



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

N.º 22
ABRIL DE 2023

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 XI • N.º 22 • ABRIL DE 2023

ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

Consuelo Ortiz Ortega

Organismos autónomos constitucionales:
Concepto, fundamentos y diseño regulatorio
en el ordenamiento jurídico chileno

13

Alejandro Lagos Torres

Reflexiones sobre el Banco Central de Chile
en el rechazado borrador constitucional del año 2022

43

Agustín Silva Schultz

Hacia una correcta interpretación del artículo 151
del Estatuto Administrativo

85

Letecia Suárez Donaire - Edgar Malebrán Guerra

Análisis de jurisprudencia relativa
al caso del asbesto en Chile
y la vulneración de derechos fundamentales de las víctimas

99

DERECHO ECONÓMICO

Alfonso Jacob Cuevas Contreras

¿Cuál es la naturaleza jurídica de las criptomonedas en Chile?

115



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Eduardo Soto Kloss

Corte suprema, 27 de mayo de 2022.

Placencia Delgado con fisco

Responsabilidad del Estado - malos tratos de obra a grumetes

- aceptación de integridad física y psíquica - prescripción de acción constitucional

- improcedencia habiendo proceso penal previo - noción de “recurso judicial”

145

Rodrigo Céspedes

Guerra de independencia, presas y arbitraje internacional:

el caso Abadía (1864)

167

RECENSIONES

Marisol Peña Torres

Propiedad privada y libertad de empresa. Aspectos constitucionales y filosóficos

de Julio Alvear Téllez

179

Juan Fernando Segovia

On the spirit of rights de Dan Edelstein

185

Juan Fernando Segovia

Familia, raza y nación en tiempos de posfascismo

de Fundación de los Comunes

193

Juan Fernando Segovia

De la ultraizquierda a la teoría de la comunización

de Théorie Communiste

197

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

207

PRESENTACIÓN

Derecho Público Iberoamericano presenta su vigésimo segundo número. En esta ocasión hemos reunido importantes colaboraciones de especialistas chilenos y argentinos.

Distribuimos los estudios científicos en dos áreas: “Derecho constitucional y administrativo” y “Derecho económico”.

En el ámbito del “Derecho constitucional y administrativo” incluimos cuatro trabajos. El primero es de Consuelo Ortiz y trata de los organismos autónomos constitucionales: su concepto, su fundamento y su diseño regulatorio en la tradición chilena. En un contexto de iniciativas que pretenden alterar la autonomía de ciertos organismos constitucionales, el aporte de este trabajo se vuelve oportuno. En segundo lugar publicamos un estudio de Alejandro Lagos sobre el Banco Central, donde analiza críticamente las propuestas de reforma del fenecido proyecto de Constitución del año 2022, contrastándolas con los requerimientos que este instituto requiere para cumplir sus objetivos sustanciales.

Damos a conocer, asimismo, un artículo de Agustín Silva dedicado a la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto del artículo 151 del Estatuto Administrativo, sobre la declaración de vacancia de un empleo público por salud incompatible. También publicamos el escrito de Leticia Suarez Donaire y Edgard Malebrán Guerra sobre la jurisprudencia relativa al asbesto en Chile y la vulneración de los derechos fundamentales de las víctimas.

En el área del “Derecho económico” sale a luz la investigación de Alfonso Jacob Cuevas sobre la naturaleza jurídica de las criptomonedas en Chile. Se trata de un aporte de honda actualidad, donde se revisan los aspectos fundamentales de este activo digital.

En “Comentarios de jurisprudencia” hemos recibido el interesante análisis de Eduardo Soto Kloss sobre el caso “Placencia Delgado con Fisco”, con interesantes reflexiones acerca de la responsabilidad civil del Estado. El segundo trabajo pertenece a Rodrigo Céspedes y, como es ya costumbre, aborda un caso histórico: “Abadía” (1864), sobre presas durante la llamada “guerra de independencia”.

Finalmente, en las “Recensiones” publicamos la reseña de la expresidenta del Tribunal Constitucional, Marisol Peña respecto de la obra *Pro-*

iedad privada y libertad de empresa: aspectos constitucionales y filosóficos (Valencia, Tirant lo Blanch, 2022), de autoría de quien suscribe esta presentación. Incluimos, asimismo, una serie de agudos análisis del profesor argentino Juan Fernando Segovia, respecto de los siguientes libros: Dan Edelstein, *On the spirit of rights* (Chicago, The University of Chicago Press, 2018); Fundación de los Comunes (ed.), *Familia, raza y nación en tiempos de posfascismo* (Madrid, Traficantes de Sueños, 2020) y Théorie Communiste, *De la ultraizquierda a la teoría de la comunicación* (traducción y prólogo de Federico Corriente, Rosario, Lazo Negro, 2022).

Dr. Julio Alvear Téllez
Director

Estudios

Derecho Publico Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N. 22 | 2023

Derecho constitucional y administrativo

ORGANISMOS AUTÓNOMOS
CONSTITUCIONALES:
CONCEPTOS, FUNDAMENTOS
Y DISEÑO REGULATORIO
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

CONSTITUTIONAL AUTONOMOUS
INSTITUTIONS:
CONCEPTS, FOUNDATIONS
AND REGULATORY DESIGN
IN THE CHILEAN LEGAL SYSTEM

*Consuelo Ortiz Ortega**

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo exponer y analizar algunas materias relativas a los organismos autónomos constitucionales. En concreto, se revisarán las principales definiciones elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia constitucional con la finalidad de desentrañar el núcleo esencial de dicha autonomía, los fundamentos argüidos para consagrar organismos autónomos constitucionales y el diseño regulatorio de estos en el ordenamiento jurídico chileno. Finalmente, se analizará la crítica efectuada por un sector de la doctrina que postula que, en el sistema nacional, los organismos autónomos constitucionales –en particular el Banco Central y el Tribunal Constitucional– adolecen de legitimidad por ser custodios de un orden ideológico impuesto por el constituyente de 1980.

Palabras clave: organismos autónomos constitucionales, diseño regulatorio, constituyente de 1980, Banco Central, Tribunal Constitucional.

Abstract

This paper aims at presenting and analyzing certain issues related to the constitutional autonomous institutions. In particular, the present paper

* Magíster en Derecho, LLM, mención Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: mcortiz@miuandes.cl

Artículo enviado el 7 de enero de 2022 y aceptado para su publicación el 10 de marzo de 2023.

reviews the main definitions developed by the constitutional literature and caselaw with the purpose of determining the essential core of such autonomy, the grounds argued for establishing constitutional autonomous institutions, and the regulatory design of such institutions within the Chilean legal system. Finally, the criticism raised is analyzed by part of the authors, which claims that, in this legal system, the constitutional autonomous institutions –particularly the Central Bank and the Constitutional Court– lack of legitimacy due to their character of custodians of an ideological order imposed by the 1980 constituent.

Keywords: Constitutional autonomous institutions, regulator y design, original constituent, Central Bank, Constitutional Court.

Introducción

Para el constitucionalismo clásico, la Constitución es una ley suprema cuyo objetivo esencial es limitar el poder y garantizar los derechos de las personas¹. Esta concepción de la Constitución encuentra un fiel reflejado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, al disponer:

“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

En suma, la separación de funciones estatales, la protección de los derechos individuales y el Estado de derecho son componentes fundamentales de toda Constitución².

No obstante, en el constitucionalismo contemporáneo se observa una creciente tendencia consistente en la consagración de diversos organismos autónomos –distintos de los poderes clásicos– en el texto constitucional (en adelante OAC). La mayor complejidad de las sociedades modernas ha generado la necesidad de complejizar las labores estatales mediante la creación de diversos organismos independientes y altamente especializados, impactando la parte orgánica de la Constitución. Al respecto, la doctrina ha señalado:

“los principios y fines del constitucionalismo clásico se han mantenido, en tanto que las instituciones, a través de las cuales se pretende lograr esos fines, han evolucionado ostensiblemente. [...] la Constitución, en cuanto

¹ Véase Mario VERDUGO, “Los principios del constitucionalismo clásico en los ordenamientos fundamentales de Chile”, p. 308.

² Antonio PEREIRA, *Teoría constitucional*, p. 5.

institución jurídica, ha debido adecuarse a los requerimientos de la vida política actual y contemplar mecanismos e instituciones que respondan a los regímenes políticos y económicos vigentes con la mira a que la Constitución en sí misma sea una institución operante y realizadora de los fines meta-políticos del Estado³.

La consagración constitucional de nuevos organismos situados en un plano ontológico similar a las funciones clásicas rompe con la teoría tripartita del poder, tornándola ineficaz para explicar la nueva configuración del poder estatal. En concreto, la incorporación de OAC:

“sustituye la vieja división de funciones por una más coherente con el Estado contemporáneo, abandonando la división clásica tripartita y agregando nuevas funciones como la contralora, la investigativa penal, la jurisdiccional en sede constitucional, la jurisdicción en materia electoral, la monetaria, y la administrativa municipal”⁴.

El constitucionalismo chileno no ha quedado al margen de esa tendencia, incorporando organismos de diversa índole dotados de autonomía a la Carta Fundamental. Sin embargo, un sector de la doctrina ha manifestado reparos en cuanto a la legitimidad democrática de los OAC en dicho sistema constitucional, arguyendo que son centinelas o custodios de un orden “con profundas raíces ideológicas” que todavía carga total o parcialmente “con la herencia autoritaria y neoliberal”, sin que las reformas constitucionales hayan logrado subsanar el déficit de legitimidad de esas instituciones⁵.

El presente artículo se divide en cuatro partes. En la primera, se señalarán algunos de los conceptos elaborados por la doctrina y la jurisprudencia constitucional sobre los OAC. En la segunda, se expondrán los fundamentos señalados por la doctrina para la consagración de estos organismos. En la tercera, se analizará el diseño de los mismos en el sistema actual. Para finalizar, se examinará la crítica de la doctrina que arguye un déficit de legitimidad, especialmente tratándose del Banco Central y el Tribunal Constitucional, y se argumentará que el diseño constitucional, la trayectoria de dichos OAC y las reformas legales y constitucionales sucedidas a la fecha permiten descartar que sean instituciones funcionales o serviles a los ideales del constituyente de 1980.

³ Ana María GARCÍA, “Tendencias constitucionales contemporáneas”, p. 338.

⁴ Francisco ZÚNIGA, “Autonomías constitucionales e instituciones contra mayoritarias (a propósito de las aporías de la ‘democracia constitucional’)”, p. 233.

⁵ *Op. cit.*, pp. 242-243.

I. OAC: *concepto y alcances*

El primer organismo al que se le otorgó en forma expresa el rango de “autónomo” en un texto constitucional fue a la Contraloría, en concreto, en el artículo 21 inciso segundo de la Constitución Política de 1925⁶, aunque la norma en comento no es original de dicha Constitución, siendo incorporada mediante la Ley n.º 7727 de 1943. La doctrina señala que la referida ley plasmó una transacción entre el presidente de la República y el Congreso: a través de esa reforma constitucional se extendieron las materias de ley de iniciativa exclusiva del presidente, lo que habría motivado que el organismo encargado de ejercer el control financiero de la función ejecutiva fuera elevado a rango constitucional⁷.

El constituyente de 1980 mantuvo la autonomía de la Contraloría, atribuyéndole la misma característica, en forma expresa, al Consejo Nacional de Televisión y al BC. A su turno, el constituyente derivado dotó de autonomía al Ministerio Público, al Servicio Electoral y a las municipalidades. Pese a que la Carta Fundamental no lo señala explícitamente, también son organismos autónomos –además de los poderes clásicos– el TC, el Tribunal Calificador de Elecciones, los tribunales electorales regionales y los gobiernos regionales⁸.

Mas, el código político no define ni establece todos los alcances de la autonomía con que dota a dichos organismos estatales. Tampoco la Constitución contempla un estatuto uniforme para todos estos organismos autónomos, regulándolos con disímil densidad en cuanto a:

- i) la designación y causales de cesación en el cargo de las autoridades superiores (autonomía personal);
- ii) la independencia de dichos organismos frente a las funciones clásicas (autonomía funcional) y
- iii) su independencia en materia económica (autonomía financiera).

La heterogeneidad regulatoria obstaculiza arribar a un concepto unívoco de OAC, siendo una noción, en esencia, polisémica⁹. Si bien, los au-

⁶ La norma prescribía: “Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, llevará la contabilidad general de la Nación y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley [...]”.

⁷ Sebastián SOTO, *La hora de la re-Constitución*, p. 192.

⁸ Véase infra III

⁹ ZÚÑIGA, *op. cit.*, p. 227 y ss.

tores y la jurisprudencia han intentado conceptualizar y delinear algunos de sus contornos.

Explica la doctrina:

“El rasgo de autónomo comprende, sin duda, el de independencia, que le es sinónimo, en cuanto expresa la falta de toda subordinación a un ente que le sea superior cuando emita las opiniones y adopte las decisiones que le correspondan, y así, según el Diccionario, dicese independiente la persona ‘que sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena’”¹⁰.

En consecuencia, estos entes:

“no están sujetos a la jerarquía o línea de mando de un ente superior y que, por ende, tampoco admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia, fiscalización o tutela. Son órganos que se autodeterminan funcional y administrativamente y cuyos directivos son inamovibles, salvo por las causales, los procedimientos y en virtud de lo que decida la autoridad competente para removerlos. Tienen presupuesto propio y lo ejecutan de conformidad a la ley”¹¹.

Asimismo, la doctrina ha señalado que la autonomía constitucional implica un “haz de propios poderes de naturaleza constitucional”, incluyendo una “potestad de autonormación” de jerarquía infralegal e infrarreglamentaria, “pero situada en un campo de competencia normativa propio”¹².

El TC, a su turno, ha sostenido:

“los entes autónomos de carácter constitucional son aquellos creados y configurados, en sus elementos esenciales (organización, funciones, potestades), directamente por el propio texto constitucional, lo que es complementado por leyes orgánicas constitucionales (STC 80), sin que estén sujetos al poder jerárquico del Presidente de la República (SCT rol n.º 78) (sic)”¹³.

Por tanto, estos:

“se crean para satisfacer una función administrativa específica, que se realiza con independencia del poder administrador central y que tienen una capacidad más o menos amplia para llevar a cabo dicho cometido [...]. Dicha autonomía es triple, pues abarca la dimensión organizativa, institucional y normativa”¹⁴,

¹⁰ Alejandro SILVA, *Tratado de derecho constitucional*, p. 355.

¹¹ José Luis CEA, *Derecho constitucional chileno*, pp. 111-112.

¹² ZÚNIGA, *op. cit.*, pp. 229-230.

¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2021), rol 9893-20, c. 7.º.

¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2021), rol 9431-20, c. 16.º. Véase también TRIBUNAL

sin que ninguno de esos aspectos pueda quedar supeditado, en su ejercicio, “a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva”¹⁵.

De esta forma, hay un consenso mínimo entre la doctrina y la jurisprudencia constitucional en torno a que, desde un punto de vista descriptivo, ellos son creados por la Carta Fundamental y complementados por la ley, gozan de facultades organizativas y autonormativas dentro de su ámbito de competencia y ejercen sus funciones en forma independiente, estando exentos de todo vínculo de jerarquía, tutela o supervigilancia frente a la función ejecutiva. En consecuencia, la autonomía otorgada que se les atribuye estriba, esencialmente, en la independencia personal y funcional del organismo respectivo frente a la función ejecutiva, atendido que sus autoridades no están subordinadas ni sus decisiones pueden ser dejadas sin efecto por los organismos que integran la función ejecutiva.

Pese a ello, de *lege frenda*, la doctrina¹⁶ ha señalado que un buen diseño regulatorio de organismos autónomos debe considerar:

- a) La autonomía personal de sus autoridades, estableciéndose un proceso reglado de designación y excepcionalmente de destitución con el objetivo de propiciar la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.
- b) La autonomía funcional del organismo, vinculada a su capacidad para resolver de manera independiente, sin que sus decisiones sean dejadas sin efecto en instancias administrativas, sino en sede judicial.
- c) La autonomía financiera, pudiendo el organismo intervenir en la propuesta o aprobación de su presupuesto, no quedando esta materia a merced de la Ley de Presupuestos, sin perjuicio de otras vías de financiamiento.

En cuanto a la independencia frente a la función legislativa, esta es más confusa y exige realizar un análisis casuístico. En este sentido, un sector de la doctrina distingue las “autonomías constitucionales propiamente tales” o “autonomías reales” de las “autonomías legales autorizadas por la Constitución” o “autonomías aparentes”¹⁷. Las primeras se caracterizan “por el hecho de que la Constitución les resguarda un mínimo funcional que limita

CONSTITUCIONAL (2012), rol 1669-10, c. 18.º y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), rol 1051-08, cc. 37.º y 41.º.

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), rol 1051-08, c. 41.º.

¹⁶ Sebastián ZÁRATE, “Hacia un estatuto constitucional de órganos autónomos”, pp. 498-501.

¹⁷ Manuel NÚÑEZ, José Francisco GARCÍA y Paulina VELOSO, “Órganos autónomos en la Constitución: ¿cómo regularlos?”, pp. 9-10.

la potestad legislativa”, sin que el legislador pueda modificar el diseño establecido por el constituyente, sino a través de una reforma constitucional¹⁸. Las autonomías reales, en consecuencia, blindan al organismo respectivo no solo frente a la función ejecutiva, sino, también, frente al legislador. Este es el caso, por ejemplo, del TC, cuyas atribuciones están con amplitud, reguladas en el artículo 93 de la Carta Fundamental. Las autonomías aparentes, a diferencia, se caracterizan por el hecho de que la Constitución las crea, pero no establece su fisonomía, quedando entregada esta materia al legislador¹⁹. El Consejo Nacional de Televisión es un ejemplo de autonomía aparente atendido a que la gran mayoría de sus funciones y atribuciones están establecidas en la ley, siendo muy escueta su regulación constitucional.

La independencia de los OAC frente a la función judicial ha sido un tema discutido, más aún, a propósito de sendas acciones judiciales deducidas en contra de actos dictados por la Contraloría en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales²⁰. Con frecuencia, estos órganos interpretan su autonomía como inmunidad frente a los tribunales de justicia, descartando que sus actos puedan ser revisados en sede judicial so riesgo de socavar su autonomía. La dificultad interpretativa se presenta sobre todo en aquellos casos en que ni el constituyente ni el legislador han establecido vías especiales para impugnar actuaciones de algunos de ellos, pero tampoco han descartado de modo explícito el control judicial. Por razones de extensión no es posible analizar en detalle este tópico, pero valga señalar que, se piensa que la autonomía constitucional no excluye *per se* la impugnación judicial toda vez que:

- i. La propia Constitución establece vías para impugnar diversos actos dictados por OAC descartándose, en consecuencia, que el constituyente haya concebido la autonomía constitucional como una técnica para eximir sus actuaciones de todo control externo²¹. En este sentido, además, el artículo 38 inciso segundo de la Constitución dispone:

“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

¹⁸ NÚÑEZ, GARCÍA y VELOSO, *op. cit.*, pp. 9-11.

¹⁹ *Op. cit.*, pp. 10-11.

²⁰ Véase Enrique NAVARRO, “Jurisprudencia constitucional en materia de control de legalidad (toma de razón y potestad dictaminante) de la Contraloría General de la República”, pp. 431-446.

²¹ Véase, por ejemplo, los artículos 96 y 99 de la Constitución.

Es necesario reparar que la norma se refiere a los “organismos de la Administración del Estado” y no a los organismos de la “Administración pública”, comprendiéndose dentro de la primera acepción a varios OAC, tales como: la Contraloría, el Banco Central y los gobiernos regionales conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º inciso segundo de la Ley n.º 18575. De tal manera que “la Carta Fundamental no hace absoluto el valor de la autonomía, sino que lo morigera con los de legitimidad y control democráticos”²². La única excepción es el TC, cuyas resoluciones no pueden ser objeto de revisión de fondo conforme a lo dispuesto en el artículo 94 de la Carta Fundamental. Sin embargo, esta expresa (y justificada) excepción solo confirma la regla general.

- ii. Según los principios de hermenéutica constitucional, la Carta Fundamental es un todo orgánico y el sentido de sus normas:

“debe ser determinado de manera tal que exista la debida armonía debiendo excluirse, definitivamente, cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia alguno de sus preceptos”²³.

