derecho romano*, tomo I, pp. 228-229. En el caso de los contratos, su existencia se prueba con el documento que la refleja o contiene. Este es el instrumento que goza de presunción de sinceridad. Por su lado, las presunciones son, a su vez, pruebas indirectas: en lugar de comprobar el hecho discutido en el pleito se prueba otro, y de este se deduce la existencia de aquel. Las presunciones son de hecho o de derecho. Al respecto, véase Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *La simulación*, p. 203; MÉNDEZ y VILALTA, *op. cit.*, pp. 21-22, quienes exponen acerca de algunas de las presunciones apreciadas por los tribunales españoles en sede de simulación: a) *causa simulandi*, o concurrencia de causa o motivo que lleva a las partes a dar la apariencia de negocio jurídico a uno que existe; b) *omnia bona*, entendiéndose como tal la venta o gravamen de todo el patrimonio del simulador o la parte más selectiva del mismo; c) *affectio*, entendida como la existencia de relaciones familiares, de amistad, dependencia, negocios o de otro modo vinculativos entre simulador y cómplice; d) *subfortuna*, consistente en la falta de capacidad económica del adquirente para atender las obligaciones asumidas en el contrato que se impugna por simulado; e) *premium confesus*, o precio no entregado de presente en contratos de compraventa simulados; manifestando los contratantes en la escritura pública que el precio se ha entregado y recibido con anterioridad al acto; f) *premium vilis*, o precio bajo de las fincas que se han transmitido; de especial interés en compraventas simuladas. En relación con esta cuestión, véase STS de 30 de septiembre de 1999, que puso de relieve que en cuanto al precio: “[...] rige el principio de autonomía de voluntad, por el que las partes pueden fijar libremente el precio de la compraventa, sin que estén sujetos a limitación alguna, y el precio que se fije puede ser inferior al valor de la cosa transmitida”; g) *tempus*, o tiempo y momento sospechoso del negocio que se realiza; g) *celeritas*, o urgencia de la formalización de las transmisiones; h) *notitia*, o conocimiento concomitante del simulador de la ficción del negocio jurídico, también denominado “*consilium fraudis*”; i) *retentio possessionis*, o inexistencia de conducta posesoria por parte del adquirente de la

§ 9. En general, probar en juicio la simulación de un contrato no es tarea sencilla dado que obliga al actor a destruir la presunción de validez del contrato²⁹. Además, en la mayoría de los casos el actor carece de prueba directa, lo que le obliga a recurrir a la *prueba indirecta* o de *indicios*³⁰ que permita al tribunal establecer las necesarias *presunciones*³¹ y que se presentan menos exigentes que las primeras^{32, 33}.

En este contexto no deben confundirse las “presunciones” y los “indicios”. Hernando Devis Echandía distingue adecuadamente ambos conceptos, definiendo el ‘indicio’ como el hecho conocido del cual se obtiene, mediante una operación lógico-crítica, un argumento probatorio que permite inferir otro hecho desconocido. Por su lado, la *presunción judicial o del hombre* es un principio lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados –que por norma suministran los peritos– que sirve al juez para determinar el valor probatorio del indicio o de cualquier otra prueba. De este modo, el indicio es la prueba y la presunción judicial, la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla y que no es *prueba ni objeto de prueba*³⁴.

La *prueba de la simulación absoluta del contrato* se rige por las reglas generales de la prueba y se deberá orientar a acreditar la falta del o de los requisitos esenciales, carga que recae sobre aquel que la pide³⁵. Res-

cosa transmitida y la correlativa continuación en la posesión por parte del transmitente. Respecto de la prueba de presunciones, véanse SsTS de 6 de mayo de 1950; 31 de marzo de 1964; 21 de septiembre de 1998; 27 de octubre de 1998; 24 de noviembre de 1998; 31 de diciembre de 1998 y 13 de marzo de 1999.

²⁹ ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 203-204, quien sostiene que para llegar a demostrar la simulación representan un papel mucho más importante que las pruebas directas: “[...] ciertos indicios y presunciones que solos o combinados llevan a la convicción de que, a pesar de no poder ser probado por los clásicos medios de prueba, por virtud de esos indicios y presunciones hay razón para considerar simulado el negocio tachado”.

³⁰ De los indicios surge un segundo nivel de análisis denominado *curso de indicios*. Véase Germán PABÓN GÓMEZ, *Lógica del indicio en materia criminal*, p. 293 y s.

³¹ No deben confundirse las presunciones con las simples sospechas o *suspiciones*, y este asunto tiene que subordinarse a lo dispuesto en la norma general del art. 1253 del CC

³² Véanse SsTS de 24 de febrero de 1993, 13 de octubre de 1987, 16 de septiembre de 1988, 24 de abril de 1991, 17 de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1985, 12 de febrero de 1988, 16 de septiembre de 1988 y 31 de enero de 1991.

³³ Cfr. SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 268 s. CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 579, sostiene que de la actual redacción se deduce un carácter más bien procesal de la norma en comento, debido a que el juez declarará la nulidad del contrato, salvo que se haya probado, en el proceso y conforme a derecho, que sí hubo otra causa lícita al momento de la contratación. O’CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 335.

³⁴ Hernando DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, p. 598 y s.

³⁵ ALBÁCAR *et al.*, p. 1047 y s. Véanse SsTS de 3 de enero de 1978, 3 de marzo de 1932, 14 de octubre de 1959 y 6 de octubre de 1977.

pecto de la *prueba de la simulación relativa*, esta se dirige a acreditar la divergencia entre la voluntad real y la declarada, recayendo el peso de la prueba también sobre quien la afirma³⁶.

“Al respecto, cabe destacar que en los casos de simulación absoluta lo que se intenta probar es la ausencia de voluntad de contratación, lo cual resulta ser, *a priori*, un hecho negativo. En realidad, para que sea declarada la simulación absoluta, lo que se debe probar es que las partes, aún cuando manifestaron externamente una determinada voluntad, esta no tenía por objeto desplegar efectos y/o consecuencias jurídicas propias del tipo contractual. Lo anterior, aún cuando subsistan los demás elementos del negocio, tales como el objeto e incluso la data consignada como fecha de celebración. Así, *v. gr.*, frente a un embargo inminente, A simula absolutamente vender su coche a B, y para ello concurren ante un notario frente al cual y mediante un instrumento con fecha real y cierta. El primero se obliga para con el segundo a entregar el vehículo –incluso declarando hacerlo en el mismo acto–, y el otro, a pagar el precio convenido. El tercero perjudicado por esta compraventa, más allá de comprobar en juicio que el negocio es por completo simulado y que se ha celebrado con el propósito de evitar embargos sobre el vehículo³⁷ intentará y en definitiva deberá acreditar por los medios legales que en realidad A *no* hizo ninguna entrega material del carro a B. Dicha acreditación la intentará hacer mediante la prueba del hecho positivo consistente en que aún lo continúa utilizando a diario. Sumado a lo anterior, intentará probar que B no pagó el precio convenido, acreditando que su saldo patrimonial no disminuyó en la fecha en que ocurrió la transacción”³⁸.

§ 10. Como se ha visto, para un sector de la doctrina la dificultad de la prueba directa admite la posibilidad de recurrir a medios de prueba indirecta de hechos, concediendo al juez un *amplio margen de discrecionalidad*. En ese contexto, el tribunal puede fundar su decisión conforme a las reglas de la sana crítica y máximas de la experiencia, habiendo al respecto abundantes sentencias que así lo han resuelto. Así, la *simulatio nuda* puede probarse acudiendo a indicios y presunciones, hasta alcanzar la certeza moral de la inexistencia del contrato impugnado, pues en otro

³⁶ Así, véanse SsTS de 10 de abril de 1964 y 23 de noviembre de 1971.

³⁷ Véanse STS de 31 de marzo de 1966, que estableció: “Cuando se alega la ilicitud de la causa de los contratos es preciso probarla, no bastando la simple afirmación de las partes”.

³⁸ Cfr. SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 268 y s. Este autor agrega que sin perjuicio de lo anterior, cabe recordar que un contrato, *v. gr.*, de compraventa, puede no incluir la época del cumplimiento efectivo de las obligaciones que asumen las partes, quedando, de este modo, como una declaración de obligaciones por cumplirse, la del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de pagar el precio.

caso, y, aunque pudiera haber alguna duda, habrá de prevalecer la voluntad externamente manifestada^{39, 40, 41}.

Más exigente se pronuncia al respecto José Santamaría, para quien:

“La prueba de la simulación ha de ser tan plena como la gravedad de la decisión lo requiere [...] y no puede sustituirse por meras conjeturas”.

³⁹ Conforme STS de 10 de julio de 1984. También, STS de 28 de febrero de 1991 que estableció: “El calificativo de la simulación de un negocio es una cuestión de hecho reservada, a la libre apreciación de la Sala, así en las sentencias de 23 de enero y 2 de noviembre de 1989 se dijo: ‘La simulación contractual como cuestión de hecho ha de ser probada por quien la alega y, de no existir una prueba directa del acuerdo simulatorio su existencia sólo puede revelarse por pruebas indiciarias que lleven al juzgador a la apreciación de su realidad’, y en las Sentencias de 1 de julio, 16 y 19 de septiembre y 5 de noviembre de 1988: ‘Dadas las dificultades que encierra la prueba plena de simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, obliga a acudir a la prueba indirecta de las presunciones que autoriza el art. 1253 CC, y con su base apreciar comportamiento simulador absoluto cuando, con arreglo a un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, se evidencia que el contrato no ha tenido, en definitiva, la causa que nominativamente expresa’“. Véanse SsTS de 16 de marzo de 1956, 26 de abril de 1956, 30 de octubre de 1956, 5 de febrero de 1957, 19 de diciembre de 1960, 20 de octubre de 1965, 18 de noviembre de 1969, 14 de febrero de 1983, 13 de junio de 1983, 24 de abril de 1984, 15 de julio de 1987, 13 de octubre de 1987, 16 de septiembre 1988, 2 de noviembre de 1988. En el mismo sentido, VALPUESTA *op. cit.*, pp. 379-380; LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 120, quienes sostiene: “La admisibilidad de la prueba de presunciones es una cuestión de hecho que corresponde determinar al juez de instancia, lo cual no obsta a que en juicio de casación se demuestre la improcedencia de la presunción, fundado en lo absurdo o ilógico del proceder judicial”. Los fallos al respecto han señalado que, pese a la necesidad del recurso de las presunciones, dicha prueba sigue teniendo un carácter subsidiario. También, SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 268 y s. sostiene: “Si bien es cierto la simulación es en esencia un hecho, y por ello, no susceptible de recurrirse por la vía de la casación, esto no impide que el Tribunal Supremo aprecie ‘si de los citados hechos resulta la existencia o inexistencia de la simulación, que es un concepto jurídico, y aún para apreciar si la sala examinó o no cuantos elementos de juicio se requerían a fin de lograr la más perfecta realización de la justicia’”.

⁴⁰ STS de 22 de febrero de 1991.

⁴¹ Cfr. CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 595. También María CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación de los negocios jurídicos*, p. 136. Otras sentencias se refieren a esta forma de apreciar la prueba como aquella *indiciaria* que lleva al juzgador a la apreciación de su realidad. Así, véase STS de 16 de septiembre de 1988. Otros la denominan *prueba indirecta de presunciones*. Confróntese STS de 2 de noviembre de 1988. Finalmente, se ha sostenido que la apreciación es cuestión de hecho sometida a la *libre apreciación del juzgador de instancia*. Véanse SsTS de 6 de abril de 1964, 30 de junio de 1966, 18 de octubre de 1969 y 12 de abril de 1975. Cabe señalar que el demandante no se encuentra en la obligación de alegar la causa o motivo que impulsó a las partes a simular, si no solo la simulación misma, aun cuando la prueba de esta abona la tesis de la acción judicial; Manuel GARCÍA DE MARINA, *Tercerías de dominio y de mejor derecho*, pp. 69-70.

La opinión de este jurista se aparta de la doctrina y jurisprudencia dominantes, que frente a la dificultad de la prueba de la simulación no son tan exigentes y que permiten sea reemplazada –si bien no por simples conjeturas– por presunciones fundadas de su existencia⁴².

“En Derecho francés la norma es algo diversa. Conforme su doctrina, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1341 Código Civil francés, cuando la cuantía del negocio simulado es superior a 500 francos, el acto secreto del cual resulta la simulación solamente puede acreditarse por prueba escrita. Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera sea el monto del negocio, si la manifestación de voluntad ostensible se ha hecho constar por escrito, la secreta también debe hacerlo. Así, es necesario distinguir la simulación del dolo. La primera, es una convención, y el segundo, un puro hecho. Respecto del primero, es imprescindible la prueba documental y respecto del segundo, puede acreditarse por todos los medios. Conforme a lo anterior, el documento por antonomasia destinado a probar el convenio secreto y respecto del cual resultará la prueba ‘de la simulación del acto ostensible’ se denomina *contradocumento*, y la parte que lo posea tendrá el poder probatorio. Respecto de la prueba de los terceros contra las partes, existe mayor libertad, esto es, puede usarse cualquier medio probatorio. La razón de lo anterior se debe a que, para los terceros, la simulación es un hecho ajeno, por lo que resultaría absurdo exigirles prueba por escrito. Cabe precisar que conforme al art. 1321 Código Civil francés, las partes no pueden probar la simulación contra un tercero, mediante los *contradocumentos*. En otras palabras ‘inútil sería probar contra los terceros una convención que, siendo confesada y reconocida por ellos, queda desprovista de efectos para los mismos’⁴³.

3. DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE SIMULACIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA

§ 11. Se ha discutido acerca de las normas que habilitan para enjuiciar al contrato y que permiten solicitar que sea declarado nulo por simulación. Un sector de la doctrina, siguiendo la del Tribunal Supremo, sostiene que no es correcto sentar las bases del sistema de la simulación contractual en los arts. 628, 755 y 1.459 del CC, que solo establecen lo suyo respecto del error, “en que se fundó el consentimiento”. Agregan en este sentido que el error es un fenómeno de relevancia jurídica *diversa* a la simulación y que constituye un vicio de la voluntad o consentimiento, que importa

⁴² SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 268 y s.

⁴³ Cfr. PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 876. También LOUIS JOSSEAND, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado; teleología jurídica*, pp. 208-209, quien agrega que en el derecho francés la simulación no es causal de nulidad, por lo cual su presencia no implica un vicio del acto jurídico, según se desprende del art. 1321 del CC.

una falsa representación de la realidad y que no se da en la simulación. En efecto, en ella no hay error de una de las partes, sino plena conciencia sobre el *acuerdo simulatorio*, que es precisamente lo que sanciona el art. 1276 del CC⁴⁴. Por ello, concluyen, el contrato del todo simulado debería ser declarado inexistente y no nulo, como se desprende del art. 1301 del CC, que ha incorporado la *falsedad de la causa* a los supuestos que permiten el ejercicio de la acción de anulabilidad⁴⁵.

El *Código Civil* no regula de modo sistemático los efectos de la simulación. Por ello la jurisprudencia, a la luz de los arts. 1261 y s. del CC

⁴⁴ Véase José Ignacio CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, p. 102 y s., quien señala que conforme el TS, no se ataca *nunca* el acuerdo de simular, sino el contrato simulado. Esto último constituye el argumento funcional de que, al menos en la práctica, el acuerdo simulatorio no tiene entidad propia respecto del contrato a que se refiere y afecta. También, véase p. 117. En el mismo sentido, LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 116.

⁴⁵ El problema surge porque la simulación carece de un tratamiento autónomo dentro del CC, siendo necesario recurrir a los arts. 1275 y 1276, y considerar, en definitiva, al negocio simulado como un negocio causalmente defectuoso y a la simulación como un vicio de la causa. Véase DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 341. CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 580, quien sostiene que: “la nulidad por causa falsa del art. 1276 CC es nulidad *stricto sensu*, radical o en propiedad dicha, diversa de la anulabilidad del art. 1301 que se refiere a la ‘falsedad de la causa’, no siendo pacífica esta conclusión por la cercanía de ambas expresiones jurídicas. Razones para considerar a la primera como de tal clase se relacionan con los siguientes argumentos: a) Que, refiriéndose este artículo a la simulación, esto es, inexistencia de consentimiento sobre el contrato celebrado, la ausencia de dicho consentimiento acarrea la nulidad radical; b) Que, esta era la sanción para la causa ilícita y para la causa falsa contemplada en el antiguo art. 1131 del *Code civil*, que en España se replegó en dos diversas normas; y c) Que, en el Derecho civil español, la sanción general es la nulidad por sobre la anulabilidad”; PUIG, *op. cit.*, p. 442, agrega que la simulación absoluta o *simulatio nuda* impone la obligación de declarar el contrato nulo radicalmente o inexistente por cuanto no produjo efecto alguno y, por ende, no liga a los contratantes a su cumplimiento; GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 754-755; O’CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 354. LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 112, quienes sostienen: “La tesis causalista se apoya en el art. 1276 para configurar la simulación como un supuesto de falsedad o falta de causa, derivando la distinción entre simulación absoluta y relativa. A juicio de los autores, dicha interpretación no se condice con la historia del precepto ni aún con la sistemática del Código, debido a que la expresión causa falsa empleada por el art. 1276 equivale al error en que se funda el consentimiento, sin el cual no se hubiese contratado y desde el punto de vista sistémico la noción de falsedad de la causa se utiliza en relación a la institución de heredero o nombramiento de legatario, entendiéndose referida a una motivación errónea, razón por la que no se justifica pensar que el Código emplea las mismas palabras en sentidos diversos. En opinión del autor, la simulación debe ser elaborada en base a los arts. 628, 755 y 1459, que son los que en verdad se refieren a ella y permiten ampliar el campo de la simulación a supuestos que no se refieren a la causa”. Una interesante visión conforme la teoría kelseniana ofrece José Luis PÉREZ TRIVIÑO, “Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la teoría del derecho y la dogmática jurídica”.

concluye que, en los casos de simulación absoluta por falta de los requisitos esenciales para que el negocio jurídico exista para el derecho, la acción o excepción tendente a declarar la nulidad es imprescriptible⁴⁶.

Lo anterior no ocurre respecto de la simulación relativa, a la que sí afecta la prescripción extintiva de los arts. 1961 y 1964 del CC. En efecto, para esta última clase de *simulación*, es aplicable el art. 1276 del CC y en esta debe distinguirse el negocio simulado del disimulado. El primero de ellos es nulo por carecer de causa verdadera⁴⁷; en cambio, el disimulado será válido si es lícito y reúne los requisitos correspondientes en su naturaleza especial⁴⁸. En este sentido, al amparo del citado art. 1276 del CC puede admitirse la validez de los negocios disimulados, siempre que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley^{49, 50}.

El modo de declarar la *simulación relativa* es la rescisión, dentro del plazo de cuatro años, ya que constituye el efecto propio del ejercicio de una acción que pretende la impugnación del contrato por ineficacia funcional y que se consagra en los arts. 1290 a 1299 del CC. Esta noción, que se acostumbra a reservar para la acción por lesión, se distingue de la acción de nulidad, porque esta última se refiere a la existencia de vicios en la celebración del contrato, mientras que la primera se basa en

⁴⁶ Así, SsTS de 25 de abril de 1924 y de 10 de abril de 1938.

⁴⁷ MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, p. 645. Véase STS de 29 de septiembre de 1982 que declaró no debió declararse la nulidad de compraventa por existir una causa subyacente lícita y verdadera.

⁴⁸ Véase Alfonso DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de derecho civil*, pp. 288, 289 y 290. También, PLANIOL Y RIPERT, *op. cit.*, p. 875 y s. para quienes, respecto del acto secreto, y de conformidad al art. 1321 del CC, este podrá producir efectos si cumple, a su vez, con los requisitos de validez en relación con la naturaleza del mismo acto. Abundan señalando que si el acto secreto es susceptible de nulidad en el evento que se hubiese hecho público, esta no se enerva por la simulación, de modo que esta no convalida lo que es nulo. En otras palabras “la simulación solo puede hacer una cosa: ocultar la verdad”. Consecuente con lo anterior, si reconocida la simulación y ninguna causa de nulidad afecta al acto secreto, este último producirá todos sus efectos, conforme corresponden a su “verdadera naturaleza”. También, ALBACAR *et al.*, *op. cit.*, p. 1049. MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, p. 647, citando STS de 21 de marzo de 1956, que señala: “Establecida la validez y eficacia del negocio disimulado, le resulta aplicable las normas de la prescripción extintiva que ponen término a una situación de incertidumbre”.

⁴⁹ MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, pp. 643-644. También, véanse SsTS de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 14 de octubre de 1959, 6 de octubre de 1977 y 3 de enero de 1978.

⁵⁰ En el caso de *interposición de persona*, la jurisprudencia ha declarado que el contrato es válido y es fuente de acciones para las tres partes. Véase CASTAN, *op. cit.*, 9ª ed., pp. 542-543.

un resultado injusto –como en el caso de fraude de acreedores– de un contrato celebrado en forma regular. Esta acción presenta caracteres de excepcionalidad y supletoriedad, operando ante la falta de otro remedio legal, según dispone el art. 1294⁵¹.

§ 12. La doctrina señala que las diferencias entre la acción de *inexistencia* del contrato, la de *nulidad* de este y la de *rescisión* del mismo, conforme al reiterado y uniforme criterio del TS, son:

- a) La *inexistencia*, acarrea una declaración de que el negocio se celebró con ausencia completa de uno de sus requisitos esenciales⁵²;
- b) La *nulidad*, conlleva una declaración judicial de que, si bien el negocio jurídico tiene todos los requisitos esenciales, uno de ellos adolece de un vicio que lo invalida⁵³ y
- c) La *rescisión*, implica que sin perjuicio de haberse celebrado de forma válida el contrato, este es susceptible de que sus efectos desaparezcan por alguna de las causas establecidas por la ley⁵⁴.

“Para la legislación francesa y la mayoría de su doctrina, ‘la simulación no es una causa de nulidad’. Esto puede observarse en el contenido del art. 1321 CC francés, el cual admite que una convención oculta que modifique una convención aparente, produce sus efectos entre las partes. Si el acto finalmente resulta nulo, no se deberá a que sea simulado, ‘sino a que existe una razón particular para anularlo’⁵⁵. De este modo, se identifican los casos excepcionales en que la simulación anula la operación: a) contradocumentos en la cesión de oficios, por tratarse de normas de orden público, todo lo cual así fue sucesivamente fallado desde la sentencias de la *Chambre de Requêtes* de 6 de Julio de 1841; b) contradocumentos en los contratos de matrimonio, caso en que de haber conocido las estipulaciones secretas de los contrayentes, los padres no hubieran consentido;

⁵¹ Así, Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, pp. 507-509 y agrega que la acción de rescisión por lesión fue atacada siglos antes de la Codificación por juristas formados en el derecho natural racionalistas y economistas liberales, quienes la calificaron de injusta y desigual por favorecer únicamente al vendedor que vende barato.

⁵² En teoría, el negocio jurídico inexistente lo es de pleno derecho o *ipso jure*, esto es, no requiere declaración judicial previa. En la práctica, bien se sabe que esto no es así y necesaria una sentencia judicial y, de este modo, destruye la presunción de eficacia de la que goza dicho negocio conforme a la ley. Véase SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 268 y s.

⁵³ STOLFI, *op. cit.*, p. 140 y s.

⁵⁴ STS de 28 de marzo de 1963. También resultará imprescindible tal decisión jurisdiccional para deshacer y reponer las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato inexistente, sobre todo cuando a raíz de este se hayan creado nuevas situaciones jurídicas de terceros, todo ello de conformidad a la interpretación extensiva que la jurisprudencia ha reconocido de los arts. 1303 y 1307 del CC. Véase STS de 29 de octubre de 1956.

⁵⁵ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 871 y s.

c) falsas declaraciones hechas en el registro (del Tesoro), con el objeto de disminuir el monto de los derechos que tendrían que pagar. En el caso que a las dos convenciones que supongan la simulación, no se les podrá reconocer efectos a ambos, sino que se deberá escoger una de ellas, suprimiendo la otra. Así, entre las partes, el acto ostensible no tiene ningún valor, por lo que la convención secreta será plenamente eficaz, siempre y cuando pueda ser probada conforme las reglas legales”.

4. LOS LEGITIMADOS PARA EJERCER LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN

§ 13. Los *legitimados* para ejercer la *acción de simulación* son, en primer lugar, las partes que celebraron el negocio simulado y sus herederos^{56, 57}. Al respecto, la doctrina del TS se ha pronunciado señalando que se trata de una “acción de simulación contra la que no puede oponerse [...] lo hecho por el propio actor” [...] ya que contravendría el principio *venire contra factum proprium*, por ser actos inexistentes o nulos^{58, 59}.

También gozan de *legitimación activa* para solicitar la declaración de simulación todos aquellos terceros^{60, 61} que sean titulares de derechos subjetivos o de una situación jurídica amenazada por el negocio simulado,

⁵⁶ Véase VALPUESTA, *op. cit.*, pp. 379-380, sostiene: “Los legitimados para el ejercicio de la acción de nulidad del contrato simulado son las partes que lo celebraron, pero solo respecto de este y no del contrato disimulado, salvo que este a su vez sea nulo. Razonar lo contrario, señala, implicaría ir contra sus propios actos; todo ello sin perjuicio de los terceros de buena fe que puedan verse afectados por la ineficacia del contrato simulado”.

⁵⁷ DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 342. Cita STS de 31 de junio de 1963.

⁵⁸ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 358. Véanse SsTS de 22 de febrero de 1946 y 6 de abril de 1954. En el mismo sentido, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 118 y s., quien sostiene: “Con ello, no va contra acto propio, ya que para que la doctrina de éste entre en juego, es imprescindible que los dos actos que se contradigan sean ilícitos, no como aquí, en que ocurre que el primero, la simulación, es ilícito y el segundo, su impugnación, lícito”; Luis DIEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios, passim*. También, MÉNDEZ y VILALTA, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁹ Cabe referir la STS de 23 de octubre de 1992, que ha negado la legitimidad para que un contratante demande al otro simulador, pero solo negando la facultad a impugnar el contrato “disimulado” u “oculto”.

⁶⁰ ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 37, que distingue dos tipos de terceros: a) aquellos que les interesa que el negocio simulado valga como verdadero, porque el derecho que invocan lo habría generado el negocio simulado, si hubiese sido verdadero y b) otros respecto de los cuales poseen interés que el negocio simulado aparezca que no vale, porque el derecho que invocan lo arrancaría de sus manos el tal negocio simulado si fuese válido, pero siendo nulo no afecta a dicho derecho.

⁶¹ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pp. 114-116, quien agrega que los terceros directamente dañados por la simulación en sus *intereses legítimos*. Al ser extraños al contrato, el daño se produce en sede extracontractual, siendo en efecto el contrato el acto jurídico ilícito que les ocasiona daño y les permite impugnarlo, debiendo demostrar el daño y el *nexo causal entre simulación y vulneración de intereses*.

es decir, que tengan un interés suficiente y digno de tutela jurídica⁶². En términos procesales, la simulación constituye una acción a favor de aquel que tiene un *interés digno de protección*, ya sea que se vea amenazado o vulnerado en un derecho subjetivo o en una situación jurídica⁶³. Dicho interés debe provenir de un estado jurídico de riesgo inminente del derecho o de la posición en el negocio concreto, que consiste en su objetiva incertidumbre⁶⁴.

La acción de simulación *debe* dirigirse contra todas las partes del negocio jurídico simulado, siendo un caso de *litis* consorcio pasivo necesario, *pudiendo* también interponerse en contra de cualquiera que tenga interés en oponerse a la declaración de simulación⁶⁵.

V. De los efectos de la declaración judicial de simulación de contrato

§ 14. Por regla general, los efectos de la declaración de la simulación del negocio jurídico no alcanzan a los *terceros*. La razón es que dichas personas no han concurrido con su voluntad a la celebración del contrato y, por ende, vulneraría el efecto relativo de los negocios jurídicos contractuales al estimar que la declaración judicial de nulidad les afecte respecto de situaciones jurídicas realizadas de buena fe. Por ello, para evitar su perjuicio,

⁶² SsTS de 5 de enero de 1966, 25 de abril de 1981, 16 de septiembre de 1991 y 3 de febrero de 1992. En el mismo sentido, LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 116. También, LARENZ, *Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 501, quien a efectos del derecho civil alemán señala una regla similar a la española. Así, a modo de protección de los terceros que pudieren sufrir perjuicio con ocasión del negocio simulado, se les reconoce la titularidad para ejercer la acción de simulación, por lo que de conformidad a los arts. 117, apartado 1, 892 y 932 del CC alemán, un tercero que adquiere un bien determinado de un *titular simulado*, se ampara su posición jurídica en cuanto haya obrado de *buena fe*. Lo mismo sucederá en el caso que un tercero adquiere un crédito contraído por mera finalidad simulatoria. El Tribunal del Supremo *Reich*, ha decidido de modo análogo respecto de la cesión de una hipoteca constituida en su origen por mera simulación (cita RGZ 90, 273 (279)).

⁶³ Cfr. GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, pp. 759-760.

⁶⁴ MÉNDEZ y VILALTA, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁵ CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 593 [las cursivas son añadidas] y agregan que “la acción de simulación también le corresponde a los que han celebrado el negocio jurídico y, en este sentido, no es correcta la aplicación del principio prohibitivo de ‘*venire contra factum proprium*’ sin perjuicio de que los efectos de dicha sentencia judicial no sean oponibles a terceros de buena fe que hayan adquirido una posición jurídica en virtud del negocio jurídico”. En el mismo sentido, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pp. 114-116. También, DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 358; DIEZ-PICAZO, *La doctrina...*, *op. cit.*, *passim*.

y en virtud del *principio del efecto relativo de los contratos*, el autor de la simulación no puede alegarla en contra de ellos. Sin embargo, los terceros pueden atacar el contrato solicitando que sea declarada su inexistencia⁶⁶.

En este contexto se produce un conflicto o colisión entre los acreedores del *dueño real* sobre los acreedores del *dueño simulado*. En palabras de Luis Humberto Clavería Gonsalvez:

“Una solución propuesta resuelve este dilema prefiriendo a aquel que haya ejercido sus créditos antes de la declaración de simulación [...] y esto aparece como razonable, ya que quien tenía meras expectativas pasó a ser un adquirente de derechos. Así, los conflictos entre adquirentes y acreedores, se resuelven a favor de los primeros, salvo el caso especial de los legitimarios, ya que se considera merecedor de mayor tutela⁶⁷.”

Por otro lado, la solución parece obligada desde la perspectiva de los efectos de la declaración de nulidad del contrato que obliga a retrotraer a las partes, desde la perspectiva patrimonial, al estado en que se encontraban antes de dicha contratación. En todos aquellos casos que existan terceros adquirentes de buena fe, como ya se ha expuesto, no les afectarían dichas decisiones judiciales.

§ 15. En general, la discusión acerca de los resultados de la declaración judicial de la simulación se centra en averiguar la relevancia del contrato respecto al tercero que resulta perjudicado. Un sector de la doctrina se inclina por considerar que la convención celebrada es irrelevante para el tercero. Para ello se basan en la premisa del efecto relativo del contrato y en la separación del contrato respecto al ilícito dañoso que provoca. Otro sector sostiene una opinión contraria, afirmando que la convención repercute de alguna forma en el tercero, dado que el ilícito dañoso y el contrato son elementos que en la realidad se muestran unidos de manera indisoluble en sus causas jurídicas. Por esta razón, si el daño se produjera con base en el concierto de los contratantes, existiría causa ilícita, y el ter-

⁶⁶ Se trata de una facultad renunciable de los terceros. Véase CLAVERÍA, *op. cit.*, pp. 596-597, señala: “Frente a terceros, estos pueden decidir, conforme a sus propios intereses, invocar el acto simulado o el real, ya que el ordenamiento jurídico protege al tercero que, actuando de buena fe y a título oneroso, adquirió derechos en base a la eficacia del negocio simulado. En general, esto se deduce de los principios de responsabilidad y confianza, así SsTS 27.10.51, 0112.59 y 14.02.63. A su vez, cabe resaltar que dicho principio de protección del tercero que reúna tales condiciones, puede ser inferido de diversos textos del Código Civil, tales como los arts., entre otros, 464, 1164, 1295, 1297, 1527, 1733, 1734, 1738, 1899 [...] y de la Ley Hipotecaria, en sus arts. 32, 34, 37 y 40”. También, CASTAN, *op. cit.*, 9ª ed., p. 544; GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 761.

⁶⁷ CLAVERÍA, *op. cit.*, pp. 599-600.

cero podría ejercer la correspondiente acción de nulidad⁶⁸. Por el contrario, si el daño es consecuencia del obrar de una de las partes, no habrá ilicitud en la causa, sino que el tercero dispondrá de una acción de resarcimiento de perjuicios de acuerdo a las normas generales de responsabilidad⁶⁹.

VI. Diferencia de la acción de simulación con la acción pauliana

§ 16. Conforme a Marcel Planiol y Georges Ripert, la acción declaratoria de simulación se concede para demostrar que el acto no es “sino un vano simulacro”, con el objetivo de poner al descubierto el negocio verdadero que las partes han mantenido en secreto. De este modo, la acción de simulación tiene por finalidad declarar que la enajenación es puramente aparente⁷⁰. Por su lado, la *acción pauliana o revocatoria* “se dirige contra una verdadera enajenación, que en verdad ha despojado al deudor de su derecho, y que sería válida si este deudor no fuese insolvente”⁷¹. Conforme a lo anterior, lo que se obtiene a través de la acción *pauliana* es la revocación de una enajenación, de un acto real a favor del demandante, con un fin fraudulento para el acreedor y, en cambio, a través de la acción de *simulación* se logra declarar que el bien en realidad nunca ha sido enajenado y que aún pertenece a su deudor, se busca desestimar el valor del acto ostensible, por tratarse de un acto ficticio.

§ 17. En el ámbito procesal, la *acción de simulación* y la *acción pauliana* difieren en los siguientes aspectos:

⁶⁸ Véanse SsTS de 8 de febrero de 1963, 2 de abril de 1941 y 6 de diciembre de 1947.

⁶⁹ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 447; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 343. LARENZ, *Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 501 y s., quien se pronuncia sobre “el engaño de común acuerdo a un tercero, a fin de perjudicarlo” frente a lo cual dice, “entra en consideración una pretensión de resarcimiento de daños conforme al art. 826” (así, cita RGZ 95, 160, 163). Con todo, el derecho alemán vigente no posee un sistema de protección general del tercero de buena fe frente a un perjuicio derivado de un negocio que dicho tercero considera como válido. Con todo, cita a Flume (§20 2 c) quien “aboga en pro de una protección de gran alcance” a los terceros, opinando que “en la transmisión de un derecho con un fin de mera apariencia existe una autorización dada al adquirente simulado para disponer en nombre propio sobre el derecho aparentemente adquirido”. Agrega: “Tal autorización no es, en cuanto declaración, un negocio simulado frente al tercero, sino una declaración con reserva mental, la cual es válida, dado que la reserva mental no es estimable”. En el mismo sentido, LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 123.

⁷⁰ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 875 y s.

⁷¹ *Ibid.*

- a) La acción de simulación no exige que los acreedores-demandantes prueben que la finalidad del negocio simulado fue defraudarlos; en cambio, en la *acción pauliana* esa prueba constituye un requisito *sine qua non*;
- b) La acción de simulación pueden ejercerla los acreedores que se constituyen como tales, incluso, con posterioridad a la enajenación simulada, puesto que su pretensión es que se declare que su deudor es dueño de un bien que nunca ha salido de su patrimonio; la *acción pauliana*, en cambio, es de carácter personal y siempre se dirige contra el tercero adquirente a título oneroso o a título gratuito, sin importar si se encontraba o no, de mala fe. En este sentido, la acción de simulación jamás puede tener efectos contra terceros de buena fe, ya que es el acto ostensible el único que se considerará real respecto a ellos, siempre y cuando hayan convenido "lealmente" con el propietario aparente⁷².

Por su parte, los subadquirentes de mala fe pueden sufrir a causa de la anulación del acto simulado. Así se ha resuelto y constatado por la reiterada jurisprudencia que deja subsistente la hipoteca constituida por el adquirente a favor de los terceros de buena fe, cuando la venta es anulada como efecto de la declaración de simulación⁷³.

VII. Distinción entre el contrato simulado y otras figuras afines

§ 18. Resulta necesario distinguir la simulación de contrato con otras figuras afines como:

- a) La *fiducia*;
- b) El *negocio jurídico indirecto*,
- c) El *negocio jurídico fraudulento* y
- d) La *reserva mental*.

1. EL NEGOCIO SIMULADO Y LA FIDUCIA

§ 19. Aunque suelen confundirse, la *fiducia* no es un negocio simulado, dado que en ella está ausente la idea de fraude. El propósito fiduciario del contrato no se oculta, a diferencia de lo que ocurre en la simulación, sino que es público y notorio. La figura negocial que se celebra *se quiere realmente*, aunque provocando unos efectos distintos y más reducidos

⁷² Véase. VAN WETTER, *op. cit.*, tomo II, pp. 264-265.

⁷³ Véase PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pp. 875-876.

de los que de ordinario comporta. Por ello, al haber una real voluntad de celebrar un verdadero negocio, a diferencia del simulado, el *fiduciario* no es nulo⁷⁴. Además, el negocio fiduciario exige para alcanzar aquel fin, que el transmitente o fiduciante *confie* en el adquirente o fiduciario. Esta confianza se resume en la siguiente idea: el fiduciario obrará siempre de acuerdo con la finalidad que se ha convenido alcanzar con el negocio y nunca tendrá una conducta abusiva de la confianza en él depositada.

§ 20. El negocio fiduciario está integrado por:

- a) Dos contratos diversos,
- b) Un fin económico propuesto y
- c) Un medio jurídico para obtenerlo^{75, 76}.

Se reconoce, en todo caso, que se trata de un negocio mixto que requiere la concurrencia de un vínculo real unido con otro meramente obligacional que restringe y desvirtúa el primero. Por ello el negocio fiduciario se puede calificar como un verdadero caso de simulación relativa cuando el verdadero vínculo obligacional que pretenden las partes se mantiene oculto frente a terceros, *v. gr.*, el accionista que desea que su abogado sea quien asista a la junta de accionistas –que exige ser titular de las respectivas acciones– le transfiere a ese último estas, con el compromiso de que una vez celebrada la misma, se las devuelva. Puede suceder que, tras este negocio mixto, haya un contrato disimulado –en los casos en que se mantiene oculto respecto de terceros– consistente en el mandato de representación, como en el caso en que para concurrir a dicha junta de accionistas es prohibida la delegación por ley o los estatutos⁷⁷.