Pues bien, la jurisprudencia constitucional ha interpretado de modo sostenido, que el artículo 19 n.º 3 de la Carta Fundamental reconoce implícitamente el derecho de las personas al libre acceso a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también denominado derecho a la tutela judicial efectiva²⁴, en cuya virtud toda persona tiene derecho:

“a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente”²⁵.

Asimismo, el TC ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva:

“tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho”²⁶.

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007), rol 995-07, c. 10.º.

²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1998), rol 279-98, c. 3.º. En sentido similar, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1987), rol 43-87, c. 5.º y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1985), rol 33-85, c. 19.º, entre otras.

²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), rol 792-07, c. 8.º; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), rol 5674-18, c. 9.º y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), rol 5962-19, c. 13.º.

²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), rol 5962-19, c. 13.º; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), rol 5674-18, c. 9.º; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2018), rol 4018-17, c. 9.º; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2016), rol 2895-15, c. 7.º, entre otras.

²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), rol 6178-19, c. 4.º; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2018), rol 4018-17, c. 9.º; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2016), rol 2895-15, c. 7.º; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol 1535-09, c. 19.º.

Por tanto, la autonomía de algunos organismos no puede traer aparejada la indefensión y denegación, *a priori*, del derecho a la tutela judicial efectiva, porque implicaría privar de eficacia a las normas *ius* fundamentales señaladas con anterioridad, lo que no es admisible conforme a los principios de hermenéutica constitucional.

Tampoco se debe soslayar que el actual diseño constitucional se estructura sobre la base de un sistema de pesos y contrapesos que reclama mecanismos de control recíprocos entre los distintos organismos constitucionales como presupuesto mínimo de un Estado de derecho, sin que se avizoren razones justificadas que permitan excluir a todos los OAC de dicha arquitectura.

En suma, la interpretación armónica de las disposiciones constitucionales señaladas permite concluir que la autonomía constitucional no excluye, *per se*, que los actos dictados por ellas, puedan ser impugnados en sede judicial, salvo que el constituyente haya establecido expresamente una excepción a dicho principio²⁷ o se haya dispuesto una vía de impugnación especial al efecto, ya sea en la Constitución o en la ley²⁸. Cuestión distinta es la extensión del control, materia en la que se profundizará en otra investigación.

II. Fundamento de los OAC

La doctrina ha argüido diversas razones –no excluyentes entre sí– para explicar la consagración de OAC.

A) LOS OAC COMO MECANISMOS PROTECTORES DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Si la Constitución tiene por finalidad esencial la protección de la democracia constitucional, entonces, algunos organismos protectores de la democracia constitucional pueden estar comprendidos en la Carta Fundamental al compartir su fundamento ontológico²⁹. En este sentido, su consagración sería una herramienta de especial utilidad para reforzar la protección de un

²⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 94 de la Constitución.

²⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 99 inciso tercero de la Constitución.

²⁹ Mark TUSHNET, "Institutions Protecting Constitutional Democracy: Some conceptual and methodological preliminaries", pp. 104-105. También, citado por Vicente AYLWIN y Alberto CODDOU, "La dimensión constitucional de las instituciones nacionales de Derechos Humanos", p. 27.

aspecto de la democracia constitucional ante el riesgo de que los poderes clásicos no cumplan a satisfacción dicha tarea, ya sea, por desidia en el ejercicio de sus atribuciones; por tener intereses creados en la materia; por estar controlados por un sector político; por existir conflictos respecto a su ámbito de competencia; etc.³⁰, encomendándole el cumplimiento de dichas funciones a organismos altamente especializados e independientes de la política contingente.

Empero, la doctrina ha advertido que el diseño de autonomía constitucional contemplado en la Carta Fundamental no obedece siempre a este fundamento. Lo anterior, por cuanto hay organismos cuya función principal no se vincula directamente con la protección de la democracia constitucional (es el caso, por ejemplo, del Ministerio Público y el BC). Además, si bien cualquier autonomía constitucional puede relacionarse en mayor o menor grado en la protección de la democracia constitucional, lo mismo se puede argumentar para las autonomías de origen legal³¹.

B) *LOS OAC COMO GARANTÍA DE INDEPENDENCIA Y ESTABILIDAD*

También se ha señalado que el fundamento de estos organismos sería dotar a algunos de ellos, con especiales caracteres de independencia y estabilidad en el ejercicio de sus funciones, en especial frente a la función ejecutiva y legislativa. Lo anterior, por cuanto la autonomía constitucional excluye que el organismo respectivo quede sujeto a vínculos de jerarquía, tutela o supervigilancia frente a la función ejecutiva, al tiempo que limita material y formalmente el margen de acción del legislador, impidiéndole eliminar o modificar la institución respectiva, sino a través de una reforma constitucional³².

A pesar de todo, se ha cuestionado que la estabilidad sea un valor en sí mismo, digno de preservar en una democracia constitucional. En concreto, se critica dicha tesis porque asume que la estabilidad “se produce sobre la base de un conjunto de ideas que reflejan el punto medio entre las distintas posiciones en disputa”, lo que podría no acontecer en la especie. Lo anterior no es trivial porque:

“un sistema político capturado por alguna de las posiciones en disputa podría permitir que el compromiso de largo plazo sea representativo de

³⁰ Cfr. AYLWIN y CODDOU, *op. cit.*, p. 27. Véase también MILLINA COURTNEY, “When Should We Put Anticorruption Agencies in the Constitution?”.

³¹ AYLWIN y CODDOU, *op. cit.* p. 30.

³² Cfr. *op. cit.*, pp. 30-31.

uno de los extremos y no de la posición moderada. Bajo este escenario, el remedio sería peor que la enfermedad”³³.

C) *LOS OAC COMO MECANISMO PARA GARANTIZAR
LA PRECISIÓN DE LAS DECISIONES*

La tesis en comento apunta que el fundamento de los OAC radicaría en mejorar la calidad técnica de las decisiones mediante la designación de integrantes altamente calificados³⁴, ajenos a la influencia e incentivos de la política contingente. Mas, la doctrina ha replicado que la autonomía constitucional no es un requisito *sine qua non* para lograr la especialización, ya que dicho objetivo puede lograrse, incluso, “dentro del aparato centralizado del gobierno”³⁵.

D) *LOS OAC COMO SÍMBOLO
DE MAYOR LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA*

La decisión de consagrar la autonomía de algunos organismos en la Constitución –y no en la ley– tendría un sentido político, simbolizando la mayor legitimidad democrática del organismo frente a la ciudadanía. Lo anterior, por cuanto las autonomías legales son fruto de la decisión de los representantes de la ciudadanía, mientras que los procesos constitucionales, al menos en teoría, suponen la participación directa de la ciudadanía³⁶ (plebiscitos, audiencias públicas, etcétera).

E) *LOS OAC COMO MECANISMO DE EQUILIBRIO
Y CONTRAPESO FRENTE A LOS PODERES CLÁSICOS*

La mayor complejidad del aparataje estatal demanda complejizar el sistema de pesos y contrapesos, incorporando diversos organismos especializados que controlan o morigeran el poder de las funciones clásicas del Estado. Así, por ejemplo, el Ministerio Público fue concebido para detraer la función investigativa y acusatoria que otrora ejercía el Poder Judicial en materia penal, la Contraloría es contrapeso de la función ejecutiva mediante el control financiero y de la legalidad de los actos de la Administración y el Tribunal Constitucional es contrapeso de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial mediante el control de constitucionalidad de las

³³ Diego PARDOW, “¿Control o autonomía? El debate sobre agencias regulatorias independientes”, pp. 199 y 203.

³⁴ PARDOW, *op. cit.*, p. 200.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Cfr. AYLWIN y CODDOU, *op. cit.*, pp. 31-32.

leyes, de los decretos y resoluciones del Presidente de la República y de los autos acordados dictados por la Corte Suprema y las cortes de apelaciones, entre otros³⁷. En otras palabras:

“Los sistemas constitucionales contemporáneos disponen de mecanismos de equilibrio y contrapesos entre los poderes o funciones públicas, ya no sujeto al esquema clásico de la separación tripartita rígida y subordinada (propia del ideal de Montesquieu), sino, bajo una modalidad de diversidad y preeminencia de funciones, derivado de una mayor cantidad de órganos constitucionales autónomos entre los cuales es posible y necesaria la colaboración”³⁸.

También se ha señalado que los OAC, Latinoamérica en particular, suelen ser incorporados “para enfrentar o limitar los desbordes del hiper-presidencialismo”³⁹, sustrayendo algunas de las competencias de la función ejecutiva para asignárselas.

III. Organismos autónomos en la Constitución actual: OAC fuertes, relativamente fuertes y débiles

En la actualidad, la Constitución le reconoce autonomía, en forma expresa: el Consejo Nacional de Televisión, el Ministerio Público, el Servicio Electoral, la Contraloría, el Banco Central y las municipalidades. Pese a que la Constitución no lo señala en forma explícita, cabe concluir que tanto el TC, Tribunal Calificador de Elecciones, como los tribunales electorales regionales y los gobiernos regionales también son OAC al tratarse de organismos que gozan de independencia frente a la función ejecutiva.

Sin embargo, esta clasificación no es indiscutida. Así, por ejemplo, un sector de la doctrina clasifica al Consejo de Seguridad Nacional como un organismo constitucionalmente autónomo⁴⁰. Es difícil estar de acuerdo con esa calificación, toda vez que, conforme a la regulación actual, este organismo solo ejerce labores de asesoramiento a solicitud del presidente de la República, sin tener capacidad de ejecución propia. Por ende, el Consejo de Seguridad Nacional no puede ser calificado como un OAC si carece del rasgo más elemental de dichos organismos: independencia frente a la función ejecutiva.

³⁷ Cfr. ZÚNIGA, *op. cit.*, p. 243.

³⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2017), rol 2917-15, c. 16.º.

³⁹ NÚÑEZ, GARCÍA y VELOSO, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 11.

Ahora bien, el *Código Político* no define ni establece todos los alcances de la “autonomía constitucional”. Tampoco establece un sistema jurídico uniforme para todos, regulándolos con disímil densidad. La disparidad regulatoria obliga a distinguir entre órganos fuertes, medianamente fuertes y débiles, según la autonomía personal, funcional y financiera que posea cada organismo.

A) OAC FUERTES

Dentro de estos, el organismo “más autónomo” es el TC, gozando de autonomía personal, funcional y financiera para el ejercicio de sus funciones. En efecto, la independencia personal se encuentra regulada en el artículo 92 de la Constitución, estableciéndose la forma de designar a sus ministros, la duración en el cargo y –lo más relevante– su inamovilidad. La Constitución también garantiza la independencia funcional de este tribunal, al establecer directamente sus funciones y atribuciones, sustrayendo dichas materias de la regulación legal. La independencia funcional es reforzada en el artículo 94 de la Carta Fundamental, impidiendo que otro organismo deje sin efecto las decisiones adoptadas por la magistratura constitucional. Si bien la Constitución no se refiere a la independencia financiera del TC, la Ley n.º 17997, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, le garantiza una relativa independencia en materia económica al disponer:

“La Ley de Presupuestos de la Nación deberá consultar anualmente, en forma global, los recursos necesarios para el funcionamiento del Tribunal [...]”,

debiendo “considerar como mínimo, para el funcionamiento del Tribunal, la cantidad destinada al efecto en el año anterior [...]”⁴¹. Cabe tener presente que la independencia financiera es el eslabón más débil en el diseño de los OAC porque todos requieren “que sus presupuestos anuales o parte sustancial de ellos sean aprobados por el legislador”⁴². Pese a lo anterior, se opina que el mandato establecido en la Ley n.º 17997 fortalece su independencia financiera, máxime al tratarse de una disposición que no se replica para todos los demás órganos estudiados.

B) OAC RELATIVAMENTE FUERTES

Dentro de esta clasificación se encuentran aquellos cuyos aspectos esenciales están regulados en la Constitución, pero tienen una autonomía personal, funcional o financiera más limitada toda vez que:

⁴¹ Véanse artículos 152 y 153 de la Ley n.º 17997.

⁴² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007), rol 995-07, c. 10.º.

- i) sus autoridades superiores están sujetas a causales de remoción del cargo, no gozando de inamovilidad;
- ii) algunas de sus atribuciones más relevantes son establecidas o reguladas por el legislador;
- iii) sus actuaciones pueden ser dejadas sin efecto por un órgano externo o, bien,
- iv) no existe un mandato constitucional o legal que resguarde la provisión de los recursos económicos necesarios para dicho funcionamiento.

En esta categoría se ubican: Contraloría, Ministerio Público, Servicio Electoral, tribunales electorales regionales, Tribunal Calificador de Elecciones, gobiernos regionales y municipalidades.

c) OAC DÉBILES

Son aquellos creados por la Carta Fundamental a los cuales le asegura una autonomía funcional mínima, debiendo el legislador determinar la autonomía personal, financiera y la mayoría de sus funciones y atribuciones. En esta clasificación se encuentran: el Consejo Nacional de Televisión y el BC.

IV. ¿Ilegitimidad del BC y del TC?

Un sector de la doctrina, sin desconocer la importancia y necesidad de las “instituciones contramayoritarias y de la técnica de las autonomías constitucionales” para el resguardo de la democracia constitucional, postula que en este sistema jurídico los OAC abren un foco de problemas “dado el déficit de legitimidad que posee la Constitución vigente, que nace como Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal”. En concreta y específica mención, el BC y el TC, serían

“una ‘aristocracia togada’ o ‘tecnocracia’ según el caso, en quienes se deposita la custodia de un orden, con profundas raíces ideológicas. Tal orden constitucional y orden económico-social tienen su fuente de creación institucional en la Constitución de 1980, otorgada, autoritaria y neoliberal”⁴³.

A su juicio, la reforma constitucional materializada mediante la Ley n.º 20050 no habría “saneado” el supuesto déficit de legitimidad de esas instituciones, manteniéndolas como custodios

⁴³ ZÚNIGA, *op. cit.*, pp. 242-243.

“que adoptan decisiones públicas, al margen del proceso de deliberación pública, imponiendo sus visiones ideológicas acerca del orden que están llamados a conservar”⁴⁴.

En el mismo sentido, se ha señalado:

“algunas de estas autonomías constitucionales fueron realizadas por el constituyente de 1980, lo que agrega una dimensión anti-democrática en este respecto, ya que surgirían de la desconfianza del constituyente autoritario ante la deliberación democrática y de la necesidad de ciertas minorías de ‘amarrar’ una institucionalidad ante el advenimiento de una democracia mayoritaria”⁴⁵.

El supuesto déficit de legitimidad se agravaría por la decisión del constituyente de encomendar la regulación de la mayoría de dichos organismos a una ley orgánica constitucional, sujeta a quórum supramayoritarios y a control preventivo de constitucionalidad⁴⁶.

Pese a que no son los únicos OAC establecidos en la Constitución original, la crítica expuesta se centra, en el BC y el TC⁴⁷. Aunque, es de opinar que en el examen detallado del diseño constitucional, la trayectoria de esos organismos y las reformas constitucionales y legales sucedidas a la fecha permiten refutar que el BC y el TC sean protectores o custodios de un orden ideológico impuesto por el constituyente de 1980.

A) *EL CASO DEL BANCO CENTRAL*

La génesis del BC no se encuentra en la Constitución de 1980, sino en el decreto ley n.º 486 de 22 de agosto de 1925, a propósito de las recomendaciones efectuadas por la “Comisión Kemmerer”. Dicho decreto ley da cuenta:

“Que la creación de ese organismo bancario viene a llenar una sentida aspiración pública y a satisfacer ampliamente la necesidad de dotar al país de una institución que establezca la moneda y regule la tasa de intereses y descuentos, para evitar perturbaciones en el desenvolvimiento industrial y financiero de la Nación y fomentar su progreso económico”.

Recién en 1953 la ley lo erigió como una “institución autónoma”⁴⁸. Sin embargo, el marco regulatorio de entonces le permitía otorgar créditos

⁴⁴ ZÚÑIGA, *op. cit.*, pp. 242-243.

⁴⁵ AYLWIN y CODDOU, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁶ Cfr. Fernando ATRIA, “La Constitución tramposa y la responsabilidad del jurista”, p. 20 y ss.

⁴⁷ ZÚÑIGA, *op. cit.*, p. 242.

⁴⁸ Artículo 1.º del decreto con fuerza de ley n.º 106/1953 del Ministerio de Hacienda, fija el texto definitivo de la ley del Banco Central de Chile.

a organismos públicos, lo que fue aprovechado por los distintos gobiernos para financiar el presupuesto público y palear de modo artificial el déficit fiscal mediante la emisión inorgánica de papel moneda por parte del BC. Así, desde su creación (1925) hasta su independencia (1989),

“la dinámica de la inflación fue consecuencia de la mayor emisión de dinero desde el BCCh con el objeto de financiar los elevados y persistentes déficits del fisco”⁴⁹.

En estas condiciones, su autonomía formalmente declarada en la ley era una quimera. La instrumentalización de dicho organismo por parte de los distintos gobiernos fue una experiencia dañina para el país, provocando una espiral inflacionaria que alcanzó su clímax en 1973⁵⁰.

Atendido a que la autonomía de rango legal fue una herramienta inefectiva para preservar su independencia, la Constitución de 1980 innovó estableciéndola por primera vez, en el texto constitucional. Asimismo, el constituyente dispuso expresamente prohibiciones y limitaciones para evitar el financiamiento fiscal a través del BC. Mas, la regulación constitucional del BC (incluso en la versión original del *Código Político*) es sucinta, encomendando la determinación de su “composición, organización, funciones y atribuciones” a una ley orgánica constitucional⁵¹. Así, la fuente de la gran mayoría de las funciones y atribuciones de esta entidad, es la Ley n.º 18840, no la Carta Fundamental. Cabe agregar que la Constitución tampoco establece su autonomía personal y financiera.

Dicho diseño no fue un descuido ni producto del azar, sino una opción deliberada de la Junta de Gobierno, pues tanto la Comisión de Estudios como el Consejo de Estado propusieron regularlo con mayor detalle, en la Constitución, lo que fue descartado⁵². La regulación constitucional del BC contrasta con el diseño de otros OAC, para los cuales el constituyente reguló con mayor densidad su autonomía, vedándole al legislador la competencia para modificar o derogar esa normativa. Así acontece, por ejemplo, en el caso del Ministerio Público y de la Contraloría. En este sentido, se ha señalado que el BC:

“se encuentra en un nivel intermedio de autonomía, mayor a la de los servicios públicos que integran la Administración del Estado, pero menor a la de otros órganos consagrados constitucionalmente. En parte esto se des-

⁴⁹ LyD, “Banco Central autónomo de *jure* y de *facto*”, p. 3.

⁵⁰ Véase un análisis de la inflación en Chile en Andrés BIANCHI, “La independencia del Banco Central de Chile: los años iniciales”, p. 16 y ss.

⁵¹ Artículo 108 de la Constitución.

⁵² Miguel NACRUR, “El Banco Central de Chile en la Constitución de 1980”, p. 651 y ss.

prende del hecho de que el grueso de las regulaciones sobre nombramiento, permanencia y destitución de las autoridades del Banco Central se encuentran establecidas en su LOC [...], mientras que para los demás órganos esos aspectos están regulados directamente por la Constitución, con un quórum mayor”⁵³.

Si el constituyente hubiese querido imponer una visión ideológica en el quehacer del BC y sustraerlo del alcance del legislador, no se entiende que haya encomendado la regulación de sus aspectos fundamentales precisamente a la ley. La consagración constitucional de su autonomía y de algunas prohibiciones y limitaciones en su ejercicio obedeció, más bien, a evitar experiencias que en la práctica resultaron perjudiciales para el país, y no –como podría pensarse– a un capricho ideológico o infundado del constituyente de 1980. Se trató de una innovación, además, impulsada por la doctrina especializada⁵⁴.