⁷⁴ LACRUZ, *op. cit.*, p. 638. Véase LARENZ, *Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 501, quien a efectos del derecho civil alemán comenta: “En general, este autor distingue los casos en que se actúa por fiducia, esto es, en la confianza que el participante, por medio de actuaciones ulteriores, cumple en colocar al verdadero titular, en la posición jurídica pactada, propia del negocio. Hay simulación, por el contrario, cuando dichos efectos jurídicos se radican de inmediato en su titular, el hombre de atrás. Así, citando a la Jurisprudencia, el criterio diferencial se deduce «si las partes, a fin de conseguir el resultado pretendido con el negocio jurídico, han estimado suficiente un negocio simulado o si han creído necesario un verdadero negocio jurídico” (BGHZ 21, 382). También, ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 23 y 87 s.

⁷⁵ Véase SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 268 y s. Este autor agrega que el negocio fiduciario no es un negocio ficticio, y que, si bien el derecho español no lo regula específicamente nada hay que se oponga a su admisión, sino que, de conformidad al art. 1255 del CC autorizan la libertad de pactos lícitos considerando la fiducia como un caso de contratación atípica.

⁷⁶ Sobre los negocios jurídicos anómalos, véase DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 340 y s.; DE COSSIO y CORRAL, *op. cit.*, p. 287 y s.

⁷⁷ Cfr. SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 268 y s. En el mismo sentido, véase CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 107 s.

Conforme a lo indicado, las diferencias esenciales entre el contrato simulado y la fiducia son:

- a) El *simulado* es un negocio ficticio o irreal, sin perjuicio que en algún caso pueda ocultarse uno verdadero; en cambio, el *fiduciario*, es un negocio serio y querido con todas sus consecuencias jurídicas, aun en los casos que sirve a una finalidad económica distinta de la normal y
- b) El *simulado* es un negocio simple, mientras que el *fiduciario* es uno complejo en razón a que combina, al menos, dos negocios distintos⁷⁸.

§ 21. En términos generales, se distinguen dos formas clásicas de fiducia:

- a) La *fiducia cum amico* y
- b) La *fiducia cum creditore*.

La primera consiste en dar los bienes a otra persona –o fiduciario– con el fin de protegerlos tanto física como jurídicamente. Se trata de una figura contractual usada con la intención de que no se produzcan los efectos que le son propios; la segunda, en cambio, es un negocio que tiene como finalidad garantizar un crédito. Así, mientras subsiste la obligación, el acreedor mantiene la propiedad fiduciaria de la cosa, y solo una vez extinguida la deuda, se hace exigible su obligación de restituir la propiedad. Como es lógico, el acreedor se ve imposibilitado en la práctica de disponer de la cosa, puesto que, de realizar dicho acto, se arriesga a incumplir su obligación en caso de hacerse exigible. De esta forma se pone en evidencia que se trata de un negocio con una única causa –la transferencia del dominio– pero con una finalidad más débil –la garantía–. Con todo, en ambos casos, entre los contratantes debe existir una *fides* o confianza de cumplir con la finalidad real que se encuentra detrás del negocio aparente.

§ 22. Si bien hay negocios simulados que no son fiduciarios, todo negocio fiduciario se perfecciona mediante un negocio relativamente simulado. Por otro lado, no se concibe un negocio fiduciario que, a su vez, sea un negocio jurídico en su totalidad simulado, pues todo acto fiduciario pretende un efecto, ya sea de custodia, disfrute, garantía, etc. Así, tanto la *fiducia cum amico* como la *fiducia cum creditore* incorporan un acuerdo simulatorio.

⁷⁸ DE COSSIO Y CORRAL, *op. cit.*, p. 290. En el mismo sentido, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (dir.) *Comentarios al Código Civil. Atrs. 1.088 al 1314*, p. 613. También, PUIG, *op. cit.*, p. 454 y s.; Pablo SALVADOR CODERCH, “Simulación negocial”, p. 23 y s.

2. EL CONTRATO SIMULADO, EL NEGOCIO INDIRECTO Y EL NEGOCIO EN FRAUDE DE LEY

§ 23. Hay diferencias entre el *contrato simulado*, el *negocio indirecto* y el *negocio en fraude de ley*⁷⁹. El *negocio indirecto* consiste en la celebración de un negocio cuyos términos típicos se conservan intactos, empero cuya celebración se lleva a cabo con el propósito consciente de alcanzar una finalidad propia de otros tipos contractuales. Dichos otros resultados del negocio son los que se denominan *indirectos*, *v. gr.*, la constitución de sociedades anónimas cuyas acciones son suscritas todas por una sola persona, menos una, eludiendo lo dispuesto en el art. 1911 del CC.

Lo particular del *negocio indirecto* es la discordancia entre la finalidad perseguida y el medio jurídico empleado, sin existir un doble negocio o dos diversos con identidad propia, sino uno solo complejo. Todo lo anterior es lícito en un sistema contractual liberal, sin perjuicio que conlleve el problema de seleccionar el conjunto de reglas legales que van a gobernar el negocio específico, que, en general, será el estatuto propio de aquel cuya finalidad sea, en efecto, perseguida⁸⁰.

§ 24. Por su parte, el *negocio con fraude a la ley* consiste en utilizar un tipo de negocio o procedimiento negocial específico con la finalidad de evitar la aplicación del estatuto jurídico vigente que regula otro tipo negocial. Sea o no evidente para los terceros, no se pretende necesariamente engañarlos, sino que en general, solo burlar el ordenamiento jurídico, ya sea frente a la Administración o los jueces.

El *negocio en fraude a la ley* se diferencia del *negocio indirecto*, pues el primero puede ser declarado nulo conforme lo dispone el art. 1275 del CC. Sea o no declarada la nulidad del negocio fraudulento, no hay óbáculo para que se aplique la norma que, en efecto, pretendía eludir. Para hacer aplicable el estatuto jurídico que se ha pretendido evadir, y sin perjuicio de normas en leyes especiales⁸¹, existen los arts. 6.4 y 12.4 del CC⁸².

§ 25. El *negocio jurídico fraudulento* y el *negocio simulado* no son lo mismo y más importante aún, ni son impugnables de la misma manera.

⁷⁹ Véase PUIG, *op. cit.*, p. 440, quien agrega que se trata de anomalías contractuales que ya han alcanzado cierta tipicidad social y sobre ellos se habla de “contratos simulados”, “fiduciarios”, “indirectos” y “en fraude de ley”. Sobre la distinción entre negocios simulados y negocios fraudulentos, véase CARCABA, *op. cit.*, p. 58 y s.

⁸⁰ Así, CLAVERÍA, *op. cit.*, pp. 600-605.

⁸¹ Cfr. art. 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; art. 2.3 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984.

⁸² Cfr. CLAVERÍA, *op. cit.*, pp. 606-607.

En realidad, incluso cuando la simulación es empleada para la obtención de fines ilícitos como perjudicar a los acreedores, ocultar la violación de infracciones legales, etc., no cabe hablar de fraude⁸³. A través del negocio efectuado en “fraude de ley”, por el contrario, las partes declaran lo que desean, porque en verdad quieren los efectos jurídicos del negocio formalmente realizado, aunque hayan elegido una forma que les permite eludir una norma legal⁸⁴. Si a través del negocio simulado se persigue defraudar los derechos de un tercero o, incluso, violar la ley se estará en presencia de una simulación ilícita, pero no ante un negocio fraudulento⁸⁵. Este último solo existe cuando ocasiona un perjuicio en el patrimonio del tercero^{86,87}. En otras palabras, *solo en los casos que el contrato no es simulado y produce perjuicio a terceros, es posible considerarlo fraudulento*⁸⁸. La diferenciación es importante, dado que el primero, el simulado, solo es atacable por la acción de simulación y, en cambio, el fraudulento solo mediante la acción pauliana o de fraude a la ley. Por último, cabe destacar que la circunstancia que se trate de un negocio fraudulento muchas veces es producto de que no se logra acreditar la simulación, a causa de que se revela que en

⁸³ A efectos del fraude a la ley y negocio simulado para la obtención de subvenciones agrarias en el ámbito europeo, véase Joachim VOGEL, “Fraude de ley, abuso de derecho y negocio ficticio en Derecho penal europeo”, p. 317 y s.

⁸⁴ Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Ingeniería financiera y derecho penal”, p. 178.

⁸⁵ CARCABA, *op. cit.*, p. 58 y s. También, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 107.

⁸⁶ PUIG, *op. cit.*, p. 439.

⁸⁷ CARCABA, *op. cit.*, p. 58 y s. quien precisa: “Si un contrato se celebra realmente para defraudar a la ley o a los acreedores no habrá simulación puesto que el acto es querido y, en consecuencia, en pleno eficaz en tanto no sea impugnado a través de una acción pauliana o, en su caso, por fraude a la ley. Así, *v. gr.*, el que adopta a un extraño para nombrarlo heredero, disminuyendo así el total del impuesto a la herencia, persigue un fraude fiscal, no obstant la adopción es un negocio en verdad querido. Por el contrario, en el supuesto de una compraventa simulada con la intención de perjudicar a los acreedores de uno de los contratantes haciéndoles creer que el activo de su deudor es menor del que es en realidad, el negocio simulado es falso, no existe en absoluto”. Del mismo modo se pronuncia la STS de 12 de julio de 1941 la que “deniega la validez de una donación, disfrazada de venta, por ilicitud de la causa, pues se hizo en *fraude de derechos* de legitimarios. Siguen idéntico supuesto, las SsTS de 24.03. 1950 y 13.02.1951”. Cfr. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 110.

⁸⁸ LARENZ, *Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 500, señala: “Conforme al art. 177 CC alemán, el negocio aparente existe cuando el declarante y el destinatario de la declaración han acordado que no sea válido lo declarado, esto es, cuando los contratantes «de común acuerdo, producen tan solo la apariencia externa de la conclusión de un negocio jurídico, y, en cambio, no quieren dar lugar al efecto jurídico conectado al respectivo negocio”. En estos supuestos no hay propósito de inducir a error al destinatario de la declaración, ni de causarle incertidumbre o perplejidad, ni por un momento; muy por el contrario, las partes en la mayoría de las ocasiones se proponen perjudicar a un tercero, *v. gr.*, a un acreedor o al fisco.

verdad se han cumplido las obligaciones pactadas, las que de lo contrario serían simuladas^{89,90}.

3. EL CONTRATO SIMULADO Y LA RESERVA MENTAL

§ 26. La *reserva mental* existe cuando se emite una declaración de voluntad conscientemente divergente del querer interno con la intención de engañar a la otra parte. En su fuero interno, el declarante no acepta lo que manifiesta como su voluntad real^{91,92}. La *reserva mental*, a diferencia de la simulación, permanece en la mente –en su esfera interna– resultando intrascendente para la eficacia del negocio⁹³.

§ 27. Las consecuencias jurídicas de la *reserva mental* dependen de si el acto es *inter vivos* o *mortis causa*. Los actos *inter vivos* realizados con reserva son válidos en protección a la buena fe del cocontratante puesto que *no es admisible que una parte invoque las palabras en que se apoyan sus mentiras*, así como el propósito oculto de no obligarse no puede privar de valor a la declaración de una voluntad existente. Algo distinto sucede en el *acto mortis causa*, que es nulo, por cuanto la oposición surge entre los sucesores legales o testamentarios, que son ajenos a la formación del acto y a quienes no se les puede imputar esta⁹⁴.

§ 28. La *simulación contractual* se diferencia de la *reserva mental*, por cuanto en la primera los contratantes están perfectamente de acuerdo entre sí, con el objetivo de para producir una apariencia ante terceros.

⁸⁹ Véase la sentencia dictada por la Supreme Court of The United States, en el caso *Lexsee* 293 US. 465 [1935], No. 127 [Ref.: 293 U.S. 465; 55 S. Ct. 266; 79 L. Ed. 596; 1935 U.S. LEXIS 4; 35-1 U.S. Tax Cas. [CCH] P9043; 14 A.F.T.R. [P-H] 1191; 97 A.L.R. 1355; 1935 P.H. P687] denominado *Gregory v. Helvering, Commissioner of Internal Revenue*, cuyo tratamiento jurídico por fraude a la ley discurre de modo similar que la doctrina española. En resumen, conforme consta en el *certiorari* de la Corte de Apelaciones del 2.º distrito, en el año 1935, la venta de todas las acciones de una compañía a una sola persona a un menor precio de lo normal con el objetivo de disolverla después y disminuir los impuestos a pagar, se consideró fraude en perjuicio de la hacienda pública.

⁹⁰ Cfr. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 118.

⁹¹ Véase TORRALBA, *op. cit.*, pp. 526-527.

⁹² STOLFI, *op. cit.*, p. 141, quien sostiene: “La hipótesis de *reserva mental* consistente en silenciar deliberadamente la disconformidad entre la declaración realizada y el querer interno”. En el mismo sentido, Roberto RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, pp. 184-185.

⁹³ Lluís PUIG I FERRIOL *et al.*, *Manual de derecho civil. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil, teoría general del contrato*, p. 602; También, DE COSSIO Y CORRAL, *op. cit.* I, p. 287.

⁹⁴ STOLFI, *op. cit.*, p. 141.

En la segunda, en cambio, existe divergencia entre lo que una parte ha querido y lo que, en cambio, ha declarado frente a la otra⁹⁵.

§ 29. La *reserva mental* puede ser de varios tipos:

- a) *Absoluta*, también llamada simulación unilateral, que tiene lugar cuando alguien declara querer algo que no desea, *v. gr.*, la persona dice contratar cuando en realidad no pretende contraer ninguna obligación y el destinatario ignora la verdadera intención de quien proviene la manifestación de voluntad;
- b) *Relativa*, cuando se emite la declaración de voluntad de modo no completo, como ocurre cuando se acepta un contrato sin manifestar que su cumplimiento se somete a determinadas condiciones –reserva mental en sentido estricto– o en el supuesto de que mentalmente se atribuya a la declaración un sentido diverso al que por lo común, tiene –restricción mental–⁹⁶.

§ 30. La *reserva mental* genera contratos absolutamente simulados por causa falsa, lo cual se asimila a la falta de causa⁹⁷. Por esta razón en tal caso, las acciones civiles que proceden son la declarativa de que los contratos son nulos por carecer de causa⁹⁸, por ser simulados del todo, incluso el pago⁹⁹.

4. LOS CONTRATOS EN PERJUICIO DE TERCERO

§ 31. El *contrato en perjuicio de tercero* consiste en la celebración de un contrato que ocasiona un *daño* a un tercero, lesionando un derecho subjetivo de aquel¹⁰⁰. Por ello se dice que esta figura constituye una excepción al

⁹⁵ PUIG, *op. cit.*, p. 441. Sobre la reserva mental, en general, véase TORRALBA, *op. cit.*, p. 526. También, Nicolás COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, p. 401 y s.

⁹⁶ CARCABA, *op. cit.*, p. 49 y s.

⁹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 349 y s.

⁹⁸ Véase LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 113 y s.

⁹⁹ En el ámbito penal, los casos de *reserva mental* están íntimamente relacionados con los denominados “contratos criminalizados” que dan lugar a la apreciación de un delito de estafa. En efecto, esta categoría doctrinal y jurisprudencial entiende por *contratos criminalizados* aquellos en que existe un hecho interno de uno de los contratantes cual es la voluntad de no cumplir lo convenido. Así, uno de los otorgantes se obliga con el otro a determinada prestación que sabe es de imposible cumplimiento, recibiendo del otro una contraprestación que lo perjudica en el patrimonio. Por ello se habla de que existe un engaño sobre su voluntad de cumplir y por ello realiza el tipo de la estafa del art. 248 del CP. Este contrato es considerado un documento que, sin ser punible por falsedad documental, es medio para la comisión de un delito de estafa y prueba el engaño. Véase Enrique BACIGALUPO ZAPATER, “La reforma de las falsedades documentales”, p. 1670.

¹⁰⁰ Cfr. por todos, José Ignacio, RODRIGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*, p. 260 y s.

efecto relativo de los contratos^{101, 102} y que se construye a partir del daño ocasionado a un tercero debido a la celebración de un contrato, ya sea que ambas partes contraten con el propósito de dañar o solo una de ellas persiga el fin lesivo¹⁰³, como los casos de:

- a) “Acuerdos de *boicot*”, a través de los cuales las partes se obligan a no contratar con un tercero o
- b) Los “acuerdos de violación de un *pacto de exclusiva*”.

Esta clase de contrato exige que el daño sea consecuencia directa e inmediata del contrato y no basta que coloque a los terceros en una situación desfavorable. Por su lado, no hay contrato en daño de terceros cuando es aplicable la figura del *abuso del derecho*. La anterior distinción se fundamenta sobre la base de que el contrato en daño de tercero viola un derecho subjetivo del que es titular el perjudicado, como en el siguiente caso:

A pacta con B una opción de compra sobre determinado bien, mediante la cual B puede ejercitarla y adquirir tal bien durante un plazo determinado. Mientras corre el plazo, A vende la cosa a C, quebrantando el pacto anterior, con lo que B comprueba cómo A incumple el contrato pactado y se ve perjudicado en su interés. B puede dirigirse contra A, por la existencia de incumplimiento contractual doloso o culposo, y C sería responsable extracontractualmente, si no actuó de buena fe.

Esta solución implica aceptar la posibilidad de proteger el contrato con *armadura aquiliana*¹⁰⁴. En cambio, en el caso de abuso del derecho solo se lesiona un interés jurídico carente de protección especial, lo que ocurre en el caso en que una de las partes de un convenio de concesión privada que no tiene plazo expreso de extinción, lo rescinde sin justa causa¹⁰⁵.

¹⁰¹ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 14, quien agrega que dicho vínculo obliga a los contratantes, mas no a los terceros. Los terceros de este modo resultan extraños al negocio jurídico y todo el desarrollo de la teoría de los contratos se define sobre la base del estudio de lo que sucede entre las partes en virtud del contrato. Conforme el art. 1257 del CC, lo contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos. Esta regla es la concreción de la máxima romana “res inter alios aliis nec nocere prodesset potest”. Traducción libre del autor: “Lo que ha sido entre unos, no daña ni beneficia a otros”.

¹⁰² Sería erróneo considerar esta figura como una excepción al efecto relativo de los contratos, en virtud de que la doctrina ha expuesto que la acción del tercero perjudicado sería de carácter extracontractual, por lo que carece de una acción de cumplimiento que le permita ingresar al substrato del contrato. Así, véase RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 264 y s.

¹⁰³ Por todos, véase DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, pp. 446-447.

¹⁰⁴ Cfr. RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 262 y s., quien agrega que estos contratos serían impugnables por causa ilícita por la inmoralidad de esta.

¹⁰⁵ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 446.

Bibliografía

- ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis *et al.*, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, Trivium, 1995, tomo IV: Arts. 1.088 a 1.444.
- ALBALADEJO, Manuel, *La simulación*, Madrid, Edisofer, 2005.
- ALBADEJO, Manuel y Silvia DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, tomo XVII, vol. 1.º-B: arts. 1261 a 1280 del CC.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "La reforma de las falsedades documentales", en *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n.º 1, Madrid, 1996.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, *Comentarios al Código Civil*, coord. Rodrigo Bercovitiz Rodríguez-Cano, Navarra, Marcial Pons, 2001.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona, Bosch, 1990.
- CARCABA FERNÁNDEZ, María, *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1986.
- CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 9ª ed., Madrid, Reus, 1955, tomo I, vol. 2.
- CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 11ª ed., Madrid, Reus, 1971, tomo I, vol. 2.
- CLAVERÍA GOSALVEZ, Luis Humberto, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1993, tomo. XVII, vol. 1.º-B.
- COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del derecho civil*, 4ª ed., traducido por Felipe J. de Tena, México D.F., Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1938.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.
- DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso, *Instituciones de derecho civil*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1991, tomo I.
- DEL ARCO TORRES, Miguel y Manuel PONS GONZÁLEZ, *Diccionario de derecho civil*, Granada, Comares, 1999,
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 5ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2002, tomo II.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, vol. I.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *La doctrina de los actos propios*, Madrid, Civitas, 1962.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1995, vol. I.
- DURÁN RIVACOBBA, Ramón, *Donación de inmuebles, forma y simulación*, 2ª ed., Navarra, Arazandi, 2003.
- FERRARA, FRANCISCO, *La simulación de los negocios jurídicos*, traducción de Rafael ATARD y Juan A. DE LA PUENTE, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1961.

- GARCÍA AMIGO, Manuel, *Instituciones de Derecho Civil, I. Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1979.
- GARCÍA DE MARINA, Manuel, *Tercerías de dominio y de mejor derecho*, Barcelona, Serlipost, 1990.
- GUZMÁN PÉREZ, Cristina, *Simulación del consentimiento matrimonial. Aportación de los canonistas españoles 1917-1983*, Madrid, Colex, 1999.
- JOSSERAND, Louis, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado; teleología jurídica*, Puebla, José Cajica, 1946.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Manual de derecho civil*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1984.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, Agustín LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA y Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones, "teoría general del contrato"*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1987, vol. II.
- LARENZ, Karl, *Derecho Civil, Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2001.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, 6ª ed., Madrid, Reus, 1967, tomo VIII, vol. 2.º.
- MÉNDEZ, Rosa M. y A. Esther VILALTA, *Acción declarativa de simulación de un contrato*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 2001.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de derecho civil, Parte general*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1986, tomo I.
- OVALLE MADRID, Germán, "Origen y evolución de la teoría de la simulación de los negocios jurídicos en Derecho español", en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, n.º 17, Santiago, octubre 2020.
- PABÓN GÓMEZ, Germán, *Lógica del indicio en materia criminal*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1995.
- PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, "Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la Teoría del Derecho y la Dogmática jurídica". Disponible en www.upf.es/dret/filos/curricu/jperez_archivos/aplicabilidad.pdf [fecha de consulta: 7 de febrero de 2006].
- PLANIOL, Marcel y Goerges RIPERT, *Derecho civil*, Ciudad de México, Pedagógica Iberoamericana, 1996.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1988, tomo II, vol. I.
- PUIG I FERRIOL, LLUÍS *et al.*, *Manual de derecho civil. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil, teoría general del contrato*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, tomo II.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*, Madrid, Colex, 2000.
- RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, Ciudad de México, Librería de Ángel Pola, 1939.

- SALVADOR CODERCH, Pablo, "Simulación negocial", en Pablo SALVADOR CODERCH, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, Civitas, 1999.
- SANTAMARÍA, José, *Comentarios al Código Civil: Art. 1.088 a Disposiciones transitorias y Apéndice foral de Aragón*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, *Comentarios del Código Civil. Arts. 1.088 al 1314*, Barcelona, Bosch, 2000, tomo 6.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Ingeniería financiera y derecho penal", en Luis PUERTA, Luis ROMÁN (dirs.), *Fenómenos delictivos complejos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial 1999.
- STOLFI, Giuseppe: *Teoría del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
- TORRALBA, Vicente, *Derecho civil para ciencias económicas y empresariales*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., 1989, vol. II.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario. (coord.), *Derecho civil, obligaciones y contratos*, 3^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- VAN WETTER, Polynice, *Derecho romano*, Madrid, Góngora y Álvarez Impresor, 1889, tomos I y II, 1^a.
- VOGEL, Joachim, "Fraude de ley, abuso de derecho y negocio ficticio en Derecho penal europeo", en Luis ARROYO ZAPATERO y Klaus TIEDEMANN (dirs.), *Estudios de derecho penal económico*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.
- ZURILLA CARIÑANA, María Ángeles: *Comentarios al CC*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Navarra, Marcial Pons, 2001.

Siglas y abreviaturas

al.	alii
art.	artículo
ats.	artículos
BGHZ	Tribuna Superior Federal
CC	Código Civil
cfr.	confróntese
coord.	coordinadora a veces coordinador
CP	Código Penal
ed.	edición
D.F.	Distrito Federal
dirs.	directores
etc.	etcétera

<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
n.º <i>a veces</i> No.	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
RGZ	Tribunal del Imperio
s.	siguiente
S.A.	Sociedad anónima
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SsTS	Sentencias del Tribunal Supremo
TS.	Tribunal Supremo
v.	versus
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i>
vol.	volumen
www.	world wide web

Filosofía política
y económica

¿CUÁL ES EL ESPÍRITU DEL CAPITALISMO? LOS DISTINTOS MODELOS DE COMPRENSIÓN Y DE CRÍTICA

WHAT IS THE SPIRIT OF CAPITALISM? DIFFERENTS UNDERSTANDING AND CRITICISM MODELS

*Julio Alvear Téllez**

Resumen

Muchas de las críticas que, en Chile, se realizan al capitalismo se centran en generalidades que no ofrecen las precisiones mínimamente necesarias. En este artículo se intenta determinar cuál es el atributo que define el capitalismo moderno. Para ello se revisan los estudios que sobre el “espíritu” del capitalismo realizaron Werner Sombart, Max Weber, Albert Hirschman, Luc Boltanski, Eve Chiapello, Julio Meinvielle y André Piettre. Se incluyen breves referencias a Karl Max. Aún es temprano, sin embargo, para captar a partir de un núcleo unitario las tendencias más avanzadas del capitalismo del siglo XXI.

Palabras claves: Capitalismo, Max Weber, Werner Sombart, Albert Hirschman, Luc Boltanski, Julio Meinvielle, André Piettre.

Abstract

Many of the criticisms that are made of capitalism in Chile, focus on generalities that do not offer the minimally necessary details. This article tries to determine what is the attribute that defines modern capitalism. To do this, the studies carried out on the “spirit” of capitalism by Werner Sombart, Max Weber, Albert Hirschman, Luc Boltanski, Eve Chiapello, Julio Meinvielle and André Piettre. Brief references to Karl Max are

* Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía, Universidad Complutense de Madrid. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Esta investigación ha sido posible gracias al apoyo del Proyecto Fondecyt 1191017. Artículo enviado el 15 de mayo de 2021 y aceptado para su publicación el 30 de agosto de 2021. Correo electrónico: jalvear@udd.cl

included. It is still early, however, to grasp from a unitary nucleus the most advanced tendencies of 21st century capitalism.

Keywords: Capitalism, Max Weber, Werner Sombart, Albert Hirschman, Luc Boltanski, Julio Meinvielle, André Piettre.

I. Antecedentes

En la ciencia jurídica en general, en el derecho constitucional, el derecho económico o el derecho del consumo en particular, no es habitual integrar los aportes que desde la historia, la sociología, pero también desde el mundo del derecho, formularon los autores que analizaron de manera global la génesis y el desarrollo del capitalismo.

Muchas de las críticas que, en Chile, se realizan al capitalismo, al papel de la empresa privada en la sociedad, al estatuto de la libertad económica o al abuso de la empresa en materia de derecho del consumidor se centran en generalidades que no ofrecen las precisiones mínimas necesarias. Al otro lado de espectro, quienes justifican los beneficios de la economía vigente parecieran reducir los problemas particulares constatables a asuntos de déficits solo regulatorios, olvidando que tras lo puramente económico habita lo humano. Y que el derecho debe hacerse cargo de ambos.

La comprensión –y la crítica– del capitalismo resultan inconsistentes si no se estudian a los autores que con mayor profundidad abordaron la materia. Entre los precursores se encuentran las figuras de Max Weber (1864-1920) y de Werner Sombart (1863-1941). También, por cierto, Karl Marx (1818-1883). Pero su pensamiento, por un lado, es mucho menos científico (en rigor, no es científico, sino ideológico). Y, por otro, es una figura mucho más conocida. De cualquier manera, para comprender sus críticas al capitalismo, se vuelve oportuno indicar las obras de David Harvey, por su capacidad de adaptar las tesis socio-económicas de Karl Marx a los tiempos presentes, en lo que respecta a las invectivas contra la acumulación del capital¹. Se pensó, en algún momento, en destacar a Louis Althusser (1918-1990)², pero sus particularidades hubieran llevado esta exposición hacia otros derroteros.

¹ David HARVEY, *The Enigma of Capital: and the Crises of Capitalism*, pp. 1-260. Con mayor amplitud, David HARVEY, *Seventeen Contradictions and The End of Capitalism*, pp. 12-297. También son útiles las guías de lectura de “El Capital” en David HARVEY, *A Companion to Marx's Capital*, pp. 15-314 y David HARVEY, *A Companion To Marx's Capital*, vol. II, pp. 37-394.

² En particular, Louis ALTHUSSER, *Lire le Capital*, vol. I, pp. 5-184 y Louis ALTHUSSER, *Lire le Capital*, vol. II, pp. 5-78.

Se incluyen a varias figuras que, de algún modo, continuaron los estudios de Max Weber y Werner Sombart, y que permiten conocer las profundidades –lo que va más allá de la apariencia– del capitalismo contemporáneo: Albert Hirschman (1915-2012), Julio Meinvielle (1905-1973), André Piettre (1906-1994), Luc Boltanski y Eve Chiapello.

Se ha tenido que dejar fuera, obviamente, a muchos otros. Entre ellos, Pierre Rosanvallon, Louis Dumont, Daniel Bell y Robert Nisbet, que se espera, serán abordados en otro estudio, pues sus aportes refieren con mayor nitidez, a los aspectos filosóficos del capitalismo.

Este artículo se ha limitado al ángulo de lo que se puede llamar la visión general del capitalismo. La captación de su “espíritu”, el aspecto que le define. Presenta las dimensiones que han parecido más relevantes para obtener tales resultados. No ha sido el objetivo –ni podría serlo en un espacio tan reducido– el revisar en su conjunto el pensamiento de cada autor citado, ni tampoco analizar en su integridad sus contribuciones sobre la materia. En cambio, interesa destacar, con mayor o menor precisión, lo que cada una de las figuras seleccionadas ha tenido como elemento esencial y definidor del capitalismo, de un análisis comparativo, a fin de dejar que el lector extraiga sus propias conclusiones.

II. Una visión general del capitalismo. Hacia la identificación del “espíritu” del capitalismo

El capitalismo es un sistema económico que conlleva al menos tres elementos: una determinada forma de organización social, un conjunto de técnicas y una mentalidad que le inspira. La organización social supone la existencia de la iniciativa privada, la cooperación entre los propietarios de los medios de producción y los propietarios de la fuerza de trabajo, y el libre intercambio a través del mercado. La técnica permite modelar el flujo económico y el modo de obtener beneficios. La actitud mental, que para muchos es el factor más importante, se expresa en los principios normativos de adquisición de ganancia, de racionalidad económica y de competencia³, que se expanden, en mayor o menor grado, a diversos ámbitos de la sociedad.

Pero el capitalismo no es pura economía. También tiene un “espíritu”. Fueron, en efecto, Max Weber y Werner Sombart quienes propusieron la categoría de “espíritu” para analizar científicamente el capitalismo (por oposición a la lectura materialista, típica del marxismo). A través de dicha

³Talcott PARSONS, “Capitalism in Recent German Literature: Sombart and Weber I”, p. 35.

categoría, ambos intentaron caracterizar el capitalismo en lo que tiene de más esencial.

No hay que olvidar, sin embargo, que ambos utilizan el término ‘espíritu’ en un marco más amplio: la emergencia y desenvolvimiento de la Modernidad. De este modo, el capitalismo es visto como un proceso complejo que trasciende la estructura económica, puesto que refiere a las relaciones sociales, a las expectativas vitales, a la concepción del trabajo y al ideal de desarrollo material, propio de la modernidad⁴. Albert Hirschman, Luc Boltanski, Eve Chiapello, Julio Meinvielle y André Piettre harán lo propio al trazar la evolución del capitalismo.

I. WERNER SOMBART

Se podría decir que al describir el capitalismo moderno, parte reconociendo su superioridad económica, así como el progreso cualitativo y cualitativo que le produce desde el ángulo del aumento de riquezas, de intercambios, de bienes y servicios. Pero el autor matiza la valoración de este desempeño material. No siempre, precisa, es un valor final. Particularmente, porque en razón de su “espíritu”, la economía capitalista adopta unos referentes culturales, una intencionalidad fundamental, por la que se organiza para reducir todo a dinero a fin de obtener ganancias. Vive de la compulsión por reproducir el dinero. La satisfacción de las necesidades a través del mercado queda subordinada a dicho objetivo fundamental⁵.

El “espíritu” del capitalismo transforma en profundidad la economía⁶. En la economía de subsistencia y en la de producción manual, aquella exis-

⁴ María Lilia PÉREZ FRANCO, “La noción de “espíritu” en las sociologías de Werner Sombart y Max Weber”, p. 28.

⁵ Es la interpretación de Arthur MITZMAN, *Sociology and Estrangement: Three Sociologists of Imperial Germany*, p. 187.

⁶ Observa acertadamente María Pérez Franco que “no es tanto la producción como tal lo que nuestro autor valora, sino la mentalidad, esa clase de mentalidad o espíritu capitalista a la que visualiza como la causa, la raíz del capitalismo moderno, y que permite conocer la forma en que la persona individual se ajusta y ajusta al sistema para sí. Para el caso del capitalismo, la intención económica es lo que constituye su espíritu [...] Para Sombart la economía no es un proceso natural sino una organización cultural, nacida de la libre decisión de la humanidad. Así, el porvenir de la economía o de un sistema económico descansa en la decisión humana dotada de libre voluntad”. PÉREZ, *op. cit.*, pp. 33-34. Por eso Werner Sombart precisa: “En lenguaje metafórico podríamos hablar de la vida económica como compuesta de un cuerpo y de un alma. Las formas en que se desenvuelve la vida económica –formas de producción, de distribución, organizaciones de todas clases, en cuyo marco el hombre satisface sus necesidades económicas– constituirían el cuerpo económico, del que también formarían parte las condiciones externas. A este cuerpo se contraponen el espíritu económico, el cual comprende el conjunto de facultades y actividades psíquicas que intervienen en la vida económica: manifestaciones de la inteligencia, rasgos de carácter, fines y tendencias, juicios de valor y principios que determinan y regulan la conducta del hombre económico. Tomo, pues, este concepto en su sentido más amplio

tía para satisfacer las necesidades humanas, más o menos fijas, dado los condicionamientos estamentales. Se trataba de una economía tradicional, marcada por un cierto inmovilismo. La economía capitalista, en cambio, es dinámica y racionalista. Su “espíritu” es movido por dos variables fundamentales: el espíritu de empresa y el espíritu burgués. El primero resulta de la síntesis de la codicia, el espíritu aventurero y el afán descubridor. Es un espíritu de carácter mundano, errante y arriesgado, que encuentra en el capitalismo un campo propicio para la acción. El espíritu burgués, por su parte, se compone de “la prudencia reflexiva, circunspección calculadora, ponderación racional y espíritu de orden y de economía”⁷.

Desde el siglo XIV hasta el siglo XVII se desarrolla el espíritu moderno de empresa, teniendo una serie de protagonistas que van a encarnar un nuevo tipo humano: el de empresario ávido de ganancias. Werner Sombart refiere a los corsarios, los señores feudales, los funcionarios de la burocracia gubernativa, los comerciantes (en especial los escoceses, los florentinos y los judíos), los especuladores y los artesanos. Todos ellos serán dominados por la pasión por el dinero.

Paso a paso, nace con ellos un modo nuevo de considerar la existencia humana, y con ello, la economía. Se vive en este mundo para enriquecerse. El amor al dinero, la pasión por el oro, coliga las voluntades. Nace, entonces, la empresa moderna, como asociación para el lucro, origen de la sociedad de capital. Implica la ejecución de una planificación destinada exclusivamente a tales fines, con la colaboración de personas y recursos.

Es conocida su tesis sobre la influencia del pueblo judío –como grupo étnico y religioso– en la comercialización de la economía, en particular por el desenvolvimiento de la empresa del crédito y la práctica de la usura. Menos conocida es su observación sobre la importancia de la religión católica en la génesis del capitalismo. La moral tomista habría establecido un orden racional a la actividad de los sentidos, con lo que, a resultas, permitió encaminar el afán de lucro hacia objetivos metódicos. A diferencia de Max Weber, ve en el protestantismo no un incentivo generador del espíritu capitalista, sino un obstáculo⁸.

Al afán de lucro, se agrega el cálculo del espíritu burgués, cuyo sustrato humano pasa por diversas etapas, en la medida en que el capitalismo evoluciona. Desde los orígenes del capitalismo hasta el siglo XVIII, el burgués es un tipo humano caracterizado por un conjunto de virtudes “eco-

y no lo limito, como ocurre tan a menudo, al ámbito de la ética económica, es decir, a lo moralmente normativo en el terreno económico. En realidad esto constituye una parte de lo que denomino el espíritu de la vida económica”. Werner SOMBART, *El burgués*, p. 13.

⁷ PÉREZ, *op. cit.*, p. 35.

⁸ SOMBART, *El burgués, op. cit.*, pp. 246 y 261.

nómicas”: prudencia reflexiva, espíritu de orden, sensatez, circunspección calculadora, ponderación razonable, medida. Si bien el hombre es la medida de todas las cosas, no hay excesiva agitación en el burgués de este periodo. El enriquecimiento se busca para cultivar los valores del bien vivir, que se asumen con relativa honestidad y templanza. La pasión por el dinero y el racionalismo económico no se mueven sin esos contrapesos.

A inicios del siglo XIX, emerge la burguesía como sujeto histórico que encarna el espíritu del capitalismo. Es propietaria de todos los valores representativos de la riqueza y del capital (materias primas, medios de producción, comercio, etc.). Dirige o tiene intereses directos en el proceso de producción, aumentando el valor del capital que invierte. Representa plenamente, ya sin contrapesos, el *homo oeconomicus* que se desvive por la acumulación del dinero. Sus valores fundantes son los negocios, el enriquecimiento sin límite. Su actividad constante es conquistar, organizar, calcular, someter las cosas a transacción y especulación. Valora el mundo que le rodea por la potencialidad dineraria, por la capacidad de convertirla en dinero.

En la nueva burguesía el comportamiento económico obedece a una racionalización absoluta, a fin de organizar los negocios en vista de la producción y la conquista de mercados y consumidores. Las antiguas virtudes burguesas se despersonalizan y se “cosifican”. El honor del comerciante, la merecida fama de la estirpe importa menos. Lo relevante es el prestigio de la empresa, la cantidad de dinero que se posee, el monto de los capitales invertidos⁹.

Desde entonces, la burguesía capitalista coordina y organiza a los trabajadores a través de las diversas formas societarias de empresa, encapsulando la fuerza de trabajo en rígidos moldes de disciplina laboral y estructuración social. A cambio de sustento, los trabajadores –asalariados libres– venden lo único que poseen: la actividad de sus brazos. La situación del trabajador asalariado durante gran parte del siglo XIX es precaria y, en general, le caracteriza la inseguridad de su existencia, la incertidumbre del sustento y la inestabilidad de su posición, fruto de la organización social derivada del sistema económico¹⁰.

Se dijo que reconoce los avances del capitalismo en las áreas del progreso material. Pero es pesimista en cuanto a sus efectos individuales y sociales. Primero, caracteriza una época de predominio de lo económico por sobre las otras dimensiones de la vida humana. Segundo, transforma la actividad económica en un fin en sí mismo, convirtiendo al empresa-

⁹ Alfredo POVIÑA, “Werner Sombart”, p. 329.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 330.

rio burgués en un “objeto” del sistema, al servicio de la acumulación del capital. Mientras el afán de ganancias invade todos los ámbitos, el racionalismo económico se independiza de los intereses vitales que lo originaron. Todas las personas que interactúan al interior del sistema se vuelven objetos, al servicio de la lógica incontenible de la acumulación, de la disciplina inhumana de la racionalidad económica, de nuevas posibilidades de lograr el éxito.

“La valoración de su actividad altamente racional en el plano económico sustentará, en consecuencia, la también positiva valoración de contribuir al esfuerzo y al logro económicos como la base del progreso técnico y social. Así, el medio se convierte en el fin y el ser humano viviente queda subordinado o relegado al olvido”¹¹.

Expulsada toda contención religiosa del horizonte humano, la “filosofía del dinero” va tomando cuenta del espíritu del capitalismo¹² expandiéndose a toda la sociedad, arrasando o afectando, a su paso, todos los vínculos humanos no dinerarios. Suplementariamente, la hiperracionalización de la planificación en los negocios y en la empresaria domina, al interior del sistema, toda voluntad individual –que la modernidad supone libre–, mientras restringe o coloniza la creatividad humana¹³.

2. MAX WEBER

Se le asigna la tesis de atribuir la génesis del capitalismo moderno a la ética calvinista.

¹¹ PÉREZ, *op. cit.*, p. 40. “El sistema –dice Werner Sombart– anida bajo el caparazón de la empresa capitalista, en forma de un espíritu invisible: ‘calcula’, ‘lleva los libros’, ‘hace cuentas’, ‘fija los salarios’, ‘ahorra’, ‘registra’, etc. Se opone al sujeto económico con poder autoritario; le exige, lo obliga y no descansa; crece, se perfecciona. Vive su propia vida”. SOMBART, *El burgués, op. cit.*, p. 355.

¹² Es, según María Pérez Franco, una noción tomada de Georg Simmel. PÉREZ, *op. cit.*, pp. 40-41. Georg Simmel observa que la función del dinero ha mutado en las sociedades capitalistas. De instrumento mediador entre los deseos del individuo y la posibilidad de satisfacerlos, pasa a representar no a los sujetos sino a los objetos, a cualquier objeto deseado. A través del precio, el dinero objetiva el valor de cualquier cosa permisible, volviéndose un valor en sí mismo. Lo que, además, permite a cada persona relacionarse con el mundo exterior de un modo autónomo, sin dependencias. De medio, el dinero se ha transformado en fin. GEORG SIMMEL, *Filosofía del dinero*, pp. 237-238.

¹³ “En tanto no se quiebre la fuerza del gigante –dice Sombart– lo único que se puede hacer es tomar medidas protectoras para la seguridad del cuerpo y del alma, de bienes y haciendas: afrontarlo con extintores de incendios en forma de leyes de protección de los trabajadores, de los hogares y similares, y confiar ese manejo a un equipo de hombres bien organizados para sofocar las llamas que amenazan con destruir las apacibles cabañas de nuestra cultura”. SOMBART, *El burgués, op. cit.*, p. 367.

La afirmación es, en realidad, una vulgarización de su pensamiento. El pensador germano cifra el origen del capitalismo a fines de la Edad Media. Antes, por tanto, de la Reforma Protestante. La ética calvinista, como construcción típico-ideal, le habría dado al capitalismo nuevas categorías morales y culturales para racionalizar el trabajo y el ahorro, y justificar la acumulación de ganancias. Sin embargo, el autor reduce el alcance de su propia tesis a Europa de los siglos XVI, XVII y XVIII, y termina por sostener que el capitalismo “victorioso” del siglo XIX no necesita en realidad de “apoyo religioso”, sino que descansa en “fundamentos mecánicos”¹⁴.

Su tesis ha sido muy controvertida en los últimos cien años, según se desprende de las cerca de mil quinientas páginas que Francisco Gil Villegas dedica al problema¹⁵. Entre otros, Werner Sombart excluye al protestantismo (más exactamente el puritanismo) de la génesis del capitalismo, aunque se detiene mucho menos que Weber en el análisis de la cuestión. Como ya se afirmó, prefiere destacar el influjo del pueblo judío¹⁶, sin desmerecer la influencia del catolicismo, en particular, en los reflejos de la moral tomista. En la actualidad, Rodney Stark le imputa un absoluto desconocimiento de la historia económica no protestante, pues el capitalismo, la banca y el sistema de seguros florecieron en el siglo XVI en los países católicos, en especial, en Italia, que en la materia domina su siglo¹⁷. El mismo Max Weber refiere a este punto al reconocer el incipiente desarrollo capitalista en la Florencia del siglo XIV, aunque no saca consecuencias gravitantes del hecho¹⁸.

¹⁴ Max WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, pp. 286-287.

¹⁵ FRANCISCO GIL VILLEGAS, *Max Weber y la guerra académica de los cien años*, pp. 77-1350.

¹⁶ Werner SOMBART, *The Jews and Modern capitalism*, pp. 7-246.

¹⁷ Para Rodney Stark el capitalismo florece en la baja Edad Media de la mano de tres factores: la propiedad privada, la libertad política y la descentralización, lo que da origen a “empresas” económicas bien organizadas y sustentables, lo que puede rastrearse incluso desde el siglo X. Argumenta, asimismo, que el capitalismo se desenvuelve con pujanza en Holanda e Inglaterra antes de la Reforma. Y que los valores que exaltan el trabajo, el capital y la remuneración del esfuerzo personal son independientes de la ética calvinista, como puede verse en la cultura normando-británica medieval, tan expresiva en la epopeya de Beowulf. Rodney STARK, *The Victory of Reason: How Christianity Led to Freedom, Capitalism, and Western Success*, pp. 103-160.

¹⁸ WEBER, *La ética protestante...*, *op. cit.*, p. 125. María Pérez Franco defiende la postura de Max Weber matizando que el autor nunca propuso una causalidad inmediata entre el ascetismo calvinista y el desarrollo de la conducta capitalista moderna. Tampoco sostuvo que el influjo causal del protestantismo (que es más bien reflejo) sea único y exclusivo. El autor germano apunta, además, solo a la génesis del capitalismo, lo que no es generalizable a todas las etapas de su desenvolvimiento. En ese cuadro más acotado, analiza los casos de Ginebra, los Países Bajos, Escocia y Nueva Inglaterra, donde encuentra los primeros centros de desarrollo capitalista durante los siglos XVI y XVII. También examina la ciudad de Baden a finales del siglo XIX en la que nota una más extendida presencia de protestantes que de

Hay un aspecto, sin embargo, en el que tiene razón: la ética calvinista del trabajo (con el dogma de la doble predestinación) da una tonalidad peculiar al capitalismo. En la medida en que este se deja influir por aquella, su “espíritu” queda subyugado por el interés individual. Sobre esto último teorizará Adam Smith y el liberalismo.

De cualquier manera, como observa Frederick Wilhelmsen, sin el ingrediente “calvinista” del capitalismo, el progreso industrial hubiera podido ser encausado al servicio del bien común, en el esquema, por ejemplo, de la moral católica tradicional y es probable que el mundo sería hoy diferente¹⁹.

Para Max Weber, el capitalismo se configura en torno a la racionalización económica, que, a su vez, es parte de ese “desencantamiento del mundo” (*Entzauberung der Welt*) que define el proceso de secularización de la Modernidad.

En la génesis del capitalismo, el sujeto histórico no es el empresario burgués, a la manera de Werner Sombart, sino el “puritano”, o más exactamente, el protestante de orientación calvinista, pietista, bautista o metodista, que asume la ascesis cristiana no como aislamiento del mundo, no como purificación interna, o renuncia a la vida activa, sino como esfuerzo diario aplicado al trabajo. Es a través de este que se realiza la vocación cristiana y se alcanza la salvación eterna.

No se trata, sin embargo, de cualquier trabajo, sino de uno “profesional”, esto es, permanente, sistemático, organizado, por el que se persiguen bienes terrenales como parte de la propia reforma moral y como medio para realizar el conjunto de virtudes que esto conlleva. El trabajo crea un ambiente propio en el que afloran las virtudes “económicas” del “puritano”: racionalización del tiempo, del dinero y del crédito; frugalidad personal; prudencia y honradez en los negocios; responsabilidad; preocupación por el pago de las deudas. Toda esta disciplina materializa el *ethos* del trabajo, al que se está atado por vocación y por deber²⁰.

El *ethos* con el que se asume el trabajo racionaliza toda la actividad económica, lo que permite una efectividad nunca antes vista en el manejo del dinero y de la riqueza. El éxito en la materia no será visto con sospecha o como obstáculo para la salvación de la propia alma, sino como signo y señal de predestinación.

católicos en la posesión de capitales, en el impulso de empresas industriales y comerciales, en la posesión de oficios que requieren conocimientos técnico-científicos en el ámbito económico. PÉREZ, *op. cit.*, pp. 42-43, 45 y 55.

¹⁹ Frederick WILHELMSSEN, *El problema de Occidente y los cristianos*, pp. 45-47.

²⁰ Una descripción de esas virtudes en WEBER, *La ética protestante...*, *op. cit.*, pp. 45-46, 57 y 71.

La creencia en la predestinación produce, por tanto, una orientación vital, un tipo especial de ascetismo cristiano que conduce a la emergencia del capitalismo moderno. La racionalización de la vida a través de la organización del trabajo, proyectado a la explotación y la productividad económicas, como medio preferente para lograr la salvación, será uno de los elementos esenciales del espíritu que acompañará la génesis del capitalismo²¹.

Más allá de la discusión sobre las distintas causas que dieron origen al capitalismo, el interés de Max Weber reside en señalar la presencia de los rasgos ascéticos puritanos en la mentalidad burguesa que impulsará la economía moderna. A tales efectos, Denis Baranger distingue tres significados de “capitalismo” en el pensador germano.

El primer significado refiere al capitalismo, en general, aplicable a diversas épocas históricas. Cualquier empresa o actividad lucrativa (botín, usura, especulación, prebendas oficiales, producción de bienes y servicios) que se guíe por la probabilidad de obtener una ganancia por sobre una aportación dineraria inicial puede ser calificada como “capitalista”²². El segundo sentido es el que corresponde al capitalismo moderno, que en cuanto “racional” se contrapone a las formas “irracionales” precedentes. El primero lucra a partir de circunstancias o condiciones sobre las que no tiene un dominio racional. El segundo, en cambio, es el que se desenvuelve “en términos de una racionalidad económica pura, sin necesidad alguna de apelar a instancias extraeconómicas”²³.

Denis Baranger precisa que en Weber el término ‘capitalismo’ (moderno) connota dos órdenes de concreción: puede referir a la orientación racional hacia el lucro por parte de una empresa o a un sistema económico en el que predominan esas empresas racionalmente orientadas hacia el lucro²⁴.

En este último sentido, el capitalismo moderno se reconoce porque establece “la organización industrial racional, la que calcula las posibilidades del mercado y no se deja llevar por la especulación irracional o política”²⁵. Aquí se define el capitalismo:

²¹ WEBER, *La ética protestante...*, *op. cit.*, p. 285. Para todo este desarrollo, véase PÉREZ, *op. cit.*, pp. 43-53.

²² WEBER, *La ética protestante...*, *op. cit.* pp. 10-13; Max WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, pp. 131-132.

²³ DENIS BARANGER, “Sobre la noción del capitalismo en la obra de Max Weber”, p. 307.

²⁴ BARANGER, *op. cit.*, p. 311. “La empresa significa una unidad económica lucrativa que se orienta por las probabilidades del mercado, para obtener ganancias en el cambio”. Max WEBER, *Historia económica general*, p. 8.

²⁵ WEBER, *La ética protestante...*, *op. cit.*, p. 13. El capitalismo, en general, tiene una simple orientación al lucro. El capitalismo moderno, una orientación *racional* al lucro. El primero subsiste en los tiempos modernos como orientación en determinadas empresas, por ejemplo, en el capitalismo que especula con la guerra, *op. cit.*, p. 12.

“Por la existencia de empresas cuyo objetivo es obtener el máximo de ganancia, y cuyo medio es la organización racional del trabajo y la producción”²⁶.

El capitalismo moderno es un fenómeno exclusivo de Occidente²⁷. Desde el ángulo de la empresa, Max Weber precisa su caracterización esencial:

“Contabilidad racional del capital como norma para todas las grandes empresas lucrativas que se ocupan de la satisfacción de las necesidades cotidianas”.

De ahí deriva una serie de consecuencias:

- i) Apropiación de todos los bienes materiales de producción, como propiedad de libre disposición por parte de las empresas lucrativas autónomas;
- ii) Libertad mercantil;
- iii) Técnica racional;
- iv) Derecho racional;
- v) Organización racional del trabajo formalmente libre y
- vi) Comercialización de la economía²⁸.

El “espíritu” del capitalismo moderno no consiste en el puro “afán de lucro” o “impulso adquisitivo”. La pasión por el oro, la ambición ilimitada, acompaña desde siempre al ser humano²⁹. Lo que es propio

²⁶ Raymond ARON, *Las etapas del pensamiento sociológico*, p. 263.

²⁷ Conviene detenerse en la descripción de Max Weber: “Únicamente ha sido en nuestro Occidente donde se han conocido las explotaciones racionales capitalistas con capital fijo, trabajo libre y una especialización y coordinación racional de ese trabajo, así como una distribución de los servicios puramente económica sobre la base de las economías lucrativas capitalistas. Es aquí únicamente donde se han dado, como forma típica y dominante de la cobertura de necesidades de amplias masas, la organización del trabajo de carácter formalmente voluntario, con obreros expropiados de los medios de producción y con apropiación de las empresas por parte de los poseedores de los valores industriales. Únicamente en nuestro Occidente es donde se conocieron el crédito público en la forma de valores rentables, la comercialización de efectos y valores, los negocios de emisión y financiamiento como objeto de explotaciones racionales, el comercio en bolsa de mercaderías y valores, los mercados de dinero y de capitales, y las asociaciones monopolistas como forma de organización racional y lucrativa de empresas de producción (no tan solo de empresas comerciales)”. WEBER, *Economía y sociedad...*, *op. cit.*, p. 134.

²⁸ WEBER, *Historia económica...*, *op. cit.*, pp. 237-239. Sobre la apropiación de los medios de producción, *op. cit.*, pp. 256-257. Sobre la estricta organización racional del trabajo, WEBER, *La ética protestante...*, *op. cit.*, pp. 14-15. Solo sobre el sector del trabajo formalmente libre (aunque acuciado por la necesidad) resulta posible un cálculo racional del capital. Es muy distinto a la organización artesana o señorial del trabajo. WEBER, *Historia económica...*, *op. cit.*, pp. 236-238.

²⁹ “Afán de lucro, tendencia a enriquecerse, sobre todo a enriquecerse monetariamente en el mayor grado posible, son cosas que nada tienen que ver con el capitalismo [...] Es

del capitalismo moderno es la “moderación racional” de ese impulso, que provino del *ethos* de origen calvinista o puritano. En este cuadro, se podría hablar del “espíritu que presidió el desarrollo inicial del sistema económico capitalista” y del “espíritu que caracteriza en general al capitalismo moderno, tanto en el nivel de la empresa como del sistema económico”. El influjo protestante refiere primordialmente a aquel desarrollo inicial del capitalismo, en cuanto las creencias calvinistas y su *ethos* afectaron la conducta práctica de sus seguidores en el ámbito económico, lo que favoreció el desenvolvimiento de empresas capitalistas, sobre las cuales después pudo asentarse el sistema económico capitalista³⁰.

Max Weber, como Werner Sombart, también se muestra pesimista sobre el destino del capitalismo. El sentido religioso va pereciendo de forma gradual, con lo que se extingue el *ethos* que le inspiraba y le daba significado al trabajo como “deber profesional”. La riqueza se transforma en un fin en sí mismo y el deseo de gratificación inmediata se vuelve en norma de la cultura económica. El capitalismo deviene en un sistema mecánico que absorbe las vidas humanas, estabulándolas en la dinámica de la acumulación de ganancias.

“El cálculo racional, dice el pensador germano, reduce a cada trabajador a un engranaje en esta máquina burocrática y, viéndose a sí mismo de esta manera, simplemente preguntará cómo transformarse [...] a un engranaje más grande”³¹.

El proceso de racionalización de la modernidad secularizadora –del que el capitalismo es síntoma y expresión– ha terminado por convertir la sociedad en una “jaula de hierro” medida por el cálculo racional, la efi-

preciso, por tanto, abandonar para siempre ese concepto tan elemental e ingenuo del capitalismo, con el que nada tiene que ver (y mucho menos con su ‘espíritu’) la ‘ambición’, por ilimitada que esta sea. Por el contrario, el capitalismo debería considerarse precisamente como el freno o, por lo menos, como la moderación racional de este impulso irracional lucrativo”. WEBER, *La ética protestante...*, *op. cit.*, pp. 8-9. La creencia de que la actual época racionalista y capitalista posee un estímulo lucrativo más fuerte que otras épocas es una idea infantil. Los titulares del capitalismo moderno no están animados de un afán de lucro superior al de un mercader de Oriente. El desenfrenado afán de lucro solo ha dado lugar a consecuencias económicas de carácter irracional: hombres como Cortes o Pizarro (sic), que son acaso sus representantes más genuinos, no han pensado, ni de lejos, en la economía racional”. WEBER, *Historia económica...*, *op. cit.*, p. 299.

³⁰ BARANGER, *op. cit.*, pp. 314-316. Para este autor, la tesis del influjo decisivo de la ética protestante no puede extenderse a todo el desarrollo del capitalismo moderno, pues Max Weber solo la trabajó para sus orígenes, y en su justa medida, pues tampoco es la única causa o condición del capitalismo moderno, según se ha notado.

³¹ Max WEBER, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, p. ix.

ciencia teleológica, el control, la impersonalidad y la coordinación burocrática de la vida humana³². El desconcierto de Max Weber es patente:

“Nadie sabe en el futuro quién ocupará la jaula de hierro, y si al término de este monstruoso desarrollo surgirán nuevos profetas y se asistirá a un pujante renacimiento de antiguas ideas e ideales o si, por el contrario, lo envolverá todo una ola de petrificación mecanizada y una convulsa lucha de todos contra todos. En este caso, los ‘últimos hombres’ de esta fase de la civilización podrán aplicarse esta frase: ‘Especialistas sin espíritu, gozadores sin corazón: estas nulidades se imaginan haber ascendido a una nueva fase de la humanidad jamás alcanzada anteriormente’ ”³³

3. ALBERT HIRSCHMAN

Nota cómo el comercio y la banca –la actividad lucrativa, en general– fue vista durante siglos con prevención, por ser el espacio humano donde más fácilmente se desenvuelve la codicia y la avaricia³⁴. Considera que la justificación moral del capitalismo emerge por razones cuyo fundamento es socio-político y no por motivos de corte psicológico-religioso. Es en el horizonte cultural de la Ilustración donde se formula la justificación de la búsqueda de la ganancia como un fin en sí mismo. Dado el fracaso de la moral religiosa para dominar las pasiones humanas y la incapacidad de la razón política para gobernar en un mundo en que cada cual va en busca de lo suyo, un sector de la Ilustración coloca sus esperanzas en el comercio como instrumento para armonizar los egoísmos humanos más radicales.

En la mente de diversos pensadores del siglo XVIII la codicia es mutada en “interés” (síntesis de egoísmo y cálculo racional), y, el comercio se convierte en el único escenario capaz de armonizar los intereses contrapuestos. El lucro, el interés exclusivo por el dinero se transforma en una pasión inofensiva. Es más, digna de alabanza, pues domeña a las pasiones violentas, como el deseo de gloria y el gusto por las hazañas. El mercado conduce el interés individual hacia el beneficio común, y el afán de ganan-

³² El término ‘jaula de hierro’ (iron cage) se debe a la traducción de Talcott Parsons de *La Ética protestante y el espíritu del capitalismo*. MAX WEBER, *Political Writings*, p. xvi. Como metáfora, Max Weber utiliza la voz [‘ein’] stahlhartes Gehäuse que significa ‘estuche’ o ‘envoltura’ y que remite a lo que es duro como el acero, férrea envoltura, caparazón duro y opresivo. Eduardo FIDANZA, “La jaula de hierro. Cien años después Consideración acerca de una metáfora perdurable”, p. 850. Sobre los resultados paradójales de la “racionalización” moderna, particularmente en la empresa y en el Estado, Carlos COUSIÑO, “La jaula de hierro (acerca de Max Weber)”, pp. 45-61.

³³ WEBER, *La ética protestante...*, op. cit., p. 249.

³⁴ Albert HIRSCHMAN, *Las pasiones y los intereses. Argumentos políticos del capitalismo antes de su triunfo*, pp. 18-20.

cia, por su constancia y su previsibilidad, permite empeñarse en la paz. El bien común no será fruto de la política sino de la economía capitalista³⁵.

Sin embargo, el siglo XIX mostró que las esperanzas puestas por la Ilustración en el *doux commerce* no eran reales. La sociedad de libre mercado no fue “dulce”; no trajo el cotejo de virtudes burguesas esperadas: ni el apaciguamiento de las costumbres, ni la amabilidad como forma de sociabilidad, ni la moderación como conducta económica. La ganancia de dinero no se convirtió en una “pasión tranquila”³⁶. Al contrario, el capitalismo decimonónico impuso una economía de mucho desenvolvimiento material, pero afectada por la coacción, la opresión y la brutalidad³⁷. De ahí la necesidad de una continua justificación moral. Es la tesis de Luc Boltanski y Eve Chiapello que se reseñará a continuación.

4. LUC BOLTANSKI Y EVE CHIAPELLO

Definen el capitalismo como:

“La exigencia de acumulación ilimitada de capital mediante medios formalmente pacíficos. La perpetua puesta en circulación de capital –agregan– dentro del circuito económico con el objetivo de extraer beneficios, es decir, de incrementar el capital que será a su vez reinvertido de nuevo”.

Es este carácter el que le otorga al capitalismo “su dinámica y su fuerza de transformación”³⁸. Los autores precisan que la acumulación de capital no consiste propiamente en un acaparamiento de las formas materiales sino en su transformación permanente para producir más capital³⁹.

³⁵ HIRSCHMAN, *op. cit.*, pp. 38-63.

³⁶ Sobre las ilusiones de la Ilustración respecto del comercio inocente y la “pasión tranquila” por el dinero, *op. cit.*, pp. 63-73.

³⁷ LUC BOLTANSKI y EVE CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*, pp. 44-45.

³⁸ *Op. cit.*, p. 35.

³⁹ Es oportuno citar el texto in extenso: “La acumulación de capital no consiste en un acaparamiento de riquezas, es decir, de objetos deseados por su valor de uso, su función ostentatoria, o como signos de poder. Las formas concretas de riqueza (inmobiliaria, bienes de equipo, mercancías, monedas) no tienen interés en sí, y pueden suponer incuso –debido a su falta de liquidez– un obstáculo para el único objetivo reamente importante: la transformación permanentes del capital, de los bienes de equipo y de las distintas adquisiciones (materias primas, componentes, servicios, etc.) en producción, de producción en dinero y del dinero en nuevas inversiones [...]. Este desapego que muestra el capital por las formas materiales de la riqueza le confiere un carácter abstracto que contribuye a perpetuar la acumulación. En la medida en que el enriquecimiento es evaluado en términos contables y el beneficio acumulado se calcula como la diferencia entre dos balances de épocas distintas, no existe límite alguno, no hay saciedad posible. Justo lo contrario de lo que ocurre cuando la riqueza se orienta a cubrir las necesidades de consumo, incluso las del lujo”. *Op. cit.*, pp. 35-36.

El capitalismo se caracteriza por:

- i) Un sujeto activo (“capitalistas”). Luc Boltanski y Eve Chiapello consideran como tales al conjunto de poseedores de un patrimonio en sentido no estático sino dinámico, pues integra principalmente las inversiones físicas y financieras, no el patrimonio de disfrute o el patrimonio profesional de los no asalariados. Capitalista es quien tiene el capital para que se multiplique⁴⁰. Sin embargo, en un sentido más preciso del término, es conveniente reservar la voz ‘capitalistas’ para aquellos que, en realidad, mueven el sistema⁴¹.
- ii) El régimen salarial, que a diferencia de Max Weber, Luc Boltanski y Eve Chiapello consideran desde el solo ángulo de la posición social, sin importar sus formas jurídicas contractuales. Lo propio de la economía capitalista es que se apoya sobre una parte de la población que no tiene capital (o muy poco), en cuyo beneficio no se orienta el sistema, que vende su fuerza de trabajo (y no sus productos) para vivir, que es libre en el ámbito formal, pero depende socioeconómicamente de los dueños del capital y que les entrega en propiedad, en cuanto fuere posible, todo el fruto de sus esfuerzos. El trabajo asalariado se ha extendido a las mujeres y a las profesiones liberales, angostándose las formas de trabajo autónomo⁴².

⁴⁰ Capitalista “es cualquier persona que posea un excedente y lo invierta para extraer un beneficio que suponga un incremento del excedente inicial. El arquetipo es el accionista, el pequeño o gran inversor, el ahorrista que no quiere que su dinero duerma, sino que se multiplique: todos los que invierten su dinero y esperan por ello su remuneración”. BOLTANSKI y CHIAPELLO, *op. cit.*, p. 37.

⁴¹ “Reservamos [...] la denominación de ‘capitalistas’ para los principales actores responsables de la acumulación y del crecimiento del capital que presionan directamente a las empresas para que obtengan el máximo de beneficios. Son, por supuesto, un número mucho más reducido. Reagrupan no solamente a los grandes accionistas, personas particulares que por su propio peso son susceptibles de influir en la marcha de los negocios, sino también a las personas morales (representadas por algunos individuos influyentes, ante todo, los directores de empresa) que detentan o controlan mediante su acción la mayor parte del capital mundial (holdings y multinacionales –incluidas las bancarias– a través de filiales y participaciones, o fondos de inversión, fondos de pensiones). Las figuras de los grandes patrones, de los directores asalariados de las grandes empresas, de los gestores de fondos o de los grandes inversores en acciones detentan una influencia evidente sobre el proceso capitalista, sobre las prácticas de las empresas y las tasas de beneficios extraídas, a diferencia de lo que ocurre con los pequeños inversores [...] Este grupo merece recibir el nombre de capitalistas en la medida en que asume como propia la exigencia de maximización de los beneficios, que a su vez es trasladada a las personas, físicas o morales, sobre las que ejercen un poder de control”. *Op. cit.*, p. 38.

⁴² *Op. cit.*, pp. 39-40.

- iii) El proceso capitalista tiene un carácter insaciable dada la operatividad de la libre competencia⁴³.
- iv) La economía de libre mercado acompaña al capitalismo, pero debe distinguirse conceptual e históricamente de él. El libre mercado precede al modelo normativo de acumulación ilimitada. Y la competencia o rivalidad entre los actores del capitalismo no genera de forma instantánea un mercado libre, descentralizado, transparente, con simetría de información y precios de equilibrio. La lógica capitalista de la acumulación solo se pliega a las reglas del libre mercado y de las transacciones ordinarias cuando no hay otra vía más directa de obtener beneficios. Los contratos e instituciones en las que se apoya el sistema pueden amparar con facilidad arreglos solo en beneficio de uno o pocos actores⁴⁴.
- v) El capitalismo necesita de un “espíritu” que le justifique. Luc Boltanski y Eve Chiapello atribuyen al capitalismo un vínculo necesario con la moral; una exigencia de “deber ser” ético. Y ello, por una razón no ética, pragmática, utilitaria: a medida que evoluciona, la búsqueda de la acumulación ilimitada del capital produce efectos desfavorables para una parte importante de la población, por lo requiere legitimarse a través de justificaciones morales, tanto individuales como colectivas. No es solo la manida cuestión de las desigualdades y sus correlatos, sino, también, el hecho de que muchos integrantes de la sociedad no tienen posibilidad de obtener beneficios, o esta es mínima, por lo que la lógica del sistema está lejos de favorecer a todos. En realidad, solo a los que pueden aprovecharse de ella.

De la tesis weberiana de la *Beruf* –vocación religiosa que exige ser cumplida a través del deber de trabajo profesional productivo– los autores

⁴³ “La capacidad del capitalista por recuperar su dinero invertido, incrementado con algún beneficio se encuentra perpetuamente amenazada, en particular debido a las acciones de otros capitalistas con quienes se disputa el poder de compra de los consumidores”. BOLTANSKI y CHIAPELLO, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 36-37. Los autores constatan con Fernand Braudel que los grandes juegos capitalistas se sitúan en lo no habitual, en lo fuera de serie o en la conexión lejana, a suficiente tiempo de distancia de las reglas que regulan el mercado. Además, privilegios de información, circuitos de información confidenciales, complicidad del Estado, etc. sortean fácilmente estas reglas. Un ejemplo entre otros. La gran burguesía del siglo XIX solo apoyaba el *laissez faire* en el mercado laboral. Los capitalistas utilizaban todos los medios a su disposición (en particular el control político del Estado), para limitar la competencia, obstaculizar el libre comercio cuando era desfavorable, ocupar y conservar posiciones de monopolio y para favorecer desequilibrios geográficos y políticos con el fin de absorber el máximo de beneficios. *Ibid.*

guardan la idea de que los seres humanos necesitan de gravitantes razones morales para insertarse en las prácticas del capitalismo. En especial, porque el capitalismo, por su estructuración económica y sus efectos sociales no es capaz de suscitar, en su propio ámbito, compromisos durables en gran parte de la población⁴⁵. Las críticas le hacen mella y requiere saldarlas mediante justificaciones morales⁴⁶, pues de lo contrario resulta un sistema quebradizo y en crisis permanente.

Cada proceso de acumulación produce injusticias, despierta críticas y requiere justificación. Las críticas producen una suerte de efecto dialéctico, en la medida en que el capitalismo se ve forzado a incorporar las críticas, modificando su “espíritu”, limitándose o moderándose, con lo que aquellas pierden su filo detractor⁴⁷.

⁴⁵ Sostienen los autores: “El capitalismo es, en muchos aspectos, un sistema absurdo: los asalariados pierden en él la propiedad sobre el resultado de su trabajo y la posibilidad de llevar a cabo una vida activa más allá de la subordinación. En cuanto a los capitalistas, se encuentran encadenados a un proceso sin fin e insaciable, totalmente abstracto y disociado de la satisfacción de necesidades de consumo, aunque sean de lujo. Para estos dos tipos de protagonistas, la adhesión al proceso capitalista requiere justificaciones. Ahora bien, la acumulación capitalista, aunque en grados desiguales en función de los caminos seguidos para la obtención de beneficios (por ejemplo, dependiendo de si se trata de extraer beneficios industriales, comerciales o financieros), exige la movilización de un gran número de personas para las cuales las posibilidades de obtenerlos son escasas (sobre todo cuando su capital de partida es mediocre o inexistente) y a cada una de las cuales no le es atribuida más que una responsabilidad ínfima que en cualquier caso es difícil de evaluar –en el proceso global de acumulación–, de manera que están poco motivadas a comprometerse con las prácticas capitalistas, cuando no se muestran directamente hostiles a ellas. Algunos podrán evocar una motivación de tipo material en la participación, algo que resulta más evidente para el trabajador asalariado, que necesita de su salario para vivir, que para el gran propietario cuya actividad, superado cierto nivel, no se encuentra ya ligada a la satisfacción de necesidades personales. Sin embargo, este motor resulta, por sí sólo, bastante poco estimulante. Los psicólogos del trabajo han puesto de manifiesto con regularidad lo insuficiente que resulta la remuneración para suscitar el compromiso y avivar el entusiasmo por la tarea asignada. El salario constituiría, a lo sumo, una razón para permanecer en un empleo, no para implicarse en él”. BOLTANSKI y CHIAPELLO, *op. cit.*, pp. 40-41.

⁴⁶ Las justificaciones son “razones que otorgan argumentos para hacer de la práctica capitalista una acción deseable, legítima y resistente a la crítica”. Juan Pablo GONNET y Francisco ABRIL, “El concepto de capitalismo en la perspectiva pragmática de Boltanski y Chiapello”, pp. 15-16. Las justificaciones, como se ha dicho, deben ser a título individual y colectivo: “La calidad del compromiso que puede esperarse depende más bien de los argumentos que puedan ser invocados para justificar no sólo los beneficios que la participación en los procesos capitalistas puede aportar a título individual, sino también las ventajas colectivas, definidas en términos de bien común, que contribuye a producir para todos. Llamamos espíritu del capitalismo a la ideología que justifica el compromiso con el capitalismo”. BOLTANSKI y CHIAPELLO, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁷ La observación es de GONNET y ABRIL, *op. cit.*, p. 17. En términos de Luc Boltanski y Eve Chiapello: “Hemos visto cómo, para lograr la adhesión de las personas indispensables

De este modo, se puede definir el “espíritu” del capitalismo como el conjunto de creencias normativas que legitiman los procesos de acumulación tanto en el ámbito individual como colectivo, comprometiendo a todos los integrantes del sistema⁴⁸. El espíritu del capitalismo obviamente no es el mismo desde la génesis de la modernidad, pues cambia de contenido de la mano de las transformaciones sociales que ocasiona y de las consecuencias críticas que produce.

Estos cambios son analizables a través de un modelo a tres bandas: la crítica que el proceso capitalista suscita, los dispositivos de organización del trabajo y las formas de obtención de beneficio implicados en dicho proceso, y los elementos del sistema que permiten la separación tolerable entre las exigencias de justicia y la mantención de aquellos dispositivos⁴⁹. Un cambio en cada una de esas bandas, repercute en las demás y, en consecuencia, en la conformación del “espíritu” capitalista.

Siguiendo a Robert L. Heilbroner, Luc Boltanski y Eve Chiapello identifican cuatro formas de críticas al capitalismo (o cuatro “fuentes de indignación”):

- a) El capitalismo como fuente de *desencanto* y de *inautenticidad* de los objetos, de las personas, de los sentimientos y, en general, del tipo de vida que se encuentra a él asociado.

para la continuación de la acumulación, el capitalismo tuvo que incorporar un espíritu susceptible de proporcionar perspectivas de vida seductoras y excitantes, y que ofreciese a la vez garantías de seguridad y argumentos morales para poder continuar haciendo aquello que se hace. Esta amalgama de motivos y razones varía en el tiempo de acuerdo con las expectativas de las personas a las que hay que movilizar, las esperanzas con las cuales han crecido, así como en función de las formas adoptadas por la acumulación en las diferentes épocas. El espíritu del capitalismo debe responder a una exigencia de auto-justificación, sobre todo para poder resistir a la crítica anticapitalista, lo que implica un recurso a convenciones de validez universal en cuanto a lo que es justo e injusto”. BOLTANSKI y CHIAPELLO, *op. cit.*, p. 68.

⁴⁸ La legitimación –“justificación”– está lejos de tener una implicancia marxista, a modo de “superestructura” de los dominadores. Apuntan Luc Boltanski y Eve Chiapello que “el espíritu del capitalismo es [...] este conjunto de creencias asociadas al orden capitalista que contribuyen a justificar dicho orden y a mantener, legitimándolos, los modos de acción y las disposiciones que son coherentes con él. Estas justificaciones –ya sean generales o prácticas, locales o globales, expresadas en términos de virtud o en términos de justicia– posibilitan el cumplimiento de tareas más o menos penosas y, de forma más general, la adhesión a un estilo de vida favorable al orden capitalista. Podemos hablar, en este caso, de *ideología dominante* con la condición de que renunciemos a ver en ella un simple subterfugio de los dominantes para asegurarse el consentimiento de los dominados y de que reconozcamos que la mayoría de las partes implicadas, tanto los fuertes como los débiles, se apoyan en los mismos esquemas para representarse el funcionamiento, las ventajas y las servidumbres del orden en el cual se encuentran inmersos”. BOLTANSKI y CHIAPELLO, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 74.

- b) El capitalismo como *fuerza de opresión*, en la medida en que se opone a la libertad, a la autonomía y a la creatividad de los seres humanos sometidos bajo su imperio. Ello es posible en razón de dos fenómenos inherentes al capitalismo: la dominación del mercado como fuerza impersonal que fija los precios, designa los hombres y los productos o servicios deseables y rechaza el resto; y las formas de subordinación de la condición salarial (disciplina de empresa, estrecha vigilancia por parte de los jefes, encuadramiento mediante reglamentos y procedimientos, etcétera).
- c) El capitalismo como fuente de *miseria* de los trabajadores y de *desigualdades* de alcance desconocido en el pasado.
- d) El capitalismo como fuente de *oportunismo* y de *egoísmo* que, favoreciendo solo intereses particulares, actúa como destructor de los lazos sociales y de las solidaridades comunitarias, en particular de una solidaridad mínima entre ricos y pobres⁵⁰.

El impacto de estos tipos de críticas en el espíritu del capitalismo es poderoso y puede tener tres efectos: deslegitimar los espíritus anteriores y privarles de eficacia⁵¹; obligar a los portavoces a justificar el sistema en términos de justicia y de bien común; defender el proceso mostrando que las alternativas al capitalismo son menos beneficiosas y menos justas⁵². De cualquier manera, bajo el impacto de la crítica, según se ha indicado, el capitalismo se autolimita en sus puntos más críticos⁵³.

En una radiografía del “espíritu” del capitalismo –o de sus “espíritus” sucesivos– se pueden discernir tópicos recurrentes provenientes de las éticas utilitaristas, contractualistas o consecuencialistas, propias del

⁵⁰ BOLTANSKI y CHIAPELLO, *op. cit.*, p. 84. El desarrollo de estos tipos de críticas en *op. cit.*, pp. 85-89.

⁵¹ Luc Boltanski cita al respecto los trabajos de Daniel Bell sobre la crisis del capitalismo estadounidense a fines de la década de 1960. En versión española puede verse Daniel BELL, *Las contradicciones culturales del capitalismo*, pp. 1-264.

⁵² BOLTANSKI y CHIAPELLO, *op. cit.*, pp. 73-74.

⁵³ Los autores declaran: “El espíritu del capitalismo [...] desempeña un papel central en el proceso capitalista a cuyo servicio está, que consiste en limitarlo. En efecto, las justificaciones planteadas que permiten movilizar a las partes implicadas obstaculizan la acumulación. Si consideramos seriamente las justificaciones planteadas por el espíritu del capitalismo, no todo beneficio es legítimo, no todo enriquecimiento es justo, no toda acumulación, por más que sea importante y rápida, es lícita. Ya Max Weber se dedicó a mostrar cómo el capitalismo, obstaculizado de esta suerte, se distinguía largamente de la pasión por el oro cuando uno se entrega a ella de forma desenfrenada. El capitalismo tendría, desde su punto de vista, como rasgo específico la moderación racional de este impulso”. BOLTANSKI y CHIAPELLO, *op. cit.*, p. 68.

liberalismo: los tópicos de la utilidad, del bienestar global o del progreso; la justificación en términos de eficacia sin igual a la hora de ofrecer bienes y servicios; la referencia a los poderes liberadores del capitalismo y a la libertad política como efecto colateral de la libertad económica⁵⁴.