Por otra parte, si bien la Ley n.º 18840 fue dictada en las postrimerías del gobierno militar, esa circunstancia no permite sostener que el BC sea custodio de su orden ideológico toda vez que:

- i. Durante la tramitación de la Ley n.º 18840 se acogieron diversos planteamientos formulados por economistas y políticos opositores al gobierno militar⁵⁵, entre ellos, el actual inciso segundo del artículo 6.º que dispone: “el Consejo, al adoptar sus acuerdos, deberá tener presente la orientación general de la política económica del Gobierno”. Cabe tener presente, además, que esa ley ha sido reformada por más de una decena de leyes dictadas desde 1999 a la fecha.
- ii. La dirección y administración superior del BC recae en el Consejo, integrado por cinco consejeros designados por el presidente de la República, previo acuerdo del Senado⁵⁶. A diferencia de las autoridades superiores de otros OAC, la ratificación del Senado no está sujeta a quóruns supramayoritarios, dándole mayor flexibilidad al presidente en la designación de los consejeros. Conforme a ese diseño legal, durante los últimos treinta años, el BC ha sido dirigido por consejeros elegidos por organismos que se ajustan a la democracia.
- iii. Los sucesivos consejeros se han caracterizado por tener un perfil eminentemente técnico, existiendo heterogeneidad y pluralismo

⁵³ Mario MARCEL, “Constitucionalismo económico y la autonomía institucional del Banco Central de Chile”, p. 9.

⁵⁴ Véase NACRUR, *op. cit.*, p. 651.

⁵⁵ BIANCHI, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁶ Artículos 6.º y 7.º de la Ley n.º 18840.

en el seno del Consejo⁵⁷. Es necesario reparar que el gobierno militar ni siquiera tuvo una mayoría clara en el primer Consejo del BC designado en 1989, acordándose con la oposición que sería integrado por: “dos miembros vinculados al gobierno militar, dos economistas de la Concertación, y un miembro de carácter independiente, aceptable para ambos bandos”⁵⁸. De tal modo:

“gracias al precedente generado por la designación del primer Consejo, a la renovación parcial y escalonada de sus miembros que establece la ley del Banco, a la participación del Senado en el nombramiento de estos, y a la encomiable responsabilidad y pragmatismo demostrados tanto por las autoridades de los sucesivos gobiernos como por los sectores de la oposición”, desde 1989 se ha logrado compatibilizar “dos condiciones básicas para el logro de los objetivos del Banco Central: la alta competencia profesional y la amplia representatividad política de su Consejo”⁵⁹.

- iv. El artículo 3.º de la Ley n.º 18840 dispone que el BC: “tendrá por objeto velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos”. Dicha finalidad no obedece a un capricho ideológico, sino que

“existe un consenso en la legislación internacional sobre las funciones que deben desarrollar los bancos centrales, que se aviene plenamente con el objeto del Banco Central fijado en su ley orgánica constitucional [...]”⁶⁰.

Cabe indicar que entre 1996 y 1998 los representantes del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial calificaron la regulación del BC “como la mejor en el hemisferio sur, agregando que era digna de ser imitada” e incluso “preservada sin alteraciones sustanciales”⁶¹.

- v. La Ley n.º 18840 establece diversas instancias que propician la coordinación macroeconómica entre esta entidad y el gobierno de turno, entre ellas: el Ministro de Hacienda tiene derecho a voz en las sesiones del Consejo y puede proponer la adopción de determinados acuerdos, debiendo el Consejo tratar esas proposiciones en la sesión siguiente; el ministro de Hacienda puede suspender la aplicación de cualquier acuerdo o resolución que

⁵⁷ Luis Felipe CÉSPEDES y Rodrigo VALDÉS, “Autonomía de bancos centrales: la experiencia chilena”, p. 33.

⁵⁸ BIANCHI, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 27.

⁶⁰ NACRUR, *op. cit.*, p. 657.

⁶¹ Citado en José Luis CEA, “Autonomía constitucional del Banco Central”, p. 74.

adopte el Consejo en la misma sesión, por un plazo no superior a quince días, salvo que la totalidad de los consejeros insistan en ella⁶², y algunas convenciones y restricciones relativas a operaciones de cambios internacionales pueden ser vetadas por el ministro de Hacienda, salvo que la totalidad de los consejeros insistan en ella⁶³. La doctrina especializada ha señalado que la contingencia del veto y la suspensión de un acuerdo por parte del ministro de Hacienda “favorece que la política macroeconómica general del país tenga mayor coherencia”⁶⁴.

- vi. La Ley n.º 18840 establece diversas vías para impugnar actuaciones del BC, sin que goce de facultades omnímodas en el ejercicio de sus funciones⁶⁵. Asimismo, algunas decisiones adoptadas por el Consejo pueden ser suspendidas o vetadas por el ministro de Hacienda⁶⁶, requiriendo de la unanimidad de los consejeros para imponerse a la suspensión o al veto. En suma, el ministro de Hacienda goza de poderosas facultades frente al Consejo y existen diversos mecanismos para reclamar ante la eventual antijuridicidad de aquel, en el ejercicio de sus funciones, descartándose que se trate de un organismo que pueda imponer decisiones exentas de eventuales controles externos.
- vii. Por otra parte, los aspectos más operativos del BC, sobre todo aquellos vinculados a la implementación de la política monetaria, no están establecidos en la ley, sino que “se regulan mediante Acuerdos del Consejo, al amparo del artículo 109º de la Constitución”⁶⁷. En consecuencia, ni el constituyente ni el legislador imponen las directrices “ideológicas” que este debe seguir en materia monetaria, sino que dicha labor es efectuada con total autonomía por el Consejo, existiendo pluralismo en su integración desde larga data.
- viii. Las recientes reformas constitucionales han flexibilizado de forma considerable los quórum de reforma constitucional y de las leyes orgánicas constitucionales. En concreto, hoy su regulación constitucional y legal puede ser modificada con el voto conforme de cuatro séptimos y de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio⁶⁸, respectivamente. Atendido a que gran

⁶² Artículo 19 de la Ley n.º 18840.

⁶³ Artículos 47 y 50 de la Ley n.º 18840.

⁶⁴ CÉSPEDES y VALDÉS, *op. cit.*, p. 35.

⁶⁵ Véanse artículos 61, 65 bis, 69 y ss. de la Ley n.º 18840.

⁶⁶ Artículos 19, 47 y 50 de la Ley n.º 18840.

⁶⁷ MARCEL, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁸ Véanse artículos 127 inciso segundo y 66 inciso segundo de la Constitución.

parte de las funciones y atribuciones del BC están establecidas en su ley orgánica constitucional, cualquier “enclave ideológico” que pudiera subsistir puede ser modificado por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, sin que dicho quórum pugne con la esencia de un régimen democrático⁶⁹.

Las razones expuestas permiten concluir que el BC no fue diseñado ni opera como custodio de un orden impuesto por el constituyente de 1980, toda vez que su fisonomía y operatividad es determinada, en esencia, por el legislador y el Consejo, no por la Constitución. Además, el Consejo se ha caracterizado por lograr el pluralismo en su integración desde las postrimerías del gobierno militar, sin que se trate de un organismo capturado por una facción política determinada. Resulta ilustrativo de su profesionalismo el hecho de que la gestión sea valorada a nivel transversal, siendo una de las instituciones con mayor aprobación en los sondeos de opinión pública, superando a los órganos democráticos por excelencia⁷⁰.

B) *EL CASO DEL TC*

El TC no fue una creación del constituyente de 1980, pues sus orígenes se remontan a la reforma constitucional de 1970 materializada en la Ley n.º 17284.

En sus inicios (1970-1973), este tribunal fue concebido, principalmente, como un organismo encargado de ejercer el control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de ley, a solicitud del presidente de la República, de una de las cámaras o de un tercio de los senadores o diputados en ejercicio. Las innovaciones más relevantes introducidas por el constituyente de 1980 fueron encomendarle ejercer el control obligatorio de constitucionalidad de las leyes interpretativas de la Constitución y de las leyes orgánicas constitucionales, resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de reforma constitucional, ejercer el control de constitucionalidad de decretos supremos y reglamentos, y declarar la inconstitucionalidad de los partidos políticos que propugnen la violencia o doctrinas de corte totalitario⁷¹.

La legitimidad de la justicia constitucional –en abstracto– ha tenido una amplia discusión entre los autores⁷². En este apartado se analizará una crí-

⁶⁹ Cfr. Sergio VERDUGO, “Leyes de quórum calificado y debate constituyente”, pp. 251-266.

⁷⁰ CADEM, “Encuesta Plaza Pública”, 2023.

⁷¹ Cfr. Raúl BERTELSEN, *En defensa de la Constitución*, p. 93 y ss.

⁷² SILVA, *op. cit.*, p. 16 y ss.; Patricio ZAPATA, *Justicia constitucional*, p. 19 y ss.; BERTELSEN, *op. cit.*, p. 93 y ss.; Pierre ROSANVALLÓN, *La legitimidad democrática*, p. 32 y ss.; Fernando

tica efectuada al TC chileno en concreto: ¿opera como custodio del orden ideológico del constituyente? A juicio de esta investigación, la revisión de la jurisprudencia constitucional permite responder negativamente a esa interrogante, erigiéndose desde sus albores como un organismo protector de la democracia y del Estado de Derecho⁷³.

Es probable que la sentencia más ilustrativa en esta materia sea aquella dictada en la causa rol 33-85, pronunciada en pleno gobierno militar. En dicha sentencia, el TC desechó una interpretación literal aislada de la Carta Fundamental y declaró inconstitucionales los preceptos del proyecto de ley orgánica constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones que diferían la entrada en vigor de dicho tribunal para la primera elección de senadores y diputados, permitiendo, de esa forma, que el Tribunal Calificador de Elecciones velara por la legitimidad del plebiscito de 1988 a través del cual se puso término al gobierno militar.

Asimismo, este órgano ha desarrollado criterios interpretativos que apuntan, precisamente, en dirección opuesta a la idea de preservar el orden ideológico del constituyente.

Por ejemplo, en diversas sentencias, el TC ha recurrido al criterio de la “Constitución viviente” al momento de fijar su sentido y alcance⁷⁴, señalando que la interpretación constitucional

“por un lado, debe permitir la adaptación del texto a las distintas realidades. Y, por la otra, debe sujetarse a los cambios de contexto que puedan haberse producido entre la fecha de dictación de la Constitución y el momento en que se la aplica”⁷⁵.

Aplicando dicho criterio interpretativo, en conjunto con otros, el TC declaró la constitucionalidad de la mayoría de las normas del proyecto de ley que “regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”⁷⁶, impugnadas por parlamentarios de oposición.

También ha advertido de los problemas que conlleva la interpretación originalista, en los siguientes términos:

“es particularmente complejo recurrir exclusivamente a un criterio originalista de interpretación constitucional. Desde luego, porque la Cons-

ATRIA, “El Tribunal Constitucional y la objeción democrática”, pp. 367-378; Fernando ATRIA, Constanza SALGADO y Javier WILENMANN, *Democracia y neutralización*, p. 52 y ss., entre otros.

⁷³ Véase Marisol PEÑA, “Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al Estado de Derecho y a la democracia”.

⁷⁴ Véase PEÑA, *op. cit.*, p. 44 y ss.

⁷⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2017), rol 3729-17, c. 29.º.

⁷⁶ *Ibid.*

titución ha tenido 40 reformas constitucionales, que han alterado profundamente el diseño original. También, porque ha cambiado el contexto jurídico y político en que fue dictada. Asimismo, la Constitución tiene dictadas todas las leyes que la complementan, y que le dan un cierto sentido y alcance. Además, porque el originalismo se traduce en el uso de las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución o las actas del Consejo de Estado. Si bien esta Magistratura ha recurrido en algunas oportunidades a ellas, está consciente que su empleo tiene dificultades.

En efecto, tratándose de las actas de la comisión recién señalada, técnicamente era una comisión asesora (D.S. N° 1064/1973/Justicia). Enseguida, sus integrantes cambiaron en el tiempo. Asimismo, una cosa son las actas y otra el informe que refleja las ideas de la comisión. Además, después de la comisión, el proyecto pasó por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno. Esta última tenía radicado el poder constituyente (decretos leyes N° 1, 128, 527, 788, 991). También la Junta de Gobierno tenía su propia asesoría legislativa (decretos leyes N° 36, 460, 527, 991). De hecho, las normas fundantes del texto original de la Constitución, plebiscitada en 1980, sólo cita la normativa legal recién indicada (decretos leyes N° 1, 128, 527, 788, 991).

Por lo mismo, el uso de este tipo de criterios interpretativos debiera ser auxiliar, no central ni decisivo. También, en casos muy justificados y nunca para rigidizar el sentido del texto⁷⁷.

En el mismo sentido, el TC rechazó la interpretación originalista del vocablo ‘familia’, ya que implicaría:

“desconocer por el juez constitucional la realidad social, la que exhibe diversas tipologías de familias que no coinciden con el concepto tradicional manifestado y que pueden ser consideradas por el legislador según el principio de analogía [...]”⁷⁸.

La inconstitucionalidad del artículo 38 ter numerales 1, 2, 3, y 4 de la Ley n.º 18933 sobre Instituciones de salud previsional –declarada de oficio–, tampoco da cuenta de la protección de un “orden neoliberal” por parte del TC. Al contrario, en dicha sentencia señaló que el contrato que celebra un afiliado con una determinada isapre

“no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social [...]”⁷⁹.

⁷⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2017), rol 3729-17, c. 30.º.

⁷⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2020), rol 7774-19, c. 12.º.

⁷⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol 1710-10, c. 154.º.

En síntesis, indicó:

“el seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar. Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrate con una Isapre”⁸⁰,

lo que no fue logrado en el artículo 38 ter numerales 1, 2, 3, y 4 de la Ley n.º 18933.

Cabe agregar que ha relevado:

“Que la Constitución garantiza el pluralismo organizativo y de ideas. Eso impide que se pueda imponer un modelo determinado de pensamiento, de moral, propio de una o más organizaciones, de una o más personas, al resto de la sociedad”⁸¹.

Por ello, sus decisiones no se fundan en la religión, la moral, la política, ni en las convicciones personales de sus ministros, siendo un tribunal que resuelve conforme a derecho⁸².

Por último, no puede soslayarse que en la actualidad el TC es intérprete de una Constitución ampliamente reformada⁸³, siendo muy discutible que la Carta Fundamental que hoy rige sea fiel reflejo de la ideología del constituyente de 1980.

Conclusiones

1. En el constitucionalismo contemporáneo se observa una creciente tendencia consistente en la consagración de diversos organismos –distintos de las funciones clásicas del Estado– en el texto constitucional. Chile no ha quedado al margen de dicha tendencia y el constituyente ha incorporado organismos autónomos de diversa índole al texto constitucional.

⁸⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol 1710-10, c. 155.º.

⁸¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2020), rol 3729-17, c. 34.º.

⁸² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2020), rol 3729-17, c. 7.º.

⁸³ Véase el origen y la trazabilidad de las normas constitucionales en Jaime ARANCIBIA, *Constitución Política de la República de Chile. Edición histórica*, pp. 19-80.

2. La Constitución no señala expresamente cuales son los ámbitos de mayor libertad que gozan los OAC. Tampoco somete a dichos organismos, en sus aspectos esenciales, a un mismo estatuto jurídico, lo que obstaculiza arribar a un concepto unívoco de los mismos. No obstante, hay cierto consenso entre la doctrina y la jurisprudencia constitucional en torno a que la autonomía constitucional, en su concepción más elemental, implica dotar a un organismo de mayor libertad para el cumplimiento de sus funciones, sin quedar sujeto a vínculos de jerarquía, tutela ni supervigilancia frente a la función ejecutiva.
3. La independencia de los OAC frente al legislador se funda en la casuística, distinguiéndose entre autonomías reales y aparentes. Las primeras se caracterizan porque el núcleo esencial de sus funciones y atribuciones están establecidas directamente en la Constitución, impidiendo que el legislador altere dicha configuración, sino a través de una reforma constitucional. Las autonomías aparentes tienen también su origen en la Constitución, pero su fisonomía es determinada en su esencia por el legislador.
4. La interpretación armónica de las disposiciones constitucionales señaladas permite concluir que la autonomía constitucional no excluye, *per se*, que los actos dictados por estos organismos puedan ser impugnados en sede judicial, salvo que el constituyente haya sido explícito en establecer una excepción a dicho principio o se haya dispuesto una vía de impugnación especial al efecto, ya sea en la Constitución o en la ley.
5. Pese a los fundamentos de los OAC no han sido un tema investigado con profusión por la doctrina, algunos autores han argüido que ellos constituyen un mecanismo para proteger la democracia constitucional; garantizar independencia y estabilidad frente a las funciones ejecutiva y legislativa; propiciar la calidad técnica de las decisiones; complejizar el sistema de pesos y contrapesos, y reflejar la mayor legitimidad democrática de esos organismos frente a la ciudadanía.
6. El constituyente no estableció un estatuto uniforme para todos ellos, regulándolos con disímil densidad. La disparidad regulatoria obliga a distinguir entre OAC fuertes, medianamente fuertes y débiles según la autonomía personal, funcional y financiera que le reconoce el ordenamiento jurídico a cada uno.
7. No es posible concordar con un sector de la doctrina que arguye que el BC opera como custodio de un orden ideológico impuesto por el constituyente de 1980, toda vez que su fisonomía y

operatividad es determinada, en lo esencial por el legislador y el Consejo. Además, este último se ha caracterizado por lograr el pluralismo en su integración desde las postrimerías del gobierno militar, sin que se trate de un organismo capturado por una facción política determinada.

8. Lo mismo cabe argumentar respecto del TC. Dicho organismo ha aplicado criterios interpretativos que riñen de frente con la idea de preservar el orden ideológico del constituyente de 1980, erigiéndose en una de las instituciones que ha cumplido un papel esencial para la protección de la democracia constitucional, especialmente, a través de la sentencia rol 33-85.

Bibliografía

- AYLWIN FERNÁNDEZ, Vicente y Alberto CODDOU MC MANUS, “La dimensión constitucional de las instituciones nacionales de derechos humanos”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 89, n.º 250, Concepción, 2021.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime, *Constitución Política de la República de Chile. Edición histórica*, 2020. Disponible en www.uandes.cl/wp-content/uploads/2020/09/CPR-Edicio%CC%81n-Histo%CC%81rica.pdf [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2022].
- ATRIA LEMAITRE, Fernando, “El Tribunal Constitucional y la objeción democrática”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n.º 2-3, Santiago, 1993.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando, “La Constitución tramposa y la responsabilidad del jurista”, en FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA (coord.), *Nueva Constitución y momento constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, Santiago, LegalPublishing, Thomson Reuters, 2014.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando, Constanza SALGADO MUÑOZ y Javier WILENMANN VON BERNATH, *Democracia y neutralización*, Santiago, LOM Ediciones, 2017.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl, *En defensa de la Constitución*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing, 2020.
- BIANCHI LARRE, Andrés, “La independencia del Banco Central de Chile: los años iniciales”, en Alberto NAUDON DELL’ORO y Luis ÁLVAREZ CALLEJOS, *25 Años de autonomía del Banco Central de Chile*, Santiago, Banco Central de Chile, 2016.
- CEA EGAÑA, José Luis, “Autonomía constitucional del Banco Central”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 62 (2000), Santiago, 2016.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Santiago, Ediciones UC, 2017, tomo IV.
- CÉSPEDES CIFUENTES, Luis Felipe y Rodrigo VALDÉS PULIDO, “Autonomía de bancos centrales: la experiencia chilena”, 2006. Disponible en <https://repositoriodi->

- gital.bcentral.cl/xmlui/bitstream/handle/20.500.12580/3479/ BCCCh-rec-v09n1abr2006p025-047.pdf [fecha de consulta: 8 de febrero de 2023].
- COURTNEY, MILLINA, “When Should We Put Anticorruption Agencies in the Constitution?”, 2016. Disponible en <https://globalanticorruptionblog.com/2016/07/18/when-should-we-put-anticorruption-agencies-in-the-constitution/> [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2022].
- GARCÍA BARZELATTO, Ana María, “Tendencias constitucionales contemporáneas”, en Mario VERDUGO MARINKOVIC y Ana María GARCÍA BARZELATTO, *Manual de derecho político*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, tomo I.
- LYD, “Banco Central autónomo de *jure* y de *facto*”, 2021. Disponible en <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:CL/din%C3%A1mica+de+la+inflaci%C3%B3n+fue+consecuencia+de+la+mayor+emisi%C3%B3n+de+dinero+desde+el+BCCCh/vid/banco-central-autonomo-jure-869111026> [fecha de consulta: 1 de febrero de 2023].
- MARCEL CULLELL, Mario, “Constitucionalismo económico y la autonomía institucional del Banco Central de Chile”, 2017. Disponible en www.bcentral.cl/documents/33528/133323/dpe62.pdf/8d016175-803b-6b0e-46fe-93c4b73f7f8d?t=1655149238017 [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2022].
- NACRUR GAZALI, Miguel, “El Banco Central de Chile en la Constitución de 1980”, en Enrique NAVARRO BELTRÁN (ed.), *20 años de la Constitución chilena 1981-2001*, Santiago, LexisNexis, 2001.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “Jurisprudencia constitucional en materia de control de legalidad (toma de razón y potestad dictaminante) de la Contraloría General de la República”, en *Revista de Derecho*, año 19, n.º 2, Coquimbo, 2012.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, José Francisco GARCÍA GARCÍA y Paulina VELOSO VALENZUELA, “Órganos autónomos en la Constitución: ¿cómo regularlos?”, 2001. Disponible en www.cieplan.org/insumos-constitucionales-no5-organos-autonomos-en-la-constitucion-como-regularlos/ [fecha de consulta: 22 de diciembre de 2022].
- PARDOW LORENZO, Diego, “¿Control o autonomía? El debate sobre agencias regulatorias independientes”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXI, n.º 2, Valdivia, 2018.
- PEÑA TORRES, Marisol, “Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al Estado de Derecho y a la democracia”, 2011. Disponible en <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/1589.pdf> [fecha de consulta: 9 de enero de 2023].
- PEREIRA MENAUT, Antonio, *Teoría constitucional*, 2ª ed., Santiago, LexisNexis, 2006.
- ROSANVALLÓN, Pierre, *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Buenos Aires, Ediciones Manantial, 2009.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, tomo IX.

- SOTO VELASCO, Sebastián, *La hora de la Re-Constitución*, Santiago, Ediciones UC, 2020.
- TUSHNET, MARK, “Institutions Protecting Constitutional Democracy: Some conceptual and methodological preliminaries”, in *University of Toronto Law Journal*, vol. 70, No. 2, Toronto, 2020.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, “Leyes de quórum calificado y debate constituyente”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, año III, n.º 5, Santiago, 2014.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, “Los principios del constitucionalismo clásico en los ordenamientos fundamentales de Chile”, en Mario VERDUGO MARINKOVIC y Ana María GARCÍA BARZELATTO, *Manual de derecho político*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, tomo I.
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio, *Justicia constitucional*, 1ª parte, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- ZÁRATE ROJAS, Sebastián, “Hacia un estatuto constitucional de órganos autónomos”, en José Francisco GARCÍA GARCÍA (coord.), *¿Nueva Constitución o reforma?*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2014.
- ZUÑIGA URBINA, Francisco, “Autonomías constitucionales e instituciones contramayoritarias (a propósito de las aporías de la ‘democracia constitucional’)”, en *Ius et Praxis*, año 13, n.º 2, Talca, 2007.

OTROS DOCUMENTOS

- CADEM, Encuesta Plaza Pública, 2023. Disponible en <https://cadem.cl/wp-content/uploads/2023/02/Track-PP-473-Febrero-S1-VF.pdf> [fecha de consulta: 7 de febrero de 2023].

JURISPRUDENCIA CITADA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1985), rol 33-85, 24 de septiembre de 1985.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1987), rol 43-87, 24 de febrero de 1987.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1989), rol 78-89, 20 de septiembre de 1989.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1989), rol 80-89, 22 de septiembre de 1989.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1998), rol 279-98, 6 de octubre de 1998.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007), rol 995-07, 18 de diciembre de 2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), rol 792-07, 3 de enero de 2008.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), rol 1051-08, 10 de julio de 2008.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol 1710-10, 6 de agosto de 2010.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol 1535-09, 28 de enero de 2010.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2012), rol 1669-10, 15 de marzo de 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2016), rol 2895-15, 6 de diciembre de 2016.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2017), rol 2917-15, 16 de mayo de 2017.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2017), rol 3729-17, 28 de agosto de 2017.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2018), rol 4018-17, 25 de octubre de 2018.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), rol 6178-19, 16 de octubre de 2019.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), rol 5674-18, 12 de diciembre de 2019.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), rol 5962-19, 10 de diciembre de 2019.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2020), rol 7774-19, 25 de junio de 2020.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2021), rol 9431-20, 2 de diciembre de 2021.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2021), rol 9893-20, 2 de diciembre de 2021.

Siglas y abreviaturas

BC <i>a veces</i>	BCCh	Banco Central de Chile
	c.	considerando
	cc.	considerandos
	Cfr.	confróntese
CGR <i>a veces</i>	Contraloría	Contraloría General de la República
	coord.	coordinador
	D.S.	decreto supremo
ed. <i>a veces</i>	editor	edición
	https	Hypertext Transfer Protocol Secure
	<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
	Isapre	Institución de Salud Previsional
	LLM	Legum Magister (Máster en Leyes)
	LOC	Ley Orgánica Constitucional
	LyD	Libertad y Desarrollo
n.º <i>a veces</i>	Nº	número
	No.	number
	OAC	Organismos Autónomos Constitucionales
	<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatis</i> (obra citada)
	p.	página
	pp.	páginas
	ss.	siguientes
	STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
	TC	Tribunal Constitucional
	UC	Universidad Católica

vol. volumen
www World Wide Web

REFLEXIONES SOBRE EL BANCO CENTRAL DE CHILE EN EL RECHAZADO BORRADOR CONSTITUCIONAL DEL AÑO 2022

REFLECTIONS ABOUT THE CENTRAL BANK OF CHILE IN THE REJECTED CONSTITUTIONAL DRAFT OF THE YEAR 2022

*Alejandro Lagos Torres**

Resumen

Analizamos el diseño institucional del Banco Central de Chile en el borrador de nueva Constitución rechazado por el pueblo de Chile el 4 de septiembre de 2022. Para ello, proponemos una perspectiva jurídica además de una consideración respecto del buen desempeño del banco durante los últimos treinta años y el conocimiento científicamente afianzado en política monetaria, tratando de imaginar qué habría sucedido en caso de haberse aprobado el borrador de nueva Constitución.

Palabras clave: Banco Central, política monetaria, experiencia, borrador constitucional.

Abstract

We analyze the organization of the Central Bank of Chile in the draft of the new Constitution rejected by the people of Chile on September 4, 2022. But this analysis is not only legal, but also considers the good performance of the Bank in the last thirty years and scientific knowledge entrenched about monetary policy, to imagine what would have happened if the draft of the new Constitution had been approved.

Keywords: Central Bank, monetary policy, experience, constitutional draft.

* Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho y Políticas Públicas, Universidad de Salamanca (España). Correo electrónico: alagostorres@gmail.com

Artículo enviado el 21 de noviembre de 2022 y aceptado para su publicación el 13 de marzo de 2023.

Introducción

En las siguientes líneas analizaremos el que pudo haber sido el estatuto constitucional del Banco Central de Chile si se hubiese aprobado el borrador de nueva Constitución propuesto por la Convención Constitucional, que fue ampliamente rechazado por el pueblo de Chile en el plebiscito del 4 de septiembre de 2022 por un 61,89 % de los votos emitidos. Esperamos con esta contribución aportar al mejor funcionamiento de nuestro instituto emisor.¹

De manera inicial, debemos señalar que una Constitución funciona o no según cómo quede diseñada la parte orgánica, pues si el boceto de dichas instituciones constitucionales es inadecuado, los derechos y libertades fundamentales contemplados en la parte dogmática de la Carta Fundamental no llegarán a materializarse y, en este contexto, lo que vamos a tratar es mucho más jurídico de lo que a primera vista pudiese parecer.

El banco central es una institución que en la mayoría de los países ejerce como autoridad monetaria, y como tal suele ser la encargada de la emisión del dinero legal y, en general, de diseñar y ejecutar la política monetaria del país al que pertenece. Estos bancos suelen ser entidades de carácter público y, en la práctica contemporánea de un gran número de países, se afirma que son autónomas e independientes del gobierno del país o grupo de países al que pertenecen, y tienen un carácter técnico. Un órgano es “autónomo” cuando no está subordinado a otro órgano o poder del Estado para tomar decisiones, en tanto que un órgano es “técnico” cuando toma decisiones sobre la base del conocimiento propio de su área de competencias. Con esta configuración, se espera que los gobiernos no caigan en la tentación de financiar sus programas utilizando de modo irresponsable el poder del Banco Central, produciéndose como resultado la ocurrencia de fenómenos inflacionarios. El deber primordial de un banco central es asegurar la estabilidad de precios y la estabilidad financiera, y sin sacrificar estos objetivos, también debe apoyar las políticas económicas del gobierno^{2, 3}.

Por tanto, la independencia de los órganos autónomos lo es de los actores políticos, en tanto que la función de control que suele recaer dentro de las competencias de la Cámara de Diputadas y Diputados se refiere a la

¹ Al momento de escribir este trabajo se está iniciando un nuevo proceso constituyente, el tercer intento de redactar una nueva Constitución para Chile: 1.º Michelle Bachelet en 2014-2018, 2.º Sebastián Piñera en 2019-2022 y 3.º Gabriel Boric en 2022-2023.

² Alex CUKIERMAN, “Independencia del Banco Central e instituciones responsables de la política monetaria: pasado, presente y futuro”, p. 5.

³ Esta consideración se expresa en los artículos 3.º, 4.º y 6.º de su Ley n.º 18840.

fiscalización de actos del gobierno, lo cual sí que es un control de carácter político. Sin embargo, no se puede perder de vista que la independencia que se le atribuye al Banco Central es una mera característica instrumental para facilitar y asegurar el cumplimiento de su cometido, por lo que no es una finalidad en sí misma, sino que se trata de una cualidad institucional necesaria para que su carácter “técnico” produzca los efectos esperados en el cumplimiento de sus objetivos.

En el caso chileno, un buen ejemplo de un órgano autónomo respecto del cual parece primar opinión transversal de su óptima función es el Banco Central, una feliz combinación de responsabilidad técnica y política. Se trata de un órgano que ha sido sustraído del poder político, y es de los mejores evaluados del mundo, junto, por ejemplo, al alemán y al británico, siendo, también, admirado por Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, y estudiosos de los bancos centrales y de la inflación como Alex Cukierman. Pero cabe recordar que, si bien fue creado en agosto de 1925, su real autonomía ocurrió al dictarse su Ley Orgánica Constitucional n.º 18840 de 10 de octubre de 1989, es decir, su fisonomía actual se forjó en democracia, lo cual con mayor razón lo transforma en un gran ejemplo de un órgano autónomo.

Pero es probable que lo más curioso que se puede apuntar son ciertos caracteres singulares de su actual regulación. La inclusión del Banco Central en la Constitución de 1980 transformó a Chile en pionero en la constitucionalización de su instituto emisor, mientras que hoy son muchos los países que regulan su Banco Central en la Constitución, como ocurre en: Alemania, República Checa, Colombia o Perú. En tanto que en países como España o Francia la Constitución ni siquiera lo menciona, estando su reglamentación íntegramente entregada a la ley. Asimismo, llama la atención que el banco chileno se encuentra regulado de manera bastante escueta en los artículos 108 y 109 de la Carta de 1980⁴, pero sin un señalamiento explícito respecto de cuáles son sus funciones y atribuciones, lo cual recae en la ley orgánica respectiva, limitándose la Constitución a señalar en el artículo 109 las prohibiciones y restricciones que pesan sobre este organismo, es decir, el constituyente fue muy cuidadoso en declarar las acciones del Banco Central de Chile, a saber: solo podrá efectuar operaciones con instituciones financieras, sean públicas o privadas, solo trabajará con la banca, no podrá otorgar a esta su garantía, no podrá adquirir documentos emitidos por el Estado, sus organismos o empresas, ningún gasto público o préstamo podrá financiarse con créditos directos o indirectos.

⁴ Los actuales artículos 108 y 109 eran respectivamente los artículos 97 y 98 del texto original de la Carta de 1980.

tos del Banco Central, y no podrá adoptar ningún acuerdo que signifique de una manera directa o indirecta establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación con personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza.

Pero, a la vez, el mismo artículo 109 señala dos excepciones a las prohibiciones mencionadas. Por una parte, el inciso 4.º autoriza a que, en caso de guerra exterior o de peligro de ella, que calificará el Consejo de Seguridad Nacional, el banco podrá obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas, es decir, como medida de resguardo, para activar esta excepción dicha necesidad debe ser calificada así por el Consejo de Seguridad Nacional, con lo cual, el hacer operar esta excepción no depende ni del gobierno ni del propio Banco Central. La segunda excepción fue incorporada por la Ley n.º 21253 de 20 de agosto de 2020, en el contexto de la crisis económica producida como consecuencia de la pandemia de Covid-19, intercalando al artículo 109 un nuevo inciso 2.º, que señala que, en situaciones excepcionales y transitorias en las que así lo requiera la preservación del normal funcionamiento de los pagos internos y externos, el banco podrá comprar durante un periodo determinado y vender, en el mercado secundario abierto, instrumentos de deuda emitidos por el fisco, de conformidad a lo establecido en su ley orgánica⁵, donde esta nueva excepción introduce con claridad una herramienta que facilita la adopción de políticas monetarias discrecionales, sin perjuicio de que la excepción está concebida solo como una herramienta para preservar el normal régimen de pagos, mas no para financiar gasto público.

Como consecuencia de su autonomía, no está sujeto a la fiscalización de la Contraloría General de la República ni a la Comisión para el Mercado Financiero⁶, debiendo rendir cuentas al Senado⁷ y coordinarse con el Ministerio de Hacienda, donde, incluso, el ministro tiene algunas importantes atribuciones sobre el consejo del banco⁸. En sus resoluciones, es necesario que considere la orientación general de la política económica del gobierno⁹. Cabe agregar en este punto que es aplicable al Banco Central el principio de transparencia consagrado en el artículo 8.º de la Constitución, como también lo es la Ley n.º 20285 de Transparencia en la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado¹⁰.

⁵ El artículo 27 de la Ley n.º 18840 señala que esta excepción requiere acuerdo fundado del Consejo del Banco Central adoptado con el voto favorable de al menos cuatro de sus cinco consejeros.

⁶ Artículo 2.º de la Ley n.º 18840.

⁷ Artículos 79 y 80 de la Ley n.º 18840.

⁸ Artículo 19 de la Ley n.º 18840.

⁹ Artículo 6.º de la Ley n.º 18840.

¹⁰ Artículo 65 bis de la Ley n.º 18840.

Pero aun cuando se pueda, en general, afirmar que nuestro Banco Central es un órgano constitucional autónomo que funciona bien y así es reconocido, incluso, en el ámbito internacional, no por ello está exento de problemas, por lo que hay ciertos aspectos especialmente sensibles de su estructura orgánica que suelen generar polémica. Lo anterior es sin perjuicio de que hay quienes no creen en las supuestas bondades de un banco central, por ejemplo, aquellos que entienden la inflación como una gran teoría conspirativa. Sin embargo, en concreto, y en especial por lo que venimos señalando respecto de su carácter técnico y autónomo, creemos que de por sí un banco central de estas características es menos susceptible de politizarse que otros órganos, por lo que en cierto modo “se cuida solo”. Por el contrario, podrían ser más “politizables” otros órganos constitucionales como el Tribunal Constitucional, el Servicio Electoral, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, dependiendo de cómo queden diseñadas sus respectivas estructuras orgánicas y cómo queden establecidas sus relaciones con los demás poderes del Estado. En definitiva, se trata de determinar, la forma más adecuada para la consecución del bien común, cuáles serán los objetivos e instrumentos que serán asignados al órgano autónomo respectivo, la forma en que serán designados sus altos cargos directivos y las reglas según las cuales se hará efectiva la responsabilidad, sea que proceda o no la acusación constitucional, equilibrándose así la calidad técnica del actuar del banco con la necesaria legitimidad democrática ante la ciudadanía. Bajo el diseño constitucional de 1980, es la ley orgánica del banco la que señala sus objetivos y atribuciones¹¹, la forma de nombrar a los miembros del Consejo¹², de destituirlos por falta de confianza¹³, en ambas situaciones con intervención del Senado y de remoción por los tribunales de justicia por haber cometido ilícitos¹⁴. Pero no está considerada la acusación constitucional.

En última instancia, está el problema del “cuoteo político”. Como suele ocurrir en los órganos constitucionales autónomos, es sabido que el consejo directivo está cuoteado, principalmente como consecuencia de la intervención del Senado en el nombramiento de los consejeros, pues, si bien, como hemos dicho, en los nombramientos debiesen primar los aspectos técnicos de los candidatos, en los hechos el Senado cuotea y pasa cuentas, lo cual, en principio, no es un comportamiento negativo. Por el contrario, es valorable que existan equilibrios en la conducción de los órganos autó-

¹¹ Artículo 3.º de la Ley n.º 18840.

¹² Artículo 7.º y ss. de la Ley n.º 18840.

¹³ Artículos 16 y 17 de la Ley n.º 18840.

¹⁴ Artículo 15 de la Ley n.º 18840.

nomos, aunque no podemos obviar consecuencias indeseables como, por ejemplo, que personas competentes y de reconocida trayectoria no sean designadas para la dirección del banco; o que se pida para que quienes resultan designados no actúen después con la independencia que de ellos se espera. Todo lo anterior sin perjuicio de que se introduzcan tensiones innecesarias al proceso mismo de designación, al contaminar el nombramiento con las coyunturas políticas existentes al momento de efectuar la designación.

Este es el panorama normativo general aplicable a nuestro Banco Central al momento de instalarse la Convención Constitucional en julio de 2021. En las páginas siguientes vamos a analizar los cambios que el borrador propuesto por la Convención le introducía, y para efectuar dicho análisis vamos a indagar, tanto desde una perspectiva jurídica como económica, aspectos institucionales relacionados con la autonomía, los objetivos e instrumentos que les asignaba el nuevo texto, el nuevo gobierno del banco, la responsabilidad que sobre este recaería y las muy importantes obligaciones de transparencia y rendición de cuentas que todo banco central debe asumir.

I. El contexto: el Banco Central en el nuevo diseño institucional de la república

Tras un año de trabajo, la Convención entregó como propuesta de nueva Constitución un texto considerable, de 388 artículos, maximalista, con normas propias de políticas públicas y de la potestad reglamentaria, con un deplorable uso de nuestra lengua castellana, lleno de redundancias¹⁵ que a veces dificultaban la necesaria inteligencia de las normas¹⁶ y de conceptos ajenos a la ciencia jurídica¹⁷ y, lo peor de todo, fruto de un órgano para nada representativo de la sociedad chilena¹⁸. A lo anterior deben agregarse pro-

¹⁵ “La presidenta o presidente”, “las y los alcaldes”, “las consejeras y consejeros”, etc., son un error gramatical.

¹⁶ Por ejemplo, ¿al decir “la mayoría de diputadas y diputados” se quiere aludir a una “doble mayoría”, es decir, que debe concurrir la mayoría de “las diputadas” y, a la vez, la mayoría de “los diputados”? O en lo referente al banco, cuando el artículo 362.2 señala: “El Consejo estará integrado por siete consejeras y consejeros” ¿quiere decir siete y siete?

¹⁷ Por ejemplo, el artículo 139 alude al “maritorio”, un concepto que no solo no es jurídico, sino que, tampoco está reconocido por el derecho internacional del mar, lo cual podría acarrear problemas para Chile.

¹⁸ La Convención fue elegida con reglas extrañas que no existen en ninguna parte del mundo, resultando electa gente con menos del 1 % de los votos en un proceso con una altísima abstención equivalente a un 58,49 % a escala nacional, con colectivos sobrerrepre-

blemas formales durante el trabajo de la Convención, como la trampa de reponer en el borrador propuestas de normas que ya habían sido rechazadas por el pleno, o el poco tiempo que se dio en las comisiones para exponer ideas, muchos acuerdos se tomaron sin que quedase registro alguno, sin micrófonos, sin cámaras, sin actas, sin secretario, en definitiva, sin que quedara “historia de la ley”, es decir, no sabemos, en realidad, cuál fue el contenido de toda la discusión, todo lo contrario a la experiencia de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución CENC, la “Comisión Ortúzar”, que trabajó entre 1973 y 1978, donde todo lo debatido en ella sí que es público y conocido, estando sesión por sesión a disposición del pueblo chileno.