Durante los siglos XIX y XX tres “espíritus” del capitalismo pasan a los ojos de estos autores. El primero es típico del siglo XIX y es el que corresponde a la figura del *burgués emprendedor*, con todo el aparato de valores o virtudes burguesas anejas. Se trata de un capitalismo de modelo familiar, donde los trabajadores son conocidos personalmente por los propietarios o patrones, y el destino de la empresa está ligado al destino de la familia. Un segundo espíritu es patente durante el siglo XX, en concreto, entre 1930 y 1960. El centro no es el empresario individual sino *la organización*; el héroe no es el propietario sino el director de la gran empresa industrial centralizada, burocratizada y planificada, que busca hacerla crecer sin límites mediante cuadros de profesionales y la producción en masa y estandarizada. Diríase que su meta es el gigantismo. El accionariado se ha vuelto anónimo y los antiguos destinos familiares no existen. Ese es el punto de partida, sin embargo, para un tercer “espíritu” que tiene como protagonista a *las multinacionales*, propio de un capitalismo “mundializado”, isomorfo y que requiere de los adelantos de las nuevas tecnologías. El héroe ahora es el accionista y el proceso de acumulación del capital se funda en la flexibilidad y en la operación en red. Lo que importa es la realización personal mediante multitud de proyectos⁵⁵.

Este nuevo espíritu del capitalismo tiene su propio orden de justificación. Se habla de representaciones y no siempre de realidades. Si el espíritu burgués postuló su orden de justificación en la ciudad doméstica (autoridad, confianza y mutua estima) y en la ciudad comercial (búsqueda del poder, intercambio monetario y precio), el espíritu del capitalismo industrial lo hizo en la ciudad cívica (igualdad, solidaridad e interés colectivo) y en la ciudad industrial (competencia y experiencia profesional, relación funcional, productividad y eficiencia). El nuevo espíritu del capitalismo se fundaría en la “ciudad por proyectos”⁵⁶.

⁵⁴ BOLTANSKI y CHIAPELLO, *op. cit.*, pp. 52-56.

⁵⁵ *Op. cit.*, pp. 57-60 y 140-148.

⁵⁶ La “ciudad por proyectos” estaría en formación, de acuerdo con las tendencias que describen BOLTANSKI y CHIAPELLO, *op. cit.*, pp. 153-237. Las “ciudades” son cosmovisiones o imágenes de mundo que expresan filosofías políticas y teorías morales justificadoras; puntos de apoyo normativos en la construcción de justificaciones. Las ciudades se definen por una escala de “grandeur” apreciada según la época. En la ciudad *inspirada*, la grandeza es la del santo que accede al estado de gracia o la del artista que recibe la inspiración. En la ciudad *doméstica*, la grandeza depende de la posición jerárquica establecida por los lazos

Luc Boltanski resulta aquí algo ambivalente. Pues esa “ciudad por proyectos” no es algo dado, sino más bien una justificación a realizar. ¿Cómo se hará? El punto no es claro. Los propios autores reconocen las peligrosas tendencias del capitalismo actual y el problema de su justificación. Así, se está ante un capitalismo mundial que se reorienta a la inversión financiera, en busca de mayores beneficios puramente especulativos. Se reestructura en torno a los mercados financieros y al proceso de fusión o adquisición de las multinacionales, en un contexto de políticas públicas desreguladoras y de flexibilización laboral; de desarrollo de nuevas tecnologías que aumentan hacia el infinito las redes de la economía. Aparecen nuevos modelos de gestión de la empresa. La riqueza aumenta, pero también los resultados desfavorables como la reducción de las ayudas sociales, la precariedad de los trabajos estables, la familia reducida a frágil unidad de consumo, el acceso de los jóvenes a puestos laborales inferiores al de sus padres, la falta de expectativa en torno a las jubilaciones y a las futuras condiciones de vida, etc. Todo lo cual:

“Pone en peligro el compromiso posegunda guerra mundial en torno al ascenso de las clases medias y de los trabajadores calificados o su encuadramiento de por vida en las empresas, que constituyó una solución aceptable para las inquietudes de la pequeña burguesía”⁵⁷.

A juicio de Pedro Robertt, ese “espíritu” existe y corresponde más o menos a lo que se conoce como “neoliberalismo”⁵⁸, cuyo modelo sería el individuo económico responsable de sí mismo. En un estudio anterior, se denominó a estas tendencias como “neocapitalismo”⁵⁹.

de dependencia personal, según el modelo de sociedad familiar. En la ciudad de *renombre*, la grandeza depende de la fama. En la ciudad *cívica*, el grande es el representante del colectivo que manifiesta la voluntad general. En la ciudad *comercial*, el grande es el que se enriquece en el mercado competitivo. En la ciudad *industrial*, la grandeza se basa en la eficacia dentro de la escala de capacidades profesionales. BOLTANSKI y CHIAPELLO, *op. cit.*, p. 66. Sobre las “ciudades” como órdenes de justificación, Luc BOLTANSKI y Laurent THÉVENOT, *On Justification. Economies of Worth*, pp. 159-211. En este cuadro, resultan interesantes las ciudades que justifican la economía tradicional, no dominada por el espíritu del capitalismo moderno: la ciudad *inspirada* (creatividad, pasión, gracia) y la ciudad de *renombre* (celebridad, reconocimiento y fama). Los tres atributos de cada ciudad corresponden a la cualidad humana destacable, el tipo de relacionamiento social y la forma en que se evalúa el mundo. Una síntesis en GONNET y ABRIL, *op. cit.*, pp. 21-24. Observan estos autores que la ciudad por proyectos se asocia al desarrollo de una sociedad organizada reticularmente o en forma de red, en la cual se reconocen elementos de la *ciudad inspirada* y la de *renombre*.

⁵⁷ BOLTANSKI y CHIAPELLO, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁸ Pedro ROBERTT, “El nuevo espíritu del capitalismo: críticas y aportes desde el Sur”, p. 8.

⁵⁹ Julio ALVEAR TÉLLEZ, *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor. Un panorama crítico. Una visión integral*, pp. 267-312.

Bolstanki y Chiapello no niegan la tesis de que el aparecimiento del capitalismo moderno implicó una representación del mundo radicalmente distinta a la de la sociedad tradicional. Pero de sus conclusiones hay que retener el vínculo entre el lucro y la justificación moral, pues ese vínculo conforma el “espíritu” que legitima el desenvolvimiento del capitalismo moderno en sus distintas etapas. La propia autonomización de la economía es, en opinión de estos autores, resultado de una convicción moral, aunque después quede recubierta por el discurso científico economicista con pretensiones asépticas⁶⁰.

5. JULIO MEINVIELLE Y ANDRÉ PIETTRE

El aporte de estos autores –tan distintos en su trayectoria– es interesante, pues ambos parten de una concepción católica de la economía.

Julio Meinvielle estudia el “espíritu” del capitalismo aplicando la doctrina hilemórfica. La “materia” del capitalismo son los elementos materiales y humanos de la economía (trabajo, capital, intercambio comercial, máquinas, etc.). La “forma” del capitalismo es el modo en que esos elementos se organizan, para imprimirles una significación y una finalidad última. La “materia” del capitalismo, por tanto, podría recibir otras configuraciones distintas a las que le otorga el sistema capitalista, y, en parte, ello fue lo que ocurrió en la economía tradicional, donde el trabajo, el capital (incipiente), el mercado, la posesión de la tierra, la tecnología y la producción, se organizaban de manera distinta⁶¹.

Lo que configura al capitalismo, por tanto, es su “forma”, vale decir, un modo particular de organizar la economía cuyo objetivo es el lucro ilimitado, el acrecentamiento sin límites de la riqueza. La “forma” del capitalismo va, a su vez, informando la “materia” a modo que le sea cada vez más ductil (*v. gr.* el paso de la moneda con padrón oro al dinero electrónico), o configurando una “materia” con las disposiciones propicias e inmediatas para servir a las finalidades capitalistas: la máquina. De esta manera, el capitalismo puede ser definido como “un sistema económico que busca el acrecentamiento ilimitado de la ganancia por la aplicación de leyes económicas mecánicas”. O, en términos equivalentes, “una economía regida por la concupiscencia del lucro como ley fundamental”, o “todo sistema que busca el lucro ilimitado, para lo cual quiere ilimitados la producción y el consumo”⁶².

⁶⁰ BOLTANSKI y CHIAPELLO, *op. cit.*, pp. 48-49.

⁶¹ Julio MEINVIELLE, *Concepción católica de la economía*, pp. 14-16.

⁶² *Op. cit.*, pp. 22 y 24.

El capitalismo moderno emerge a fines del siglo XVIII, imponiéndose durante el siglo XIX. Pero este surgimiento resulta inexplicable sin el proceso histórico que le antecede. El capitalismo –su “forma”– no hubiera podido aparecer en los tiempos de la Cristiandad medieval. En las épocas donde el ser humano alcanza o pretende alcanzar un equilibrio interno, donde el mundo de las virtudes –piénsese en la templanza– se vuelve modelo ejemplar, no hay lugar social para el cultivo desmedido de las pasiones.

El capitalismo moderno se hace posible por la ruptura de ese equilibrio humano; por la erosión del reconocimiento social de las virtudes naturales y cristianas, particularmente de las virtudes cardinales y teologales. En este sentido, Julio Meinvielle señala tres hitos que concurren como concausas al apareamiento del capitalismo: el luteranismo, que prepara la emergencia de la “economía avara”, el cartesianismo, que anuncia la llegada de la “economía racionalista y mecánica” y Jean-Jacques Rousseau, que señala el apareamiento de la “economía liberal e individualista”.

“La concepción (el alma, la forma) que se forjará entonces el hombre de la economía será el de una estructura mecánica, substraída a la regulación humana (Descartes) con expansión individual ilimitada (Rousseau) destinada a multiplicar en forma ilimitada la ganancia (Lutero). En palabras más simples: una maquinaria, en manos del individuo, movida por la concupiscencia infinita del lucro”⁶³.

Estos componentes del “espíritu” del capitalismo orientarán, a futuro, el dominio del hombre sobre la naturaleza y sus recursos, y la capacidad

⁶³ MEINVIELLE, *op. cit.*, p. 20. Hay un descenso histórico en el equilibrio humano que impulsa el nacimiento del “espíritu” (la forma) del capitalismo. El autor lo precisa en estos términos: “Lutero quiebra oficialmente este bello ordenamiento aniquilando la vida religiosa, que, sin pretenderlo, sustentaba igualmente, la vida intelectual y moral del hombre. Sin la gracia sobrenatural, despuntaron los instintos de la fiera humana, en especial la avaricia, la execranda sed de oro, que es como una idolatría. Mientras el mercantilismo del siglo XVI y XVII anuncia el liberalismo del XIX y la piratería legalizada de Isabel deja en zaga a los especuladores modernos, Descartes y Kant, destruyendo la vida de la inteligencia y substituyéndole la razón, o sea: una facultad que no percibe las esencias sino tan sólo realidades abstractas, mecánicas, de una magnitud comparable, echan las bases de una economía física, ajustada a leyes mecánicas invariables, como el curso de los astros, y como éste, substraído a la regulación propia del ser humano. Lo curioso es que mientras crecía la dominación de la avaricia y el sentido racionalista o mecánico de la vida, ésta se sentía debilitada en su interior y por tanto ansiosa de romper los vínculos que la obligaban a mantenerse en orden. Rousseau proclama oficialmente la era de la omnímoda libertad, porque, como no hay Dios, no hay soberano, y el hombre individuo se constituye en su propia ley. Con Rousseau coincide, por otra parte, el agotamiento del impulso protestante y racionalista, y, por ende, la pérdida definitiva de la vitalidad sobrenatural e intelectual del hombre moderno. Sin vida espiritual e inteligente, debió surgir el tipo de hombre-estómago, el burgués, entregado con toda su mente, con todo su corazón, con todas sus fuerzas a lo económico”. *Op. cit.*, pp. 18-19.

casi infinita de hacerlos producir gracias a la máquina. La máquina se convierte en sustitutivo del trabajo humano, en instrumento de producción y medición, en modelo de actividad. E impulsa la expansión industrial y financiera, sirviendo de apoyo material al sustrato liberal del capitalismo⁶⁴.

Para Julio Meinvielle el capitalismo resulta “antieconómico”. Afecta al trabajador, en particular, al operario, pues su bienestar económico resulta una vil mercancía sometida al vaivén del mercado; afecta los intereses del consumidor, que solo es considerado en cuanto permite la aceleración de la producción, y con esta, la aceleración de la ganancia (de ahí los productos de mala calidad, el exceso de bienes superfluos, la carestía de bienes necesarios, la obsolescencia programada, etc.); devora al productor, que ha de vivir afebrado en la aceleración de su producción y en el mejoramiento competitivo de la técnica; devora al comerciante, sometido al febril dinamismo del consumidor regido por la infinita veleidad del capricho y a la aceleración de las novedades industriales; acosa al financista, condenado a ir a la caza del consumidor, del productor y del comerciante, para acelerar también él, vertiginosamente, sin dormirse, la productividad de su dinero⁶⁵.

El sistema capitalista está condenado por su propia lógica a la ley de la aceleración: “Aceleración del lucro por la aceleración de la producción y del consumo”. Nunca podrá llegar a un límite que equilibre la producción con el consumo. La aceleración desenfrenada del maquinismo y del crédito que impulsan el desarrollo de la economía capitalista, se lo impiden. Nunca producirá lo que puede consumir. Por eso el lenguaje del capitalismo es *futurista*, siempre refiere al futuro cuando se trata de

⁶⁴ La máquina va ligada al crédito, a la producción y al mercado ilimitado. “Gracias a las ciencias físico-matemáticas, se logró la dominación de las leyes mecánicas que rigen el movimiento del universo, y con esto, la conquista práctica del mundo [...] De esta suerte, la máquina se ajustaba a la concepción mecánica que de la economía se había hecho Descartes. Al mismo tiempo que la máquina aumentaba en Europa vertiginosamente y con regularidad matemática las posibilidades de producción, el estado agrícola del mundo abría mercado ilimitado a la industria europea. Es fácil de imaginar que una industria naciente, frente a mercados enormes e ilimitados, iba a exigir también la ilimitación de la producción. Derribáronse, pues, las antiguas barreras aduaneras que se oponían a la libre circulación, los reglamentos que limitaban la producción y las disciplinas morales y políticas que contenían las iniciativas privadas. El mercado ilimitado ofrecía, pues, una condición material propicia a la concepción liberal que se había hecho Rousseau de la economía. El incremento de la especulación de la alta finanza, representada como caso típico por la Maison Rothschild, a la vez que acelerará con el crédito la capacidad de la máquina y la ilimitación del mercado, proporcionará una condición propicia al instinto del lucro que estaba abierto en el hombre desde la Reforma Protestante. Las condiciones materiales del mundo se ajustan a sus condiciones formales. Todo está preparado, a fines del siglo XVIII, para que surja el capitalismo liberal”. MEINVIELLE, *op. cit.*, pp. 20-22.

⁶⁵ *Op. cit.*, pp. 24-25.

asegurar el bienestar de la sociedad en su conjunto, el bienestar económico del género humano⁶⁶.

La contraposición entre capitalismo y cristianismo parece evidente. El autor lo resalta con una bella imagen:

“Afanos por enriqueceros, dice el Capitalismo, que sólo eso cuenta. ‘No os acongojéis –dice en cambio la Sabiduría Eterna– por el cuidado de hallar qué comer para sustentar vuestra vida o de dónde sacaréis vestidos para cubrir vuestro cuerpo. Mirad las aves del cielo, no siembran ni tienen graneros, y vuestro Padre celestial las alimenta. Mirad los lirios del campo [...]. (Luc. XII, 22-31). El Capitalismo anda afanoso, acumulando para el mañana. Jesucristo en cambio nos dice: ‘No andéis acongojados por el día de mañana’ [...] Palabras de Jesucristo, que no son consejos piadosos. Expresan la ley de la vida económica. La economía debe pensar ante todo en las necesidades del presente. Se debe producir hoy lo que reclama el consumo de hoy”⁶⁷.

Y, para el futuro, se entiende, basta la prudencia de la previsión, no la lógica avara de la acumulación.

Se podrá objetar que, al fin y al cabo, si el ser humano participa del enorme bienestar material que le ofrece el capitalismo, debiera sentirse satisfecho con el sistema. Lo que abunda no daña. Hay que comprender, sin embargo, que la crítica que desliza Julio Meinvielle va dirigida a la “forma” del capitalismo, y solo a su materia en cuanto ha sido trastornada por aquella. El problema del capitalismo no radica en la propiedad privada, la libre iniciativa económica, el mercado o en la producción eficaz de bienes y servicios, todo rectamente entendido. El problema se produce porque la “forma” del capitalismo desenvuelve un proceso económico sin sabiduría, a una velocidad que no es humana, con mecanismos que tampoco son propios del hombre, y que le someten a finalidades maquinales, extrínsecas, perjudiciales. Es por eso que el capitalismo acarrea consecuencias “antieconómicas” a todos los agentes que participan en él.

La “forma” del capitalismo altera la lógica de una economía sana, al fundar su desenvolvimiento en la avaricia⁶⁸. No produce para consumir,

⁶⁶ Precisa el autor que en el periodo de no saturación, el capitalismo debe impulsar la producción, y ahí le es más conveniente no asegurar el justo salario para disponer de más riqueza productiva. Cuando alcanza la saturación, en cambio, debe frenar con violencia la producción, con la consecuencia de la forzosa desocupación. Por un lado, una enorme riqueza, capaz de alimentar, vestir y divertir a todo el género humano y, por otro, una inmensa multitud que no tiene los medios suficientes de adquisición. MEINVIELLE, *op. cit.*, pp. 25-27.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 28.

⁶⁸ “Hay una perversidad esencial en el capitalismo, cualquiera sea su especie, pues es éste un sistema fundado sobre un vicio capital llamado avaricia. Busca el acrecentamiento sin

sino a la inversa, consume para producir y produce para lucrar. La finanza regula la producción, y la producción regula el consumo. Esto trae consecuencias humanas desoladoras:

“La avaricia, como todo instinto vicioso, es ególatra. Glorifica una tendencia del *individuo*; del individuo, digo y no del hombre, para subrayar el aspecto material, es decir exigido por la materia cuantitativa, de todo instinto vicioso. Si es una tendencia del individuo, es material; si material, tiende a la dispersión a la desintegración, al desatamiento de vínculos que unen y protegen. De aquí que el capitalismo sea un régimen de desatamiento, de dispersión, de individuos que se desintegran como átomos y que se entregan a la concurrencia desenfadada”⁶⁹.

Las críticas al “espíritu” del capitalismo no empujan a Julio Meinvielle hacia el socialismo. Al contrario, sostiene que este es: “Es la glorificación o sistematización de la envidia de la riqueza”; “un supercapitalismo que ha cambiado de amo” y que produce “una inmensa multitud famélica condenada a la servidumbre”⁷⁰. Tanto más el comunismo, que representa la última decadencia de la civilización. Si la Revolución francesa –La II Revolución– impone la era de la economía, el comunismo –la III Revolución– somete la economía, pero para disolver al ser humano en la nada⁷¹.

límites de las riquezas como si fuese éste un fin en sí, como si su pura posesión constituyese la felicidad del hombre [...] La avaricia consiste en un deseo inmoderado de poseer las cosas exteriores. Precisamente, es esta concupiscencia del lucro la que constituye la esencia de la economía moderna [...] La avaricia engendra, asimismo, como tantas otras hijas, la violencia, la falacia, el perjurio, el fraude y la traición [...] No que la avaricia sólo haya existido en (el capitalismo); siempre ha habido avaros, y [...] Salomón (dice) que al dinero obedecen todas las cosas. Pero nunca como en el capitalismo, este impulso perverso que anida en la carne del hombre se ha organizado en un sistema económico, nadie como ella ha hecho de un pecado una babélica construcción [...]. El capitalismo, dinámico, vertiginoso, insaciable, emplea todos los minutos (‘el tiempo es oro’) para acelerar el lucro, y con él, la producción y el consumo; la vida, es una carrera sin descanso en prosecución del oro; no se busca la riqueza para vivir sino que se vive para enriquecerse”. MEINVIELLE, *op. cit.*, pp. 29, 31-33.

⁶⁹ *Op. cit.*, pp. 192-193.

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 197. A su vez: “el liberalismo económico (es) esencialmente un despotismo burgués del mismo modo que la franca libertad en un jardín de animales es la dominación del tigre”, *op. cit.*, p. 196.

⁷¹ “El comunismo impuesto en Rusia y con ansias locas de extenderse a todos los ámbitos de la tierra, señala la última de las revoluciones posibles en un ciclo cultural. Después de él no es posible sino el caos. Precisemos más detenidamente el carácter del comunismo. El comunista es un hombre a quien se le ha quitado su formalidad sobrenatural, su formalidad natural y su formalidad animal. ¿Qué queda de un hombre a quien se le han quitado esas tres formalidades? Queda una cosa, algo que camina a la nada. Y si el comunismo es en realidad, la deificación de la realidad que tiende a la nada [...] Podría definirse el comunismo como aquel sistema de vida y de cultura que tiende a la resolución del hombre en materia prima, a algo puramente informe, caótico”. MEINVIELLE, *op. cit.*, pp. 243-244.

Quizá conviene decir algunas palabras en un sentido positivo. Julio Meinvielle, interpretando a santo Tomás de Aquino, funda la economía en la virtud de la liberalidad, que enseña el buen uso de los bienes materiales para la debida subsistencia y decoro. La producción de bienes y servicios, y la misma economía financiera, tienen como objetivo satisfacer las necesidades humanas, por lo que todo el proceso está orientado al consumo. Los productos no son “cosas”, sino que “bienes”, precisamente porque están destinados a la utilidad humana. La economía, en todo caso, no debe perder sus dimensiones, su carácter subordinado. Pues la satisfacción de las necesidades de la vida corporal no puede convertirse en un fin en sí mismo, dado que, a su vez, ello está ordenado al provecho de la vida espiritual. En términos católicos, la economía está al servicio del ser humano para que este, asegurada su materialidad, se coloque al servicio de Dios⁷². El capitalismo encierra a la persona en sí misma; una economía sana abre a la persona a la disposición.

Con André Piettre se pueden agregar algunos matices a la tesis de Julio Meinvielle. Este distingue a lo largo de la historia tres etapas, que ve sucediéndose a manera de ciclos: la etapa de la economía subordinada, de la economía independiente, y aún dominante, y, por último, la etapa de la economía sometida al Estado. Como las civilizaciones tienen su cuna en lo sagrado, su primer desenvolvimiento opera con una economía subordinada. Las tradiciones, las normas morales, la religión, las mismas necesidades humanas, regulan la economía. Es lo que André Piettre ve en Grecia, en Roma, en la Cristiandad medieval. Luego, y con lentitud, se produce la independencia de toda regulación trascendente, lo que culmina con la etapa de la economía dominante, donde esta se impone a todas las otras dimensiones de la vida humana. Un fenómeno que también puede verse en Grecia, en Roma, o, dentro del mundo moderno, a partir del Renacimiento. Pero esta falta de contención produce la devastación de los valores humanos no económicos⁷³. La economía decae, y es el momento en que el Estado la somete por completo. Es la etapa del socialismo de Estado y del misticismo social⁷⁴.

A modo de conclusión

Un elemento de definición común recorre a los autores precedentes a la hora de delimitar el “espíritu” del capitalismo, el atributo que le define, el

⁷² MEINVIELLE, *op. cit.*, p. 34.

⁷³ Sobre este último punto, André PIETTRE, *Las tres edades de la economía*, pp. 281-309.

⁷⁴ *Op. cit.*, pp. 21-510.

núcleo conceptual a partir del cual se puede hablar de él. Y es el apetito / tendencia / inclinación de aumentar las riquezas / ganancias / lucro, a partir de una lógica interna, que no es contenida ni regulada por norma trascendente alguna. Es este impulso el que organiza todos los elementos de la economía a fin de orientarla hacia sus objetivos.

Empero, el “espíritu” del capitalismo contemporáneo –el de inicios de la tercera década del siglo XXI– no parece del todo asible. Se trata del capitalismo de la cuarta revolución tecnológica, como algunos le han llamado. Está compuesto por un conjunto de tendencias que, a futuro y al interior del sistema, bien podrían oponerse a otras, de velocidad más lenta, o de inspiración más conservadora. Las tendencias últimas que emergen marcan, de todos modos, un capitalismo que confía en la convergencia de las tecnologías digitales, físicas y biológicas para expandir sus beneficios. Son tendencias que esperan financiar el desarrollo de un mundo de robots integrados en sistemas ciberfísicos⁷⁵.

Por lo que tiene de abandono explícito y definitivo de lo humano, no se vislumbra aún un “espíritu” que justifique este desarrollo sin fuertes controversias. El “gran reinicio” o “gran reseteo” del Foro Económico Mundial que a inicios de 2021 reunió a la élite financiera y tecnológica global, con sus propuestas de planificación planetaria, suscitó amplias contestaciones⁷⁶.

En otro ángulo, desde el año 2020 ha aparecido el denominado capitalismo *woke*, empeñado en imponer a los consumidores ciertas ideologías de la posmodernidad (*Black Radical Theory*, *Gender Perspective*, *ideología indigenista* y *anticolonialismo*, etc.). Estas tendencias, desde horizontes distintos, pero convergentes, podrían preparar el triunfo del “transhumanismo”⁷⁷. Pero como se trata más bien de “imponer” –“tu silencio ofende”– que de “seducir”, no está claro el efecto prospectivo de esta forma de “concientización” ideológica, que transforma a la empresa en un poder político expansivo⁷⁸.

⁷⁵ Sobre la denominada “cuarta revolución industrial”, véase el libro del fundador del Foro Económico Mundial, Klaus SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, pp. 5-157. Más que un estudio en forma, parece un programa.

⁷⁶ El programa de “The Great Reset”, en algunos de sus aspectos, puede encontrarse en la web oficial del Foro Económico Mundial.

⁷⁷ Sobre el “transhumanismo”, Miguel AYUSO (ed.), *¿Transhumanismo o posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo*, pp. 1-194.

⁷⁸ El estudio del capitalismo *woke* recién se desarrolla. Se echa de menos una literatura más reposada sobre el fenómeno. Por el momento, se puede indicar la siguiente bibliografía: Stephen R. SOUKUP, *The Dictatorship of Woke Capital: How Political Correctness Captured Big Business*, pp. 1-170; Vivek RAMASWAMY, *Woke, Inc.: Inside Corporate America's Social Justice Scam*, pp. 1-328; Josh HAWLEY, *The Tyranny of Big Tech*, pp. 1-200; Alan DERSHOWITZ,

De cualquier forma, lo que hace unos años atrás podía ser visto como los efectos más perjudiciales del neocapitalismo –v. gr. sus tendencias corrosivas de los lazos sociales estables⁷⁹– hoy queda superado por el compromiso de los grandes magnates del capitalismo mundial con iniciativas como “el gran reinicio” o el capitalismo *woke*. El tiempo dirá si es un compromiso estable y también dinámico. Es decir, si a su vez, en un proceso de aceleración, el compromiso se vuelve más explícito en favor de los distintos escenarios que preparan el “transhumanismo”, como cabeza de puente de la destrucción ideológica y tecnológica de lo humano. Aún es temprano para discernir el conjunto de todas las variables.

Todo, quizá, por un plato de lentejas.

Bibliografía

- ALTHUSSER, Louis, *Lire le Capital*, Paris, Maspero, 1973, vol. I.
 ALTHUSSER, Louis, *Lire le Capital*, Paris, Maspero, 1969, vol. II.
 ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor. Un panorama crítico. Una visión integral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
 ARON, Raymond, *Las etapas del pensamiento sociológico*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1976, vol. II.
 AYUSO, Miguel (ed.), *¿Transhumanismo o posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo*, Madrid, Marcial Pons, 2019.
 BARANGER, Denis, “Sobre la noción del capitalismo en la obra de Max Weber”, en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 42, n.º 1, Ciudad de México, 1980.
 BELL, Daniel. *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.
 BOLTANSKI, Luc y Eve CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*, Madrid, Akal, 1999.
 BOLTANSKI, Luc & Laurent THÉVENOT, *On Justification. Economies of Worth*, New Jersey, Princeton University Press, 2006.
 COUSIÑO, Carlos, “La jaula de hierro (acerca de Max Weber)”, en *Estudios Públicos*, n.º 17, Santiago, 1991.
 DERSHOWITZ, Alan, *Case Against the New Censorship: Protecting Free Speech from Big Tech, Progressives, and Universities*, New York, Hot Books, 2021.
 FIDANZA, Eduardo, “La jaula de hierro. Cien años después Consideración acerca de una metáfora perdurable”, en *Estudios Sociológicos*, vol. 23, n.º 69, Ciudad de México, 2005.

Case Against the New Censorship: Protecting Free Speech from Big Tech, Progressives, and Universities, pp. 1-192; Michael RECTENWALD, *Beyond Woke*, pp. 1-238.

⁷⁹ ALVEAR, *op. cit.*, pp. 284-292.

- GIL VILLEGAS, Francisco, *Max Weber y la guerra académica de los cien años*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- GONNET, Juan Pablo y Francisco ABRIL, “El concepto de capitalismo en la perspectiva pragmática de Boltanski y Chiapello”, en *Sociológica*, año 33, n.º 94, Ciudad de México, 2018.
- HARVEY, David, *A Companion to Marx's Capital*, London/New York, Verso, 2010.
- HARVEY, David, *A Companion To Marx's Capital*, London/New York, Verso, 2014, vol. II.
- HARVEY, David, *Seventeen Contradictions and The End of Capitalism*, London, Profile Books, 2014.
- HARVEY, David, *The Enigma of Capital: and the Crises of Capitalism*, New York, Oxford University Press, 2010.
- HAWLEY, Josh, *The Tyranny of Big Tech*, Washington D.C., Regnery Publishing, 2021.
- HIRSCHMAN, Albert, *Las pasiones y los intereses. Argumentos políticos del capitalismo antes de su triunfo*, Ciudad de México, FCE, 1978.
- MEINVILLE, Julio, *Concepción católica de la economía*, Buenos Aires, Cursos de Cultura Católica, 1936.
- MITZMAN, Arthur, *Sociology and Estrangement: Three Sociologists of Imperial Germany*, New York, Alfred A. Knopf, 1973.
- PARSONS, Talcott, “Capitalism in Recent German Literature: Sombart and Weber I”, in Peter HAMILTON (ed.), *Max Weber: Critical Assessments*, London, Routledge, 1998, vol. 3.
- PÉREZ FRANCO, María Lilia, “La noción de “espíritu” en las sociologías de Werner Sombart y Max Weber”, en *Sociológica*, año 20, n.º 59, Ciudad de México, 2005.
- PIETTRE, André, *Las tres edades de la economía*, Madrid, Rialp, 1962.
- POVIÑA, Alfredo, “Werner Sombart”, en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 5, n.º 3, México D.F., 1943.
- RAMASWAMY, Vivek, *Woke, Inc.: Inside Corporate America's Social Justice Scam*, New York/Nashville, Center Street, 2021.
- RECTENWALD, Michael, *Beyond Woke*, Nashville, New English Review Press, 2020.
- ROBERTT, Pedro, “El nuevo espíritu del capitalismo: críticas y aportes desde el Sur”, en *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 76, Madrid, 2018.
- SCHWAB, Klaus, *The Fourth Industrial Revolution*, Geneva, World Economic Forum, 2016.
- SIMMEL, Georg, *Filosofía del dinero*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.
- SOMBART, Werner, *El burgués*, Madrid, Alianza Editorial, 1979.
- SOMBART, Werner, *The Jews and Modern capitalism*, Kitchener, Batoche Books, 2001.
- SOUKUP, Stephen R., *The Dictatorship of Woke Capital: How Political Correctness Captured Big Business*, New York/London, Encounter Books, 2021.

- STARK, Rodney, *The Victory of Reason: How Christianity Led to Freedom, Capitalism, and Western Success*, New York, Random House, 2005.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2ª ed.. Ciudad de México, FCE, 1964.
- WEBER, Max, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Berkeley, University of California Press, 1978.
- WEBER, Max, *Historia económica general*, 4ª ed., Ciudad de México, FCE, 1978.
- WEBER, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, Península, 1969.
- WEBER, Max, *Political Writings*, ed. Peter Lassman, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.
- WILHELMSSEN, Frederick, *El problema de Occidente y los cristianos*, Sevilla, Ecesa, 1964.

PÁGINAS WEB

“The Great Reset”. Disponible en www.weforum.org/great-reset/ [fecha de consulta: 5 de junio de 2021].

Siglas y abreviaturas

D.C.	Distrito de Columbia
ed.	editor
etc.	etcétera
FCE	Fondo de Cultura Económica
Fondecyt	Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i>
vol.	volumen
www	World Wide Web

Ensayos

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 19 | 2021

JAIME GUZMÁN Y SU INTERVENCIÓN EN LA COMISIÓN ORTÚZAR EN LA DISCUSIÓN Y APROBACIÓN DEL TEXTO QUE CREA EL LLAMADO “RECURSO DE PROTECCIÓN”

*Eduardo Soto Kloss**

Introducción

Es un hecho indiscutible que la participación de Jaime Guzmán Errázuriz, titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, en la llamada Comisión Ortúzar, fue constante en sus cinco años de existencia y, además, muy importante y relevante, pero creo que exaltar esa relevancia al punto de afirmar que él sería el verdadero autor intelectual de la Constitución vigente, no se sostiene como ha pretendido afirmar cierta izquierda, poco preocupada de la verdad, pero sí de la manipulación ideológica, para denostar el texto de 1980, que ha tenido más de cuarenta años de aplicación y múltiples reformas¹.

* Abogado. Doctor en Derecho (Universidad de París/Sorbonne), Doctor H.C. Universidad de los Andes. Profesor titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile y Universidad Santo Tomás. Exabogado integrante del Tribunal Constitucional (1985-2003).

¹ Tal afirmación no se sostiene si se tiene presente que en las actas de la Comisión Ortúzar quienes más intervienen son los comisionados de mayor experiencia y alcurnia intelectual, como los profesores Alejandro Silva Bascuñán, Enrique Evans de la Cuadra y Sergio Diez Urzúa, todos titulares de la cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, en tanto que Jaime Guzmán era mucho más joven, no tenía las publicaciones de ellos, ni su experiencia docente. Además, Alejandro Silva Bascuñán y Enrique Evans de la Cuadra eran de reconocida filiación demócrata cristiana, habiendo sido este último subsecretario de Justicia del presidente Eduardo Frei Montalva y el primero miembro del Tribunal Supremo de dicho partido.

“Comisión Ortúzar”, del nombre del presidente, Enrique Ortúzar Escobar, de la “Comisión para el estudio y elaboración de un anteproyecto de Nueva Constitución Política del Estado, instituida por decreto supremo/justicia n.º 1064, de 23 de octubre de 1973 (*Diario Oficial* de 12 de septiembre de 1973), del presidente de la Junta de Gobierno, general de Ejército, Augusto Pinochet Ugarte, a un mes y doce días del pronunciamiento del 11 de septiembre de 1973 de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, luego de la Declaración de ilegitimidad del gobierno de Salvador Allende emitida por la Cámara de Diputados el 23 de agosto de 1973 (texto redactado por el senador demócrata cristiano, Patricio Aylwin Azócar).

Como un homenaje a Jaime Guzmán, que hace treinta años (1 de abril de 1991), siendo senador de la república, en plena democracia, fuera vilmente asesinado a la salida del campus oriente de la Universidad Católica de Chile (que hoy lleva su nombre), luego de terminar su clase de Derecho Constitucional en su Facultad de Derecho, por un grupo terrorista de extrema izquierda, me ha parecido útil describir su intervención en la elaboración del texto que terminó siendo el denominado “recurso de protección” (art. 20 de la Constitución/CP), que comenzara a regir en tanto norma jurídica como art. 2.º del DL 1573 (13 de septiembre de 1976) Acta Constitucional n.º 3².

I. Planteamiento, discusión y aprobación

1. Fue en la sesión n.º 20 (20 de diciembre de 1972) de la Cámara de Diputados/Legislatura 1972, que por moción de los diputados Mario Arnello Romo, Sergio Diez Urzúa y otros, se presentó un proyecto de reforma a la Constitución de 1925, agregándose a su art. 11 un inciso 2.º que contenía lo que cuatro años después (DL 1573/13 de septiembre de 1976, art. 2.º) sería el denominado “recurso de protección”. Dicha moción nació de la idea del suscrito de extender la acción constitucional de amparo *habeas corpus* a otros derechos que por aquella época (1970-1973) eran de modo frecuente afectados por el actuar contrario a Derecho del Gobierno y Administración; la exposición de motivos fue elaborada por Jaime Navarrete Barrueto (†), profesor de Derecho Internacional UC y el precepto que se agregaba, por quien esto escribe.

La idea no podía ser más simple: frente a los atropellos gubernamentales que a diario se producían y en distintas áreas de las actividades de las personas, éstas carecían de tutela judicial efectiva dado que los tribunales ordinarios afirmaban su incompetencia para conocer de la antijuridicidad de los actos u omisiones de las autoridades administrativas, fundamentados en una interpretación aberrante del art. 87 de la CP que hacía tiempo había inventado la Corte Suprema (sería competencia de los tribunales

² Digo como “norma jurídica”, ya que su inciso 2.º prescribe que “La Corte Suprema dictará un auto acordado que regule la tramitación de este recurso”.

En la práctica, su efectividad se produjo solo una vez dictado dicho auto acordado el 29 de marzo de 1977, siendo el primer recurso el deducido en la Corte de Apelaciones de Santiago, el caratulado Pittaluga Coleur c/Club Deportivo Magallanes (rol 1-77), asunto laboral, rechazado (30 de junio y 16 de septiembre de 1977) y confirmado por la Corte Suprema (rol 12.657, de 17 de julio y 27 de octubre de 1977); véase Eduardo Soto Kloss, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, pp. 74, 129, 131-312.

administrativos, que no existían); en cambio, los particulares *sí tenían* una acción sencilla, pronta y eficaz frente a los atropellos que sufrieran respecto de su libertad personal, como era la acción constitucional de *habeas corpus*, conocida por las Cortes de Apelaciones.

Si tal era la situación real, la solución aparecía, evidentemente, muy simple: extender el *habeas corpus* a otros derechos, como los que eran afectados por ese actuar contrario a derecho de las autoridades en dicho tiempo³.