En lo que al Banco Central se refiere, llama mucho la atención que varias disposiciones de la actual Ley Orgánica del Banco Central n.º 18840 fueron llevadas al borrador de nueva Constitución, por ejemplo, lo referente a los objetivos del Banco y al estatuto de sus consejeros, pero también se agregó mucha normativa original alineada con las nuevas ideas generales que se introducen a la propuesta, todo lo cual suma en total ocho artículos, del 357 al 364, que forman un subcapítulo dentro del capítulo x denominado “Órganos autónomos constitucionales”, lo que claramente contrasta con la parquedad de la regulación del Banco Central en el actual capítulo XIII de la Carta de 1980 (solo los breves artículos 108 y 109).

Pero para analizar de forma correcta este órgano técnico y autónomo, debemos considerar no solo la normativa específica que lo regula, o sea, los ya señalados artículos 357 y siguientes del borrador, sino que, además, debe analizarse el texto de la propuesta en su conjunto, el cual parte desde muchas ideas preconcebidas que no se avienen sin más, con el carácter técnico y autónomo del cual se pretende revestir al banco, como la paridad, la plurinacionalidad y el estado regional.

Respecto de la paridad, a la que se refiere en términos generales el artículo 6.º del borrador, en su inciso 2 señala que los órganos “colegiados autónomos constitucionales” deberán tener una composición paritaria que asegure que, al menos, el cincuenta por ciento de sus integrantes sean

sentados, y con un padrón indígena que tuvo un 80 % de abstención, pero los escaños reservados indígenas se asignaron en relación con el total de dicho padrón en vez de a los votos emitidos. Así, la derecha, que en 2022 logró el 50 % del Senado, en tanto su candidato José Antonio Kast perdió en la segunda vuelta presidencial ante Gabriel Boric, obteniendo el 44 % de los votos, solo representó el 20 % de la Convención. Sumado a lo anterior, la corrección de paridad y los escaños reservados indígenas produjeron que no se respetara la regla fundamental de la democracia “una persona = un voto”. De este modo, un acuerdo adoptado por los $\frac{2}{3}$ en la Convención no reflejaban los $\frac{2}{3}$ de la sociedad chilena.

mujeres¹⁹. La misma idea reitera el artículo 350²⁰. Por su parte, el artículo 362.2 aumenta los consejeros del banco de cinco a siete,²¹ lo cual llama la atención por cuanto otros órganos constitucionales equivalentes, como el Servicio Electoral²², la Contraloría General de la República²³ y el Ministerio Público²⁴, no sufrieron cambios similares. No entendemos la utilidad de este cambio, especialmente considerando que es transversal la estima de que el banco funciona bien. Igualmente, de acuerdo con la norma, debemos entender que de los siete consejeros siempre a lo menos cuatro deberán ser mujeres (“al menos el cincuenta por ciento”), disposición que, sin ser ni buena ni mala en sí misma, tampoco implica que mejore el desempeño del banco. Los consejeros deben ser las mejores personas.

Sobre la plurinacionalidad, basta recordar que el mismísimo Héctor Llaitul, el líder de la organización separatista mapuche denominada CAM, señaló menos de un mes antes del plebiscito ratificatorio que dicho concepto, que según el borrador sería una característica del nuevo Estado de Chile “es un invento académico vacío de contenido”²⁵, lo cual evidencia que muchas ideas al nuevo texto, no solo no son aceptados por la mayoría, ya

¹⁹ “Artículo 6: 1. El Estado promueve una sociedad donde mujeres, hombres, diversidades y disidencias sexuales y de género participen en condiciones de igualdad sustantiva, reconociendo que su representación efectiva es un principio y condición mínima para el ejercicio pleno y sustantivo de la democracia y la ciudadanía. 2. Todos los órganos colegiados del Estado, los autónomos constitucionales, los superiores y directivos de la Administración, así como los directorios de las empresas públicas y semipúblicas, deberán tener una composición paritaria que asegure que, al menos, el cincuenta por ciento de sus integrantes sean mujeres. 3. El Estado promoverá la integración paritaria en sus demás instituciones y en todos los espacios públicos y privados y adoptará medidas para la representación de personas de género diverso a través de los mecanismos que establezca la ley. 4. Los poderes y órganos del Estado adoptarán las medidas necesarias para adecuar e impulsar la legislación, las instituciones, los marcos normativos y la prestación de servicios, con el fin de alcanzar la igualdad de género y la paridad. Deberán incorporar transversalmente el enfoque de género en su diseño institucional, de política fiscal y presupuestaria y en el ejercicio de sus funciones”.

²⁰ “Artículo 350: Todos los órganos autónomos se rigen por el principio de paridad. Se promueve la implementación de medidas de acción afirmativa, asegurando que al menos el cincuenta por ciento de sus integrantes sean mujeres”.

²¹ “Artículo 362.2: El Consejo estará integrado por siete consejeras y consejeros designados por la Presidenta o el Presidente de la República, con el acuerdo del Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones en sesión conjunta, por la mayoría de sus integrantes en ejercicio”.

²² El artículo 164 mantiene la dirección del Servicio Electoral en un consejo de cinco miembros.

²³ El artículo 353 mantiene la dirección de la Contraloría en un contralor general.

²⁴ El artículo 368 mantiene la dirección del Ministerio Público en un fiscal nacional.

²⁵ Felipe REYES, “No habrá tregua”: CAM responde a historiador que pidió alto el fuego para no favorecer al Rechazo”.

que ni siquiera quienes supuestamente se verían beneficiados por la aplicación de dichos conceptos²⁶. Lo anterior es sin perjuicio de que la CAM no es representativa de todo el pueblo mapuche, al tiempo que muchos de los demás pueblos originarios suelen errar al extrapolar para sí mismos, como si fueran también propios, los hechos ocurridos al sur del río Biobío en el contexto de la Guerra de Arauco y la resistencia del pueblo mapuche primero a los españoles y luego al Estado de Chile, propagándose así una narrativa que es una completa falsedad histórica.

En cuanto al Estado regional, el artículo 7.º señala que Chile está conformado por entidades territoriales autónomas en un marco de equidad y solidaridad, y el Estado promoverá la cooperación, la integración armónica y el desarrollo adecuado y justo entre las entidades²⁷. El problema aquí es que pasar de un Estado unitario a uno regional no es tan simple, especialmente si se considera que no es tan fácil determinar cuándo nos hallamos ante un Estado “regional”. Si bien parece clara la diferencia entre un Estado unitario y uno federal o “compuesto”, no es evidente la diferencia entre el Estado regional y los otros dos modelos, por encontrarse a medio camino entre ambos. En definitiva, se trata de un híbrido, con todos los problemas que ello acarrea. Sumado a lo anterior, la distinción entre modelos se complica más considerando que la organización del Estado varía mucho de país en país, resultando casos en que un Estado cuya Constitución lo define como federal, por ejemplo, Austria o Venezuela, tiene menos niveles de descentralización que Estados regionales como España o Estados unitarios muy descentralizados como Francia. Si bien en general lo que caracteriza a un Estado regional es que las regiones tienen personalidad jurídica y patrimonio propios, ejercen competencias propias con autonomía del gobierno central, parte de su presupuesto lo genera la propia región y, lo más importante, la región puede legislar (tiene parlamento propio). Nos parece que el real dilema a solucionar para establecer un Estado regional, antes de determinar cuáles serán sus características y atribuciones, es tener claridad respecto a cuántas serán las regiones en que se dividirá el país. He aquí

²⁶ Según la encuesta del CEP de agosto de 2022, solo un mes antes del plebiscito ratificatorio: “el 72% de quienes se identifican como mapuche en las zonas encuestadas, se sienten también chilenos”, mientras que “entre quienes se identifican como mapuche, un 70% está muy en desacuerdo que se establezca un estado mapuche independiente”. Daniela SALGADO, “CEP: 70% de mapuches está en contra de fijar ‘estado independiente’ y 59% rechaza uso de la fuerza”.

²⁷ “Artículo 7: Chile está conformado por entidades territoriales autónomas y territorios especiales, en un marco de equidad y solidaridad, preservando la unidad e integridad del Estado. El Estado promoverá la cooperación, la integración armónica y el desarrollo adecuado y justo entre las diversas entidades territoriales”.

el dilema. Mientras la tendencia mundial parece ser la creación de “macrorregiones” fuertes y competitivas, fusionando entidades territoriales²⁸, la Convención adoptó la opción contraria, seguir creando más regiones, lo cual quedó señalado en la disposición transitoria vigésima en cuanto a la posibilidad de crear las nuevas regiones de Aconcagua y Chiloé²⁹. Creemos que un Estado regional con unas siete u ocho macrorregiones bien pensadas podría funcionar, pero no es viable con las dieciséis regiones actuales y con ánimo de aumentar, así no hay presupuesto nacional que aguante³⁰. Y lo anterior es sin perjuicio de otro problema que, como veremos más adelante, incide en el desempeño del nuevo Banco Central: ¿cómo se concilian las distintas autonomías que considera el texto (regiones autónomas, comunas autónomas, autonomías indígenas y territorios especiales)?³¹.

²⁸ Por ejemplo: el 1 de enero de 2016 Francia pasó de dividirse en veintidós regiones a tener solo trece; la Constitución ecuatoriana de 2008 permite que provincias contiguas formen regiones autónomas, lo cual recuerda el proceso de formación de las Comunidades Autónomas españolas bajo la Constitución de 1978; también Rusia ha reducido sus sujetos federales.

²⁹ “Vigésima: 1. Dentro del plazo de un año desde la entrada en vigencia de esta Constitución, se convocará a dos consultas vinculantes e independientes entre sí, una en las comunas pertenecientes a la provincia de Chiloé y la otra en las comunas pertenecientes a las provincias de San Felipe, de Los Andes y de Petorca, con el objeto de ratificar por parte de la ciudadanía la creación de la Región Autónoma de Chiloé y la Región Autónoma de Aconcagua. 2. La cédula electoral contendrá la pregunta: ‘¿Usted aprueba la creación de la Región Autónoma de Chiloé?’ y ‘¿Usted aprueba la creación de la Región Autónoma de Aconcagua?’. Cada una con dos opciones: ‘Apruebo’ o ‘Rechazo’. 3. Las consultas serán organizadas por el órgano electoral competente y su calificación será realizada por el tribunal electoral. 4. Si la cuestión planteada en cada una de estas consultas fuere aprobada por la mayoría de los sufragios válidamente emitidos, el Poder Legislativo deberá expedir, en el plazo de dos años, una ley para la implementación de las Regiones Autónomas de Aconcagua y de Chiloé, previa consideración de los criterios establecidos en el inciso 3 del artículo 187, sobre creación de entidades territoriales”.

³⁰ Resulta imposible no recordar el caso español, donde el sistema regional de las Comunidades Autónomas está quebrado.

³¹ “Artículo 187: 1. El Estado se organiza territorialmente en entidades territoriales autónomas y territorios especiales. 2. Son entidades territoriales autónomas las comunas autónomas, regiones autónomas y autonomías territoriales indígenas. Están dotadas de autonomía política, administrativa y financiera para la realización de sus fines e intereses. Tienen personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio y las potestades y competencias necesarias para gobernarse en atención al interés general de la república, de acuerdo con la Constitución y la ley, teniendo como límites los derechos humanos y de la naturaleza. 3. La creación, modificación, delimitación y supresión de las entidades territoriales deberá considerar criterios objetivos en función de antecedentes históricos, geográficos, sociales, culturales, ecosistémicos y económicos, garantizando la participación popular, democrática y vinculante de sus habitantes. 4. En ningún caso el ejercicio de la autonomía podrá atentar en contra del carácter único e indivisible del Estado de Chile ni permitirá la secesión territorial”.

En breves palabras, se advierte mucho sesgo en la forma en que se concibió el nuevo diseño institucional, por ejemplo, como ya señalamos, hay quienes ven en la inflación solo una teoría conspirativa, al tiempo que se percibe entre los convencionales constituyentes una profunda desconfianza en el futuro legislador y el devenir del país, lo cual, en parte, explica el descomunal tamaño del borrador propuesto, con gran nivel de detalles en las diversas materias que aborda, dejando no solo un mínimo margen de maniobra a las futuras generaciones para amoldar el texto a los cambios de contexto sobrevinientes y a las futuras necesidades que hayan de suscitarse, sino que, además, esta evidente falta de flexibilidad podría obstaculizar la labor primordial y razón de ser del Estado de promover el bien común.

Este es el contexto general en que queda inserto el nuevo Banco Central, en el cual hemos de analizar los principales elementos que conforman un banco central contemporáneo, y cómo estos fueron abordados y reglamentados en el borrador propuesto por la Convención. No pretendemos solo criticar en abstracto el texto propuesto desde una perspectiva puramente jurídica, sino que esperamos, sobre todo a la luz de la experiencia que nos ha aportado en las últimas décadas el buen desempeño de nuestro banco y del conocimiento científico afianzado en la materia, tratar de imaginar cómo se habría comportado el instituto emisor en caso de haberse aprobado el 4 de septiembre de 2022 la propuesta de nueva Constitución.

II. La autonomía

Ya dijimos que la autonomía e independencia del Banco Central fue una gran novedad dentro de la Carta de 1980 transformando a Chile en pionero en esta materia. A esto debemos agregar que hoy es un estándar en el mundo en referencia a la relación del banco con el poder político. Se trata de sustraerlo de los vaivenes de la política, para facilitar el logro de sus objetivos.

El origen de la autonomía de los bancos centrales se relaciona en esencia con la necesidad de tratar de controlar la inflación, esto es, el aumento general y sostenido del nivel de precios, debilitándose así el poder adquisitivo de la moneda de curso legal. Pero la inflación es mala no solo por la subida de los precios, sino porque genera costos ineficientes que, en definitiva, redundan en despilfarro, al tiempo que produce una distribución aleatoria de la riqueza que, en definitiva, produce incertidumbre en los agentes económicos. Es este efecto de aleatoriedad el que genera ruido y molesta a las personas para tomar decisiones, por cuanto no es posible observar una pauta clara en la forma en que circula y se distribuye la riqueza. Y, en consecuencia, baja

la inversión, el gasto se centra más en las necesidades básicas, se pierden los ahorros, se elevan los costos de transacción, etc. En síntesis, la inversión privada es más baja cuando la autoridad del Banco Central es débil, lo que reduce la tasa de crecimiento a largo plazo³². Se produce un desastre.

También es sabido que la inflación es un fenómeno monetario asociado a la cantidad de dinero que existe en circulación, y que tiene su origen tanto en circunstancias relacionadas con el ciclo político como en las expectativas que se van formando los agentes económicos, donde este último aspecto es en verdad, relevante. Nos encontramos aquí frente al problema de la “inconsistencia temporal”, que alude a aquellos casos en que el gobierno cambia de opinión en el tiempo respecto de lo que antes ha declarado, es decir, es inconsistente consigo mismo a través del tiempo. Aquí, lo que el gobierno dice que va a hacer no es creíble de manera anticipada, porque el contexto le impide cumplir la promesa. No es que las circunstancias cambien y por eso no se cumple, sino que la estructura en la que se halla inmerso impide su cumplimiento. Y como lógica consecuencia el gobierno pierde credibilidad³³. Podemos constatar que la política económica se ve limitada, más que por el estado de la naturaleza, por las expectativas que, de manera racional, se forman los agentes³⁴. Por ejemplo, se fijan los precios y salarios dependiendo de la inflación esperada³⁵. Son las expectativas racionales las que al fin y al cabo modelan el comportamiento. Una política monetaria discrecional, esto es, no sujeta a reglas previas, otorga al gobierno incentivos para crear inflación por sorpresa, financiando así el gasto público a través del impuesto inflacionario³⁶.

En el ámbito comparado, se observa una correlación positiva entre el que a los bancos centrales se les fijen objetivos lejos del poder político, como velar por la estabilidad de precios y la concreción del resultado esperado, por ejemplo, el control de la inflación. Pero al contrario de lo que ocurre con esta, no se observa una relación significativa entre un índice legal de independencia y el crecimiento, en especial en los países desarrollados, a menos que se introduzca al estudio el nivel de renta inicial, en cuyo caso la relación se vuelve positiva y significativa, sobre todo, en los países en vías de desarrollo³⁷.

³² CUKIERMAN, *op. cit.*, p. 11.

³³ Por ejemplo, el típico “solo por esta vez”, como las alzas de impuestos “transitorias” que permanecen, o los retiros de fondos de pensiones de las AFP aprobados en Chile en 2020-2021 por la crisis económica derivada de la pandemia de Covid-19, donde el que iba a ser un único retiro en dos años se transformó en tres, y luego se rechazaron otros dos.

³⁴ José Ignacio SÁNCHEZ, “Independencia y credibilidad del Banco Central Europeo”, p. 65.

³⁵ *Op. cit.*, p. 67.

³⁶ *Op. cit.*, p. 66.

³⁷ *Op. cit.*, p. 75.

Por esta razón, los países han ido fortaleciendo la autonomía de los bancos centrales de forma de desligar su quehacer de objetivos políticos a corto plazo³⁸. Advierte Alex Cukierman que la marcada tendencia hacia los bancos centrales autónomos durante la década de 1990 se debe a una combinación de factores mundiales y regionales, destacando entre los primeros, una mayor búsqueda de estabilidad de precios bajo dos criterios: que la inflación y las incertidumbres asociadas retardan el crecimiento y que la globalización, trajo consigo el desmantelamiento gradual de los controles a los flujos de capital y una ampliación de los mercados internacionales. Mientras que entre los factores regionales se afirma que contribuyen a aumentar la independencia, el fracaso de otras instituciones destinadas a salvaguardar la estabilidad nominal, como los acuerdos de Bretton Woods, la positiva experiencia del muy independiente Bundesbank, la aceptación del Tratado de Maastricht por la Comunidad Económica Europea –que obligó a muchos países miembros a perfeccionar la independencia de su Banco Central como condición previa para afiliarse a la unión monetaria (el euro)–, la búsqueda de herramientas para estabilizar la inflación en América Latina que decantó en forma natural en arreglos institucionales como la banca central independiente y la necesidad de los antiguos países socialistas de adoptar marcos institucionales al estilo de la mejor práctica occidental para el correcto funcionamiento de la economía de mercado³⁹.

La principal virtud de los bancos centrales autónomos es que son capaces de manejar las tensiones entre los efectos a corto y largo plazo de la política monetaria y financiera de forma más eficaz que las instituciones políticas, permitiendo construir de mejor manera credibilidad y, como tal, lograr los objetivos inflacionarios con menor volatilidad en la actividad económica y con mayor estabilidad en los mercados financieros. Es la credibilidad en el cumplimiento de los objetivos lo que explica el éxito de los bancos centrales autónomos⁴⁰. Pero también, al exigirse resultados al banco, se fomenta la responsabilidad y la rendición de cuentas.

Para justificar la independencia de los bancos centrales, y evitar así los problemas señalados, se suele recurrir a dos concepciones: la independencia de objetivos y el enfoque contractual. En el primer caso, con la independencia de objetivos, se establece un banco central conservador en lo financiero independiente en lo político. Por “conservador” se significará “averso al riesgo”,

³⁸ Sebastián CLARO y Catalina MARGULIS, “Gobernanza de bancos centrales para los desafíos del siglo XXI”, p. 8, citando a Ana Carolina GARRIGA, “Central Bank Independence in the World: A New Dataset”.

³⁹ CUKIERMAN, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁰ CLARO y MARGULIS, *op. cit.*, p. 41.

de modo que así el banco se empeñará en no crear inflación por sorpresa, evitándose toda actuación gubernamental tendiente a utilizar al banco como fuente de financiamiento, incurriendo en conductas irresponsables que puedan generar brotes inflacionarios. Lo anterior no obsta a que una nula intervención estatal en la economía hoy es inconcebible por razones de eficiencia y equidad, es más, en la actualidad, ya avanzado el siglo XXI, y a partir de la gran crisis económica mundial de 2008, parecen predominar en el mundo políticas monetarias neokeynesianas que aceptan mayores niveles de discrecionalidad. Un ejemplo de ello ocurrió al enfrentar la crisis económica provocada en 2020 por la pandemia de Covid-19. Según la teoría del banquero central conservador averso al riesgo, propuesta por Kenneth Rogoff en 1985⁴¹, el decisor y ejecutor de la política monetaria es excluido del juego político, al ser esta confiada *ex ante* a un órgano técnico independiente, sin posibilidad de ser sustituido *ex post*. La delegación a un instituto emisor sería estéril si el banquero central tuviese la misma función objetiva que el gobierno. A modo de ejemplo, un Banco Central más conservador o independiente acomoda los aumentos de salarios en menor medida que un banco más flexible⁴². La otra forma de proceder es que el banquero esté contratado “contra resultado”, de ahí la denominación de “enfoque contractual”. En este caso, si el banquero central no obtiene el resultado que se le ha asignado como objetivo, será despedido. El enfoque contractual, fundado en los trabajos de Torsten Persson, Guido Tabellini y Carl Walsh, hace uso de la teoría del principal y del agente⁴³ para escapar del sesgo inflacionista. En esta concepción, en lugar de dar independencia de objetivos, se le obliga al banquero a seguir una cierta regla que, actuando como restricción, modifica la política monetaria óptima, eliminando por completo el sesgo inflacionista, y manteniendo intacta la capacidad de reacción contracíclica de la política monetaria. Los anteriores enfoques tienden a favorecer por igual la estabilidad de precios, mientras todo lo demás permanezca igual, esto es *ceteris paribus*, en tanto que, al parecer, es más ambiguo el efecto que estas medidas tienen sobre la estabilización económica⁴⁴.