El texto propuesto era el siguiente:

“Quien por procedimientos, actos u omisiones arbitrarios o ilegales de las autoridades políticas o administrativas o quienquiera sea perturbado o privado del legítimo ejercicio de sus libertades, bienes, trabajo o derechos garantizados por la Constitución y las leyes, podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para

³ Sobre los atropellos a los derechos fundamentales, véase, por ejemplo, el Acuerdo de la Cámara de Diputados de 23 de agosto de 1973 referenciado en la nota 1. sobre la ilegitimidad del gobierno de Salvador Allende (1970-1973), que de modo bastante pedagógico va enumerando de uno a doce las violaciones al ordenamiento constitucional y en el n.º 10, letras a) a j) la violación de los diversos derechos de las personas, como igualdad ante la ley, libertad de expresión, autonomía universitaria, derecho de reunión, libertad de enseñanza (recuérdese la llamada “ENU”), derecho de propiedad (violado de forma sistemática), detenciones ilegales, libertad sindical y gremial, derechos de los campesinos y trabajadores, y la garantía del derecho a salir del país, todo ello confirmado con ejemplos que se pueden revisar entre otros, en los tres volúmenes de Andrés Echeverría y Luis Frei citado líneas más adelante. El texto del Acuerdo en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 70, primera parte, Sección Derecho, Santiago, 1973, pp. 251-256. Sobre el tema véase, entre otros, Andrés ECHEVERRÍA y Luis FREI, *1970-1973 La lucha por la juridicidad en Chile*; Arturo CASTILLO VICENCIO (ed.), *La verdad olvidada del terrorismo en Chile 1968-1986*, en especial pp. 62-82; una bibliografía más amplia en Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, pp. 674-675 nota 3 y pp. 675-676 nota 5. Sobre la monstruosa negación de los tribunales de justicia para conocer de la nulidad de los actos de la Administración, posición que venía de antes, véanse Eduardo SOTO KLOSS, “La competencia contencioso-administrativa de los tribunales ordinarios de justicia”, pp. 761-768 y “Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia”, pp. 233-249. Sobre las fatídicas requisiciones de industrias (propriadamente “confiscaciones”, o simples “delitos de usurpación de inmuebles”), véase Eduardo SOTO KLOSS, “Vigencia de las normas requisitorias de industria y análisis de su aplicación”, pp. 178-207, “Sobre la legalidad de la requisición de industrias”, pp. 61-80 y “La requisición de industrias en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, ¿una hipóstasis jurídica?”, pp. 233-260. Sobre el latrocinio de la reforma agraria, comenzada en el gobierno de Eduardo Frei Montalva/1968, cuyo subsecretario de Agricultura, Felipe Amunátegui Stewart, describiera años más tarde como “una verdadera locura”, véase José GARRIDO ROJAS (ed.), *Historia de la reforma agraria en Chile*; también, Angela COUSIÑO V. y María Angélica OVALLE G., *La reforma agraria chilena. Testimonios de sus protagonistas*.

restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de las acciones que se ejerciten ante los tribunales correspondientes La Corte Suprema acordará lo necesario para la rapidez y eficacia de este procedimiento y del señalado en el artículo 16, los que estarán exentos de todo tributo”.

Como dicho proyecto no tuviera mayor desarrollo en el Congreso, fue retomado luego de las elecciones parlamentarias de marzo 1973, por el, en ese momento, senador Sergio Diez Urzúa junto con el senador Sergio Onofre Jarpa, y presentado ante el Senado en la legislatura de 1973; tampoco este proyecto tuvo mayor tramitación. Sin embargo, luego del 11 de septiembre de 1973 y la creación de la Comisión Ortúzar referida, fue retomada la idea de inmediato para ser tratada en el Anteproyecto que se elaboraría; y es que en dicha Comisión se encontraba, precisamente, como miembro Sergior Diez Urzúa, que había estado presente en ambas iniciativas referidas.

Tan es así, que en el primer documento que emite la indicada Comisión, “Metas y objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República” (26 de septiembre de 1973), su parágrafo 2 (derechos humanos) inciso final, establece:

“Como instrumento esencial para la adecuada protección de los derechos humanos, la Constitución chilena establecerá mecanismos expeditos para prestar eficaz e inmediato amparo al afectado en todos los casos en que una garantía de libertad o un derecho esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones arbitrarios de una autoridad o particulares”⁴.

Ello se plasmará de manera expresa en el DL 1573/76, cuyo considerando 10.º señala con tanta certeza, lo siguiente:

“Que por muy perfecta que sea una declaración de derechos, éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su debida protección. Uno de los más trascendentales lo constituye la creación de un nuevo recurso de protección de los derechos humanos en general con lo cual el resguardo jurídico no queda sólo limitado al derecho a la libertad personal y el recurso de amparo, sino que se extiende a aquellos derechos cuya naturaleza lo permita”.

Así es como dicha acta constitucional n.º 3 (13 de septiembre de 1976) en su art. 2.º establecerá lo que será llamado, en la práctica, “recurso de protección”, y que no es otra cosa que una acción constitucional de

⁴ Se podrá advertir que se ha tomado en cuenta precisamente el texto del proyecto de 1972.

amparo general referida a los derechos fundamentales que permiten su aplicación.

2. Son las sesiones 213 (20 de mayo de 1976), 214 (25 de mayo de 1976), 215 (26 de mayo de 1976) y 216 (27 de mayo de 1976), de la Comisión Ortúzar las que se dedicaron a plantear, discutir y aprobar esta acción de amparo general, que, sin duda alguna:

- a) Dio un aire fresco a la tutela de los derechos fundamentales en Chile, tema enrarecido desde hacía años, o usando una metáfora evangélica (siempre más bella y profunda), se convirtió en una luz resplandeciente en medio de las tinieblas que habían oscurecido el tema bajo la Constitución de 1925,
- b) Brindó aplicación efectiva a la Constitución, norma jurídica base del ordenamiento y
- c) Concretó a diario la sujeción a derecho de todos los órganos del Estado, pero especialmente a los órganos de su Administración, que son los que día a día tiene relación estrecha con las personas que conforman la comunidad nacional.

De las sesiones mencionadas aparece con claridad que quienes llevaron la voz cantante fueron los comisionados Enrique Evans de la Cuadra y Alejandro Silva Bascañán, profesores ambos de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile y colegas de cátedra de Jaime Guzmán, mucho más joven. Si bien debe reconocerse que este, con su particular característica de ser un hombre práctico en esencia, interesado en que las cosas funcionaran, sin enredarse en discusiones teóricas, tuvo una participación bastante importante en cuanto a que este instrumento de protección tuviera un verdadero efecto en la realidad como garantía y amparo de los derechos de las personas ante la ilegalidad del actuar de la Administración.

3. Ya en la sesión 213, el presidente Enrique Ortúzar propone para discutir en la sesión siguiente (214) el texto que no es sino el del proyecto de 1973, de los senadores Diez y Jarpa, y que no es sino el de 1972 presentado por los diputados Arnello, Diez y otros, texto que al efecto lee el comisionado Evans⁵.

En la sesión 214 concurren los comisionados Evans, Guzmán, Lorca y Silva Bascañán, y está invitado el ministro de Justicia, Miguel Schweitzer S. En ella, se trata en su segunda parte lo que el acta expresa como "Ampliación del recurso de amparo".

⁵ Para no repetir presidente o comisionado, me permito indicar solo el apellido, sin que ello suponga desmerecer el trato que se merecen y, especialmente, por la gran labor desarrollada.

En esta sesión son Evans y Silva B. quienes llevan la “pauta” y discurren libremente sobre diversos temas que les suscita la lectura del proyecto, pudiendo mencionarse entre ellos, la inserción de esta acción constitucional en el ordenamiento procesal, como también la congruencia que pudiera tener con los tribunales administrativos (que aún penaba a algunos); aquí Evans para referirse a esta acción la denomina “recurso de protección”. Por su parte, Ortúzar plantea la conveniencia de establecer esta acción a fin de proteger de modo efectivo los derechos de las personas frente al abuso de poder de la Administración, lo mismo que sostiene Lorca.

Guzmán plantea con alto grado de certeza que este tipo de acciones:

“Sólo pueden ser establecidas para ciertos derechos que, también por su naturaleza, sean susceptibles de ser protegidos por recursos semejantes”.

Agrega que en tal sentido:

“Deben quedar excluidos todos los que se llaman ‘derechos sociales’ o cuya atención en forma suficiente depende de alguna manera de la capacidad financiera del Estado”.

También, en este punto, estima que este amparo “se refiera a derechos que se enumeren explícitamente y no a un modo abierto o genérico de derechos”. Además, expresa su preocupación por su aplicación práctica ante los tribunales, o sea, su procedimiento y quién debería regularlo, si el propio constituyente y determinar lo que se exige de ellos y cuál sería su marco de acción o, bien, el tribunal por medio de autos acordados, y luego sean las decisiones de los jueces las que vayan sentando jurisprudencia sobre ello.

Ortúzar hace presente que lo que se tiene en vista es una acción cuyo procedimiento debe ser “rápido y eficaz” y, además, “suficientemente preciso” para que el tribunal adopte las medidas que sean necesarias.

Al intervenir el ministro de Justicia, Schweitzer, observa que este recurso de amparo debe tener presente –al igual que lo tiene el auto acordado de 1932 respecto del *habeas corpus*– no solo lo referente a la protección de los derechos del amparado, sino, también, “la sanción del abuso” que lo ha agraviado. Asimismo, sostiene que este amparo debe incidir en la protección de “ciertas y determinadas garantías” y no tener un carácter general.

En otro aspecto, Guzmán plantea si no sería útil colocar el artículo que consagre este amparo en la disposición ya aprobada que reconoce como derecho fundamental “la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”. Así, este amparo especificaría esa garantía para “determinados derechos que se podrían enumerar”, a lo que seguiría lo establecido respecto del *habeas corpus*.

Resulta de interés anotar una reflexión de Evans en el sentido de que debe evitarse que un tribunal:

“Se excuse de proteger un derecho a pretexto que no hay ley complementaria de la Constitución o procedimiento o auto acordado que reglamente la materia”.

Ortúzar resume lo abordado diciendo que hay acuerdo:

“En la necesidad de establecer, al margen del habeas corpus, un recurso de amparo o protección para determinados derechos y garantías que se precisarán”.

Añade que le gustaría que se bastara a sí mismo la preceptiva constitucional que se apruebe:

“Porque ya se sabe lo que significa dejar entregada a la ley determinada materia y no se dicta la disposición legal y el precepto queda sólo como una mera declaración programática”⁶.

Igualmente ha habido acuerdo que este recurso:

“Puede ejercerse respecto de cualquier acto u omisión arbitrario o ilegal, sea de la autoridad política o administrativa o de quienquiera”, “cualquiera que sea el origen de la perturbación o de la prohibición”.

Aquí merece indicarse la intervención de Guzmán haciendo presente que a diferencia del derecho fundamental a “la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”⁷, precepto que tiene por misión dotar a los tribunales de poder suficiente para adoptar las medidas necesarias que protejan el derecho agraviado, los llamados “derechos sociales” no caben dentro de esa categoría por la imposibilidad de que el juez adopte medidas prácticas de amparo. De allí que este recurso que ahora analizo debe estar dirigido al otro tipo de derechos, es decir, aquellos:

“Que pueden ser obstaculizados por una acción positiva o una omisión culpable de un tercero o de una autoridad, omisión que sea fácilmente subsanable, removiendo simplemente el obstáculo”.

⁶ Conocidos de sobra son los ejemplos de los arts. 87 y 20 de la Constitución de 1925 que llevaron al absurdo de la “inmunidad” jurisdiccional de la Administración frente a sus actos u omisiones contrarios a derecho, y a la imposibilidad de perseguir la responsabilidad del Estado por las detenciones ilegales y procesamientos injustos (absueltos o sobreseídos) a fin de ser indemnizados por los perjuicios en efecto sufridos, por lo cual; puede ser útil SOTO, “La competencia contencioso-administrativa...”, *op. cit.*

⁷ Actualmente es el art. 19 n.º 3 inciso 1.º de la Constitución.

4. En la sesión 215 (26 de mayo de 1976) Guzmán pregunta si en el precepto en análisis se comprenden, además de las personas naturales, solo las personas jurídicas y no las personas morales que carecen de entidad jurídica, en lo que dice referencia, *v. gr.*, al derecho de reunión. Responde Evans que entiende que al decirse “El que por causa...” se elimina el problema⁸. Guzmán indica que no se está refiriendo a los términos o redacción sino a la idea misma, teniendo en cuenta que el anteproyecto reconoce la autonomía de los grupos intermedios, a lo que Ortúzar expresa que “no hay inconveniente alguno en dejar constancia en el Acta de su alcance o interpretación”, ya que “es evidente que el precepto favorece o resguarda los derechos no sólo de una persona natural sino también de un grupo de personas naturales”.

Ante la idea de Silva B. de admitir este recurso de amparo respecto de todos los derechos, sostiene Guzmán que con tal amplitud se termina debilitando este medio procesal porque por su naturaleza propia sería inaplicable a todos los derechos, lo que al final puede conducir a que los tribunales se excusen de aplicarlo y, en último término, “la ampliación revertiría en contra del propósito del autor”.

Al especificarse los derechos que serían susceptibles de ser amparados por este recurso, Guzmán es partidario que se enuncien por el número y el inciso correspondiente, pues no es necesario que se incluya todo el número⁹.

Al enunciarse los diversos derechos y libertades, Guzmán señala la necesidad de agregar “la libertad de opinión” que no ha sido considerada hasta ese momento, lo que es aceptado y así se acuerda. También plantea que si es procedente el amparo para el “derecho de reunión” también lo debe ser respecto del “derecho de asociación”¹⁰.

A raíz de la proposición de Ortúzar, de incluir en este amparo el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, observa Guzmán que en este caso hay otros procedimientos señalando:

“Por su naturaleza propia es un derecho que cuesta bastante precisar su contenido (pues) es una aspiración que estará ligada necesariamente a

⁸ Lo que el texto original resolvía todo el problema sobre el sujeto pasivo del agravio (recurrente de protección) con el término ‘quienquiera’.

⁹ Como ocurre *v. gr.*, en la referencia al art. 19 n.º 3 inciso 5.º, 9.º inciso final y 16 inciso 4.º.

¹⁰ Aunque no aparece en el acta de sesiones, estaban aún bien frescos los intentos del gobierno marxista 1970-1973, de cancelar la personalidad jurídica a entidades como colegios profesionales (recuérdese el caso del Colegio de Abogados, cuyo presidente era Alejandro Silva Bascañan, aquí miembro de la Comisión), que se oponían a sus arbitrariedades, o entidades como la Sofofa. Véase en el Acuerdo del 23 de agosto de 1973 su n.º 10 letras e), h) e i).

muchas circunstancias de tipo social, muy difícil de solucionar para el legislador”.

Aquí Evans señala que es conveniente que este amparo, para que sea efectivo, no cabe que proceda respecto de todos “los derechos por resultar no practicable su pretensión por este medio sino por otros medios jurídicos que sean realmente efectivos¹¹.”

Respecto de la libertad de trabajo y ante una consulta de Evans, explica Guzmán que la libertad de afiliación sindical se incluye aquí y no en el derecho a sindicalizarse, porque “es una limitación a la libertad de trabajo”, señalando que al exigirse a un trabajador afiliarse a una determinada entidad sindical para desarrollar un trabajo, en la práctica se le está coartando dicha libertad al no poder hacerlo si no se afilia.

En cuanto al derecho de propiedad expresa Guzmán:

“La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes” “debería incorporarse de manera que aparezca vinculado con el derecho de propiedad pues sería muy raro que aparezca al final”.

Al discutirse el derecho de acceso a la justicia y a la protección judicial de todos los derechos, entiende Guzmán que lo primero sería inútil dado lo dicho en lo segundo.

Ya al final de la sesión y ante el parecer de Evans, que plantea que este recurso no puede ser procedente respecto de “todas aquellas garantías cuya concreción depende de prestaciones que debe otorgar el Estado, por su naturaleza”, lo que aparece como “un criterio claro”, Guzmán –que coincide en la idea– recuerda que más que “derechos” propiamente tales, son “pretensiones sociales” como las llama Carl Schmitt.

¹¹ Sobre el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, y a pesar de la oposición de algunos comisionados, entre ellos Evans y Guzmán, por las razones que se han indicado, se advertirá que el acta constitucional n.º 3 (DL 1552/13 de septiembre de 1976) sí lo reconoce en su n.º 18 expresamente y agrega: “Es deber del Estado velar por que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza” (inciso 1.º). La Constitución misma lo reconocerá del mismo modo en su art. 19 n.º 8, pero ya en la discusión posterior a 1976, se precisará el modo de su protección jurisdiccional, en el inciso 2.º del art. 20 que contempla este amparo general. No está de más recordar que su protección ha tenido una intensa práctica en los tribunales y respecto de los más variados aspectos en que puede producirse contaminación del ambiente, tales como contaminación atmosférica (smog), acústica, de aguas, del espacio (por letreros y luminarias), de olores pestíferos o nauseabundos, etc. La regulación de este inciso 2.º ha sido modificada por la ley de reforma constitucional 2050/26 de agosto de 2005; sobre esta modificación puede ser de interés Eduardo SOTO KLOSS, “Acto u omisión ilegal en el artículo 20 inciso 2º de la Constitución ¿una reforma inútil?”, pp. 171-170, también en *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 746-751; sobre el derecho mismo, pueden verse pp. 739-745.

En otro aspecto, con motivo de una observación de Silva B. en cuanto al beneficiario de este recurso de amparo general, entiende Guzmán que puede recurrir por este medio procesal solo quien “sufre un menoscabo o una amenaza”, o sea, “alguna persona determinada”.

5. La sesión 216 (27 de mayo de 1976) comienza con la lectura del texto aprobado de lo que llamaron “recurso de protección”, acción constitucional de amparo general respecto de los derechos y garantías que reconoce y consagra, en cada caso, la Carta Fundamental.

En lo que concierne a la frase final del proyecto aprobado, Silva B. hace presente que sería mejor decir “sin perjuicio de las peticiones y acciones que corresponda” a lo que Guzmán señala:

“El sentido de acción ha de comprenderse en sentido ‘genérico’ y que se interpongan ante los tribunales ya que lo que se quiere aclarar es que esta acción es sin perjuicio de otras acciones que puedan proceder”.

Ortúzar está de acuerdo con lo planteado por Guzmán y entiende que “es indispensable” hacer la aclaración, desde que “este recurso es sin perjuicio de las demás acciones que puedan existir”, y propone que el texto diga “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales”, desde que en el término “derechos” se incluye el derecho de petición, acciones, gestiones etc., lo cual es acordado.

Conclusiones

Luego de exponer esta reseña, no cabe duda de que la intervención del comisionado, Jaime Guzmán Errázuriz en las sesiones en las que la Comisión Ortúzar trató de la acción de amparo general, llamado recurso de protección, fue constante, de importancia y yo diría relevante. Lo anterior, debido a que en materias claves lo planteado por él aclaró el texto propuesto, precisó ideas fundamentales –como que no todos los derechos que la Constitución reconocía eran susceptibles de ser protegidos por esta vía procesal– y contribuyó a que algunos, como la libertad de opinión o expresión y el derecho de asociación, fueran incluidos en el listado de procedencia. Además, insistió en que esta acción constitucional tuviera en la realidad un efecto práctico como medio de protección de los derechos que amparara, siendo muy relevante su idea de que pudiera ser regulada su tramitación por los tribunales, Corte Suprema, y a través de la jurisprudencia que se fuera sentando, lo que precisamente fue aconteciendo a través de ya cuarenta años de aplicación ininterrumpida.

Bibliografía

- CASTILLO VICENCIO, Arturo (ed.), *La verdad olvidada del terrorismo en Chile 1968-1986*, Santiago, Editorial Maye Ltda. 2007.
- COUSIÑO V. Angela y María Angélica OVALLE G., *La reforma agraria chilena. Testimonios de sus protagonistas*, Santiago, Editorial Memoriter Ltda., 2013.
- ECHEVERRÍA, Andrés, Luis FREI, 1970-1973 *La lucha por la juridicidad en Chile*, Santiago, Editorial del Pacífico, 1974, 3 vols.
- GARRIDO ROJAS, José (ed.), *Historia de la reforma agraria en Chile*, Santiago, Editorial Universitaria, 1988.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Acto u omisión ilegal en el artículo 20 inciso 2° de la Constitución ¿una reforma inútil?”, en *Actualidad Jurídica*, n.° 15, Santiago, 2007.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 3ª ed., Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters,. 2012.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La competencia contencioso-administrativa de los tribunales ordinarios de justicia”, en Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 3ª ed., Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters,. 2012.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “*La requisición de industrias en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, ¿una hipóstasis jurídica?*”, en *Estudios Jurídicos*, vol. 2, n.° 1/2, Santiago, 1973.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia”, en *Revista de Derecho Público*, n.° 21/22, Santiago, 1977.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Sobre la legalidad de la requisición de industrias”, en *Revista de Derecho Público*, n.° 13, Santiago, 1972.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Vigencia de las normas requisitorias de industria y análisis de su aplicación”, en *Estudios Jurídicos*, vol. 1, n.° 2, Santiago, 1972

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
c/	con
CP	Constitución política
DL	decreto ley
ed.	editor <i>a veces</i> edición
ENU	Escuela Nacional Unificada
etc.	etcétera
Ltda.	limitada

n.º número
pp. páginas
Sofofa Sociedad de Fomento Fabril
UC Universidad Católica
v. gr. *verbi gratia*
vols. volúmenes

EXCEPCIONALIDAD DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Dayna Esmeralda Monroy*
Carlos Manuel Rosales**

“Un hombre no puede ser llamado culpable antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la protección pública sino cuando se haya decidido que violó los pactos con los que aquella protección le fue acordada”¹.

En estos días, mucho se discute sobre el abuso del PPI. Sin embargo, poco se observa que este espacio ha sido reducido por diversas políticas, argumentando diferentes motivos y justificando galimatías, para que este principio sea relativizado en cada caso; lo que ha minado su validez, vigencia e, incluso, su existencia.

El PPI como principio normativo nació como un beneficio para el justiciable, ya que muchas veces se le sentenciaba con pruebas mínimas, como la confesional, de lo que se deduciría que los procesos se conducían bajo otro principio, el de culpabilidad. En él, la carga probatoria le correspondía al acusado, quien debía demostrar su no culpabilidad. En dicho proceso, el acusador sostenía una ventaja sobre el procesado, dejando el derecho de armas de las partes en desequilibrio.

La figura jurídica del PPI se observa de manera moderna con el cambio del absolutismo al Estado moderno². Desde allí, se garantiza a todo ciudadano la presunción de no haber cometido el delito del que se le acusare, lo cual ponía un freno al contrapeso del abuso de la autoridad³.

Ahora, se trasladaba la responsabilidad al fiscal o la parte acusadora, quien debía demostrar que esa persona no era inocente. Por lo que esta transformación permitió ya generar propiamente un proceso equilibrado

* Licenciada en Derecho y Maestra en Derecho por la UNAM. Actualmente secretaria proyectista en el Tribunal Electoral de la Ciudad de México.

** Licenciado en Derecho por la UNAM, Diplomado en Estado de Derecho por la Universidad de Heidelberg. Magíster y Doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Investigador y profesor del CIDE. Correo electrónico: cmr268@yahoo.com

¹ César BECCARIA, *De los delitos y las penas*, p. 60.

² James BRADLEY THAYER, “The Presumption of Innocence in Criminal Cases”, pp. 185, 190.

³ Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 454.

para valorar las pretensiones del afectado, además de instaurar el ejercicio racional del juzgador y de valorar como es debido las evidencias exhibidas durante el juicio, convirtiendo estos en los elementos para considerar la culpabilidad o no de la persona.

Con el transcurso del tiempo, se ha dado la evolución de las ciencias jurídicas, lo que ha permitido reevaluar la utilidad de las instituciones, y en su caso, mejorarlas en beneficio de la sociedad. En el caso del PPI, los grupos políticos en el poder han llegado a considerar que este principio es un estándar muy difícil de demeritar y que hay ciertos delitos que por su naturaleza deben ser considerados y tratados de diferente manera, aunque eso signifique que sea reducido y se relativice su valor sustantivo. Ahora existe un catálogo de delitos (que en la doctrina se consideran como parte del derecho penal del enemigo), que consideran sobreponer el bien social sobre el PPI, pues se estimaba de manera absoluta como presuntamente inocente al procesado, por lo que se ha llegado a cuestionar esta figura relativizando este principio (dependiendo el delito y la persona que lo cometió, variables que antes no eran consideradas, generando excepciones que cuestionan el PPI).

El presente trabajo indagará cuál es el contexto y la justificación de las excepciones al PPI, y si estas corrompen su propia naturaleza o si, al contrario, se explican y validan por su utilidad social⁴.

La metodología de la presente investigación presentará, en primer lugar, un estudio descriptivo del PPI. Posteriormente, se estudiará cómo ha sido positivado, y la existencia de ciertos casos de excepcionalidad para este principio, anotando porqué se consideró que debían existir estos límites normativos. En el siguiente apartado, se desentrañará la naturaleza de los derechos humanos, para revisar este principio desde la perspectiva del TEDH. Para finalizar, se exhibirá un conjunto de conclusiones y propuestas que tienen como objetivo no solo resumir sus puntos fundamentales y vitales, sino cuestionar la validez y la existencia del sistema de excepciones al mismo.

Esta investigación se propone hacer una deconstrucción general del PPI; pues al reconocer sus componentes, se comprenderán sus funciones y objetivos, con la finalidad de notar cómo han surgido y validado las excepciones normativas y jurisdiccionales al mismo. Empero, estas excepciones permiten observar que este principio no es un dogma, sino que la relatividad del uso de excepciones, tienen relación directa con el contexto de cada Estado.

⁴ Véase AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Juicios justos. Manual de amnistía internacional*, capítulo XV.

La evolución y el dinamismo de la ciencia jurídica debe estar de la mano con lo que requiere la sociedad. Sin embargo, eso también significa que se deben cuestionar y reevaluar ciertas instituciones. Pero ¿valdrá la pena que los principios que forman las garantías y derechos, se vean limitados por el bien general o la utilidad del grupo político en el poder?

I. Deconstrucción del PPI

En este primer espacio se observarán los componentes, concepto, naturaleza, e instrumentación del PPI, para que se comprenda su valor en la impartición de justicia y en el sistema democrático⁵.

1. CONCEPTO

Lo primero que se debe descubrir es el significado del concepto ‘inocencia’. El clásico diccionario *Black’s Law* considera: “Innocence, The absence of guilt; esp., freedom from guilt for a particular offense”⁶. Por lo que señala que se es inocente en el caso de que haya ausencia de culpa, asimismo, advierte que debe existir un proceso que determine y decrete que se está libre de culpabilidad. Ahora bien, ¿qué se entiende por “culpabilidad”? El mismo texto manifiesta: “Guilty, n. 1. A plea of a criminal defendant who does not contest the charges. 2. A jury verdict convicting the defendant of the crime charged”⁷. Por lo que es una declaración del acusado de la causa que se le imputa y, por el otro lado, como el resultado de un proceso y del veredicto de un jurado⁸.

Pero más allá de la concepción legal, el término de inocencia no se debe equipar con el de “no culpable”. Las interpretaciones pueden ser en distintas áreas como la moral o la religiosa. Ahora, un sentido en que se considera que una persona es inocente, es porque la parte acusadora no pudo desvirtuar dicho principio.

“Innocent A term that is often mistakenly equated to a plea of ‘not guilty’. Innocence is not a legal term, but rather a philosophical, moral, or religious expression of non responsibility. By contrast, a not guilty plea

⁵ En el caso *Shannon Nelson vs. Colorado*, se cita el origen del PPI: “The presumption of innocence can definitively be traced back to antiquity and the ancient Roman maxim, *de quolibet homine presumitur quod sit bonus homo donec probetur in contrarium*, meaning: each person may be presumed to be a good man, until the contrary is proved”.

⁶ Bryan A. GARNER, *Black’s Law Dictionary*, p. 859.

⁷ *Op. cit.*, p. 776.

⁸ Nicholas SCURICH, “Jurors’ Presumption of Innocence”, pp. 187-206.

simply means that the defendant is demanding that the prosecutor prove every part of the charged crime beyond a reasonable doubt. Many defendants who plead (and are found by the jury to be) not guilty are probably not innocent under any reasonable understanding of that term. Instead, the prosecutor may have simply failed to produce enough compelling evidence, failing to convince the jury beyond a reasonable doubt”⁹.

Más allá de estas acepciones, se debe analizar el concepto de “inocencia” desde el sentido jurídico:

“Legal innocence. Criminal law. The absence of one or more procedural or legal bases to support the sentence given to a defendant. - In the context of a petition for writ of habeas corpus or other attack on the sentence, legal innocence is often contrasted with actual innocence. Actual innocence, which focuses on the facts underlying the sentence, can sometimes be used to obtain relief from the death penalty based on trial-court errors that were not objected to at trial, even if the petitioner cannot meet the elements of the cause-and-prejudice rule. But legal innocence, which focuses on the applicable law and procedure, is not as readily available. Inadvertence or a poor trial strategy resulting in the defendant’s failure to assert an established legal principle will not ordinarily be sufficient to satisfy the cause-and-prejudice rule or to establish the right to an exception from that rule”¹⁰.

Aquí ya se ponen otros temas a consideración como el haber llevado un proceso justo y que los errores o abusos en dicho proceso pueden declarar a una persona como no inocente. Es primordial mencionar que una estrategia pobre o mal lograda no satisface que la persona pueda ser considerada inocente.

Por lo que respecta a la presunción de inocencia, el *Black’s Law Dictionary* menciona:

“Presumption of innocence. Criminal law. The fundamental principle that a person may not be convicted of a crime unless the government proves guilt beyond a reasonable doubt, without any burden placed on the accused to prove innocence”¹¹.

En que se debe probar plenamente la culpabilidad del acusado, sin dejar ningún vestigio de duda por parte de la autoridad, de lo contrario se deja un espacio para que se considere su no culpabilidad, y se conserve su presunción de inocencia.

⁹ Gerald N. HILL, *Nolo’s plain dictionary*, p. 220.

¹⁰ GARNER, *op. cit.*, p. 859.

¹¹ *Op. cit.*, p.1306.

Por lo que según Brandon Garrett¹², un individuo solo será inocente hasta que haya una determinación judicial, esto significa que la labor de la fiscalía no fue suficiente para que la autoridad estuviera de acuerdo en el planteamiento de que la persona era culpable.

“Presumption of innocence. A basic tenet of criminal law that a person is to be presumed to be innocent until he is proven guilty beyond a reasonable doubt. The burden of proving the person guilty falls completely on the justice system, with the accused bearing no burden of proving his or her innocence. The presumption of innocence is not a determination of innocence, but rather a placing of the burden of proof entirely upon the justice system”¹³.

En una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, se consideró que una parte de la doctrina discurre sobre la presunción de inocencia como un “principio fundamental de civilidad” o, en todo caso, como el producto de una opción garantista a favor de la protección de la inmunidad de los inocentes, incluso al costo de la impunidad de un culpable¹⁴.

En otros términos, se trata de una presunción *iuris tantum*, esto significa que un hecho se considera cierto, en tanto no se demuestre lo contrario¹⁵.

2. FUNCIÓN

El PPI tiene dos funciones primordiales. La primera es informar a la persona acusada que hay un proceso contra ella, y que hasta que no haya un juicio, será conservada esa clasificación¹⁶.

“A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el derecho fundamental a la presunción de inocencia como regla de trato, en su vertiente extraprocesal, debe ser entendido como el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina, por ende, el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza. Asimismo, es necesario señalar que la violación a esta vertiente de la presunción de inocencia puede emanar de cualquier agente del Estado, especialmente de las autoridades policiales. Dada la trascendencia de una acusación en materia penal, la Constitución otorga

¹² Brandon GARRETT, “The Myth of the Presumption of Innocence”, p. 179 ss.

¹³ *Webster's Law Dictionary*, p. 205.

¹⁴ Sentencia T-331/07.

¹⁵ Véase Enrique PÉREZ PEDRERO, *La presunción de inocencia*.

¹⁶ Miguel Ángel AGUILAR, *Presunción de inocencia*, p. 250.

al imputado una serie de derechos fundamentales a fin de garantizar que se efectúe un juicio justo en su contra, sin embargo, de nada sirven estos derechos cuando las autoridades encargadas de investigar el delito realizan diversas acciones que tienen como finalidad exponer públicamente a alguien como responsable del hecho delictivo. Frente a estas acciones se corre el enorme riesgo de condenar al denunciado antes de tiempo, ya que el centro de gravedad que corresponde al proceso como tal, se puede desplazar a la imputación pública realizada por la policía¹⁷.

La doctrina jurídica reconoce a esta presunción como un principio legal, que apunta a que la carga de la prueba será para la autoridad, y en tanto no demuestra efectivamente esa culpabilidad, esa persona debe ser tratada como inocente.

“Presumption of innocence. The legal presumption that every person charged with a criminal offense is innocent until proved guilty. Although this is termed a ‘presumption’ it is in fact a fundamental principle underlying the criminal law”¹⁸.

Cabe considerar que este, al ser un principio, se observará como una directriz por parte de las autoridades, por lo que su función es presentar todos los elementos que destruyan esa inocencia que posee el imputado:

“Si del conjunto de circunstancias y pruebas habidas en la causa penal se desprenden firmes imputaciones y elementos de cargo bastantes para desvirtuar la presunción de inocencia que en favor de todo inculpado se deduce de la interpretación armónica de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por otro lado, el encausado rechaza las imputaciones y niega el delito, o su participación culpable en su actualización, éste necesariamente debe probar los hechos positivos en que descansa su postura excluyente, sin que baste su sola negativa, no corroborada con elementos de convicción eficaces, pues admitir como válida y por sí misma suficiente la manifestación unilateral del inculpado, sería destruir todo el mecanismo de la prueba circunstancial y desconocer su eficacia y alcance demostrativo”¹⁹.

¹⁷ Presunción de inocencia como regla de trato en su vertiente extraprocesal. Su contenido y características.

¹⁸ Elizabeth A. MARTIN, *A Dictionary of Law*, p. 378.

¹⁹ Inculpado. Le corresponde la carga de la prueba cuando la presunción de inocencia que en principio opera en su favor, aparece desvirtuada en la causa penal.

3. OBJETIVOS

Se pueden localizar tres objetivos principales:

- i) Como protector de los derechos de las personas,
- ii) Como un mecanismo para que no haya abuso de la autoridad y
- iii) Como comprobación plena de la conducta.

En el primer caso, el PPI protege la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre del sujeto que se encuentra bajo un proceso, pues no es hasta que hay una sentencia que la persona deba ser violentada o calificada por el conglomerado social.

El segundo objetivo evita los abusos por parte de la autoridad, tratando que esta se ciña y conduzca bajo las normas previamente establecidas, de lo contrario habría un abuso de poder, y esto atentaría contra el principio mismo.

“Abuse-of-rights doctrine. Civil law. The principle that a person may be liable for harm caused by doing something the person has a right to do, if the right is exercised (1) for the purpose or primary motive of causing harm, (2) without a serious and legitimate interest that is deserving of judicial protection, (3) against moral rules, good faith, or elementary fairness, or (4) for a purpose other than its intended legal purpose”²⁰.

Por último, es necesario volver a citar que solo ante el ejercicio adecuado de las facultades de la autoridad y de la comprobación plena de que el acusado efectuó la conducta, se le pueda tener como culpable, de caso contrario, se le debe observar como inocente.

De acuerdo con la tesis, este principio aparece implícito en los arts. 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102 apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los diversos principios de debido proceso legal y el acusatorio dando lugar a que el acusado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que no tiene la carga de probar su inocencia, sino que incumbe al Ministerio Público acreditar la existencia de los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del inculcado. Al tenor de estos lineamientos se colige que el principio de inocencia se constituye por dos exigencias:

- a) El supuesto fundamental de que el acusado no sea considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria; lo que excluye, desde luego, la presunción inversa de culpabilidad durante el desarrollo del proceso y

²⁰ GARNER, *op. cit.*, p. 11.

- b) La acusación debe lograr el convencimiento del juzgador sobre la realidad de los hechos que afirma como subsumibles en la prevención normativa y la atribución al sujeto, lo que determina necesariamente la prohibición de inversión de la carga de la prueba.

Ahora bien, el primer aspecto representa más que una simple presunción legal a favor del inculpado, pues al tener relación estrecha con la garantía de audiencia, su respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, que en el juicio que se siga, se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, para garantizar al acusado la oportunidad de defensa previa al acto privativo concreto; mientras que el segundo se traduce en una regla en materia probatoria, conforme a la cual la prueba completa de la responsabilidad penal del inculpado debe ser suministrada por el órgano de acusación, imponiéndose la absolución si esta no queda suficientemente demostrada, lo que implica, además, que deben respetarse los lineamientos generales que rigen para la prueba en el proceso penal y su correcta justipreciación, pues los elementos de convicción que se consideren para fundar una sentencia de condena, deben tener, por cierto, el carácter de pruebas y haber sido obtenidos de manera lícita. Así, la presunción de inocencia se constituye en el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su responsabilidad penal haya quedado demostrada en su totalidad, a través de una actividad probatoria de cargo, obtenida de manera lícita, conforme a las correspondientes reglas procesales y que sea capaz de enervar al propio principio²¹.

4. ELEMENTOS (SUSTANTIVOS Y ADJETIVOS)

En este apartado se analizarán los componentes del PPI. Pero estos dependen de cada una de las partes. Sin duda, y como ya se mencionó, hay principios jurisdiccionales como: imparcialidad, legalidad, objetividad y publicidad que deben regir la actuación de las autoridades. Lo primero a observar es la garantía de que toda persona tiene derecho a la impartición de justicia:

“Si bien los artículos 1o. y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el diverso 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocen el derecho de acceso a la impar-

²¹ Presunción de inocencia. Este principio se constituye en el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su responsabilidad penal haya quedado demostrada plenamente, a través de una actividad probatoria de cargo, obtenida de manera lícita, conforme a las correspondientes reglas procesales.

tición de justicia –acceso a una tutela judicial efectiva–, lo cierto es que tal circunstancia no tiene el alcance de soslayar los presupuestos procesales necesarios para la procedencia de las vías jurisdiccionales que los gobernados tengan a su alcance, pues tal proceder equivaldría a que los Tribunales dejaran de observar los demás principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional, provocando con ello un estado de incertidumbre en los destinatarios de esa función, pues se desconocería la forma de proceder de esos órganos, además de trastocarse las condiciones procesales de las partes en el juicio”²².

Sin embargo, para proteger el PPI antes y durante el proceso jurisdiccional se debe tutelar un conjunto de derechos, como la debida tutela jurisdiccional:

“La garantía a la tutela jurisdiccional puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Ahora bien, si se atiende a que la prevención de que los órganos jurisdiccionales estén expeditos –desembarazados, libres de todo estorbo– para impartir justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, significa que el poder público –en cualquiera de sus manifestaciones: Ejecutivo, Legislativo o Judicial– no puede supeditar el acceso a los tribunales a condición alguna, pues de establecer cualquiera, ésta constituiría un obstáculo entre los gobernados y los tribunales, por lo que es indudable que el derecho a la tutela judicial puede conculcarse por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador. Sin embargo, no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden considerarse inconstitucionales, como ocurre con aquellos que, respetando el contenido de ese derecho fundamental, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos”²³.

En el mismo canon, si un procesado no cuenta con una defensa adecuada no podría salvaguardarse este principio:

²² Derecho de acceso a la impartición de justicia. Su aplicación respecto de los presupuestos procesales que rigen la función jurisdiccional.

²³ Garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sus alcances.

“El derecho a una defensa adecuada, contenido en el artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008), consiste en que el inculpado tendrá derecho a una defensa, por medio de su abogado y a que éste comparezca en todos los actos del proceso, quien tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, lo que se actualiza desde que aquél es puesto a disposición del Ministerio Público; esto es, desde la etapa ministerial deberá contar con la asistencia efectiva del profesional, entendiéndose como tal, la presencia física y la ayuda efectiva del asesor legal, quien deberá velar porque el proceso se siga con apego a los principios del debido proceso, y éste no sea viciado, asegurando a la postre el dictado de una sentencia que cumpla con los requisitos, valores y principios legales y constitucionales que permean en el debido proceso penal; lo que deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones y etapas procesales en las cuales es eminentemente necesaria la presencia del inculpado, en las que activa, directa y físicamente participe o deba participar, así como en aquellas en las que de no estar presente, se cuestionarían o pondrían gravemente en duda la certeza jurídica y el debido proceso. Esto es así, porque la defensa adecuada representa un derecho instrumental cuya finalidad es asegurar que el poder punitivo del Estado se desplegará a través de un proceso justo, lo que además busca asegurar que pueda tener garantizados en su integridad sus derechos fundamentales, como lo es no declarar, no autoincrimarse, no ser incomunicado, no sufrir tortura alguna, ni ser detenido arbitrariamente, así como ser informado de las causas de su detención, entre otras”²⁴.

Es fundamental mencionar que hay dos hipótesis respecto al PPI y el debido proceso. Hay quienes estiman que es un elemento del debido proceso legal, y otros que apuntan a que es uno de los pilares del sistema de justicia, como el debido proceso²⁵. Pero más allá de esta discusión, se debe enhestrar su posición y valor.

“Dentro de las garantías del debido proceso existe un ‘núcleo duro’, que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al ‘núcleo duro’, las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la ‘garantía de audiencia’, las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente”²⁶.

²⁴ Defensa adecuada en materia penal. Alcances y momento a partir del cual se actualiza este derecho fundamental.

²⁵ Jeremy WALDRON, *Law and disagreement*, pp. 5, 21-48.

²⁶ Derecho al debido proceso. Su contenido.

Hasta aquí se han visto garantías sustantivas contenidas en dicho principio, pero también deben cuidarse las formalidades del proceso y la valoración de la prueba, pues no hacerlo de la manera indicada conculcaría el PPI.

“Las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza”²⁷.

En cuanto el origen y licitud de la prueba, el máximo órgano judicial mexicano ha estimado que hay una relación entre el PPI y la validez de las pruebas presentadas y desahogadas en el proceso.

“Un derecho fundamental que asiste al inculcado durante todo el proceso es la prohibición o exclusión de la prueba ilícita, alegando como fundamento el derecho a un debido proceso (artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), a que los Jueces se conduzcan con imparcialidad (artículo 17 constitucional) y a una defensa adecuada (artículo 20, apartado B, fracción VIII, constitucional); por ende, bajo el criterio de esta prerrogativa, tanto su declaración ministerial asistido por persona de confianza y no por licenciado en derecho, carece de valor probatorio alguno, así como sus posteriores declaraciones, ministeriales o judiciales, si sólo se constriñen a su ratificación, sin que se estimen conva-

²⁷ Formalidades esenciales del procedimiento, son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo.

lidades, no obstante que sean rendidas en presencia de su defensor, licenciado en derecho y del Juez de la causa; lo anterior, según este principio de prohibición o exclusión de la prueba ilícita, pues la nulidad de dichas actuaciones no se supedita a actos posteriores que puedan interpretarse como su consentimiento o superación contraria a derecho, la cual dejó en estado de indefensión al inculpado. Sin embargo, bajo la óptica de la teoría del vínculo o nexo causal atenuado, en el escenario del proceso propiamente dicho, observando los derechos constitucionales y legales ante sede judicial, si en presencia del Juez, del Ministerio Público, del defensor, licenciado en derecho y del secretario fedatario de la diligencia, el inculpado, de manera libre, voluntaria y espontánea, declara en relación con el hecho imputado, ya sea en el mismo contexto de su declaración ministerial o en sentido diverso, admitiendo ciertos hechos, negando otros o haciendo valer causas de exclusión del delito, no obstante que esas manifestaciones puedan estar relacionadas con la ilicitud de la declaración inicial, si se advierte que la conexión es tan tenue entre ambas, que su exclusión se considere desproporcionada y carente de real utilidad, esa conexión causal puede darse por rota o inexistente jurídicamente, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede considerarse como un aprovechamiento de la lesión inicial de su derecho fundamental de prohibición o exclusión de la prueba ilícita. En consecuencia, es legal que el Juez de la causa o el tribunal de apelación, lleve a cabo una valoración del principio de prohibición o exclusión de la prueba ilícita, bajo la teoría en cuestión, ponderando cada caso en particular, en tutela judicial efectiva de los derechos de debido proceso, defensa adecuada, presunción de inocencia y sustancialmente del principio contradictorio (sustentado en los argumentos de defensa del imputado) y, conforme a su libre convicción, a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y la máxima de la experiencia, sometidos a la crítica racional, justiprecie lo tenue o débil del vínculo o nexo causal entre la prueba ilícita y la derivada, y determine incluso, su inexistencia; sin que sea óbice a lo anterior que el juzgador, por el contrario, considere indivisible dicho vínculo y, por tanto, aplicable la exclusión de la prueba ilícita y la derivada²⁸.

Para la comprobación de la conducta o delito que se acusa, se deben presentar y adminicular las pruebas conducentes, en un parámetro que abarca su licitud²⁹, validez, y ponderación:

“La prueba de cargo es aquella encaminada a acreditar directa o indirectamente la existencia del delito y/o la responsabilidad penal del procesado. Para determinar si una prueba de cargo es directa o indirecta se

²⁸ Prueba ilícita. Valoración del principio de su prohibición o exclusión del proceso, bajo la óptica de la teoría del vínculo o nexo causal atenuado en la declaración del inculpado.

²⁹ Taylor v. Kentucky, 436 U.S., 478, 483 n. 12.

debe atender a la relación entre el objeto del medio probatorio y los hechos a probar en el proceso penal. La prueba de cargo será directa si el medio de prueba versa sobre el hecho delictivo en su conjunto o algún aspecto de éste susceptible de ser observado (elementos del delito) y/o sobre la forma en la que una persona ha intervenido en esos hechos (responsabilidad penal). En cambio, la prueba de cargo será indirecta si el medio probatorio se refiere a un hecho secundario a partir del cual pueda inferirse la existencia del delito, de alguno de sus elementos y/o la responsabilidad del procesado³⁰.

De acuerdo con lo antes dicho, la autoridad debe comprobar plenamente que el procesado haya ejecutado la conducta acusada, para no dejar lugar a la duda³¹ o que las pruebas sean insuficientes:

“En el aspecto de la valoración de la prueba, por técnica, es claro que existe incompatibilidad entre los conceptos de prueba insuficiente y duda absolutoria, ya que mientras el primero previene una situación relativa a cuando los datos existentes no son idóneos, bastantes, ni concluyentes para arribar a la plena certidumbre sobre el delito o la responsabilidad de un acusado, esa insuficiencia de elementos incriminatorios justamente obliga a su absolución por la falta de prueba; en tanto que, el estado subjetivo de duda, sólo es pertinente en lo que atañe a la responsabilidad o irresponsabilidad de un acusado, y se actualiza cuando lejos de presentarse una insuficiencia de prueba, las hay en grado tal que son bastantes para dudar sobre dos o más posibilidades distintas, asequibles y congruentes en base al mismo contexto, ya que con facilidad podría sostenerse tanto un argumento como otro, y en cuyo caso, por criterio legal y en términos del artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se obliga al resolutor de instancia, en base al principio de lo más favorable al reo, a su absolución³².”

Es primordial advertir que, si las pruebas son obtenidas de manera ilícita, traería como consecuencia en el resultado, la vulneración del principio estudiado:

“La fuerza normativa de la Constitución y el carácter inviolable de los derechos fundamentales se proyectan sobre todos los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos los sujetos del ordenamiento, sin excepciones, están obligados a respetar los derechos fundamentales de la persona en todas sus actuaciones, incluyendo la de búsqueda y ofrecimiento de pruebas, es decir, de aquellos elementos o datos de la realidad con los cuales poder defender posteriormente sus pretensiones ante los órganos

³⁰ Prueba de cargo. Puede ser directa o indirecta.

³¹ U.S. v. Gooding, 12 Wheat. 460, 471.

³² Duda y prueba suficiente, distinción entre los conceptos de.

jurisdiccionales. Así, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirán efecto alguno. Esta afirmación afecta tanto a las pruebas obtenidas por los poderes públicos, como a aquellas obtenidas, por su cuenta y riesgo, por un particular. Asimismo, la ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultas de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental –las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto–, por lo que, en pura lógica, de acuerdo con la regla de exclusión, no pueden ser utilizadas en un proceso judicial”³³.

5. INSTRUMENTACIÓN (SUSTANTIVA Y ADJETIVA)

La SCJN ha determinado cómo debe observarse su instrumentación o utilización.

“La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de ‘poliédrico’, en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de sus vertientes se manifiesta como ‘regla de trato procesal’ o ‘regla de tratamiento’ del imputado, en la medida en que este derecho establece la forma en la que debe tratarse a una persona que está sometida a proceso penal. En este sentido, la presunción de inocencia comporta el derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria. Dicha manifestación de la presunción de inocencia ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena”³⁴.

Asimismo, este sigue vigente hasta que no se destruya completamente el mismo, con las actuaciones legales de la autoridad.

“La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de ‘poliédrico’, en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de esas vertientes se manifiesta como ‘regla proba-

³³ Prueba ilícita. Las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando derechos fundamentales, no surten efecto alguno.

³⁴ Presunción de inocencia como regla de trato procesal.

toria', en la medida en que este derecho establece las características que deben reunir los medios de prueba y quién debe aportarlos para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado"³⁵.

II. La presunción de inocencia en el contexto del derecho penal del enemigo

Un punto especial para el estudio del derecho penal del enemigo, es la considerable limitación de derechos procesales del acusado, el requerimiento de la autenticidad en el procedimiento, la contracción de las pretensiones de la licitud³⁶ y recepción de la prueba, medidas de intrusión de comunicaciones privadas, de indagación encubierta o secreta, de encierro, de extender los plazos de detención y la usanza de la tortura, sitúan en entredicho, el PPI.

Günther Jakobs en 1999, resaltó los tres axiomas del derecho penal del enemigo:

1. Anticipación de la punibilidad (delitos de peligro);
2. Penas excesivas y
3. Disminución de derechos.

Este autor argumenta que se vive un estado de emergencia y que se incrementa en razón de la depreciación del impulso social: trayendo como fruto la desunión familiar y el multiculturalismo a raíz de los desplazamientos de otras sociedades, de forma que la sociedad tendrá enemigos que simulan ser ciudadanos comunes.

La coacción procura ser positiva, no se dirige contra la persona, sino contra sujetos que generan delitos que repudia la sociedad en su conjunto, haciendo que el criminal muera como enemigo de la sociedad³⁷.

Günther Jakobs identifica enemigos según su cualidad, en las agresiones sexuales y en ciertos crímenes frecuentes; en las infracciones financieras y en la delincuencia organizada: según su vinculación con una asociación criminal, relacionada con el trasiego y distribución y venta de estupefacientes, la maquinación para matar o el terrorismo. Este autor sustenta que estos individuos se han colocado de forma permanente y de modo determinante del Estado de derecho, o sea, no se debe procurar que sean considerados como cualquier persona, pues lo contrario conculcaría la

³⁵ Presunción de inocencia como regla probatoria.

³⁶ Commonwealth v. Russell, 470 Mass. 464.

³⁷ Pamela FERGUSON, "The presumption of innocence and its role in the criminal process", pp. 131-158.

normatividad y la seguridad de las demás personas, ya que se debe proteger de los enemigos, que por principio se comportan de manera irregular y, por tanto, no brindan un comportamiento ideal, por ello no pueden ser imputados como cualquier imputado, sino que se debe luchar con ellos como enemigos, como hostiles a la misma sociedad³⁸.

El posicionamiento de Jakobs se asemejaba con la ciencia penal cotidiana, que diferenciaba a los individuos que no podían interactuar, por lo que se tendrían ciertos lineamientos de seguridad; de los que sí pueden interactuar (distinguiendo inimputables de imputables).

En este conjunto de personas se localizan los que funcionan acorde con la ley y los que realizan transgresiones a la normatividad, pero que no la perturbarían gravemente, ya que su contravención, podría verse como un acto reparable, un hecho no grave. Empero, al mismo tiempo, también personas que gozan de todas sus facultades y que, de un modo persistente, no desean practicar las leyes de la sociedad (por ejemplo, los tratantes de personas); ellos, según el pensamiento legalista, no pueden ser considerados ciudadanos, de forma que se inscriben en el derecho penal del enemigo, en que se tendrá que accionar de modo equivalente a sus operaciones, pues para ellos no puede gobernar el imperio de la norma.

Jakobs considera que el derecho penal del ciudadano es el derecho de todos; el derecho penal del enemigo se aplica contra quien se opone a la sociedad, es una coerción física, de la que resulta una batalla; por lo mismo, advierte que sus postulados son más honestos que lo contenido en las normas, en el que muchas legislaciones consideran a los terroristas como ciudadanos, combinando normas del derecho penal del enemigo con las de uso común por las infracciones penales de las personas.

El derecho penal del enemigo puede ser visto como una relativización de los derechos penales (adjetivos y sustantivos), y que es contrario al derecho penal común, exclusivo de un Estado liberal. Actualmente, la política criminal moderna no opera para la descriminalización y disminución de castigos, sino con la actual criminalización y declive de ellas, se agrupa en la creación abusiva de nuevos tipos penales, invade áreas que son riesgos para el Estado y la ciudadanía: trata de personas, narcotráfico, terrorismo, delitos electorales, financieros y aquellos contra el ambiente. Por lo que el garantismo, que es distinguido por la lógica, coherencia y proporcionalidad en el manejo de los medios restrictivos hacia el respeto a la dignidad de las personas, consiente ante un derecho penal dirigido hacia la intervención del Estado, por el bien tutelado que se protege³⁹.

³⁸ Jakobs GUNTHER *et al.*, *Derecho penal del enemigo*, pp. 25-40.

³⁹ Bradley, *op. cit.*, pp. 185-212.

El derecho penal debe respetar los derechos morales universales de todo individuo, la dignidad no puede depender de la afirmación del Estado, de lo contrario se estaría ante un derecho penal de autor en el que se relativizan los derechos humanos para un conjunto de personas⁴⁰.

La libertad y la dignidad atribuyen igualdad para todos los sujetos sin excepciones. Ni siquiera está permitido considerar a los presuntos delinquentes como adversos en condiciones muy graves, por más cruel que haya sido el comportamiento del sujeto, a ninguno le está autorizado tratar a un individuo como un ciudadano carente de sus garantías. Se debe recordar que la norma debe operar como lo que es y no por lo que se desea de ella; de otra forma se presentaría la aniquilación de la sociedad. Pues si se permite ese quebrantamiento con descargo excepcional, se abrirá un comprometido partaguas, generando quizá más prohibiciones, so pretexto de la seguridad de todos.

Por ello, frente al derecho penal del enemigo, se opone el derecho penal del ciudadano, que tiene como sustento el respeto irrestricto de los derechos humanos de todo gobernado, como principio de un Estado democrático de derecho y que cuenta específicamente en el proceso penal con la presunción de inocencia.

1. EXCEPCIONES AL PPI EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO

A partir del establecimiento del nuevo *Código de Procedimientos Penales*, se transformó la manera en cómo operaba el sistema de justicia. De ahora en adelante, se dejaba de invisibilizar diversos anquilosados problemas, para considerar a las personas que sufrían un menoscabo y que necesitaban de una atención urgente de protección por parte del Estado⁴¹.

En las últimas décadas, se retomó la importancia de crear un sistema procesal penal que mejorará la calidad de los procesos, garantizando mayores derechos a las partes, indicando la funcionalidad de los fiscales, el desempeño de los jueces, pero sobre todo reconociendo diversas prerrogativas a las víctimas⁴², con el fin de generar una economía procesal sobre los asuntos que resolverían. De esta forma, diversos países produjeron una revolución en sus sistemas jurisdiccionales penales como, por ejemplo: Chile, Colombia, Perú, República Dominicana, Paraguay, México, entre otros (el caso será México).

⁴⁰ Kenneth PENNINGTON, "Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim", pp. 106-124.

⁴¹ Irvin WALLER, *Derechos para las víctimas de los delitos*, p. 63 y ss.

⁴² Arts. 7 y 8 de la Ley General de Víctimas (México).

En el año 2008, se instaló un nuevo CNPP, que sería nacional, retirando la posibilidad de los Estados de la Federación de contar con su propia legislación del tema, para dar paso a un sistema único y uniforme, y con ello generar un consenso de avance en su aplicación, interpretación y validez. Se trataba de corresponder a las necesidades de la sociedad que exigía un cambio en los procesos penales, para instaurar un novedoso paradigma, que contuviera un conjunto de normas que reflejará a toda la nación⁴³.

Por lo que se refiere a las medidas provisionales, hay que señalar que su establecimiento y determinación aún sigue generando ciertos óbices, ya sea por la falta de conocimientos, mala formación, una pobre capacitación, inhabilidades o una indebida prudencia, que podría ser una omisión por parte del Ministerio Público o fiscal.

El fundamento que le da su legitimidad a la norma, es proporcional a la protección de los valores y bienes de la sociedad, y que hace que en cada sentencia, se sienta considerada dentro de ellas⁴⁴. En el caso de las llamadas “medidas de protección”, se puede observar que son normas de interés público y social, que fueron diseñadas para proceder en cierto momento y bajo ciertos parámetros, para que la víctima goce de la debida protección, cuidando de que no haya violencia hacia su integridad, al mismo tiempo que protege sus derechos como víctima⁴⁵.

“La violencia que pone en peligro o riesgo la vida y/o la integridad de las personas merece un tratamiento preventivo y urgente para detener o evitar un daño a las personas. Incluso, ante la existencia de indicios leves de una situación de riesgo que comprometa el derecho a la vida, salud e integridad física y mental de las personas involucradas en el juicio, la autoridad jurisdiccional está obligada a emitir medidas para su protección. Por ello, es necesario que se identifique y determine la existencia de cualquier posible riesgo en razón de género”⁴⁶.

La orden de protección constituye un nuevo instrumento legal diseñado para proteger a la víctima de la violencia doméstica o de género frente a todo tipo de agresiones. Para ello, la orden de protección concentra en una única e inmediata resolución judicial (un auto) la adopción de medidas de naturaleza penal y civil, y activa al mismo tiempo los mecanismos de protección social establecidos a favor de la víctima por el Estado⁴⁷.

⁴³ Jorge Reinaldo VANOSI, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, p. 146.

⁴⁴ Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, pp. 24 y 44.

⁴⁵ Art. 109 del CNPP, fracción XVI: A que se le provea protección cuando exista riesgo para su vida o integridad personal.

⁴⁶ <https://equis.org.mx/juzgar-con-perspectiva-de-genero/#paso2> [fecha de consulta: 5 de enero de 2021].

⁴⁷ http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/ceameg/ias/Doc_29.pdf [fecha de consulta: 5 de enero de 2021].

2. CONCEPTO

Las medidas de protección son aquellas imposiciones, fundadas y motivadas bajo su más estricta responsabilidad por el Ministerio Público cuando se estime que el imputado representa un riesgo inminente en contra de la seguridad de la víctima u ofendido. Dichas medidas después de los cinco días siguientes a que fueron impuestas se celebrará una audiencia con el juez de control, podrá cancelarlas, modificarlas o ratificarlas⁴⁸.

3. DESCRIPCIÓN LEGAL DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Ahora que se ha consignado su origen, objeto y concepto, es primordial conocer cuáles son las medidas de protección en el CNPP. El art. 137 las establece:

“El Ministerio Público, bajo su más estricta responsabilidad, ordenará fundada y motivadamente la aplicación de las medidas de protección idóneas cuando estime que el imputado representa un riesgo inminente en contra de la seguridad de la víctima u ofendido⁴⁹. Son medidas de protección las siguientes:

- I. Prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima u ofendido;
- II. Limitación para asistir o acercarse al domicilio de la víctima u ofendido o al lugar donde se encuentre;
- III. Separación inmediata del domicilio;
- IV. La entrega inmediata de objetos de uso personal y documentos de identidad de la víctima que tuviera en su posesión del probable responsable;
- V. La prohibición de realizar conductas de intimidación o molestia a la víctima u ofendido o a personas relacionados con ellos;
- VI. Vigilancia en el domicilio de la víctima u ofendido;
- VII. Protección policial de la víctima u ofendido;
- VIII. Auxilio inmediato por integrantes de instituciones policiales, al domicilio en donde se localice o se encuentre la víctima u ofendido en el momento de solicitarlo;
- IX. Traslado de la víctima u ofendido a refugios o albergues temporales, así como de sus descendientes, y
- X. El reingreso de la víctima u ofendido a su domicilio, una vez que se salvaguarde su seguridad”.

Como se puede observar se establece un conjunto de reglas para la operación de esta figura procesal. Lo primero es que la autoridad la puede

⁴⁸ <http://proyectojusticia.org/preguntafrequente-providencias-precautorias/> [fecha de consulta: 5 de enero de 2021].

⁴⁹ Cfr. Hilda MARCHIORI, *Criminología. La víctima del delito*.

ejercer, siendo, en concreto, el Ministerio Público o fiscal el único servidor público para imponerlas, por lo que aquí se puede anotar una facultad adicional a las que le genera el *Código Orgánico de Procuración de Justicia*. Lo siguiente que impera es el fundar y motivar el acto administrativo para que se considere que se justifica y valida su competencia y ejercicio, y la necesidad del acto de molestia. Bajo el supuesto de un “riesgo inminente”, lo que significa la consideración objetiva de las circunstancias. Esto significa que operan bajo la discreción y prudencia del fiscal a cargo, pero se debe considerar que estas medidas generan una afectación a los derechos de los terceros⁵⁰ como, por ejemplo, no gozar de una audiencia, debido proceso, igualdad procesal, presunción de inocencia o ser molestado en sus bienes, sin una orden judicial⁵¹. Sin embargo, se ha reconocido por el Poder Judicial –ante la urgencia del caso– la validez de las medidas provisionales; por lo que el acto público debe contar con la buena apariencia del derecho, razonabilidad y proporcionalidad, para ejercerse de manera óptima⁵².

Estas propuestas se deben ejercitar como una medida de protección por parte del Ministerio Público, para brindar seguridad hacia las víctimas, que como indica la norma deben existir condiciones de “inseguridad” real e inminente, para que se determine fundada su determinación⁵³. Es primordial, por lo tanto, que la persona afectada cuente con la asesoría legal de un defensor de oficio, abogado particular, trabajador social o un asesor del área de víctimas que podrán solicitar o aconsejar a la víctima de su derecho a la seguridad, por medio de las medidas provisionales⁵⁴.

Al ser un acto administrativo del fiscal, deberá considerar los motivos y las circunstancias del caso, por lo que debe tener en cuenta no solo el objetivo de la norma, sino que su realización se justifique, y no se convierta en un abuso de autoridad⁵⁵. En esta fundamentación y motivación de las

⁵⁰ Art. 113 del CNPP.

⁵¹ El art. 98 del CNPP dispone la nulidad absoluta de los actos que conculquen derechos humanos: “Cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado y su nulidad deberá ser declarada de oficio por el Órgano jurisdiccional al momento de advertirla o a petición de parte en cualquier momento. Los actos ejecutados en contravención de las formalidades previstas en este Código podrán ser declarados nulos, salvo que el defecto haya sido saneado o convalidado, de acuerdo con lo señalado en el presente Capítulo”.

⁵² Art. 67 del CNPP.

⁵³ <http://reformapenalslp.gob.mx/uploads/revista/pdf/4.%20Revista%20NSJP%20VIII.pdf> [fecha de consulta: 5 de enero de 2021].

⁵⁴ www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/la_prueba_libre_y_logica_libro_completo_-1_3_.pdf [fecha de consulta: 5 de enero de 2021].

⁵⁵ Art. 131 del CNPP, fracción xv: “Promover las acciones necesarias para que se provea la seguridad y proporcionar el auxilio a víctimas, ofendidos, testigos, jueces, ma-

medidas provisionales se deberá anotar los razonamientos que provocan su decisión, y en su caso, hacer uso de la fuerza pública si fuera el caso o las medidas de apremio que contiene el CNPP⁵⁶. Empero, la clave es que haya voluntad del fiscal para hacer esta intervención, y que reconozca los elementos claves para utilizar e instrumentalizar las medidas provisionales.

Asimismo, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, determina qué son las órdenes de protección (art. 27):

“Son actos de protección y de urgente aplicación en función del interés superior de la Víctima y son fundamentalmente precautorias y cautelares. Deberán otorgarse por la autoridad competente, inmediatamente que conozcan de hechos probablemente constitutivos de infracciones o delitos que impliquen violencia contra las mujeres”.

En el mismo ordenamiento legal, se presenta un catálogo de las órdenes de protección de emergencia (art. 29):

- I. Desocupación inmediata por el agresor del domicilio conyugal o donde habite la víctima, independientemente de la acreditación de propiedad o posesión del inmueble, aún en los casos de arrendamiento del mismo;
- II. Prohibición inmediata al probable responsable de acercarse al domicilio, lugar de trabajo, de estudios, del domicilio de las y los ascendientes y descendientes o cualquier otro que frecuente la víctima;
- III. Reingreso de la víctima al domicilio, una vez que se salvaguarde de su seguridad, y
- IV. Prohibición de intimidar o molestar a la víctima en su entorno social, así como a cualquier integrante de su familia⁵⁷.

El catálogo de las medidas de protección en efecto, tienen como objetivo, la seguridad de la víctima, y para que no sufra de violencia (corporal o psicológica), por medio del distanciamiento físico del imputado o cualquier tipo de contacto⁵⁸.

gistrados, agentes del Ministerio Público, Policías, peritos y, en general, a todos los sujetos que con motivo de su intervención en el procedimiento, cuya vida o integridad corporal se encuentren en riesgo inminente”.

⁵⁶ Art. 104 del CNPP.

⁵⁷ www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/501428/Medidas_de_proteccion_n.pdf [fecha de consulta:5 de enero de 2021].

⁵⁸ Ximena MEDELLÍN, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de las víctimas*, p.31 y ss.

4. RECURSOS CONTRA LAS MEDIDAS PROVISIONALES

El primer recurso con el que cuenta el afectado por una medida provisional, es el de aclaración, mismo que se transcribe:

“En cualquier momento, el Órgano jurisdiccional, de oficio o a petición de parte, podrá aclarar los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén emitidas las resoluciones judiciales, siempre que tales aclaraciones no impliquen una modificación o alteración del sentido de la resolución.

En la misma audiencia, después de dictada la resolución y hasta dentro de los tres días posteriores a la notificación, las partes podrán solicitar su aclaración, la cual, si procede, deberá efectuarse dentro de las veinticuatro horas siguientes. La solicitud suspenderá el término para interponer los recursos que procedan”.

Ciertamente, esta es una extensión para exponer dudas o desahogar temas controvertibles solo en el sentido de una explicación, y si hubiera lugar a la corrección ante un acto que parece oscuro o ambiguo, o no considerado, todo con el fin de subsanar una duda o el mismo acto que le da origen al recurso⁵⁹.

Al ser un acto de autoridad se puede solicitar un recurso de protección constitucional (casación o amparo), para que el acto que está afectando los derechos y garantías del quejoso, sean cesados por vulnerar sus prerrogativas constitucionales⁶⁰.

Los actos de molestia son reconocidos por la jurisdicción como aquellos episodios o sucesos que afectan la esfera jurídica del gobernado, que sean benéficos o favorecedores al sistema de justicia y, por tanto, a la sociedad⁶¹. Por ejemplo, una revisión corporal atentaría contra las normas constitucionales referidas a que nadie puede ser molestado en su persona sin una orden escrita de un juez que funde y motive ese acto de autoridad. Sin embargo, la norma penal y las interpretaciones judiciales han considerado que, si bien se reconoce un acto de molestia, no menos cierto es que, si es parte de una investigación, es también una medida que brinda seguridad al resto de la población, además de tratarse de un asunto de interés público⁶².

⁵⁹ Arts 8º y 11º de la *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*.

⁶⁰ Art. 107 de la Ley de Amparo, fracción v: “Contra actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación, entendiéndose por ellos los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.

⁶¹ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/13.pdf> [fecha de consulta: 5 de enero de 2021].

⁶² Amparo 10/2014 del Poder Judicial de la Federación.

El Tribunal Constitucional mexicano ha determinado que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, pues solo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objetivo de proteger determinados bienes jurídicos; los autoriza, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, donde esta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para conocer si es un acto de molestia, es suficiente el cumplimiento de los requisitos que de ellos se exige. La finalidad es la que connaturalmente se persigue por el acto de autoridad o, bien, si por su propia índole tiende solo a una restricción provisional.

Por casos como el anterior, la Suprema Corte de Justicia mexicana ha definido qué es un acto de molestia, sus requisitos y cuál es el objetivo si es que se tuviera que realizar:

“De lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Federal se desprende que la emisión de todo acto de molestia precisa de la concurrencia indispensable de tres requisitos mínimos, a saber: 1) que se exprese por escrito y contenga la firma original o autógrafa del respectivo funcionario; 2) que provenga de autoridad competente; y, 3) que en los documentos escritos en los que se exprese, se funde y motive la causa legal del procedimiento. Cabe señalar que la primera de estas exigencias tiene como propósito evidente que pueda haber certeza sobre la existencia del acto de molestia y para que el afectado pueda conocer con precisión de cuál autoridad proviene, así como su contenido y sus consecuencias. Asimismo, que el acto de autoridad provenga de una autoridad competente significa que la emisora esté habilitada constitucional o legalmente y tenga dentro de sus atribuciones la facultad de emitirlo. Y la exigencia de fundamentación es entendida como el deber que tiene la autoridad de expresar, en el mandamiento escrito, los preceptos legales que regulen el hecho y las consecuencias jurídicas que pretenda imponer el acto de autoridad, presupuesto que tiene su origen en el principio de legalidad que en su aspecto imperativo consiste en que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite; mientras que la exigencia de motivación se traduce en la expresión de las razones por las cuales la autoridad considera que los hechos en que basa su proceder se encuentran probados y son precisamente los previstos en la disposición legal que afirma aplicar. Presupuestos, el de la fundamentación y el de la motivación, que deben coexistir y se suponen mutuamente, pues no es posible citar disposiciones legales sin relacionarlas con los hechos de que se trate, ni exponer razones sobre hechos que carezcan de relevancia para dichas disposiciones. Esta correlación entre los fundamentos jurídicos y los motivos de hecho supone necesariamente un razonamiento de la autoridad

para demostrar la aplicabilidad de los preceptos legales invocados a los hechos de que se trate, lo que en realidad implica la fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento”⁶³.

El cumplimiento de las garantías de legalidad y seguridad jurídica no se concreta solo invocando fundamentos de derecho a cada caso concreto, sino implica que, previo a la realización del acto de molestia, se tengan en cuenta los distintos ámbitos de validez de la norma, de tal modo que resulte aplicable al supuesto de hecho. Esto es, constituye un imperativo que la autoridad corrobore oficiosamente sus ámbitos material, espacial, personal y temporal de validez, salvo los casos en que el derecho esté sujeto a prueba. Así, no es válido que las autoridades sean jurisdiccionales o administrativas, resuelvan una instancia bajo el argumento de que el derecho alegado no puede lesionarse por no estar vigente, pues están obligadas a resolver según el derecho aplicable a los hechos expuestos por el interesado; de lo contrario, vulneran las garantías tuteladas en la Constitución⁶⁴.

Hay que considerar que la interpretación correcta de la garantía individual de legalidad, respecto de los actos de molestia, es de que, como requisitos imprescindibles, sean efectuados por autoridad competente y que esta funde y motive la causa legal del procedimiento, lo que significa que todo acto de autoridad debe expresar, como parte medular, los fundamentos legales que le den base jurídica al acto, pues de lo contrario adolece de incorrecta fundamentación al no invocarse el precepto normativo debido, que faculte a la autoridad para realizarlo⁶⁵.

En la extinción de dominio se observa, a modo de ejemplo, cómo ante una situación penal la apropiación de los bienes confiscados en una operación administrativa, en el que primero se rematan los bienes confiscados, y luego se averigua sobre el origen o la posible participación del propietario en los actos delictivos que se investigan, y que aún no han sido decididos por el Poder Judicial.

Otro ejemplo es en los casos de justicia política. En el que la expulsión de un servidor público depende de la acusación de un grupo de diputados, invitando a los senadores como jueces censores de cierta conducta. Aquí

⁶³ Actos de molestia. Requisitos mínimos que deben revestir para que sean constitucionales.

⁶⁴ Fundamentación y motivación de los actos de molestia o privación. Constituye un imperativo que la autoridad, sea jurisdiccional o administrativa, corrobore oficiosamente los distintos ámbitos de validez de la norma, por lo que al resolver una instancia bajo el argumento de que el derecho alegado no puede lesionarse por no estar vigente, vulnera las garantías de legalidad y seguridad jurídica.

⁶⁵ Actos de molestia. Deben ser efectuados por autoridad competente que los funde y motive.

se puede observar, que, si bien debe seguir un debido proceso, la decisión tendrá una determinación más de carácter política, y no de orden judicial. El desafuero es un mecanismo para despojar de su representatividad a un funcionario público, pero sobre todo tiene como objetivo el que no pueda ampararse en su autoridad, y quede así, a disposición de las autoridades del sistema de justicia. Sin embargo, el juicio político está predeterminado como una operación para descontaminar la imagen del poder público, ya que consideran a alguien como culpable, en una operación para separar y generar una idea de justicia ante la ciudadanía.

III. Naturaleza del PPI como derecho humano

El contenido de los derechos humanos reside en las expectativas de actuación de los entes de autoridad, por lo que las personas deben contar con los medios que garanticen la realidad de tales aspiraciones. Para ello existen las garantías de protección de los derechos humanos: son técnicas y medios que permiten lograr su eficacia; en su ausencia, el goce de los derechos que reconoce el orden constitucional no puede materializarse en las personas⁶⁶.

La dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad⁶⁷. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental en favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades e, incluso, particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida esta –en su núcleo más esencial– como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada⁶⁸.

Aunado a la dignidad, es indispensable que se goce del libre desarrollo de la personalidad⁶⁹, esto significa el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser,

⁶⁶ Derechos humanos. Naturaleza del concepto “garantías de protección”, incorporado al art. 1.º de la Constitución Federal, vigente desde el 11 de junio de 2011.

⁶⁷ Encarna CARMONA, “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, p. 185.

⁶⁸ Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética.

⁶⁹ Véase SCJN. *Dignidad humana*.

sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera⁷⁰.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los cuales consisten en lo siguiente:

- i) Universalidad. Son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana⁷¹, pues lo razonable es pensar que se adecúan a las circunstancias. Por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, permanezcan en la persona.
- ii) Interdependencia e indivisibilidad. Están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Esto es, deben complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente y
- iii) Progresividad. Constituye el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto en ámbito interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr de manera progresiva la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales⁷².

⁷⁰ Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende.

⁷¹ ALEXY, *La construcción...*, *op. cit.*, pp. 24 y 44.

⁷² Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos.

1. RECONOCIMIENTO

Los derechos humanos tienen dos reconocimientos, uno de índole moral y otro normativo. En el primero, se reconoce a la persona por el simple hecho de ser humano; posee un conjunto de derechos inalienables, indivisibles, imprescriptibles y universales que no necesitan estar comprendidos dentro de alguna norma adjetiva o sustantiva para su cumplimiento⁷³. El segundo, conocido por su enfoque positivista, reconoce el valor de los derechos humanos a partir de su incorporación en el bloque de constitucionalidad. Estos sistemas jurídicos son adaptados y reconocidos a partir de tratados, convenciones, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos que fueron ratificados por un Estado.

2. TUTELA Y PROTECCIÓN

Uno de los elementos que perfeccionan a las normas, es que sean tuteladas y protegidas por la vía de la acción del Estado⁷⁴, esto significa que tendrán efectividad cuando estén plenamente garantizadas a la población. En el caso de los derechos humanos la tutela es una consecuencia de su reconocimiento, lo que provoca que la autoridad tenga que cuidar el ejercicio y la realización de estos⁷⁵.

La tutela sirve como guía o amparo de las personas, al solicitar que se respeten sus derechos contra las acciones de agentes públicos o privados. La protección es la defensa que coloca un límite a la acción del Estado, para que no se conculquen los mismos, y en su caso, se investiguen las violaciones u omisiones y se sancionen esas conductas⁷⁶.

Ambas son complementarias: la tutela coloca una directriz de actuación y la protección se realiza en dos sentidos⁷⁷. En el primero, como función preventiva para que no se atente contra los derechos humanos; y en un segundo instante, para que en caso de que hayan sido conculcadas algunas de estas prerrogativas, sean restituidos y reparados sus derechos y la parte ofensora se someta a un juicio en el que se le responsabilice por sus actos⁷⁸.

⁷³ Ingo WOLFGANG SARLET, "Mínimo existencial y justicia constitucional", p. 630.

⁷⁴ Bruce ACKERMAN, *We the people. Foundations*, p. 224.

⁷⁵ Juan Fernando SILVA HENAO, "Evolución y origen del concepto de 'Estado social' incorporado en la Constitución Política Colombiana de 1991", pp. 141-158.

⁷⁶ Luis VILLAR BORDA, "Estado de derecho y Estado social de derecho", pp. 73-96.