A pesar de que, como hemos señalado, el banco fue de los primeros en el mundo en ser constitucionalizado en la Carta de 1980 como un órgano

⁴¹ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 68, citando a Kenneth ROGOFF, “The optimal degree of commitment to an intermediate monetary target”.

⁴² CUKIERMAN, “Independencia del...”, *op. cit.*, p. 11.

⁴³ Sobre esta teoría, por todos véase Kathleen M. EISENHARD, “Agency Theory: An Assessment and Review”.

⁴⁴ SÁNCHEZ MACÍAS, “Independencia y...”, *op. cit.*, p. 72, citando a Torsten PERSSON & Guido TABELLINI, “Designing institutions for monetary stability” y Carl E. WALSH, “Optimal contracts for central bankers”.

autónomo y técnico, esta aseveración debe ser leída con cuidado por varias razones. En primer lugar, si bien durante las audiencias que celebró la Comisión Ortúzar con altos funcionarios del Banco Central de la época, estos manifestaron a la Comisión la necesidad de separar las labores del banco de la contingencia política para que la política monetaria sea manejada con criterios técnicos y así evitar los fenómenos inflacionarios que sufrió Chile durante el siglo XX, especialmente significativos durante el gobierno del presidente Salvador Allende producto de altas emisiones de circulante⁴⁵,⁴⁶. Aunque, en los hechos el Banco Central solo fue realmente autónomo, como hemos dicho, una vez dictada su ley orgánica en 1989, siendo este retardo consecuencia de la necesidad del gobierno de la época de adoptar políticas de corte más discrecional para así enfrentar la crisis económica de los años 1982-1984, la que, también incluyó ayudas a la banca. En segundo lugar, también debe considerarse que el camino del Banco Central chileno hacia la autonomía fue largo y no exento de dificultades, sino que, al contrario, estuvo caracterizado por profundas desconfianzas originadas en el contexto de 1989.⁴⁷ La ley orgánica entró en vigencia menos de dos meses antes de celebrarse la elección presidencial en la que resultaría vencedora la entonces coalición opositora al régimen militar, cuyos dirigentes temían que un Banco Central autónomo se transformara en un equipo económico paralelo que aplicara políticas contradictorias a las del gobierno, además de las tradicionales críticas en cuanto a la falta de legitimidad democrática de los órganos autónomos y, en general, por lo inoportuno del momento en el que se materializaría la gran transferencia de poder desde el Ministerio de Hacienda al Banco Central. Incluso, hubo quienes proponían cambiar la ley orgánica apenas asumiera el nuevo gobierno, lo que luego fue descartado, optando las partes por negociar reformas a la ley orgánica, que incluyeron la obligación del consejo de tener presente la orientación general de la política económica del gobierno, la ampliación de facultades del ministro de Hacienda en las sesiones del consejo, el deber del banco de informar al Senado y no solo al presidente de la República, y la eliminación del comité ejecutivo del banco al cual el proyecto original otorgaba funciones muy amplias⁴⁸. En tercer lugar, el Banco Central no tiene independencia de objetivos, sino que estos están bien

⁴⁵ Alejandro SILVA, *Tratado de derecho constitucional*, p. 352 y ss.

⁴⁶ Andrés BIANCHI, "La autonomía del Banco Central de Chile: origen y legitimación", p. 12, señala que desde 1938 nuestro país permanentemente experimentó una inflación de dos dígitos, llegando a un máximo de 508 % en 1973. La inflación en Chile recién bajó y se mantuvo en un solo dígito entre 1994 y 2021.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 17 y ss.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 15.

definidos en la ley orgánica, la estabilidad de precios y el normal funcionamiento de los pagos, así como también están en ella definidas las medidas que puede adoptar en las diversas materias en que tiene competencia⁴⁹.

Por otra parte, y tanto o más importante que los aspectos señalados precedentemente, cabe destacar la importancia del pluralismo como elemento clave para generar las necesarias confianzas en este nuevo banco autónomo que comenzaría a operar en 1989. Así, fruto de la misma negociación que posibilitó la modificación del proyecto de ley orgánica, se pactó que el primer consejo de este órgano autónomo, compuesto de cinco miembros, estuviera conformado por dos consejeros afines al régimen saliente, otros dos de confianza de la oposición, y que el quinto fuese un independiente que contara con la confianza de ambas partes⁵⁰. Y he aquí la contracara del criticado cuoteo, pues no es menos cierto que este controversial fenómeno sirve para generar confianza a las diversas sensibilidades políticas al darles presencia en el seno del consejo, como también se conforma un aliciente a la medida. Lo mismo puede decirse de la renovación del consejo por parcialidades, que en la actualidad es un consejero cada dos años. Creemos que, aunque el cuoteo trae aparejada una connotación negativa, el pluralismo es un aspecto sustantivo mucho más profundo que, por ejemplo, la paridad de género o los escaños reservados indígenas, pues ni los géneros funcionan como un gremio, ni todos quienes se identifican con pueblos originarios comparten las ideas indigenistas.

Así como el pluralismo contribuye a que el Banco Central sea aceptado como órgano independiente, también es muy importante que el banco comunique a los actores económicos lo que está pensando en cada momento frente a las coyunturas que se suscitan. Ya nos hemos referido a que los agentes económicos reaccionan frente a las expectativas que se forman, y para esto resulta esencial que el banco comunique sus opiniones, las medidas que se dispone a adoptar, las perspectivas que vislumbra a futuro, etc. Y lo que es más importante: que las metas se cumplan. Todo lo anterior incide en la indispensable credibilidad de que debe gozar el banco, pues es la búsqueda de credibilidad la que ha llevado a separarlo de la contingencia política. En definitiva, la autonomía no se opone a la legitimidad, y esta se logra en última instancia mediante el cumplimiento de las metas, y no solo con la forma de nombramiento del consejo y rindiendo cuentas.

En fin, la independencia debe ejercerse con firmeza y determinación, esto es entregando señales claras a la población de cara a las contingencias,

⁴⁹ Juan Carlos FERRADA, "La autonomía del Banco Central de Chile: reflexiones acerca de este modelo institucional de gestión de la política monetaria", p. 159 y s.

⁵⁰ BIANCHI, *op. cit.*, p. 16 y s.

manifestando un real compromiso por lograr los objetivos que la ley ha señalado al banco, pero a la vez esta debe ejercerse con mesura, sin generar sobresaltos. En efecto, la forma prudente en que el consejo del Banco Central ejerció sus considerables atribuciones desde 1989, contribuyó a que su independencia fuese siendo aceptada por sectores más amplios y que ella generara la legitimidad que, por su origen en el régimen militar, muchos le habían negado en un comienzo⁵¹.

A grandes rasgos, el artículo 357 del borrador mantiene la autonomía del banco en condiciones similares al artículo 108 de la actual Constitución⁵². Pero por todo lo dicho, en la propuesta encontramos situaciones preocupantes. Veremos más adelante que, tanto el nombramiento de los consejeros⁵³ como la rendición de cuentas del consejo,⁵⁴ son entregados a la competencia de ambas cámaras del Poder Legislativo, el Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones, “en sesión conjunta”. El problema que se avizora, entre otros, es que una de las cámaras, el Congreso de Diputadas y Diputados, justo aquella más fuerte, numerosa y atomizada, mucho más “volátil” que la actual Cámara de Diputados, inmersa en nuestro muy fragmentado sistema de partidos, con muchos más actores de nicho, en una sesión conjunta hará irrelevante a la otra Cámara, la Cámara de las Regiones, que en teoría debiese resultar ideológicamente menos dispersa y que en comparación, es mucho más pequeña, solo un tercio del Congreso de Diputadas y Diputados, con lo cual esta Cámara que podría tener un rol moderador solo representará un cuarto de los votos en una sesión conjunta. En consecuencia, al quedar en la práctica el banco a merced de una sola cámara fuerte y atomizada, sin un efectivo contrapeso, cabe preguntarse, no sin razón, cuán autónomo sería en realidad el nuevo Banco Central. Profundizaremos más adelante sobre este punto. Creemos que esta composición de los órganos legislativos solo generará inestabilidad, haciendo al banco más vulnerable a las contingencias políticas, al tiempo que no elimina, sino que quizá empeora, el ya comentado problema del cuoteo que hoy produce el Senado.

⁵¹ BIANCHI, *op. cit.*, p. 19.

⁵² “Artículo 357: 1. El Banco Central es un órgano autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio, de carácter técnico, encargado de formular y conducir la política monetaria. 2. La ley regulará su organización, atribuciones y sistemas de control, así como la determinación de instancias de coordinación entre el Banco y el Gobierno”.

⁵³ Artículo 362.

⁵⁴ Artículo 361.

III. Los objetivos

En general, los bancos centrales tienen como objetivo mantener una inflación baja y estable. Esto es así, por cuanto se entiende que “algo” de inflación “lubrica la economía”, pues da margen a la autoridad monetaria para que, en caso de ser necesario adopte una política expansiva para aumentar la cantidad de dinero en circulación y estimular el consumo, sea posible bajar la tasa de interés sin que esta llegue a ser cero o a ser negativa (menor que cero)⁵⁵. Contra lo que podría pensarse, la inflación cero es difícil de sostener en la práctica, tanto porque la medición del alza de los precios es un proceso complejo, es más bien una estimación, como, además, porque el nivel de inflación en un momento determinado va desfazado con la realidad por determinarse con días de retraso. Y, por otra parte, como ya señalamos, la inflación cero disminuye el margen de maniobra de la autoridad monetaria para adoptar medidas para superar contingencias⁵⁶. Recordemos que la inflación es mala no porque suban los precios en sí, sino por la incertidumbre que genera, lo cual inhibe la inversión por elevarse los costos de transacción, al tiempo que genera en los actores económicos la sensación de estar ante una distribución aleatoria de la riqueza. Pero, junto a lo anterior, las consecuencias de la inflación antes descritas no ocurren con cualquier inflación considerada en abstracto, sino que se producen cuando la inflación es alta⁵⁷ o cuando fluctúa demasiado. Por tanto, *a contrario sensu*, una inflación “baja” y a la vez “estable” no es mala para la economía, por cuanto lo que esta repudia es la incertidumbre, que ocurre cuando la inflación es alta o por sorpresa. Es la inflación baja y estable la que lubrica la economía⁵⁸.

Para hablar de los objetivos de un Banco Central, debemos recordar que la política monetaria tiene relación con las variaciones del dinero en la economía, mientras que la política fiscal se refiere a las variaciones en gastos e impuestos, donde ambas políticas influyen en la oferta agregada

⁵⁵ La tasa de interés es negativa (menor que cero) cuando el Banco Central paga a los bancos comerciales para que estos concedan créditos a los consumidores. El interés negativo es un instrumento más de política monetaria que en caso de ser necesario debe utilizarse, pero que es perjudicial para la banca cuando se prolonga en el tiempo. Por esta razón hay que evitarlo, al tiempo que “algo” de inflación da margen para que al bajar la tasa de interés esta no pase a ser menor a cero.

⁵⁶ Una buena explicación se halla en Guillermo DE LA DEHESA, *La crisis de la eurozona ¿Una crisis autoinfligida?*

⁵⁷ En general se entiende que una inflación anual mayor al 7 % es una inflación “alta”.

⁵⁸ En las economías desarrolladas se entiende que una inflación es “buena” cuando oscila entre un 2 % y un 4 %.

y en la estabilidad⁵⁹. A los bancos centrales se les suelen fijar objetivos de política monetaria como la estabilidad de precios, mientras que la política fiscal, como el crecimiento, el empleo o el cuidado del ambiente⁶⁰, le corresponde al gobierno. Así lo encontramos, por ejemplo, en el artículo 88 de la Constitución alemana,⁶¹ el artículo 303 de la ecuatoriana⁶² y el artículo 327 de la boliviana⁶³. En otro orden de cosas, sea que se regule o no en el respectivo texto constitucional, se dice que la conclusión más importante, tanto en la literatura teórica como empírica, es que un banco central debe poseer independencia en los instrumentos, pero no en los objetivos⁶⁴.

Según Paul Samuelson, en esta materia se distinguen tres diferentes enfoques en los bancos centrales: primero, bancos con objetivos múltiples, como mantener la estabilidad económica, que incluye metas como conseguir una inflación moderada y estable, un bajo nivel de desempleo, un rápido crecimiento económico, una estrecha coordinación con la política fiscal y un tipo de cambio constante, siendo este el caso de la Reserva Federal estadounidense; segundo, bancos cuya meta explícita es que la inflación se sostenga baja y estable, como es el caso del Banco de Inglaterra y; tercero, bancos que deben trabajar la política monetaria destinada a alcanzar un tipo de cambio objetivo. Este último enfoque, hoy casi no se utiliza⁶⁵. Otra

⁵⁹ Nótese que en esto hay completo acuerdo entre los economistas, sean conservadores como N. Gregory MANKIW, *Principios de economía*, p. 822 o, bien, socialdemócratas como Paul KRUGMAN, Robin WELLS y Kathryn GRADY, *Fundamentos de economía*, p. G-8.

⁶⁰ ¿Cómo puede el Banco Central proteger el ambiente? Se dice que podría hacerlo, por ejemplo, solo comprando bonos de empresas no contaminantes o evaluando la inflación considerando los precios asociados al cambio climático.

⁶¹ Constitución alemana, artículo 88: "La Federación creará un banco monetario y emisor con carácter de Banco Federal. Dentro del marco de la Unión Europea, sus tareas y competencias podrán ser delegadas al Banco Central Europeo, que es independiente y está al servicio del objetivo prioritario de garantizar la estabilidad de los precios".

⁶² Constitución ecuatoriana, artículo 303: "(1) La formulación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera es facultad exclusiva de la Función Ejecutiva y se instrumentará a través del Banco Central. La ley regulará la circulación de la moneda con poder liberatorio en el territorio ecuatoriano. (2) La ejecución de la política crediticia y financiera también se ejercerá a través de la banca pública. (3) El Banco Central es una persona jurídica de derecho público, cuya organización y funcionamiento será establecido por la ley".

⁶³ Constitución boliviana, artículo 327: "El Banco Central de Bolivia es una institución de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. En el marco de la política económica del Estado, es función del Banco Central de Bolivia mantener la estabilidad del poder adquisitivo interno de la moneda, para contribuir al desarrollo económico y social".

⁶⁴ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 78, citando a Stanley FISCHER, "Central-bank independence revisited".

⁶⁵ Paul SAMUELSON y Williams D. NORDHAUS, *Economía. Con aplicaciones a Latinoamérica*, p. 488 y s.

forma de analizar los objetivos de los bancos centrales podría ser fijándonos en la cantidad, naturaleza y eventual orden de prelación de los objetivos que les son asignados, encontrándonos aquí también con al menos tres alternativas: primero, uno o varios objetivos de naturaleza monetaria, como lo ha sido hasta ahora el banco chileno con la estabilidad de precios y el normal funcionamiento de los pagos⁶⁶; segundo, varios objetivos simultáneos de naturaleza monetaria y fiscal, como es el caso de la Reserva Federal estadounidense en cuanto a la inflación, el empleo, el crecimiento y el tipo de interés⁶⁷ y; tercero, un objetivo principal de carácter monetario junto a uno o más objetivos secundarios de carácter fiscal, como señala el artículo 127.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece al Banco Central Europeo como objetivo primario la estabilidad de precios, y solo cumplido este objetivo se procurará alcanzar otros objetivos como la promoción del pleno empleo⁶⁸.

Pero, en todo caso, la comparación tiene sus límites, pues, por ejemplo, a la Reserva Federal se le establece como uno de sus objetivos el empleo, no obstante que Estados Unidos es un país que históricamente no ha tenido graves problemas en ese ámbito. Hay que agregar que, si bien la Reserva Federal tiene como objetivos de igual jerarquía legal la estabilidad de precios y el pleno empleo, la misma institución ha definido el “máximo empleo” como el nivel más alto de empleo o el nivel más bajo de desempleo que puede sostener la economía mientras mantiene un nivel estable de inflación, lo cual lleva a inferir la primacía del objetivo “estabilidad de precios”⁶⁹.

La multiplicidad de metas plantea varios desafíos de relevancia jurídica, en especial, la consagración legal de fines adicionales a la estabilidad de precios, por ejemplo, la necesidad de establecer mecanismos que resuelvan un potencial conflicto entre los distintos propósitos establecidos por la ley, como pudiera ser señalar con explicitud la primacía del objetivo de la estabilidad de precios y otorgarle al Banco Central la autoridad última en este sentido⁷⁰. Parece ser, entonces, que, en los hechos, siempre ha de

⁶⁶ Artículo 3.º de la Ley Orgánica n.º 18840.

⁶⁷ Federal Reserve Act (1913), Section 2A.

⁶⁸ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 127.1: “El objetivo principal del Sistema Europeo de Bancos Centrales, denominado en lo sucesivo ‘SEBC’, será mantener la estabilidad de precios. Sin perjuicio de este objetivo, el SEBC apoyará las políticas económicas generales de la Unión con el fin de contribuir a la realización de los objetivos de la Unión establecidos en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea. El SEBC actuará con arreglo al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, fomentando una eficiente asignación de recursos de conformidad con los principios expuestos en el artículo 119”.

⁶⁹ CLARO y MARGULIS, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 20.

primar un único fin de carácter monetario, la estabilidad de precios, y logrado este podrán atenderse los otros. En definitiva, para que un Banco Central pueda cumplir su mandato principal en forma eficaz y responsable, cualquier otra intención adicional debe quedar subordinada al cumplimiento o realización del primero⁷¹.

Por otro lado, si bien es común que los bancos centrales tengan más de un objetivo, existe consenso en la doctrina especializada en que no deben imponerse aquellos que excedan el ámbito monetario o financiero, como lo sería la promoción de actividades de desarrollo del país o de fomento de ciertos sectores de la economía, alcanzar el pleno empleo, velar por el desarrollo del país o por su diversificación productiva, resultando aquí clave la distinción entre política monetaria y política fiscal⁷². Toda actividad “cuasifiscal” del Banco Central es contradictoria con el propósito de velar por la estabilidad de precios, toda vez que representa una amenaza al control de la inflación, corriéndose, además, el riesgo de desnaturalizar al Banco Central y convertirlo en una agencia del gobierno de turno, con la consiguiente afectación de su autonomía⁷³.

En consecuencia, parece claro que la labor esencial de un Banco Central es velar por la estabilidad de los precios, y en caso de que existan otros motivos, máxime si son de carácter fiscal, estos deben quedar subordinados al objetivo primario. Pero con sorpresa observamos que, en contra de la evidencia teórica y empírica señalada, la propuesta constitucional se aparta de todo lo anterior. En el artículo 358.1 se le fijan al banco los mismos objetivos de política monetaria que hoy le señala la ley orgánica, la estabilidad de precios y el normal funcionamiento de los pagos, pero señalando luego el artículo 358.2 que debe considerar también otros, de política fiscal, como el empleo, el crecimiento y la protección del ambiente, sin señalar orden de prelación alguno, es decir, debe procurar todo a la vez. Y más aún, el mismo artículo 358.2 señala que debe considerar “los principios que señalen la Constitución y la ley”, que son muchos principios, demasiados tal vez, y no todos son compartidos, lo cual como es lógico, puede provocar obstrucciones entre ellos, todos sujetos a responsabilidad⁷⁴.