⁷⁷ Yolanda GÓMEZ, "Estado constitucional y protección internacional", pp. 231-280.

⁷⁸ Marie PICARD DE ORSINI y Judith USECHE, "Una nueva dimensión del Estado de Derecho: El Estado Social de Derecho", pp. 189-218.

3. EXIGIBILIDAD Y JUSTICIABILIDAD DEL PPI COMO DERECHO HUMANO

La exigibilidad es una solicitud a la autoridad para realizar un acto que tutele, proteja o respete un derecho⁷⁹. Es un acto que urge a la autoridad a proceder, y en que se pone de manifiesto que se está violando o incumpliendo algún derecho humano. Ante este acto de exigibilidad, el operador jurídico estudiará el fondo del pedimento, emitiendo una decisión para hacer, otorgar, permitir, respetar, entre otros; que valide y consienta el uso y goce de sus derechos humanos⁸⁰.

En la declaración del hombre de la ONU de 1948, se estipula en su art. 11:

“1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Aquí se observan varios puntos: no lo pone como un principio propiamente sino como un derecho de la persona, pero de manera secundaria, impone un deber a la autoridad de probar fehacientemente y sin lugar a dudas de que la persona es culpable.

En el pacto de los derechos civiles y políticos de 1966, en su art. 14, se señala en su segundo numeral: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Aquí, a diferencia de la declaración de la ONU, impone el deber de ceñirse a la ley en cuanto a forma y fondo para que se compruebe la culpabilidad del procesado.

En la Convención Americana de Derechos Humanos de 1966, en el art. 8, que se refiere a las garantías judiciales, manifiesta en su inciso 2: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”⁸¹.

Aquí, es específico que solo en materia de delitos se asume tal presunción de inocencia. Sin embargo, también se ha manifestado que este principio se puede considerar en otras áreas legales, como en lo administrativo.

⁷⁹ Véase Ximena MEDELLÍN, *Principio Pro persona*.

⁸⁰ Encarna CARMONA, “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, p. 187.

⁸¹ Cfr. Comisión Americana de DDHH, OC 16/99, 1 de octubre de 1999. Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, sentencia del 13 de octubre del 2011, párrafo 122. Caso Yvon Neptune vs. Haití. Sentencia del 6 de mayo del 2008, párrafo 79.

En cuanto a Europa, el CEDH en su art. 6, localiza el derecho a un proceso equitativo:

“1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

Aquí se observa cómo se refiere a una infracción, pero no solo entendida como una violación administrativa, sino como un derecho oponible en cualquier materia, como se verá más adelante. Asimismo, en la Carta Europea de Derechos humanos del 2000, en su art. 48 declara la presunción de inocencia: “1. Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

Esta exigibilidad, como se hizo notar, está acompañada de la justiciabilidad para que sea efectiva. Lo anterior implica la acción del poder público para que determine si hay violación a los derechos que expone el quejoso o descalificar la misma por no contar con elementos de forma o de fondo de dicha petición⁸². Entre los elementos necesarios para concederla, sin previo estudio de fondo, se encuentra la irreparabilidad por el daño ocasionado, lo que da efecto a una medida cautelar, una suspensión del acto o la protección temporal mientras se resuelve de fondo el asunto principal⁸³.

Debe puntualizarse que la limitación en el cumplimiento de un derecho humano no necesariamente es sinónimo de vulneración, pues para determinar si una medida lo respeta es necesario analizar si⁸⁴:

⁸² Alberto DALLA VIA, “Los jueces frente a la política”, 2005, p. 22.

⁸³ Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf> [fecha de consulta: 6 de marzo de 2020]. Estos llamados *triumfos* son acuñación de Ronald Dworkin, quien advierte que los derechos obtenidos son triunfos de movimientos sociales o políticos. Véase *Los derechos en serio*.

⁸⁴ Esta misma interpretación se reitera en las SSTC 134/1989 y 140/1989, ambas del 20 de julio. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán también

- i) Dicha disminución tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano y
- ii) Generar un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos, en ese sentido, para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho viola el principio de progresividad de los derechos humanos⁸⁵.

El operador jurídico debe realizar un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho en relación con las implicaciones colectivas de la medida, a efecto de establecer si se encuentra justificada⁸⁶.

IV. El PPI en la experiencia del TEDH

La jurisdicción del TEDH ha decidido en varios casos la importancia de la presunción de inocencia. Por lo que se expone de forma lacónica algunos asuntos que sentaron precedentes sobre la naturaleza y el objeto del principio en cuestión^{87, 88}.

En el asunto *Maslarova vs. Bulgaria*, procedió por una queja de la Sra. Maslarova que había sido ministra del Trabajo y Política Laboral de 2005 a 2009. En cuanto su destitución, ella adujo que fue despedida sin haberse tomado en cuenta el principio de presunción de inocencia, y que la información de la prensa la vinculaba con fraudulentos manejos de fondos públicos. Por lo que, al ser requerida su destitución por el Parlamento, exhibió que en ese proceso no se consideró su presunción de inocencia, sino que la destituyeron con solo la información de los medios. Asimismo, el TEDH estimó que no había recurso contra esa decisión de la asamblea, y que al ponerla a disposición directa de la oficina del fiscal general era una violación a sus derechos.

se puede encontrar un reconocimiento tácito del derecho a un mínimo vital, en opinión de Robert Alexy, si se consideran conjuntamente dos sentencias de los años 1951 y 1975 (BverfGE 1, 97 y BverfGE 40, 121). Véase *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 422-423.

⁸⁵ DALLA, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁶ Principio de progresividad de los derechos humanos. Criterios para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano deriva en la violación de dicho principio. Véase SCJN.

⁸⁷ María Antonio LORCA NAVARRETE, “La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”, pp. 87-102.

⁸⁸ Respecto sobre este mismo tema véase, el trabajo de la Corte IDH: Caso Argüelles y otros vs. Argentina; Corte IDH, caso Ricardo Canese vs. Paraguay, párrafo, 74, inciso d. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador.

En el asunto *Melo Tadeu vs. Portugal*, el entuerto se debió a un asunto fiscal, pues en el proceso que se inició en su contra nunca se consideró su inocencia, sino que se le embargó su empresa y otras en las que tenía propiedad. Sin embargo, la autoridad no escuchó los recursos del Sr. Melo, considerando que la autoridad había actuado conforme a la norma. No obstante, el TEDH estimó que esa intervención en el patrimonio del quejoso había violado su derecho de presunción de inocencia, pues se ejecutó un acto sin haber tomado en cuenta este principio, y que este acto, lo dejaba en una condición en la que él tenía que demostrar la licitud de sus empresas⁸⁹.

En el caso de *Peltreau-Villeneuve vs. Switzerland*, hubo un abuso sexual y el fiscal dio a conocer la decisión al público. Empero, el acusado consideró que aún no había terminado el proceso, pues había una apelación y se le debió otorgar el beneficio de este principio. Asimismo, la Corte suiza estimó correcta la actuación del fiscal, pero en el TEDH se determinó que todavía seguía en juicio su calidad de presunto culpable, hasta que no hubiera recurso procesal y que, por tanto, lo beneficiaba la presunción de inocencia⁹⁰.

En el asunto *Sismanidis and Sitaridis vs. Greece*, se trató sobre contrabando⁹¹. Si bien es cierto que se confiscó la materia y luego se averiguó la licitud de la mercancía, pero aquí más allá del origen, fue el tiempo que se tomó para resolver esta presunta culpabilidad (un año y diez meses), lo que violaba el principio de presunción de inocencia.

En el caso *G.I.E.M. S.r.l. and Others vs. Italy*, se arrestó a un grupo de personas que habían invadido un predio, por lo que se hizo su arresto por la denuncia de la parte afectada Mas, nunca se comprobó la calidad que ellos tenían en relación con la propiedad ni se enteraron de que hubo un juicio, por lo que su presunción de inocencia no fue respetada y se consideró que estaban cometiendo un delito con esta invasión predial.

El último asunto que se presenta, es *Demjanjuk vs. Germany*, en el que un supuesto guardia de un campo de concentración estaba siendo juzgado, pero murió durante el juicio. Por lo anterior, la viuda y el hijo demandaron al Estado por las violaciones en el proceso y por considerarlo culpable en sus declaraciones públicas. A pesar de ello, el TEDH no les asistió en la razón, pues estimaron que ya no había sustancia para el juicio ni para determinar si era inocente o culpable de los actos por lo que se les juzgaba⁹².

⁸⁹ *Varvara vs. Italy*.

⁹⁰ *Wanner vs. Germany*.

⁹¹ Véase *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513, 526.

⁹² Stevens LONNEKE, "Pre-Trial Detention: The Presumption of Innocence and Article 5 of the European Convention on Human Rights Cannot and Does Not Limit its Increasing Use", pp. 165-180.

Conclusiones

- El PPI es uno de los pilares del sistema democrático, que permite que toda persona cuente con una debida impartición de justicia, además de que dirige y controla la actuación de las autoridades, y vigila el origen lícito de la prueba, pues cualquier actuación fuera del parámetro normativo conculca al PPI y, por tanto, se descalifica el papel de la autoridad, ubicándolo como elemento protector⁹³.
- El principio en sí mismo, es un valor republicano, que permite que todos los individuos, sin importar su credo, sexo, nacionalidad, sean protegidos antes y durante el proceso, y que solo en caso de probarse plenamente el delito o infracción, se podrá culpar al procesado⁹⁴.
- Este principio nació por lo abusos cometidos en el absolutismo, en que las personas fueran juzgadas como culpables la mayoría de las veces con una sola prueba (la prueba confesional, muchas veces era obtenida por tortura)⁹⁵. Cuando se da el cambio al Estado moderno, se puede considerar que provocó un republicanismo judicial, en que el proceso estuviera establecido, con garantías sustantivas y adjetivas para el procesado, las directrices de trabajo para las autoridades, y un régimen de licitud y ponderación para las pruebas.
- Por lo visto y expuesto en esta investigación, ¿se debe considerar al principio de presunción de inocencia como un dogma?⁹⁶. Un valor irreductible en los procesos judiciales, que obliga a tener una actuación profesional de la magistratura y de la parte acusadora. Sin embargo, ¿debe considerarse al PPI como un derecho absoluto o aplicación relativa?⁹⁷. Y aquí se abre el contexto, puesto que, en varios sistemas normativos se crea un espacio para

⁹³ Véase Vincent GEERAETS, *The Presumption of Innocence*.

⁹⁴ Véase Antonio Enrique Pérez Luño, *La seguridad jurídica*.

⁹⁵ *Hopt v. Utah*, 120 U.S. 430, 439: approving jury instruction adopted by lower court stating that “the law presumes the defendant innocent until proven guilty beyond a reasonable doubt”.

⁹⁶ *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790, 802-03: “From the time that the law which we have inherited has emerged from dark and barbaric times, the conception of justice which has dominated our criminal law has refused to put an accused at the hazard of punishment if he fails to remove every reasonable doubt of his innocence”.

⁹⁷ Juan Sebastián TISNÉS PALACIO, “Presunción de inocencia: Principio constitucional absoluto”, pp. 53-71.

generar excepciones a este principio como en el juicio político, la delincuencia organizada, los delitos cometidos por militares, la extinción de dominio y en algunas medidas cautelares (como el arraigo, congelamiento de cuentas o bienes, prisión preventiva oficiosa, interceptación de comunicaciones, entre otras) en que se hace una excepción por la delicadeza de los temas. Peso a esto, en los sistemas continentales jurisdiccionales de derechos humanos se ha advertido y discutido la convencionalidad de esas determinaciones administrativas o procesales penales, para crear precedentes en la materia, pero como se observó, esto es muy casuístico, y cada caso es una historia, para crear lineamientos generales. Lo que se ha determinado por la jurisdicción nacional o internacional, es que muchas de estas medidas no violan el PPI. Pues el principio no determina ni declara que deba haber algún beneficio sustantivo o adjetivo para el acusado. Aunque, a pesar de ello, también se demostró que puede haber excesos como lo es en el tema de extinción de dominio, en que la persona es despojada del bien mueble e, incluso, puede rematarse y, aunque con posterioridad se compruebe que este bien no tenía un origen ilícito o que se desconocía para qué se usaba, no existe un recurso sencillo y efectivo contra esa determinación judicial.

- En lo que respecta a la crítica a las excepciones del PPI, se puede ver una posición garantista en que ningún asunto puede conformar una excepción válida o justa, sino que todas las excepciones a las garantías y derechos fundamentales son un conjunto de instrumentos represores, que suspenden, cancelan o inhiben los derechos de los procesados. Pero al mirarse el otro lado de la moneda, algunos justifican la vigencia y utilidad de las excepciones al PPI o al debido proceso, pues el crimen es contra la sociedad, lo que legitima esas actuaciones por medio de ciertas normativas adecuadas contra el acto que se repugna⁹⁸.
- En cuanto al futuro de este principio, seguirá siendo tan válido como lo determine cada orden normativo, y esto dependerá de su contexto político, económico y social y a su política criminal⁹⁹.

⁹⁸ En un voto particular, el juez Frankfurter expresó: “basic in our law and rightly one of the boasts of a free society [and] a requirement and a safeguard of due process of law”, 397 U.S. 358, 362.

⁹⁹ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 712.

- Esta obra se originó al reflexionar sobre las excepciones al PPI, que realizan las autoridades con fundamentación en un orden positivo, que contempla el poder afectar las garantías y derechos humanos, con la justificación de que sus delitos son de tal magnitud, que impediría la adecuada tutela de sus derechos.
- Existen diversos ordenamientos convencionales que contienen el PPI, pero guardan algunas variaciones, como la culpabilidad, la legislación aplicada, infracción y el deber de la autoridad de demostrar la culpabilidad¹⁰⁰.
- En las sentencias de los sistemas continentales de derechos humanos, se visualiza al PPI como una obligación de realización de la autoridad, que si no prueba plenamente la misma, la persona no puede considerarse culpable¹⁰¹.
- En el caso del TEDH, los temas se han diversificado en materia administrativa, política y hasta en el tema de la prensa y los medios de comunicación del gobierno¹⁰². Por lo que se convalidó en muchos casos violaciones a los derechos humanos, pero en varios se negó tal violación, regulando los límites para considerar los casos de tal instrumentación.
- En el caso expuesto y analizado de las medidas provisionales, se observa un claro choque de derechos entre las partes (acusado y víctima). En el que al imputado, se le acusa de violencia y la víctima, solicita el amparo y protección del Estado, con el objetivo de tener condiciones ante una situación de emergencia. El punto de conflicto es la seguridad jurídica de los derechos del administrado, en el que los actos de molestia conculcan sus derechos fundamentales y humanos. Empero, del otro lado, la cuestión de la integridad física y emocional y la protección como víctima, son los elementos que justifican esas medidas provisionales, que, si bien podrían generar un acto irreparable hacia el que las soporta, son un acto excepcional que debe estar justificado en el actuar del fiscal, para que no haya un abuso de autoridad o un acto que sea revocable por medio de un recurso constitucional o anulado por el juez de control, que considerará la idoneidad y la proporcionalidad de la medida provisional, y de este modo, colocarla como una medida cautelar, ya judicializada.

¹⁰⁰ Jordi NIEVA FENOLL, *La razón de ser de la presunción de inocencia*, p. 3 y ss.

¹⁰¹ Karol BONILLA, *La presunción de inocencia en cuestión*.

¹⁰² Francesc BARATA, "La devaluación de la presunción de inocencia en el periodismo", pp. 217-236.

- En los otros ejemplos expuestos (delincuencia organizada, extinción de dominio y juicio político) se fundamenta en lo que en doctrina se ha denominado como derecho penal del enemigo. En él, la defensa de ciertos intereses públicos, coloca a los presuntos delincuentes como enemigos de la sociedad y, por eso, se les puede restringir de ciertas garantías, como la presunción de inocencia. Sin embargo, si bien es una medida extraordinaria, y contra cierto grupo, no menos cierto es que los derechos manipulados desde el Poder Legislativo, crean aporías en el sistema de impartición de justicia.
- La seguridad es el elemento que origina y fundamenta la existencia del Estado. Sin duda, la protección de nuestras libertades, derechos y patrimonio es lo que permite tener una vida digna y el libre desarrollo de nuestra personalidad.
- El aporte de este trabajo es reflexionar sobre el valor de la institución examinada, como un instrumento que se valida en tanto proteja ciertos bienes primordiales la seguridad y la vida de las personas.

Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce, *We the people. Foundations*, Massachusetts, Harvard University Press, 1991.
- AGUILAR, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia*, Ciudad de México, IJF, 2015.
- ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, 2010.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Juicios justos. Manual de amnistía internacional*, Madrid, Amnesty International Publications, 2014.
- BARATA, Francesc, “La devaluación de la presunción de inocencia en el periodismo”, en *Revista Anàlisi*, n.º 39, Barcelona, 2009.
- BARRIOS-MIRANDA, Ángel, “El principio de presunción de inocencia en la aplicación de la prisión preventiva”, en *Revista Dominio de las Ciencias*, vol. 3, n.º 2, Guayaquil, 2017.
- BECCARIA, Cesar, *De los delitos y las penas*, Barcelona, Ediciones Folio, 2002.
- BONILLA, Karol, *La presunción de inocencia en cuestión*, Barcelona, Ediciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2018.
- BRADLEY THAYER, James, “The Presumption of Innocence in Criminal Cases”, in *The Yale Law Journal*, vol. 6, Issue 4, New Haven, 1897.

- CARMONA, Encarna, “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, en *Nuevas Políticas Públicas. Anuario Multidisciplinar para la Modernización de las Administraciones Públicas*, n.º 2, Sevilla, 2006.
- DALLA VIA, Alberto, “Los jueces frente a la política”, en *Revista Isonomía*, n.º 22, Ciudad de México, 2005.
- Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, adopted by General Assembly resolution 40/34 of 29. November 1985.
- DORNER, Stephen & William LAB, *Victimology*, Charlottesville, Lexis Nexis, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1996.
- FERGUSON, Pamela, “The presumption of innocence and its role in the criminal process”, in *Criminal Law Forum*, vol. 27, Issue 2, Vancouver, Columbia Británica, 2016.
- GARNER, Bryan A. (ed.), *Black's Law Dictionary*, Ninth edition, Saint Paul, Minnesota, West Group, 2006.
- GARRETT, Brandon, “The Myth of the Presumption of Innocence”, in *Texas Law Review*, Number 94, Austin, 2016.
- GEERAETS, Vincent, *The Presumption of Innocence*, Groninga, University of Groningen, 2013.
- GÓMEZ, Yolanda, “Estado constitucional y protección internacional”, en *Presente, pasado y futuro de los DDHH*, Ciudad de México, CNDH, 2014.
- GUNTHER, Jakobs *et al.*, *Derecho penal del enemigo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- HILL, Gerald N., *Nolo's plain dictionary*, Berkeley, Nolo, 2002.
- JONG, Ferry, “The Presumption of Innocence as a Counterfactual Principle”, *Utrecht Law Review*, vol. 12, Issue 1, Utrecht, 2016.
- LONNEKE Stevens, “Pre-Trial Detention: The Presumption of Innocence and Article 5 of the European Convention on Human Rights Cannot and Does Not Limit its Increasing Use”, in *Criminal Law and Criminal Justice*, No. 17, Amsterdam, 2009.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María, “La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”, en *Nuevo Foro Penal*, Núm. 55, Medellín, 1992.
- LOZANO GUERRERO, Fidel, *La presunción de inocencia*, Ciudad de México, Comisión de Derechos Humanos de la Laguna, 2012.
- MARCHIORI, Hilda *Criminología. La víctima del delito*. Ciudad de México, Editorial Porrúa, 1998.
- MARTIN, Elizabeth A., *A dictionary of law*, New York, Oxford University Press, 2002.
- MARTÍNEZ CISNEROS, Germán, “La presunción de inocencia”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Escuela Judicial*, n.º 26, Ciudad de México, 2008.

- MEDELLÍN, Ximena, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de las víctimas*, Washington, Fundación para el Debido Proceso, 2014.
- MEDELLÍN, Ximena, *Principio Pro persona*, Ciudad de México, SCJN, 2013.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *La razón de ser de la presunción de inocencia*, Barcelona, Revista InDret, 2016.
- OPEN SOCIETY, *Presumption of Guilt: The Global Overuse of Pretrial Detention*, New York, Open Society Foundations, 2014.
- PENNINGTON, Kenneth, "Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim", in *The jurist*, vol. 63, Washington, DC, 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991.
- PÉREZ PEDRERO, Enrique, *La presunción de inocencia*, Ciudad Real, Universidad de Castilla, 2016.
- PICARD DE ORSINI, Marie y Judith USECHE, "Una nueva dimensión del Estado de derecho: El Estado social de derecho", en *Provincia*, número especial, Mérida, 2006.
- SCJN, *Dignidad humana*, Ciudad de México, PJF, 2013.
- SCURICH, Nicholas, "Jurors' Presumption of Innocence", in *Journal of Legal Studies*, vol. 46, No. 1, Chicago, 2017.
- SILVA HENAO, Juan Fernando. "Evolución y origen del concepto de 'Estado social' incorporado en la Constitución Política Colombiana de 1991", en *Ratio Juris*, vol. 7, n.º 14, Medellín, enero-junio de 2012.
- VILLAR BORDA, Luis. "Estado de derecho y Estado social de derecho", en *Revista Derecho del Estado*, n.º 20, Bogotá, 2007.
- TISNÉS PALACIO, Juan Sebastián, "Presunción de inocencia: Principio constitucional absoluto", en *Ratio Juris*, vol. 7, n.º 14, Medellín, 2014.
- TRIBÍN ECHEVERRY, Fernando, "Crítica a la doctrina de la 'degradación' de la presunción de inocencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", en *Justicia*, n.º 20, Barranquilla, 2011.
- VANOSI, Jorge Reinaldo, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, EUDEBA, 1987.
- WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- WALLER, Irvin, *Derechos para las víctimas de los delitos*, Ciudad de México, INACIPE, 2013.
- Webster's Law Dictionary*, Hoboken, Wiley, 2006.
- WOLFGANG SARLET, Ingo. "Mínimo existencial y justicia constitucional", en Miguel CARBONELL SÁNCHEZ, Héctor FIX FIERRO, Diego VALADÉS (coords.) *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos*. Ciudad de México, UNAM, 2014, tomo v., vol. 2. También disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf> [fecha de consulta: 6 de marzo de 2020].

Siglas y abreviaturas

<i>al.</i>	<i>alii</i>
art.	artículo
arts.	artículos
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
Cfr.	confróntese
CIDE	Centro de Investigación y Docencia Económicas
CNDHs	Comisión Nacional de los Derechos Humanos
<i>CNPP</i>	<i>Código de Procedimientos Penales</i>
coords.	coordinadores
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DC	District of Columbia
ed.	editor
EUDEBA	Editorial Universitaria de Buenos Aires
http	Hyper Text Transfer Protocol
https	Hyper Text Transfer Protocol Secure
IJF	Instituto de la Judicatura Federal
INACIPE	Instituto Nacional de Ciencias Penales
	número
n.º <i>a veces</i> núm., No.	Opinión Consultiva
OC	Organización de Naciones Unidas
ONU	<i>opus citatis</i> (obra citada)
<i>op. cit.</i>	página
p.	Poder Judicial de la Federación.
PJF	páginas
pp.	Principio de Presunción de Inocencia
PPI	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SCJN	ción
Sr.	señor
Sra.	señora
ss.	siguientes
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Hu-
manos
UNAM Universidad Nacional Autónoma de
México
vs. versus
www World Wide Web

Comentarios de Jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 19 | 2021

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 3681-17 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE AL DOBLE SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL VIGENTE EN CHILE

*Henry Boys Loeb**

Resumen

En un fallo paradigmático, el TC acogió lo que consideraba el estándar interamericano respecto a la publicidad de los procedimientos penales, abordando, de paso, una problemática de extrema vigencia en Chile: la coexistencia de dos sistemas de enjuiciamiento criminal y sus diferentes estándares en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales de los sujetos al proceso. No obstante, al hacerlo, dio lugar a fundadas dudas respecto a si excedió o no sus atribuciones. Lejos de aportar claridad en la materia, contrarió su ya asentada jurisprudencia en relación con el rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento chileno. En este trabajo estudiamos las dos posibles lecturas de la sentencia y los problemas de justicia material que ambas traslucen.

Introducción

La STC 3681-17 constituye una ejemplar sentencia para estudiar los límites institucionales y funcionales (HESSE) de la justicia constitucional en nuestro país, puesto que como lo trataremos a continuación, existen dos posibles lecturas de ella, detectadas con gran sagacidad por la disidencia del fallo (ministros Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Empananza y Nelson Pozo Silva). En ambas se produce un desbordamiento del TC hacia materias que exceden su competencia, puesto que el límite funcional y los criterios edificados en cada una resultan imposibles de reconducir a los límites institucionales que contornean y definen, en el ámbito normativo, la extensión de las atribuciones de la magistratura¹.

* Abogado. Licenciado en Derecho y candidato a Magíster con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: hcboys@uc.cl

¹ Al respecto, véase Catalina SALEM, *Conflictos de legalidad y conflictos de constitucionalidad: Trazando un límite en la jurisprudencia de fondo del Tribunal Constitucional*.

Por otro lado, nos permite adentrarnos en un asunto controversial y de plena vigencia en el ordenamiento jurídico chileno: la coexistencia de dos sistemas de enjuiciamiento penal y las afectaciones que ello supone a las garantías de igualdad ante la ley y debido proceso (art. 19 n.º 2 y 3 de la Constitución, respectivamente).

DEFINICIÓN DE CONCEPTOS

En el análisis en curso emplearemos las siguientes categorías relevantes, que definiremos a tal efecto:

- *Límite institucional*: Normas positivas que fijan la competencia del tribunal.
- *Límite funcional*: Reflexiones que efectúa el propio Tribunal desde sus límites institucionales y competencias normativas. Operación hermenéutica que tiene como resultado principios normativos que guían la dimensión de control del TC.
- *Criterio jurisprudencial*: Orientaciones concretas que el TC edifica en su jurisprudencia respecto a la exégesis del ordenamiento jurídico.
- *Gestión pendiente*: Proceso sustanciado ante un tribunal ordinario o especial, en el cual incide la norma de rango legal que se estima inconstitucional en su aplicación.
- *Control de convencionalidad*: Nos referiremos solo al control de convencionalidad interno, el cual refiere a la obligación de los jueces locales (nacionales) de dar aplicación a los mandatos contenidos en tratados internacionales al resolver las cuestiones sometidas a su conocimiento, específicamente en lo relativo a la Convención Americana de Derechos Humanos en razón del criterio adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos “desde el caso Almonacid”².

“Para la aplicación del control de convencionalidad, el juez local tendría dos opciones: intentar una armonización entre ambos órdenes normativos (lo que se ha llamado control ‘débil’); [...] y en caso de una abierta incompatibilidad, dejar de lado la normativa local y aplicar la disposición internacional (control ‘fuerte’)”³.

² Max SILVA ABBOT, “Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso”, p. 103.

³ *Op. cit.*, pp. 103-104.

- *Res interpretata*: Autoridad de cosa juzgada internacional en su proyección indirecta hacia los Estados partes de la Convención Americana⁴.

I. Antecedentes de la causa

“Con fecha 17 de julio de 2017, Francisco Javier Pérez Egert [...] solicitó la declaración de inaplicabilidad del artículo 78, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, en el proceso penal seguido ante el Ministro en Visita Extraordinaria de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, señor Jaime Arancibia Pinto, bajo el Rol No 11-2015”⁵.

La norma cuestionada es del siguiente tenor:

Art. 78. (99) Las actuaciones del sumario son secretas, salvo las excepciones establecidas por la ley.

En las causas relativas a los delitos previstos en los artículos 361 a 363 y 366 a 367 bis y, en lo que fuere aplicable, también en los delitos previstos en los artículos 365 y 375 del Código Penal, la identidad de la víctima se mantendrá en estricta reserva respecto de terceros ajenos al proceso, a menos que ella consienta expresamente en su divulgación. El juez deberá decretarlo así, y la reserva subsistirá incluso una vez que se encuentre afinada la causa. La infracción a lo anterior será sancionada conforme a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 189. El tribunal deberá adoptar las demás medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y asegurar que todas las actuaciones del proceso a que deba comparecer la víctima se lleven a cabo privadamente”.

En lo relativo a la *gestión pendiente*, es importante destacar que el precepto incide en autos seguidos bajo el procedimiento penal antiguo, puesto que la denuncia que da origen al mismo (delitos de detención ilegal, secuestro y tortura) se funda en supuestos hechos que datan de 1973 y 1974⁶. Conforme lo estableció en la disposición Octava Transitoria de la Constitución del año 1997:

“Las normas del nuevo Código Procesal Penal se aplicarán exclusivamente a hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones” (entre 2000-2005)⁷.

⁴ Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “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*)”, p. 645.

⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 3681-17, p. 1.

⁶ *Op. cit.*, C° 9.

⁷ *Op. cit.*, C° 3.

Tal precisión es relevante a efectos de este análisis, puesto que como queda de manifiesto en la sentencia en comento (sobre todo en los considerandos n.º 6 y 8, como en alguna medida plantea la disidencia del fallo), es la dinámica propia del procedimiento penal antiguo, reformado mediante la implementación de la reforma procesal penal iniciada en Chile desde el año 2000, la que es sometida a escrutinio: el sistema inquisitivo.

“En el caso de nuestro sistema procesal penal, sus estructuras básicas corresponden [correspondían] al modelo del sistema inquisitivo que rigió en Europa continental desde la última etapa de la edad media hasta las reformas del siglo XIX. Este sistema fue introducido por la corona española en sus colonias americanas y se mantuvo en las repúblicas independientes, sin mayores cambios hasta el presente siglo”⁸.

“En su diseño original nuestro proceso contempla[ba] el desarrollo de dos etapas, una de instrucción, llamada sumario, y otra de carácter contradictorio, llamada plenario”⁹.

Como lo menciona la disidencia de la sentencia objeto de análisis en su punto n.º 23, citando a Rafael Fontecilla¹⁰ y haciendo referencia a un fallo anterior (STC 3285-16):

“En lo tocante al tema del secreto o publicidad, se dice que en la primera etapa hay absoluto secreto y, en el segundo período, al dictarse el decreto de envío [envío], desde aquel momento nace la publicidad”¹¹.

Y tal es el caso planteado por el requirente, quien estimó vulneradas sus garantías fundamentales cuando, luego de solicitar “el conocimiento efectivo de todo lo obrado en la etapa sumarial o investigativa”¹² previo a prestar declaración indagatoria, dicha solicitud le fuera denegada, primero, por el ministro instructor, y, luego, conociendo de un recurso de apelación, por la 2ª Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, mediante resolución de fecha 14 de junio de 2017, en la cual confirmó de forma unánime la decisión del juez *a quo*.

“Con fecha 1 de agosto de 2017, la Segunda Sala [del TC] acogió a tramitación el requerimiento y *suspendió el procedimiento* en la gestión invocada”¹³,

⁸ Cristián RIEGO, *El proceso penal chileno y los derechos humanos*, p. 28.

⁹ *Op. cit.*, p. 30.

¹⁰ Rafael FONTECILLA RIQUELME, *Tratado de derecho procesal penal*.

¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 3681-17, p. 15.

¹² Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Francisco Javier Pérez Egert en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 3681-17, p. 6.

¹³ *Op. cit.*, p. 2.

tal como fuera solicitado por el requirente en el primer otrosí de su presentación¹⁴. “Luego, con fecha 22 de agosto del mismo año, se declaró *admisibile el requerimiento*”¹⁵. Cabe destacar que durante toda la tramitación del requerimiento solo se verificaron presentaciones y alegato por parte del abogado del requirente, Jorge Montero Mujica, puesto que en la gestión pendiente no existía querellante¹⁶. No obstante, no deja de llamar la atención que, según consta en el expediente del requerimiento en el TC, la actuario de las causas de derechos humanos de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso remitiera “copias de las principales piezas de la causa rol n.º 11-2015”¹⁷, en tanto que el TC, aunque tribunal de la república, no forma parte integrante del Poder Judicial, por lo que, bajo una perspectiva, por cierto atendible, podría ser considerado un tercero en la gestión pendiente a efectos de aplicársele el mismo artículo ante el impugnado. Así pareciera haberlo entendido la misma Corte que a la postre le remitiera las referidas copias, puesto que, como señala el requirente en su presentación, incluso le fue negado el certificado necesario para interponer el requerimiento por estimar “que infringe el secreto del sumario”¹⁸.

Respecto de las *alegaciones del requirente*, este expuso, en síntesis, que estimaba vulneradas las garantías constitucionales:

“Del artículo 19 N° 2 relativo a la igualdad ante la ley, la del art. 19 N° 3 relativa a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, a la de presunción de inocencia que es inherente a la dignidad de la persona humana, consagrado como valor supremo en el artículo 1° de la Constitución Política de Chile, y la del derecho a la defensa dentro de un debido proceso que es parte, también del art. 19 N° 3”¹⁹.

Fundamentó sus posiciones calificando la investigación penal de la gestión pendiente como “secreta e indefinida”²⁰, señalando que la existencia de dos procesos penales vigentes implicaba una desigual posición para quienes eran parte en el sistema inquisitivo antiguo respecto de quienes se les aplica

¹⁴ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por don Francisco Javier Pérez Egert, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 3681-17, p. 2.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Remisión de antecedentes de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso con fecha 24 de octubre de 2017, en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 3681-17, p. 1.

¹⁸ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por don Francisco Javier Pérez Egert, *op. cit.*, p. 6.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 9.

²⁰ *Op. cit.*, p. 10.

el proceso penal nuevo, puesto que el fin de la disposición octava transitoria que legitimó constitucionalmente la pervivencia de ambos órdenes de procesamiento penal tenía una función “esencialmente orgánica”²¹, no relativa a las garantías constitucionales de los sujetos al proceso. Aludió, asimismo, que la reforma procesal penal impetrada en Chile obedeció a adaptar el sistema interno para dar pleno cumplimiento a diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos, los cuales reforzaban el sistema de garantías en el marco del proceso penal. “En suma, el nuevo ordenamiento penal se ajusta tanto a las normas constitucionales como a los tratados internacionales”²², expuso el requirente, arguyendo luego la vulneración de las garantías de presunción de inocencia, debido proceso y derecho a defensa, con fundamento en diversas normas internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos) por aplicación del art. 5.º inciso 2.º de la Carta Fundamental.

II. Delimitación del conflicto

Existen dos lecturas posibles de la sentencia, como desarrollaremos en el apartado siguiente desde el razonamiento expuesto por la disidencia. Una es aquella mediante la cual el TC habría estimado que es la propia institución del secreto consagrada en el artículo impugnado la que sería contraria a la Constitución; mientras que otra implicaría que el Tribunal sencillamente concedió acceso al expediente. Ambas, como veremos, abordan dilemas relativos a los límites funcionales e institucionales del Tribunal. En la primera lectura, habrá que dilucidar si los argumentos empleados por la mayoría, para arribar a la conclusión favorable al requerimiento, encuentran su fundamento en la Constitución o si responden, en cambio, a una interpretación del texto constitucional fraguada por los ministros o, incluso, a la utilización de normas de inferior jerarquía para resolver el asunto sometido a su conocimiento. Nos referimos específicamente a los “tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”²³. Como analizaremos, ya en caso de una interpretación como si se tratase de una recepción directa de tratados internacionales, nos enfrentamos al desafío de desentrañar si el TC efectuó o no un control de

²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 3681-17, p. 10.

²² *Op. cit.*, p. 12.

²³ Art. 5.º inciso segundo de la *Constitución Política de la República de Chile*.

convencionalidad, o si, en cambio, tuvo como fuente para su fallo normas y criterios de rango constitucional. En la segunda lectura posible nuestra tarea será más sencilla, bastando exponer los aspectos relevantes de la sentencia que dan pie a ella para elucidar si la motivación de la magistratura al pronunciarla fue o no una de justicia material para el caso concreto y, en ese caso, si su actuación resultó o no respetuosa de la competencia de los jueces del fondo.

III. Análisis jurídico de la sentencia

Según adelantáramos, la disidencia desliza dos formas diferentes de leer el voto mayoritario, las cuales consideraremos en profundidad en los puntos 3.1 y 3.2 del presente artículo.

Respecto a la primera lectura, esta señala (puntos n.º 7 y 8):

“La primera cuestión que cabe plantearse es si es admisible alguna modalidad de secreto en el proceso penal considerado en abstracto. El requirente parece solicitarlo porque cuestiona la existencia del secreto y también las ‘excepciones establecidas por la ley’. Cuando se cuestiona la regla general del secreto y la excepción de la publicidad, parece solicitar el requirente que exista una sola regla en los procesos penales: publicidad integral sin distinción alguna, ni admisión excepcional de la reserva. Parece que la mayoría del Tribunal entiende lo mismo”²⁴.

En cuanto a la segunda lectura, en una suerte de posición subsidiaria a los razonamientos precedentes respecto de la primera, la disidencia plantea (punto n.º 20): “Finalmente, tanto el requerimiento como la gestión subyacente reposan sobre la idea según la cual *debe accederse al conocimiento del sumario*”²⁵. Analicemos en detalle las dos miradas del mismo fallo.

3.1 PRIMERA LECTURA:

CUESTIONAMIENTO DEL SECRETO SUMARIO EN ABSTRACTO

Según la disidencia, esta tesis:

“Se desprende de varios considerandos. Por una parte, [el Tribunal] indica que concurre el ‘principio de publicidad de los actos jurisdiccionales’ (Cº 5). Agrega que ‘más cuestionable resulta el ocultamiento del sumario en el marco de un proceso donde un mismo juez funge de investigador y

²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 3681-17, p. 9.

²⁵ *Op. cit.*, p. 14.

de sentenciador' (Cº 6), en la asimilación de 'procedimiento secreto o inquisitivo' (Cº 8), para concluir ciñéndose a un estándar de derechos humanos indicando que «el proceso penal debe ser público' (Cº 11)»²⁶.

De nuestra parte, podríamos añadir una cita adicional de la sentencia, que refleja con claridad la posición criticada por los ministros disidentes:

“Si la Constitución exige perentoriamente ‘al legislador establecer siempre las garantías de una investigación racional y justa’, para proteger al sumariado contra la arbitrariedad, es obvio que el Código de Procedimiento Penal no satisface tal mandato cuando deja entregado el conocimiento del expediente a la voluntad absoluta e inmotivada del juez instructor”²⁷.

Como es posible observar en los pasajes transcritos, el enjuiciamiento constitucional que los ministros sentenciadores realizan a la norma es uno de carácter general y abstracto, puesto que no parecieran concebir alguna hipótesis en que la institución del secreto encontrara aplicación válida y acorde con el texto de la Constitución. De esta forma, como señala José Ignacio Martínez:

“Si la redacción de la norma es abiertamente inconstitucional [como parecieran comprender los ministros], es probable que la interpretación [y aplicación²⁸] de aquella también lo sea, pues muchas veces el intérprete se ciñe a la literalidad de la norma que interpreta [o aplica]”²⁹.