⁷¹ Véase Juan Pablo ARAYA y Francisca LYON, “Análisis del mandato del Banco Central a la luz de su evolución histórica y la experiencia comparada”.

⁷² CLARO y MARGULIS”, *op. cit.*, p. 21.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ “Artículo 358: 1. Le corresponde en especial al Banco Central, para contribuir al bienestar de la población, velar por la estabilidad de los precios y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos. 2. Para el cumplimiento de su objeto, el Banco Central deberá considerar la estabilidad financiera, la volatilidad cambiaria, la protección del empleo, el cuidado del medioambiente y del patrimonio natural y los principios que señalen

En cuanto a “los principios que señale la Constitución y la ley”, cabe recordar que el artículo 1.º del borrador señala que Chile es plurinacional, intercultural, regional y ecológico⁷⁵. Como no tenemos “historia de la ley”, es muy difícil saber con certeza a qué se refiere con exactitud el texto cuando alude a los diferentes principios, lo cual da pie a serios problemas interpretativos en un tema tan sensible como son las bases institucionales de la república. Sobre la plurinacionalidad, ya señalamos que según el mismísimo Héctor Llaitul “es un invento académico vacío de contenido” y que no es aceptada por todos quienes se reconocen como integrantes de pueblos originarios. Sobre el Estado regional, también ya dijimos que el artículo 7 señala que Chile está conformado por entidades territoriales autónomas en un marco de equidad y solidaridad, y el Estado promoverá la cooperación, la integración armónica y el desarrollo adecuado y justo entre ellas, es decir, en este artículo se señalan más principios de carácter fiscal. Lo mismo sobre el carácter ecológico del Estado de Chile, otro objetivo de política fiscal. Nada de esto encontramos en los textos actualmente vigentes.

Desde otra perspectiva, el artículo 185 de la propuesta señala:

- 2) la potestad tributaria admite la creación de tributos que respondan a fines distintos de la recaudación,
- 3) la ley podrá crear tributos en favor de las organizaciones territoriales que graven hechos con clara identificación territorial y
- 4) que estas asociaciones territoriales podrán establecer tasas y contribuciones en su territorio conforme a una ley marco que establecerá el hecho gravado⁷⁶.

la Constitución y la ley. 3. El Banco, al adoptar sus decisiones, deberá tener presente la orientación general de la política económica del Gobierno”.

⁷⁵ “Artículo 1º: 1. Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico. 2. Se constituye como una república solidaria. Su democracia es inclusiva y paritaria. Reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza. 3. La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo”.

⁷⁶ “Artículo 185: 2. El ejercicio de la potestad tributaria admite la creación de tributos que respondan a fines distintos de la recaudación, debiendo tener en consideración límites tales como la necesidad, la razonabilidad y la transparencia. 3. Los tributos que se recauden, cualquiera sea su naturaleza, ingresarán a las arcas fiscales o a las entidades territoriales según corresponda conforme a la Constitución. Excepcionalmente, la ley podrá crear tributos en favor de las entidades territoriales que graven las actividades o bienes con una clara identificación con los territorios. 4. Las entidades territoriales solo podrán

En principio, esto podría parecer algo sin relevancia para el estudio del nuevo banco, pero no es así. En primera instancia, debemos notar que el borrador cambia profundamente las reglas de la formación de la ley, eliminando tanto los quórum reforzados (los $4/7$, $3/5$, $2/3$), que existen en todo el mundo para frenar locuras de mayorías circunstanciales, y se convierte ahora en la regla generalísima en materia de quórum la mayoría simple en un parlamento dominado por una cámara poderosa y muy atomizada, sin un contrapeso efectivo de la segunda cámara, como también se elimina el control preventivo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional; otro, pues, en definitiva, la Constitución se defiende o no se defiende, no a medias o solo cuando conviene. Considérese, por ejemplo, que no habrá posibilidad de controlar la constitucionalidad de leyes dictadas para producir efectos solo en un momento específico, por ejemplo, los retiros de las AFP o, bien, si no se respetan las reglas de formación de la ley (quórum, plazos, etc.), pues en ambos casos el control *a posteriori* ya no resultará aplicable. Hay un total desprecio a los “frenos y contrapesos” propios del constitucionalismo moderno.

Sumado a lo anterior, el artículo 220 del borrador permite que las regiones autónomas creen empresas (letra e), tasas y contribuciones (letra s)⁷⁷, mientras que el artículo 247 señala como fuentes de ingresos de las regiones impuestos, contribuciones, tasas, entre otros⁷⁸, el artículo 249 establece fondos de compensaciones entre regiones⁷⁹ y el artículo 250 permite a

establecer tasas y contribuciones dentro de su territorio conforme a una ley marco que establecerá el hecho gravado”.

⁷⁷ “Artículo 220: Son competencias de la región autónoma: e) La creación de empresas públicas regionales por parte de los órganos de la región autónoma competentes, conforme a los procedimientos regulados en la ley. s) Establecer contribuciones y tasas dentro de su territorio previa autorización por ley”.

⁷⁸ “Artículo 247: Las entidades territoriales tendrán las siguientes fuentes de ingresos: a) Los recursos asignados por la Ley de Presupuestos. b) Los impuestos en favor de la entidad territorial. c) La distribución de los impuestos establecida en la Ley de Presupuestos. d) Las tasas y contribuciones. e) La distribución de los fondos solidarios. f) La transferencia fiscal interterritorial. g) La administración y aprovechamiento de su patrimonio. h) Las donaciones, las herencias y los legados que reciban conforme a la ley. i) Otras que determinen la Constitución y la ley”.

⁷⁹ “Artículo 249: 1. La Administración y las entidades territoriales deben contribuir a la corrección de las desigualdades que existan entre ellas. 2. La ley establecerá fondos de compensación para las entidades territoriales con una menor capacidad fiscal. El órgano competente, sobre la base de criterios objetivos, sugerirá al legislador los recursos que deberán ser integrados a estos fondos. 3. La ley establecerá un fondo de contingencia y estabilización macroeconómica para garantizar los recursos de las entidades territoriales ante fluctuaciones de ingresos ordinarios. 4. En virtud de la solidaridad interterritorial, la Administración central deberá realizar transferencias directas incondicionales a las entidades territoriales que cuenten con ingresos fiscales inferiores a la mitad del promedio ponderado de

los gobiernos regionales y locales emitir deuda en conformidad a la ley⁸⁰. Estas normas provocarán que la política fiscal se vaya desmembrando por el territorio nacional, donde cada región potencialmente tendrá economías funcionando a velocidades distintas, haciéndolas vulnerables a crisis asimétricas, que son aquellas que solo afectan a algunas regiones del país y a otras no, pero que en teoría son susceptibles de combatirse recurriendo a determinadas medidas de política fiscal por el gobierno nacional. El problema es que, como el borrador permite el desmembramiento de la política fiscal, se vuelve muy difícil la necesaria coordinación entre los diversos entes autónomos para enfrentar este tipo de crisis. Y a lo anterior hay que agregar que el borrador le asigna al banco, objetivos propios de política fiscal como el crecimiento, el empleo y la protección del ambiente, todos difíciles de coordinar por el instituto emisor dado el robusto diseño que la propuesta da a la región autónoma.

Con este diseño, Chile no será un “área monetaria óptima”, que es aquella en que coinciden territorialmente la política monetaria y la política fiscal, lo que permite que ante una crisis asimétrica se pueda recurrir a la política fiscal con medidas keynesianas. Este es el problema que, por cierto, a otra escala, padece la Unión Europea, en que la política monetaria es común, pero la política fiscal es competencia de cada uno de los miembros de la Unión, haciendo esto a la eurozona un área monetaria vulnerable a sus propias diferencias internas. Por esta razón, por ser Estados Unidos un área monetaria óptima y la Unión Europea no, la Reserva Federal estadounidense es más poderosa que el Banco Central Europeo y, por consiguiente, el dólar es más influyente que el euro. Con viento de cola, cuando las cosas andan bien, no hay nada que temer, pero cuando llegan los problemas, entonces sí que se notan los defectos de diseño.

Por mucho que el artículo 1.2 del borrador declare el carácter solidario de la república, como también el artículo 188 señala la solidaridad entre las

estas. 5. Las regiones y comunas autónomas que cuenten con ingresos por sobre el promedio ponderado de ingresos fiscales transferirán recursos a aquellas equivalentes con ingresos bajo el promedio. El órgano competente sugerirá una fórmula al legislador para realizar tales transferencias”.

⁸⁰ “Artículo 250: Los gobiernos regionales y locales podrán emitir deuda en conformidad con lo que disponga la ley, general o especial, la que establecerá al menos las siguientes regulaciones: a) La prohibición de destinar los fondos recaudados mediante emisión de deuda o empréstitos al financiamiento de gasto corriente. b) Los mecanismos que garanticen que la deuda sea íntegra y debidamente servida por el deudor. c) La prohibición del establecimiento de garantías o cauciones del fisco. d) El establecimiento de límites máximos de endeudamiento como porcentaje del presupuesto anual del gobierno regional y municipal respectivo y la obligación de mantener una clasificación de riesgo actualizada. e) Restricciones en períodos electorales. f) Estos recursos no podrán ser destinados a remuneraciones ni a gasto corriente”.

regiones⁸¹, es imposible asegurar que no habrá tensiones políticas entre los gobiernos regionales para cumplir las compensaciones interregionales que el mismo borrador prescribe. Basta recordar los dramas que sufre el quebrado sistema autonómico español para materializar las compensaciones entre las Comunidades Autónomas, en que las dificultades para concretar las compensaciones responden más a intereses políticos que a problemas jurídicos. Tal vez habrían sido preferibles los “impuestos nacionales cedidos”, que en parte financian las Comunidades Autónomas españolas, que consisten en que porcentajes de impuestos como el IVA y de la renta generados en regiones se quedan en la respectiva región, pero la administración de los impuestos sigue siendo nacional⁸², en vez de permitir la creación de nuevos impuestos regionales o de ambiguos impuestos con fines distintos a la recaudación como lo hace el borrador.

En este contexto, ¿qué puede hacer el Banco Central para armonizar una política fiscal desmembrada? Y a mayor abundamiento, el artículo 358.3 señala que el banco, al adoptar sus decisiones, deberá tener presente la orientación general de la política económica del gobierno, norma que, si bien hoy existe en el artículo 6 de la ley orgánica, el que ahora vaya a tener rango constitucional incorpora más presión a las decisiones de este órgano en teoría independiente, autónomo y técnico.

IV. Los instrumentos

En este apartado nos vamos a referir a las atribuciones que el borrador le asigna al nuevo Banco Central, a las herramientas de que dispone para cumplir su cometido, así como al conjunto de conductas que le son prohibidas en el desempeño de sus labores. Se regula, en definitiva, qué es lo que

⁸¹ “Artículo 188: 1. Las entidades territoriales se coordinan y asocian en relaciones de solidaridad, cooperación, reciprocidad y apoyo mutuo, evitando la duplicidad de funciones, conforme a los mecanismos que establezca la ley. 2. Dos o más entidades territoriales, con o sin continuidad territorial, podrán suscribir convenios y constituir asociaciones territoriales con la finalidad de lograr objetivos comunes, promover la cohesión social, mejorar la prestación de los servicios públicos, incrementar la eficiencia y eficacia en el ejercicio de sus competencias y potenciar el desarrollo social, cultural, económico sostenible y equilibrado. 3. La Administración central promoverá y apoyará la cooperación y asociatividad con las entidades territoriales y entre ellas. 4. La ley establecerá las bases generales para la creación y el funcionamiento de estas asociaciones, en concordancia con la normativa regional respectiva. 5. Las asociaciones de entidades territoriales, en ningún caso, alterarán la organización territorial del Estado”.

⁸² Enrique ÁLVAREZ, Alfonso GARCÍA-MONCÓ y Rosario TUR, *Derecho autonómico*, p. 430.

puede y no puede hacer. Lo primero que llama la atención es que tratan estos temas son tratados en dos artículos de características muy diferentes entre sí. Por una parte, se refiere a las atribuciones y menciona algunas herramientas de que puede disponer para cumplir su cometido el artículo 359 del borrador, que, a grandes rasgos, eleva a rango constitucional el actual inciso 2 del artículo 3º de la ley orgánica⁸³, es decir, se trata de normativa que no existe en la Carta de 1980. Y, por otra parte, el artículo 360 del borrador señala las prohibiciones que recaen sobre su actuar, reproduciendo gran parte del artículo 109 de la Constitución vigente⁸⁴.

Ya hemos dicho que la conclusión más importante tanto en la literatura teórica como empírica es que un Banco Central debe poseer independencia en los instrumentos o medidas de política monetaria que haya de adoptar, mas no en los objetivos. Dentro de las medidas se suele distinguir entre las medias convencionales y las no convencionales, donde las convencionales son aquellas que podríamos considerar estándar o de uso ordinario, por ejemplo, modificar el encaje bancario, lo que permite crear dinero de la nada (*ex nihilo*) por el efecto multiplicador, efectuar operaciones de mercado abierto, en cuyo caso actuará en la economía como un inversor más, las clásicas operaciones de redescuento, modificar la tasa de interés, otorgar facilidades para la contratación de ciertos créditos, especialmente buscando fomentar buenas prácticas, y todo lo anterior sumado a las indispensables acciones de transparencia y comunicación en que exterioriza lo que piensa a los agentes económicos. Por el contrario, hay ciertas medidas convencionales de gran utilización en el pasado, mas no en la actualidad, por ser sus efectos demasiado agresivos con la población, por ejemplo, aumentar la emisión de circulante o modificar el tipo de cambio. Por su parte, son medidas no convencionales aquellos mecanismos de intervención no habituales a los que los Bancos Centrales recurren por ser más potentes cuando las medidas convencionales no producen los efectos deseados, en especial cuando las tasas de interés están demasiado bajas y aun así no logran esti-

⁸³ “Artículo 359: Son atribuciones del Banco Central la regulación de la cantidad de dinero y de crédito en circulación, la ejecución de operaciones de crédito y cambios internacionales, y la potestad para dictar normas en materia monetaria, crediticia, financiera y de cambios internacionales, y las demás que establezca la ley”.

⁸⁴ “Artículo 360: 1. El Banco Central solo podrá efectuar operaciones con instituciones financieras, sean estas públicas o privadas. De ninguna manera podrá otorgarles su garantía ni adquirir documentos emitidos por el Estado, sus órganos o empresas. 2. Ningún gasto público o préstamo podrá financiarse con créditos directos e indirectos del Banco Central. 3. Sin perjuicio de lo anterior, en situaciones excepcionales y transitorias en las que así lo requiera la preservación del normal funcionamiento de los pagos internos y externos, el Banco Central podrá comprar durante un período determinado y vender en el mercado secundario abierto, instrumentos de deuda emitidos por el fisco, en conformidad con la ley”.

mular la actividad económica, por ejemplo, modificar el vencimiento de ciertos instrumentos, la compra de títulos de deuda pública de largo plazo cuando las operaciones de mercado abierto son insuficientes o la fijación de tasas de interés negativas.

Ante esta importante batería de medidas con las que cuenta el Banco Central para llevar adelante su cometido, resulta un valor indispensable la prudencia en el actuar, pero, al mismo tiempo, es necesario que el banco, como autoridad monetaria, actúe con determinación, para así ser capaz de inspirar confianza a los diversos agentes económicos, que, como hemos señalado, toman decisiones de acuerdo con las expectativas que se forman, y, por esta razón, son importantes las señales que el banco les envíe. La buena gobernanza requiere de un equilibrio entre la eficiencia en el proceso de toma de decisiones y la eficacia de la decisión⁸⁵. Y en esta materia, nuestro banco sí ha sido capaz de demostrar desde 1989 prudencia y, a la vez, determinación, lo cual se manifiesta en el acierto de haber ligado muy temprano, la política monetaria a metas preanunciadas de inflación y de haber adoptado y mantenido con perseverancia un enfoque gradualista de estabilización⁸⁶. Del mismo modo, fue perfeccionando en forma continua el diseño y la implementación de la política de metas de inflación, en especial a partir de 1999, año en que se abandonó la banda cambiaria reptante vigente desde 1984, dentro de la que se había permitido que oscilara el tipo de cambio, el cual pasó a fluctuar libremente, es el llamado “tipo de cambio flotante”, medida con la cual nuestro banco trabaja como los bancos centrales más importantes del mundo, convirtiendo la inflación en su única meta formal y explícita, eliminando con ello una posible fuente de inconsistencias de política originada en la tentativa de alcanzar al mismo tiempo dos objetivos con potencial conflictividad entre sí^{87, 88}. Desde otro punto de vista, la política de metas de inflación implicó establecer un objetivo fácil de comunicar y entender, y respecto del cual se podía evaluar la efectividad de la política estabilizadora del banco, donde, el repetido cumplimiento de las metas hizo que estas fuesen un eficaz mecanismo orientador de las expectativas de los agentes económicos⁸⁹.

A pesar de todo lo señalado, cabe hacer presente que nuestro banco no tiene una absoluta libertad de instrumentos, pues la ley orgánica, en el

⁸⁵ CLARO y MARGULIS, *op. cit.*, p. 18.

⁸⁶ BIANCHI, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Es sabido que no se puede sostener una política monetaria sujeta al mismo tiempo a dos anclajes nominales: o se tiene como objetivo metas de inflación o un tipo de cambio fijo. Pero pretender lograr ambos al mismo tiempo, es tan imposible como lo es pretender soplar y sorber a la vez.

⁸⁹ BIANCHI, *op. cit.*, p. 21.

artículo 27 y siguientes, señala con detalle cuáles son las acciones que puede llevar a cabo el banco en las diversas materias de su competencia. Nos llama de igual manera, la atención que el artículo 360.3 de la propuesta recoge la ya mencionada reforma de 2020 al artículo 109 de la Constitución en el sentido de que, excepcionalmente y solo para normalizar pagos, no para financiar deuda pública, el banco podrá comprar de forma transitoria en el mercado secundario abierto, instrumentos de deuda emitidos por el fisco. El problema de esta facultad es que en otras latitudes se ha prestado para fraudes a la ley, pues es un hecho que abre la posibilidad a que un Banco Central, ya de por sí poderoso, vea aumentada su capacidad de discrecionalidad, sin perjuicio de que la ley orgánica señala que esta compra de instrumentos será siempre provisional y por un breve tiempo, y que debe ser acordada por al menos cuatro de los cinco consejeros, es decir, decide el consejo por quórum reforzado (no el gobierno). Con todo, se ha observado en otras latitudes que a través de acuerdos de coordinación es posible “inventar” un mercado secundario, donde el Estado emite un día deuda pública con los bancos comerciales, y al día siguiente esta es comprada a los bancos comerciales por el Banco Central, con lo cual claramente se está burlando el espíritu de la norma. Nada impide que esto pueda ocurrir aquí.

Si bien en lo sustantivo en esta materia el borrador casi no innova respecto de lo hasta hoy vigente en la ley, nos surgen interrogantes en torno al por qué se decidió llevar a la Constitución un tema que la doctrina en general parece ser en su mayoría partidaria de dejar a la prudencia del Banco Central. Es más, hay quienes se preguntan si acaso es en verdad conveniente o no que sea la ley la que establezca dentro de los poderes del Banco Central, cuáles son las transacciones y activos autorizados⁹⁰. Esto cobra especial relevancia al considerar que nuestro banco ha funcionado bien. Y, por otra parte, corresponde interrogarse sobre la contracara de este problema: ¿hasta dónde es prudente que llegue el poder de discrecionalidad que se le otorga al banco? En principio, nos parece que la respuesta debe buscarse en los principios generales del derecho público, por ejemplo, la servicialidad, la legalidad y la responsabilidad. En todo caso, de todas formas, creemos que esta materia no debió haberse introducido al borrador.

V. El gobierno corporativo y la responsabilidad

Esta materia es una novedad del borrador por cuanto, como ya hemos dicho, la normativa correspondiente al gobierno corporativo del Banco Central

⁹⁰ CLARO y MARGULIS, *op. cit.*, p. 36.

no se encuentra en la Carta de 1980, sino que está en la ley orgánica, y la explicación de ello es que esta materia, si bien estaba contemplada en el proyecto de Constitución elaborado por la Comisión Ortúzar, esta fue extraída del texto en la posterior revisión efectuada por la Junta de Gobierno, para dejarla radicada en la ley orgánica, que, como sabemos, se dictó varios años después, en 1989⁹¹.