Dicho en otros términos y a la luz de lo expuesto, al concebir el secreto sumario como una institución por definición contraria a “las garantías de una investigación justa y racional”³⁰, dado que en la redacción de la disposición impugnada (que lo establece) no se requiere fundamentar la decisión por la cual se deniega la posibilidad de entrar en conocimiento de lo obrado, sobre todo respecto de “antecedentes que puedan comprometer al declarante”³¹, “se priva a éste de una parte sustancial del derecho a defensa”³², dejándole en una posición de indefensión intolerable a juicio de los sentenciadores, la cual resultaría siempre y a todo evento incompatible con la Carta Fundamental, excluyendo cualquier posibilidad de

²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 3681-17, p. 9.

²⁷ *Op. cit.*, Cº 6.

²⁸ Por razones de extensión, en esta investigación no abordaremos la interesante cuestión de si aplicar una norma importa siempre y a todo evento interpretarla.

²⁹ José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “La deferencia del Tribunal Constitucional respecto del Juez en la gestión pendiente en la cuestión de inaplicabilidad”, p. 243.

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 3681-17, Cº 5.

³¹ *Op. cit.*, Cº 4.

³² *Ibid.*

conciliación con el parámetro constitucional al que estiman estar dando aplicación.

Sentado así el tipo de reproche (general y abstracto) que el Tribunal formula a la norma impugnada, cabe preguntarse si este tiene o no asidero en la Constitución. Plantea la disidencia:

“La primera consecuencia de una tesis de esta naturaleza sería la declaración de inconstitucionalidad de todo procedimiento que incluyera actos procesales realizados bajo secreto o reserva, incluyendo las configuradas en la antigua y en la nueva codificación procesal penal. Asimismo, afectaría a cuanta ley especial en materia penal que desarrollase técnicas de esta naturaleza” (punto n.º 9)³³.

Es decir, considerar que el texto constitucional proscribiera toda clase de secreto en una investigación importaría sacarlo de cuajo de nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto, resulta evidente que la mera sustentación del rechazo de una solicitud de acceso a un expediente secreto importaría vulnerar la institución del secreto. Fundamentar no es otra cosa que entregar razones y, para hacerlo, es necesario apoyarse en aspectos materiales de la causa. ¿Cómo podría el juez de la instancia, con su competencia estatuida por una norma que contempla el secreto, aplicarla en plenitud si tiene que romper el secreto para justificar su decisión de no revelarlo? En efecto, no puede hacerlo, según comentáramos supra a raíz de la denegación del certificado para interponer el requerimiento que dio origen a este caso. La falta de fundamentación encuentra lógica en la norma impugnada por las razones antedichas, pero es aquella precisamente la que origina la arbitrariedad e indefensión que el Tribunal considera contrarias a la Constitución.

No obstante, como destacan los ministros disidentes:

“La hipótesis de la completa publicidad de los procedimientos penales como recepción de un estándar constitucionalmente exigible no tiene un reconocimiento en norma fundamental alguna y no puede deducirse de éstas” (punto n.º 11)³⁴.

Lapidario aserto, el cual, empero, encuentra justificación en el texto expreso de la Constitución: ni el art. 8.º, ni el art. 19 n.º 3, ni ninguna otra norma constitucional consagran la publicidad plena e irrestricta. La Constitución no la contempla ni para los órganos del Estado en general³⁵ ni para los

³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 3681-17, p. 9.

³⁴ *Op. cit.*, p. 10.

³⁵ El art. 8.º de la Constitución contempla, como causales de reserva o secreto, la afectación del “debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

tribunales en específico³⁶. En ambos casos, de hecho, el mandato constitucional es que sea una ley la que determine, por un lado, la procedencia de causales de secreto o reserva para la actuación de los órganos del Estado (de quórum calificado, señala el art. 8.º); así como las “garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”³⁷, por otro. En síntesis: es la Constitución misma la que otorga al legislador una razonable discrecionalidad para determinar cuándo es procedente la permisión del secreto y cuándo no. El criterio constitucional de fondo para enjuiciar la legislación que lo contemple radica en que la aplicación del secreto no importe indefensión.

En este caso, el Tribunal estimó que el secreto del procedimiento inquisitivo antiguo contrariaba la racionalidad y la justicia. Mas no hallando, según hemos expuesto, justificación en el articulado de la Constitución para sus afirmaciones, cabe preguntarse de dónde la extrajeron. Una *primera hipótesis* es que los ministros hayan realizado una exégesis del texto constitucional, frente a la carencia de norma expresa que sustentara su tesis. Una *segunda hipótesis* es que hayan ocupado como parámetro de control de constitucionalidad una norma de rango inferior, no obstante se advierte que en la primera hipótesis (interpretación) también es necesario un parámetro que obre como criterio de juicio, ayudando a obtener de una norma escueta en contenido un criterio dogmático tan contundente como el que, en la práctica, extrajeron.

Y si acudimos a los considerandos de la sentencia, es posible detectar las siguientes fuentes en apoyo de los argumentos esgrimidos por el Tribunal:

- a) El fuero real (Cº 5);
- b) La doctrina (Cº 8) y
- c) Los análisis de la CIDH, por interconexión con jurisprudencia previa del Tribunal (STC 2492-13 y 2902-15) en casos que se estimaron similares (Cº 10).

Si bien citar la doctrina y el Fuero Real resultó casi anecdótico, en la medida que no tuvo incidencia en lo sustantivo de sus razonamientos, resulta llamativa la alusión a su jurisprudencia previa, en que se había empleado la sentencia de la CIDH sobre el bullado caso Palamara Iribarne vs. Chile (2005) de dos formas diferentes. Afirma el Tribunal en la sentencia que comentamos:

³⁶ El capítulo VI, relativo al Poder Judicial, nada dice al respecto, mientras que el art. 19 n.º 3 de la Constitución expresa tan solo que las decisiones de los tribunales deben “fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”.

³⁷ Art. 19 n.º 3 de la *Constitución Política de la República de Chile*.

“Los mencionados fallos hicieron suyos los reparos formulados a este respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, arguyendo precisamente que ‘el proceso penal debe ser público’”³⁸.

Si bien en la STC 2902-15 se afirma que el caso Palamara Iribarne vs. Chile obra como “respaldo interpretativo”³⁹, en la STC 2492-13 (previa) el criterio es en lo sustancial distinto, puesto que se cita dicha interpretación como un “estándar” plenamente “aplicable a esta causa”⁴⁰. Apoyándose en esta última, los ministros sentenciadores emplean la jurisprudencia de la CIDH para fundamentar la inconstitucionalidad general y abstracta de la institución del secreto en los procedimientos penales.

Lo anterior permite entroncar con la disyuntiva adelantada en el punto II de este análisis, así como con las nociones de control de convencionalidad en sus acepciones ‘fuerte’ y ‘débil’, explicadas en la introducción de este trabajo. En efecto, es posible apreciar que el TC en la sentencia analizada realiza lo que Max Silva denomina “control fuerte”, esto es, darle primacía a la norma interamericana⁴¹ y a la *res interpretata*⁴² de la CIDH por sobre la legislación nacional que está llamado a aplicar (la Constitución), mientras que la disidencia, amparándose también en la jurisprudencia de la CIDH en el caso Palamara Iribarne vs. Chile para sostener sus razonamientos, realiza un “control débil” de convencionalidad, es decir, intenta armonizar ambos órdenes.

¿Es correcto que el TC efectúe control de convencionalidad –fuerte o débil– de los tratados internacionales? La respuesta es negativa y surge precisamente de su propia jurisprudencia, que ha establecido la muy difundida tesis de que tales normas tienen rango de ley, mientras que cuando versan sobre derechos humanos poseen un rango supralegal, pero infraconstitucional⁴³. En otras palabras, ningún tratado internacional, incluso aquellos referidos a derechos humanos, tiene un rango superior o equivalente a la Constitución. Menos aún, como resulta lógico, la *res interpretata* de la Corte Interamericana sobre un aspecto específico.

De esta forma, la sentencia que comentamos incurre en el vicio de resolver bajo un estándar legal un asunto constitucional. El conflicto producido entre una ley vigente (el *Código de Procedimiento Penal* antiguo) y otra ley vigente (la Convención Americana de Derechos Humanos) es

³⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 3681-17, C° 10.

³⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2902-15, p. 18.

⁴⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2492-13, C° 10.

⁴¹ Art. 8.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴² SILVA, *op. cit.*, p. 104.

⁴³ A modo ejemplar: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2387-12 y sentencia rol 2388-12.

resuelto en sede constitucional, mientras que debió estarse a lo decidido por los jueces del fondo, quienes son los llamados a determinar la ley aplicable al caso concreto.

Si se hubiera querido declarar correctamente la inaplicabilidad del precepto impugnado, deberían haberse esgrimido fundamentos de naturaleza constitucional, como abordaremos en el punto n.º 4 de esta investigación. Así, en esta primera lectura posible del fallo, el TC “rompió el elástico”⁴⁴ que permite reconducir el límite funcional desarrollado (control de convencionalidad) y el criterio surgido desde el mismo (inconstitucionalidad del secreto en los procesos penales) a su límite institucional:

“Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”⁴⁵.

3.2 SEGUNDA LECTURA:

ACCESO AL EXPEDIENTE EN LA GESTIÓN PENDIENTE

Es posible extraer esta segunda mirada, que con lucidez descubre la disidencia en los argumentos expuestos por los ministros sentenciadores, del siguiente pasaje de la sentencia:

“Al negársele –sin más– la plena cognoscibilidad de los antecedentes [...] invocando dicha norma procesal, se priva a éste de [...] una investigación justa y racional”⁴⁶.

Podríamos sintetizar su razonamiento de la siguiente forma:

- a) El artículo impugnado establece el secreto de lo obrado, con excepciones.
- b) Al acoger o denegar tales excepciones, la norma no exige motivación.
- c) Tal ausencia de motivación para el rechazo, priva a la norma de racionalidad y justicia.
- d) Cuando el juez de la gestión pendiente resolvió el asunto no motivó su resolución, por lo que se produjo una aplicación del precepto contraria a las garantías fundamentales.

Tal como indica la disidencia (punto n.º 20)⁴⁷, es posible observar que la mayoría desarrolla un análisis general y abstracto en los tres primeros

⁴⁴ La autoría del concepto es de SALEM, *op. cit.*

⁴⁵ Art 93, n.º 6 de la *Constitución Política de la República de Chile*.

⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 3681-17, Cº 4.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 14.

ejes de su razonamiento (a, b y c), mientras que efectúa uno concreto, de justicia material, en el último (d). Visto de otra manera, los tres primeros razonamientos abordan el secreto de la investigación en el marco de un sistema inquisitivo que, observan, no satisface el estándar mandado por la Constitución. Por esa razón es que luego se hacen cargo (en los considerando 7 y 8), como respondiendo a una pregunta retórica, de descartar ciertas alegaciones que se encaminaban a demostrar la validez del sistema de enjuiciamiento penal antiguo en su conjunto⁴⁸. No obstante, en el considerando 9, así como en la *ratio decidendi* del fallo en comentario (C° 11), se alejan de tal línea de análisis, para discurrir en torno a la justicia material del caso concreto, la cual estiman transgredida. Señalan en ese sentido:

“Dicha circunspección hacia el secreto del sumario tampoco se condice con la realidad de este caso, donde no se investiga en los primeros momentos tras la comisión de un ilícito [...]. Parece punto menos que irracional suponer que una persona que es citada a declarar el año 2017 se encuentre en condiciones reales de poder alterar las evidencias de un eventual delito acaecido hace más de 45 años”⁴⁹.

Así, la sentencia termina por resolver que ha sido la “aplicación inmotivada”⁵⁰ (por parte del juez de la gestión pendiente) lo que “en este caso concreto evidencia su contradicción con la justicia y la razón”⁵¹, buscando lisa y llanamente conceder al requirente acceso al expediente.

El juez del foro obró, según dijéramos, en aplicación directa de la norma. Tal norma le concede una amplia discrecionalidad para fallar, puesto que no le exige fundamentar sus decisiones, ya que, como explicamos, resultaría ilógico con la propia preservación del secreto. Habiendo obrado ambos jueces de instancia en el marco de sus competencias y límites institucionales (arts. 76 y 77 de la Constitución, por vía ejemplar), el TC en la sentencia que abordamos se hizo cargo de un problema que excede con creces sus atribuciones: cuestionar la pervivencia de dos sistemas de enjuiciamiento penal en Chile, uno de los cuales (el antiguo) no satisface el estándar constitucional al vulnerar los derechos de los sujetos al proceso, en concreto, en este caso mediante la institución del secreto. Aquella actividad, propia del legislador, tampoco fue deferente con el criterio de los jueces del fondo, quienes habían optado por dar aplicación a la norma.

⁴⁸ Art. 109 del antiguo *Código de Procedimiento Penal*, en el considerando séptimo, y comentario doctrinal de Robustiano Vera, en el considerando octavo.

⁴⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 3681-17, C° 9.

⁵⁰ *Op. cit.*, C° 11.

⁵¹ *Ibid.*

IV. Dos sistemas de enjuiciamiento criminal⁵²

A la fecha, en Chile se encuentran vigentes dos sistemas de enjuiciamiento en sede penal: el regulado por el antiguo *Código de Procedimiento Penal* y el que norma el actual *Código Procesal Penal*. El antiguo sistema inquisitivo, regulado en el *Código de Procedimiento Penal*, se sigue aplicando en nuestro país en virtud del inciso segundo de la disposición octava transitoria de la Constitución para los casos correspondientes a la jurisdicción militar en tiempos de paz, los llamados delitos militares del *Código de Justicia Militar*, como también en aquellos casos de jurisdicción común cometidos con anterioridad a la entrada de la Reforma Procesal Penal en las regiones respectivas. Así, por ejemplo, en la Región Metropolitana los hechos ocurridos con anterioridad al año 2005 deben ser conocidos por un juez del crimen y no por los fiscales del Ministerio Público. Si bien esta lógica procesal fundada en la fecha de comisión del hecho punible es atendible, *nunca estuvo pensada para durar veintiún años como ocurre en la realidad*, donde perviven dos sistemas procesales penales en paralelo.

La situación en Chile es más grave aún, cuando queda en evidencia que la gran mayoría de los casos de jurisdicción común vigentes del sistema antiguo son imputados con hechos ocurridos entre treinta a cincuenta años atrás⁵³. El gran inconveniente de carácter constitucional que supone lo expuesto previamente radica en que la aplicación del procedimiento penal antiguo, dado su obsoleto estándar procesal y la lejanía temporal de muchos hechos sustanciados bajo el mismo, ha dado lugar a condenas injustas. Entre múltiples fallos a destacar a este respecto, sobresale el caso de un hombre privado de libertad por doce años, condenado en calidad de cómplice de un delito que no tiene autores (rol 506-2007); de otro condenado a cinco años y un día tan solo por acto de presencia en el lugar de los hechos (rol n.º 95096-16); de un tercero condenado a la misma pena que el anterior por “falta de curiosidad” al no indagar las órdenes recibidas de sus superiores (rol 95524 OP); de un cuarto condenado por

⁵² Este acápite forma parte del proyecto de ley presentado por los honorables diputados: Catalina Del Real, Camila Flores, Harry Jürgensen, Cristian Labbé, Luis Pardo, Ignacio Urrutia, Osvaldo Urrutia y Cristóbal Urruticoechea, con fecha 10 de junio de 2021, *Boletín* n.º 14306-07. Dicho proyecto de ley fue redactado por el abogado autor de este trabajo considerando los aportes de los abogados Pedro Orthusteguy, Maximiliano Murath y Hermógenes Pérez de Arce Ibieta.

⁵³ En este punto recordamos que la prescripción de la acción penal en Chile para los delitos más graves de nuestra legislación y que se castigan con presidio perpetuo es de quince años, de acuerdo con el art. 94 del *Código Penal*. Además, en conformidad al art. 247 del mismo *Código*, el tiempo máximo de una investigación ya formalizada es de dos años.

el solo hecho de encontrarse acreditado que conducía una camioneta (rol 67340-2010) y una serie de condenas edificadas sobre la base de ficciones jurídicas no contempladas de forma expresa en la legislación vigente (*vr. gr.* 6188-2006, 517-2004), a las cuales se arribaba en virtud de la amplia discrecionalidad de la que goza el sentenciador en dicho procedimiento.

4.1 VULNERACIÓN DEL ESTÁNDAR CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO

A ojos vista existe una serie de deficiencias en el procedimiento penal antiguo, las cuales generan un estatuto de insuperable indefensión para quienes se encuentran sometidos a él. En efecto, el sistema procedimental penal antiguo contraviene el estándar constitucional del debido proceso vigente en Chile. Sobre este punto el TC ha acogido requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de normas que están reguladas en el antiguo sistema penal, como el art. 205 del *Código de Procedimiento Penal*, en causas STC n.º 3649, 4390 y 4391. Asimismo, se ha cuestionado la aplicación a los procesados, imputados y testigos regidos por el sistema penal antiguo, de los arts. 193, 318, 330 inciso 1.º, arts. 334, 351 y 352 del *Código de Procedimiento Penal*, entre otros.

Los problemas ocasionados por el antiguo sistema de enjuiciamiento criminal son múltiples. A modo ejemplar, permiten al juez tomar declaraciones y realizar careos a los procesados e inculcados y a otros testigos durante la etapa de sumario sin la presencia del abogado del declarante o del inculcado, vulnerando, en su esencia, el legítimo ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva dentro de un proceso racional y justo. Y cabe decir, además, que cada una de esas declaraciones y careos son parte de lo que el juez instructor considerará al momento de decidir si, tras cerrar el sumario, formulará o no acusación fiscal, viciándose, de este modo, dicha determinación, pues provendrá, ya sea de modo favorable o perjudicial a los procesados e inculcados, de elementos obtenidos con infracción material de la Constitución.

También existe evidencia sobre la vulneración del principio de objetividad que lleva a investigar con igual celo las circunstancias que favorezcan o perjudiquen al sujeto investigado. Así, en relación con el juez instructor, cuya función, a pesar de ser teóricamente mixta –al igual que la actual Fiscalía–, se centra en la comprobación de los elementos del tipo delictual por el que ejerza la acusación, es decir, su neutralidad teórica no existe. Esto es de suyo inaceptable, pues mientras el juez instructor es, como mínimo un profesional letrado o, incluso, un ministro de la Corte de Apelaciones que cuenta con una larga y distinguida trayectoria profesional, los procesados e inculcados no pueden contar con asesoría letrada,

de modo que no existe posibilidad alguna de igualdad, desde el punto de vista del dominio intelectual de las normas, que es en efecto para lo cual la discusión judicial en Occidente se ha desarrollado en la forma de representación obligatoria por abogado.

En lo que respecta al caso de análisis, el art. 78 del *Código de Procedimiento Penal* omite la fundamentación de la resolución que deniega acceso al expediente en la etapa de sumario con lo que, como expuso el requirente y acogieron los ministros sentenciadores, se vulnera tanto la racionalidad (se trata precisamente de la ausencia de razones) como la justicia necesarias para un procedimiento legalmente tramitado.

4.2 VULNERACIÓN DEL ESTÁNDAR CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD ANTE LA LEY

Como ha sido desarrollado profusamente en doctrina, el estándar jurídico de igualdad ante la ley en Chile responde a una formulación aristotélica:

“El derecho a la igualdad consagrado en este precepto [art. 19 n.º 2 de la Constitución] puede definirse como la facultad de exigir al ordenamiento jurídico, así como a las autoridades que lo aplican [...], un trato igual para quienes se encuentren en una misma situación, y eventualmente, un trato desigual para quienes se encuentren en una situación diferente”⁵⁴.

En efecto, *los inculcados bajo el procedimiento penal antiguo en nada difieren de los procesados bajo el nuevo proceso penal en lo que al derecho a un debido proceso respecta*. La única diferencia objetiva entre unos y otros es relativa al delito que se les imputa o a la época de acaecimiento de los hechos, lo que no justifica en modo alguno la discriminación referente a los mecanismos procesales empleados para determinar la culpabilidad, dejando de manifiesto la arbitrariedad.

El nuevo sistema procesal penal terminó su implementación en todo el territorio chileno en 2012, por lo que desde el 10 de enero de aquel año debería encontrarse vigente en nuestro país un único sistema de:

“Enjuiciamiento penal, sin embargo, como el artículo 8º de la Constitución no ha sido derogado, tenemos dos sistemas de enjuiciamiento vigentes [...], uno aplicable a todos los hechos delictivos perpetrados con anterioridad a enero de 2012 y otro, más justo y eficaz según pronunciamiento de los propios poderes del Estado, aplicable a todos aquellos hechos delictivos que [...] se consideren cometidos a contar de esa fecha”⁵⁵.

⁵⁴ José Manuel DÍAZ DE VALDÉS, *Igualdad constitucional y no discriminación*, p. 83.

⁵⁵ Samuel GINGSBERG ROJAS, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado con fecha 3 de enero de 2018, f. 5.

Aquello contraviene el citado principio constitucional de igualdad ante la ley, así como normas legales relevantes.

La Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes señala de forma expresa en su art. 24:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

En otras palabras –y como dicta el sentido común– los juicios ya iniciados con un procedimiento deben terminar de tramitarse bajo aquel, mientras que todo juicio iniciado bajo la vigencia de un nuevo procedimiento se ajustará al nuevo estándar procesal.

A mayor abundamiento, el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal contemplado en el art. 19 n.º 3 inciso séptimo de la Constitución, mediante el cual sabemos que la ley penal solo puede disponer para lo futuro con la excepción de que favorezca al afectado (principio *pro reo*), “vale solo respecto del derecho penal sustantivo, pues las disposiciones de derecho procesal penal rigen *in actum*”⁵⁶.

Incluso, analizando la excepción constitucional a la irretroactividad de la ley penal recién mencionada, la revisión de las sentencias pronunciadas bajo el procedimiento penal antiguo constituiría una aplicación válida del principio *pro reo*, por cuanto no contaron con las garantías modernas de un procedimiento racional y justo, arribando en consecuencia a una condena carente de los elementos de convicción suficientes para acreditar la responsabilidad penal de los inculpados, lo que sin duda ha influido en lo sustantivo del fallo, que es la aplicación de una pena.

Conclusión

A modo de corolario, entonces, es posible estimar que en ambas lecturas alternativas de la sentencia rol 3681-17 el TC “rompió el elástico” que une sus límites funcionales a sus límites institucionales. No obstante, subyacía bajo su resolución una inspiración de justicia material surgida de la evidente inconstitucionalidad existente en la pervivencia de dos sistemas de enjuiciamiento penal en Chile, con manifiestas diferencias de trato a los procesados en lo que a sus derechos fundamentales respecta.

⁵⁶ Ángela VIVANCO, *Curso de derecho constitucional*, p. 322.

En la primera lectura, el Tribunal efectúa un reproche general y abstracto a la norma impugnada, empleando un estándar de derecho internacional para fundamentarlo, específicamente la *res interpretata* de la CIDH y el art. 8.5 de la CADH. Tal control de convencionalidad en su variante “fuerte” expresa un conflicto de mera legalidad el cual, de hecho, ya había sido resuelto por el sentenciador de la gestión pendiente en doble instancia, denegando el acceso a lo obrado en la investigación (prefiriendo con ello la norma interna a la norma internacional).

En la segunda lectura, expuesto el razonamiento efectuado por el Tribunal, es posible descubrir en su último eje de análisis una consideración de justicia material para el caso concreto, en virtud de la cual simplemente concedió al requirente acceso al expediente.

La jurisprudencia del TC en este tema ha sido cambiante: mientras que la proscripción del secreto en el antiguo procedimiento penal es relativa en las STC 2492-13 y 2902-15, en la sentencia objeto de este estudio se propone como absoluta. Asimismo, el TC no consigue sentar doctrina en torno al control de convencionalidad (fuerte o débil), dado que en las STC 2492-13 y en la presente, lo concibe como un estándar de lleno aplicable en el ámbito constitucional, mientras que en la STC 2902-15 lo emplea como un simple “apoyo interpretativo”. Por último, es posible descubrir en la pervivencia de dos sistemas de enjuiciamiento criminal una abierta infracción a los estándares constitucionales de un debido proceso e igualdad ante la ley, lo que se estima ha motivado los erráticos intentos del TC chileno por entregar soluciones de justicia material las cuales, en muchas oportunidades, exceden su ámbito de competencia.

Se trata de un problema irresoluto y de plena vigencia en Chile, siendo resorte del Congreso Nacional la aplicación plena del nuevo proceso penal mediante la modificación de la disposición octava transitoria de la Constitución. Mientras ello no ocurra, es probable que el TC siga pronunciando jurisprudencia aislada en casos puntuales sometidos a su conocimiento, sin afianzar su doctrina interpretativa, faltando, en muchas ocasiones, a la debida deferencia con el juez titular de la gestión pendiente y obrando, en la práctica, como un legislador negativo debido a la inacción del legislador positivo.

Bibliografía

- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, *Igualdad constitucional y no discriminación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- FERRER MAC-GREGOR, 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*)”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, n.º 2, Santiago, 2013.
- FONTECILLA RIQUELME, Rafael, *Tratado de derecho procesal penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978, tomo I.
- GINGSBERG ROJAS, Samuel, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado con fecha 3 de enero de 2018.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, “La deferencia del Tribunal Constitucional respecto del Juez en la gestión pendiente en la cuestión de inaplicabilidad”, en *Estudios Constitucionales*, año 13, n.º 1, Santiago, 2015.
- RIEGO, Cristián, *El proceso penal chileno y los derechos humanos*, Santiago, Ediciones UDP, 1994, vol. I.
- SALEM, Catalina, *Conflictos de legalidad y conflictos de constitucionalidad: Trazando un límite en la jurisprudencia de fondo del Tribunal Constitucional*, investigación para optar al grado de Magíster en Derecho LLM, mención Derecho Constitucional, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2015.
- SILVA ABBOT, Max, “Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso”, en *Estudios Constitucionales*, año 14, n.º 2, Santiago, 2016.
- VIVANCO, Ángela, *Curso de derecho constitucional*, Santiago, Ediciones UC, 2006, tomo II.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Jurisdicción ordinaria

- CORTE SUPREMA, Augusto Pinochet Ugarte y otros, Corte Suprema, sentencia rol 506-07, 2007.
- CORTE SUPREMA, Betzabe del Carmen Lara Ruiz y otros c/ Sergio Arellano Stark, Luis Guillermo Mena Sepúlveda, Carlos Enrique Massouth Mehech, Cesar Alfonso Corvalan Palma, Augusto Pinichet Ugarte, sentencia rol 95.096-16, 2016.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia rol 9524-OP, 2013.
- CORTE SUPREMA, Juan Contreras Sepúlveda y otros, sentencia rol 517-2004, 2004.
- CORTE SUPREMA, Procesados Freddy Ruiz Bungler y otros, sentencia rol 6188-06, 2006.
- CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, Alicia Lira Matus y otros c/ Agentes del Estado”, sentencia rol 67340-10, 2010.
- SEGUNDO JUZGADO DE LETRAS DE QUILLOTA, sentencia rol 35738-AG, 2011.

Jurisdicción constitucional

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2387-12, 2013.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2388-12, 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2492-13, 2014.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2902-15, 2016.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 3285-16, 2017.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 3649-17, 2019.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 3681-17, 2018.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 4390-18, 2018.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 4391-18, 2018.

Normas citadas

Código de Procedimiento Penal de Chile.

Código Penal de Chile.

Constitución política de la República de Chile.

Convención Americana de Derechos Humanos.

CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS DE CHILE, proyecto de ley, *Boletín* n.º 14306-07, 2021.

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
Cº	considerando
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
f.	foja
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
Il'tma.	Ilustrísima
LLM	Legum Magister
n.º <i>a veces</i>	No, Nº número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
UDP	Universidad Diego Portales
<i>vr. gr.</i>	<i>verbi gratia</i>
vs.	versus

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 19 | 2021

ZAMBRANO, PILAR AND WILLIAM L. SAUNDERS (COORDS.),
*UNBORN HUMAN LIFE AND FUNDAMENTAL RIGHTS LEADING
CONSTITUTIONAL CASES UNDER SCRUTINY*, BERLIN, PETER
LANG GMBH, 2019, 264 PP.

M. Laura Farfán Bertrán

El inicio de la vida humana y el alcance de su protección jurídica ha sido siempre objeto de análisis y debate. Es posible que ello explique –al menos de manera parcial– por qué las legislaciones de los distintos países del mundo respondan a este debate de manera diversa, y por qué los tratados internacionales de derechos humanos –a excepción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que expresamente reconoce el derecho a la vida desde el momento de la concepción– no se pronuncien –de forma explícita– al respecto.

Sin embargo, en los últimos años se ha comenzado a observar una tendencia hacia el reconocimiento de un pretendido derecho al aborto, siendo la jurisprudencia de los máximos tribunales de justicia la vía elegida para lograr estos cambios. De este modo, incluso sin contar con modificaciones normativas que de modo previo reconozcan este pretendido derecho, se avanza en un cambio jurisprudencial fundado en un giro interpretativo que prioriza la privacidad, la salud reproductiva, la igualdad o el libre desarrollo de la personalidad, por sobre la protección de la vida humana por nacer.

La obra titulada *La vida humana prenatal y los derechos fundamentales: examen de casos constitucionales (Unborn human life and fundamental rights: leading constitutional cases under scrutiny)* ofrece un valioso aporte para quienes busquen comprender estos cambios en la protección jurídica de la persona humana antes de su nacimiento.

El libro cuenta con doce trabajos redactados por prestigiosos autores –quienes ofrecen análisis críticos sobre los principales casos jurisprudenciales que abordan esta temática–, y con un capítulo de reflexiones finales a cargo de John Finnis.

Los casos analizados reflejan las decisiones tomadas en el marco de tres diferentes identidades legales, esto es, los tribunales constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; los tribunales europeos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y jurisdicciones de derecho común.

Se observan en los primeros siete capítulos, análisis de casos dictados en el contexto europeo y del *Common Law*, y del capítulo ocho al doce, análisis de casos dictados en países latinoamericanos.

El primero, a cargo de William Saunders, aborda la experiencia en Estados Unidos. El autor plantea la necesidad de reconocer que el aborto fue impuesto al país por la Corte Suprema, a partir del quizá más famoso caso en la historia de Estados Unidos, *Roe vs. Wade*, y que dicha sentencia proyectó consecuencias con profundos efectos en otras áreas relacionadas con la protección de la vida, pero que exceden exclusivamente al aborto.

En el segundo, Gerard V. Bradley retoma el planteo que Judith Jarvis Thomson hiciera en 1971, al sostener que los opositores al aborto no solo deberían establecer que el feto es una persona, sino demostrar, también, que el aborto viola su derecho a la vida. El autor revisa este planteo a la luz de los últimos desarrollos del derecho constitucional estadounidense.

En el tercero, Dwight Newman centra su análisis en el caso *Morgentaler*, principal decisión jurisprudencial de Canadá sobre el aborto, profundizando no solo sobre los aspectos particulares del caso, sino analizando, también, los desarrollos políticos y legales posteriores.

El cuarto, redactado por Salvatore Amato, presenta los desafíos que afronta el sistema legal italiano, el cual no define con claridad el estatus jurídico del feto. Como consecuencia de ello, la vida prenatal ha merecido distinta protección jurisprudencial desde 1975 (cuando la Corte Constitucional dictaminó que el feto es un individuo humano, pero no una persona humana).

El quinto, a cargo de Ángel J. Gómez Montoro, analiza la evolución que ha tenido la protección de la vida humana por nacer en España desde la promulgación de la Constitución de 1978, centrando el estudio en la regulación y jurisprudencia en materia de aborto, fecundación *in vitro*, y uso de embriones, tejidos y órganos.

En el sexto, Jerzy M. Ferencz y Aleksander Stępkowski analizan el surgimiento del derecho a la vida en el derecho constitucional polaco, dando cuenta de las diferencias entre la legislación impuesta por los regímenes totalitarios que garantizaban un amplio acceso al aborto y la legislación posterior desarrollada por el proceso constitucional, concluyendo con un análisis del principal caso constitucional polaco sobre la protección que merece la vida humana en su etapa prenatal (K 26/96).

En el séptimo, William Binchy analiza la realidad de Irlanda marcada por dos hitos legales: la enmienda de 1983, que introdujo una protección expresa a los no nacidos en su Constitución, y el referéndum de 2018 que eliminó la protección constitucional. El autor refiere, asimismo, a las influencias internacionales sufridas por el pueblo irlandés, que presentan el acceso al aborto como un derecho, e incluye un análisis sobre el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El octavo capítulo introduce al lector en la realidad latinoamericana, ofreciendo Juan Cianciardo un estudio crítico sobre el razonamiento y las conclusiones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo c. Costa Rica* de 2012.

En el noveno, Pilar Zambrano describe, compara y analiza los tres principales casos de la Corte Suprema argentina que definen el valor jurídico de la vida humana por nacer: *Tanus* (2001); *Portal de Belén* (2002) y *F.A.L.* (2012), revisando en profundidad los argumentos emitidos por la Corte y ofreciendo una lectura moral sobre los mismos.

En el décimo Alejandro Miranda y Sebastián Contreras comentan la decisión del TC chileno acerca de la llamada “píldora del día después”, exponiendo los principales argumentos sobre los que la Corte basó su decisión de declararla inconstitucional.

En el décimo primero Hugo S. Ramírez García y José María Sobranes Díez describen y analizan el camino que ha seguido la protección del derecho a la vida en México, tanto en la Constitución como en las principales decisiones de la Corte Suprema de Justicia.

En el último capítulo, Luis Castillo Córdova aborda la situación jurídica de la vida humana por nacer en Perú, analizando en particular, si la Constitución peruana obliga al Estado a restringir la distribución gratuita de la “píldora del día después”, sobre la base de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia n.º 02005-2009-PA / TC.

Este magnífico libro concluye con un apartado final de conclusiones a cargo de John Finnis, quien destaca los aspectos fundamentales abordados por los distintos autores y ofrece un análisis comprensivo de los mismos.

Sin ninguna duda, la presente obra colectiva redactada por académicos de doce países distintos, y coordinada por Pilar Zambrano y William Saunders, logra el objetivo que se propone, esto es, sentar las bases para un análisis comparativo del razonamiento legal y moral que subyace en los principales casos de los tribunales constitucionales e internacionales que definen el valor legal de la vida humana por nacer.

Sigla y abreviaturas

coords.	coordinadores
pp.	páginas
TC	Tribunal Constitucional
vs.	versus

Instrucciones para los autores

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 19 | 2021

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Derecho Público Iberoamericano es una revista semestral del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se publica los meses de abril y octubre de cada año.

Se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea, buscamos vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes.

La revista cuenta con cuatro secciones permanentes: “estudios”, “ensayos”, “comentarios de jurisprudencia” y “recensiones”.

1. Materias de interés

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: Derecho tributario, derecho económico, derecho ambiental, derecho eléctrico, derecho de aguas, etcétera.

2. Perspectivas de interés

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del Derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del Derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes.

3. Tipos de colaboración

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

4. Normas para la redacción de los trabajos

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se considerarán originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los estudios o artículos científicos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de entre tres y cinco palabras clave, en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán el título profesional, los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece y correo electrónico. En casos de tener varios grados académicos, se indicará el más alto.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta. La extensión, incluyendo citas, tablas y gráficos, debe oscilar entre las siete mil y diez mil palabras como máximo.

5. Referencias bibliográficas

1. Las referencias bibliográficas a pie de página serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican sólo

tres elementos: autor –nombre y apellidos (EN VERSALES)–, título de la obra (*cursiva* si es libro, y “entre comillas” si es artículo), y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

2. Las referencias jurisprudenciales se indicarán del modo que sigue: Tribunal/ (año de dictación); Rol/, considerando o párrafo citado.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal y antes del año de dictación.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo al uso oficial o común de cada tribunal reconocido en la comunidad científica, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional español.

3. La referencia completa de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título Bibliografía.

Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), *Título de la publicación (en cursiva)* / (Edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

Si es una traducción puede indicarse así:

Ejemplo: Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

Si se trata de un artículo dentro de un libro: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ indicación de nombre y APELLIDOS del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.)/ *Título del libro (en cursiva)* / Número de edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Ejemplo: Elena VICENTE DOMINGO, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (COORD.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

Si se trata de un artículo de revista: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) /, “Título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ *Nombre de la revista* (en *cursivas*), año, vol. y N° (cuando corresponda) / Ciudad /Año.

Ejemplo: Andrés BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, N° 1, Valdivia, 2007.

En cuanto a las referencias ya citadas: por regla general se identifican por apellido del autor (en versales), las dos primeras palabras de la obra, puntos suspensivos (en *cursivas* si es *libro* o entre comillas si es “artículo”), *op. cit.* y página, o simplemente apellido (en versales) y *op. cit.*, cuando corresponda.

Ejemplos: GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, *op. cit.*

BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.

LE TOURNEAU, *op. cit.*

En el caso que la obra o documento citado se reitere inmediata y sucesivamente, basta con colocar *ibid.* u *op. cit.* y página, según corresponda.

Si se trata de un documento en formato electrónico: AUTOR(ES) (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES,) / *Título* (en *cursiva* si es *libro* y entre “comillas” si es artículo), año de publicación / Disponible en: Dirección electrónica completa. [Fecha de consulta: ...].

Si se trata de jurisprudencia: Tribunal / (Año de dictación): Rol / Fecha de la sentencia. Sede de edición o publicación y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

6. Envío autores

Para el envío adecuado de los trabajos, deberá registrarse como autor en nuestra página web. Para ello, siga el siguiente enlace: <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/about/submissions>

Una vez realizada la suscripción, el sistema le indicará los pasos a seguir para subir su contribución intelectual. Ante cualquier duda respecto del proceso, favor de escribir a los siguientes correos electrónicos: rdpi@udd.cl o a jalvear@udd.cl

7. Proceso de selección de los trabajos

1. Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de pares evaluadores externos. La evaluación será anónima. El autor recibirá oportunamente el resultado de los informes de acuerdo con los criterios de relevancia u oportunidad de la materia tratada, redacción, originalidad, solidez argumentativa y conclusiva, y uso de fuentes bibliográficas, entre otros.
2. Antes de que el comité editorial remita el trabajo a los evaluadores externos, su autor deberá hacer llegar una carta de declaración de originalidad de su contenido.
3. En el mismo proceso de selección del trabajo, el autor deberá enviar una carta que acredite que cumple las normas nacionales e internacionales que prohíben el plagio.

Este número, de quinientos ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2021
por Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