Trata esta materia el artículo 362⁹², del que ya señalamos que establece para el nuevo Banco Central un consejo directivo compuesto de siete consejeros, de los cuales cuatro deberán forzosamente ser mujeres, en vez de procurar que quienes sean designados consejeros deban ser siempre las personas más competentes, sin otro tipo de distinción. Cabe sumar a esto, el inexplicable aumento de consejeros que no puede fundamentarse en un mal funcionamiento, más aún, considerando que otros órganos constitucionales autónomos no sufrieron cambios equivalentes. Creemos que esta normativa sobre paridad es enredarse demasiado en la forma, a lo cual debe sumarse que se trata de un principio que no es transversalmente aceptado, y que, por tanto, se presta para generar odiosidad. Por el contrario, según lo que ya hemos dicho, nos parece más importante, por ejemplo, velar por que en el consejo se refleje el pluralismo político. En cuanto a la duración del mandato de los consejeros, señala la norma que será de diez años sin reelección, y se renovarán por parcialidades en conformidad a la ley, con lo cual, si bien se mantiene la importante característica de que los consejeros tengan un mandato de mayor duración que el periodo presidencial y parlamentario (ambos de cuatro años en el borrador), con el fin de garantizar la independencia del banco respecto del ciclo político, innova la norma en cuanto a que en la actualidad, la ley orgánica sí permite las reelecciones.

⁹¹ Juan Pablo ARAYA y Francisca LYON, "Acusación constitucional y su aplicación para la remoción de autoridades de bancos centrales: análisis nacional y comparado", p. 54 y s.

⁹² "Artículo 362: 1. La dirección y administración superior del Banco Central estará a cargo de un consejo, al que le corresponderá cumplir las funciones y ejercer las atribuciones que señalen la Constitución y la ley. 2. El Consejo estará integrado por siete consejeras y consejeros designados por la Presidenta o el Presidente de la República, con el acuerdo del Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones en sesión conjunta, por la mayoría de sus integrantes en ejercicio. 3. Durarán en el cargo un período de diez años, no serán reelegibles, y se renovarán por parcialidades en conformidad con la ley. 4. Las consejeras y los consejeros del Banco Central deben ser profesionales de comprobada idoneidad y trayectoria en materias relacionadas con las competencias de la institución. La ley determinará sus requisitos, responsabilidades, inhabilidades e incompatibilidades. 5. La presidenta o el presidente del Consejo, que lo será también del Banco Central, será designado por la Presidenta o el Presidente de la República de entre quienes integren el Consejo, y durará cinco años en este cargo o el tiempo menor que le reste como consejero, pudiendo ser reelegido para un nuevo período".

El artículo 364 incorpora una interesante novedad, señalando que no podrán ser consejeros quienes en los doce meses anteriores a su designación hayan participado en la propiedad o ejercido como director, gerente o ejecutivo principal de una empresa bancaria, administradora de fondos o cualquiera otra que preste servicios de intermediación financiera, sin perjuicio de las demás inhabilidades que establezca la ley, en tanto que quienes cesen en su cargo de consejero tendrán la misma inhabilidad por un periodo de doce meses⁹³.

Si bien se critica que el Banco Central “está cuoteado”, la realidad es que este fenómeno no es exclusivo del banco, sino que, también, afecta a otros entes colegiados como el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Por consiguiente, este no es un problema “del banco”, como se suele afirmar, sin embargo, el nuevo diseño institucional que propone el borrador no corrige el problema. El artículo 362 señala que los consejeros serán nombrados por el Presidente de la República con acuerdo de ambos órganos legislativos en sesión conjunta. Como ya señalamos, en el diseño institucional propuesto por el borrador nos encontramos frente a un verdadero congreso “unicameral”, ya que la Cámara de las Regiones no es en realidad una “segunda cámara”, pues esta tiene asignada una competencia acotada solo a algunos temas específicos, por tanto, la regla general es que deba actuar una sola cámara, que, con un sistema tan fraccionado de partidos como el nuestro, es la peor de las configuraciones posibles para un sistema político. Valga como ejemplo de esta mala configuración el caso de Perú, que entre 2016 y lo que va de 2023 ha tenido seis presidentes⁹⁴. Y para mayor complicación aún, el Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones no son en verdad dos ramas de un único órgano legislativo, sino que son dos órganos legislativos separados que van a competir, o sea, con este diseño, sumado a que el borrador complejizó demasiado las reglas de formación de la ley, creemos que habrá de ocurrir un conflicto donde no lo había. Otro punto a considerar es que con el nuevo diseño que propone el borrador es muy probable que el nuevo Congreso de Diputadas y Diputados será una cámara más “volátil” que la

⁹³ “Artículo 364: 1. No podrán integrar el Consejo quienes en los doce meses anteriores a su designación hayan participado en la propiedad o ejercido como director, gerente o ejecutivo principal de una empresa bancaria, administradora de fondos, o cualquiera otra que preste servicios de intermediación financiera, sin perjuicio de las demás inhabilidades que establezca la ley. 2. Una vez que cesen en su cargo, quienes hayan integrado el Consejo tendrán la misma inhabilidad por un periodo de doce meses”.

⁹⁴ Nos referimos a Pedro Pablo Kuczynski en 2016-2018, Martín Vizcarra en 2018-2020, Manuel Merino en 2020, Francisco Sagasti en 2020-2021, Pedro Castillo en 2021-2022 y Dina Boluarte desde 2022 y actualmente en funciones.

actual Cámara de Diputados, con muchos más actores de nicho, mientras que ante ella habrá una cámara de las regiones comparativamente mucho más pequeña, y que en las hipótesis de sesión conjunta, como es el caso del nombramiento de consejeros y de rendición de cuentas del banco, esta cámara, que debiese aportar la moderación, será irrelevante. Creemos que esta composición de los órganos legislativos generará inestabilidad haciendo al banco más vulnerable a las contingencias políticas, y no elimina, sino que quizá empeora, el cuoteo que hoy produce el Senado. En cuanto al presidente del Banco Central, no hay cambios con la normativa actual, será designado por el Presidente de la República por el término de cinco años o el tiempo menor que le reste como consejero, pudiendo ser reelegido para un nuevo periodo, disposición que corresponde al actual inciso 2 del artículo 8.º de la ley orgánica.

En cuanto a la destitución de los consejeros, observamos cambios importantes, pues hasta hoy el artículo 15 de la ley orgánica contempla la remoción de consejeros por haberse cometido ilícitos, en cuyo caso el consejero que intervino o votó en acuerdos que incidan en operaciones de crédito, inversiones u otros negocios en que él, su cónyuge o parientes hasta el 3^{er} grado de consanguinidad o 2.º de afinidad tengan un interés patrimonial, o en que ha realizado conductas que impliquen un abuso de su calidad de tal para obtener para sí o terceros beneficios directos o indirectos, puede ser acusado por el Presidente de la República, el presidente del banco o dos consejeros ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en tanto que los artículos 16 y 17 de la misma ley consideran dos hipótesis de remoción por “falta de confianza”, en el primer caso el presidente del banco puede ser destituido, con acuerdo del Senado, por el Presidente de la República a petición de al menos tres consejeros, por incumplir políticas adoptadas o normas impartidas por el consejo. En tanto, en el segundo caso el presidente de la República puede remover a uno o a todos los consejeros, previo acuerdo del Senado, basado en la circunstancia de que el consejero afectado ha votado a favor de acuerdos del banco que impliquen un grave y manifiesto incumplimiento de su objeto, siendo dicho acuerdo la principal y directa causa de un daño significativo a la economía del país.

En la propuesta, el artículo 363 señala que la destitución corresponde al pleno de la Corte Suprema a petición de la mayoría del consejo del banco, o del presidente de la República, o de la mayoría de cualquiera de los dos órganos legislativos⁹⁵. En comparación a esto último, hoy solo even-

⁹⁵“Artículo 363: I. Quienes integren el Consejo podrán ser destituidos de sus cargos por resolución de la mayoría de los integrantes del pleno de la Corte Suprema, previo requerimiento de la mayoría de quienes ejerzan como consejeros, de la presidencia de

tualmente interviene el Senado, una cámara pequeña y con menos dispersión ideológica, que debiera, por tanto, actuar con moderación. El requerimiento procederá “por concurrir a decisiones que afecten gravemente la consecución del objeto del Banco”. Se mantiene en la propuesta la improcedencia de la acusación constitucional contra los consejeros del banco, siendo esta improcedencia la regla general en el mundo⁹⁶. La objetividad de la causal de remoción resulta de tal relevancia, que en aquellos casos en que la ley contempla causales de remoción que sean “políticas”, como sería una acusación constitucional o juicio político, existen autores que han estimado que la autonomía del Banco Central es simplemente inexistente⁹⁷. Si bien se valora que el carácter autónomo del banco no admita responsabilidad política, lo cual no lo releva de dar estricto cumplimiento a los principios de legalidad, transparencia y rendición de cuentas, nos parece poco específica la causal de destitución en cuanto a qué significa que una decisión afecte “gravemente” la consecución del objeto del banco, peor aun considerando la multiplicidad y diversa naturaleza de los objetivos que se le encomiendan. Y, por otro lado, cabe preguntarse si es cierto que los parlamentarios estén en condiciones de juzgar el mérito de las decisiones adoptadas en una materia tan técnica. Recordemos, además, que el artículo 257 rebaja la edad para ser parlamentario hasta los dieciocho años,⁹⁸ en tanto el artículo 160.1 hace el voto voluntario para los mayores de dieciséis años⁹⁹.

la República o por la mayoría de diputadas y diputados o de representantes regionales en ejercicio, conforme al procedimiento que establezca la ley. 2. La remoción solo podrá fundarse en que el consejero haya realizado actos graves en contra de la probidad pública, o haya incurrido en alguna de las prohibiciones o incompatibilidades establecidas en la Constitución o la ley, o haya concurrido con su voto a decisiones que afecten gravemente la consecución del objeto del Banco Central. 3. La persona destituida no podrá ser designada nuevamente como consejera, ni ser funcionaria del Banco Central o prestarle servicios, sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley”.

⁹⁶ Véase ARAYA y LYON, “Acusación constitucional...”, *op. cit.*

⁹⁷ CLARO y MARGULIS, *op. cit.*, p. 30, citando a Jasmine FOUAD, E. Fayed MONA & A. Emam HEBE TALLA, “A New Insight into the Measurement of Central Bank Independence”.

⁹⁸ “Artículo 257: 1. Para que una persona sea elegida diputada, diputado o representante regional debe ser ciudadana con derecho a sufragio, haber cumplido dieciocho años de edad al día de la elección y tener residencia en el territorio correspondiente durante un plazo no inferior a dos años en el caso de las diputadas o los diputados y de cuatro años en el caso de representantes regionales, contados hacia atrás desde el día de la elección. 2. Se entenderá que tienen su residencia en el territorio correspondiente mientras ejerzan su cargo”.

⁹⁹ “Artículo 160.1: El sufragio es universal, igualitario, libre, directo, personal y secreto. Es obligatorio para quienes hayan cumplido dieciocho años y voluntario para las personas de dieciséis y diecisiete años y para las chilenas y los chilenos que vivan en el extranjero. Su ejercicio constituye un derecho y un deber cívico”.

Nos parece negativa la injerencia del Congreso de Diputadas y Diputados en el nuevo diseño del Banco Central, dada la combinación de mayor volatilidad de esta cámara con la multiplicidad de objetivos que se le asignan al banco. No se debe mirar lo anterior como impedir el control “del pueblo” sobre los órganos autónomos, pues los órganos legislativos no son reflejo “a todo evento” del pueblo. El pueblo habla en las elecciones, mas no por las cámaras, pues los representantes del pueblo reciben su confianza para desempeñar el cargo, y no instrucciones, por lo que la “voluntad general” es una ficción que se construye y, en consecuencia, jamás habrá total correlación entre la mayoría ciudadana y las mayorías parlamentarias, por existir múltiples elementos distorsionadores como: los sistemas electorales, las cuotas, coyunturas, dinámicas de grupo, intereses de los propios parlamentarios, etc. Nótese que los parlamentarios tienen incentivos propios desde el momento mismo en que resultan electos, distintos y muchas veces incompatibles con los de sus electores, y que no solo tienen que ver con la expectativa de ser reelegidos, sino que, también, se vinculan con las relaciones que cada uno entable con su partido o con las bancadas. Por consiguiente, la “prudencia” no es cuidarse “del pueblo”, sino de las conductas y dinámicas de grupo que se dan en las cámaras. Es mucho más probable que las cámaras adopten, en la coyuntura, una decisión perjudicial para el pueblo, a que un órgano autónomo se equivoque en la adopción de una decisión técnica¹⁰⁰. En este sentido, los quórums reforzados no solo buscan lograr “acuerdos amplios”, como suele afirmarse, sino, también, contrarrestar las señaladas distorsiones.

VI. La transparencia y la rendición de cuentas

Trataremos otra materia que es incorporada a la propuesta de nueva Constitución, si bien la regulación que hoy existe es tan robusta como para considerar que nuestro Banco Central cuenta con un alto estándar en lo que a transparencia y rendición de cuentas se refiere¹⁰¹. Tras haber analizado en el apartado anterior la cara más política de la relación que existe entre esta entidad y la autoridad democráticamente establecida, en especial el nombramiento y destitución de sus consejeros; ahora nos detendremos en

¹⁰⁰ El mejor ejemplo de esto son los retiros de las AFP en 2020-2021, que fue una decisión política adoptada por las cámaras con resultados nefastos, incluyendo la inflación, y no una decisión técnica adoptada por un órgano autónomo.

¹⁰¹ Sebastián SOTO, “Banco Central y Congreso Nacional: una mirada desde los mecanismos de rendición de cuentas”, p. 84 y s. y ARAYA y LYON, *op. cit.*, p. 64 y ss.

la responsabilidad que recae sobre el banco en su funcionamiento más cotidiano y su relación con la ciudadanía. Pese a la parquedad de la normativa constitucional actual en lo que a este se refiere, esta materia está regulada con detalle, tanto en la ley orgánica como en otros cuerpos normativos aplicables, como la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado n.º 18575, cuyo artículo 1.º señala de modo expreso que el Banco Central forma parte de la Administración del Estado, y sin perjuicio de la aplicación del principio general de transparencia señalado en el artículo 8.º de la actual Constitución.

El fundamento de la transparencia y la rendición de cuentas de dicha institución se encuentra en la constatación de que una sociedad democrática solo podrá aceptar la delegación amplia de la política monetaria a funcionarios que no han pasado la prueba de las urnas si estos rinden cuentas en forma periódica, a los representantes democráticamente elegidos y a la ciudadanía¹⁰². Por mucho que haya quienes, buscando una efectiva autonomía, aspiren a que el Banco Central sea aislado lo más posible de todo contacto con el Congreso Nacional y sus integrantes, esto no es posible en un país que aspira a que sus instituciones estén insertas en una democracia sólida y moderna¹⁰³. La opinión de consenso es que la transparencia es deseable no solo porque aumenta la transparencia del Banco Central, sino, también, porque le proporciona un mejor control de las expectativas del público, lo que, por lo general, mejora la eficacia de la política monetaria y, en muchos casos, el bienestar¹⁰⁴. La transparencia y la rendición de cuentas comparten en gran medida el mismo objeto, aunque la rendición de cuentas se refiere a una obligación política, mientras que la transparencia se configura como un requisito económico, como un ingrediente necesario para la ejecución de la política monetaria, sin perjuicio de que también representa un papel importante en el ámbito político por cuanto facilita información que puede resultar imprescindible para evaluar correctamente el grado de cumplimiento de los objetivos, y, en definitiva, para aprobar o no la gestión realizada¹⁰⁵.

Se dice que la credibilidad representa el activo más importante para lograrlos al menor costo posible y se construye no solo sobre la base de su actuar, sino, también, de la solidez de su sistema de gobernanza¹⁰⁶. Como las crisis financieras dejan tal nivel de daño económico, se eleva la tempe-

¹⁰² SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 76.

¹⁰³ SOTO, *op. cit.*, p. 79 y s.

¹⁰⁴ CUKIERMAN, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 78.

¹⁰⁶ CLARO y MARGULIS, *op. cit.*, p. 9, citando a Charles GOODHART & Rosa LASTRA, “Populism and Central Bank Independence”.

ratura pública respecto de las responsabilidades institucionales, así como de las ayudas entregadas, y la naturaleza de las intervenciones monetarias realizadas durante estos episodios aumenta las exigencias de rendición de cuentas por el uso de dichas herramientas¹⁰⁷. El marco jurídico que da credibilidad a los bancos centrales modernos está orientado a conseguir un equilibrio entre la eficacia en el actuar del banco y un sistema adecuado de frenos y contrapesos, donde este equilibrio es del todo relevante al considerar que la autonomía de ciertas instituciones genera una tensión con otros órganos políticos de la democracia representativa, toda vez que estos últimos entregan a un ente autónomo facultades para ejercer tareas que en estricto rigor, no le son propias¹⁰⁸. Según Susanne Lohmann, la transparencia reduce la incertidumbre acerca de las preferencias del banco y puede lograrse mediante la publicación de información relevante, como actas de las reuniones, informes motivados acerca de las actuaciones, etc. Como consecuencia, si esta entidad se vuelve más transparente, disminuyen la región esperada de independencia, la inflación esperada y la política estabilizadora se vuelve menos activa. Por todo esto, la rendición de cuentas a través del aumento de la transparencia es más atractiva para aquellos países que tengan un problema serio de credibilidad¹⁰⁹. Los mecanismos mediante los que se articula esa rendición de cuentas son variados, algunos son de carácter informal, como la colaboración institucional, pero otros pueden tener un carácter reglado, como la emisión periódica y obligatoria de informes, comparecencia ante las comisiones parlamentarias correspondientes, publicación de las decisiones adoptadas con la motivación correspondiente y, finalmente, debe existir algún mecanismo que permita al representante político aprobar o no la rendición de cuentas¹¹⁰.

Como hemos dicho, hoy en Chile la manera en que el Banco Central rinde cuentas incluye un amplio abanico de instancias e instrumentos que lo hacen un órgano autónomo, pero que entrega con regularidad mucha información a las autoridades y a la opinión pública. En primer lugar, ya señalamos que el banco rinde cuentas al presidente de la República y al Senado. Según el artículo 4.º de la ley orgánica, tiene entre sus funciones el asesorar al mandatario. Además, los artículos 78 a 80 de la misma ley señalan que el consejo debe presentar antes del 30 de abril de cada año al ministro de Hacienda y al Senado, una memoria sobre las actividades del

¹⁰⁷ CLARO y MARGULIS, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁹ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 77, citando a Susanne LOHMANN, "Optimal commitment in monetary policy: credibility versus flexibility".

¹¹⁰ *Op. cit.*, p. 77.

año anterior informando sobre la realización de las políticas y programas desarrollados en dicho periodo, que incluirá sus estados financieros con sus respectivas notas y la opinión de los auditores externos, como también debe presentar al ministro de Hacienda y al Senado antes del 30 de septiembre de cada año una evaluación de las políticas y programas del año en curso, y un informe sobre los propuestos para el próximo año calendario. Resulta aquí de gran importancia la publicidad de las audiencias y debates que tengan lugar en el Senado con ocasión de estas rendiciones de cuentas¹¹¹. Los requisitos y condiciones generales, al mostrar los estados financieros del banco, según el artículo 75 de la ley, son fijados por el consejo, pero previo informe favorable de la CMF¹¹² y, sumado a lo anterior, dichos estados financieros deben contar con la opinión de auditores externos designados por el consejo de entre los que figuren en un listado elaborado por la misma CMF. Ya señalamos que al banco se le aplica la Ley n.º 20285 sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública. También cabe destacar la política de comunicación y transparencia institucional adoptada por el consejo, como complemento de las exigencias legales¹¹³, que incluye medidas como la publicación en forma trimestral desde el año 2000 del Informe de Política Monetaria que entrega y detalla la evolución de la inflación, del Informe de Estabilidad Financiera en forma semestral desde 2004, que informa sucesos que influyen en la estabilidad financiera, por ejemplo, el endeudamiento y el desempeño de los mercados y de las minutas de las reuniones de política monetaria que ocurren ocho veces al año desde 2018, donde cuatro de estas reuniones ocurren el día hábil previo a la entrega del Informe de Política Monetaria. El artículo 69 y siguientes de la ley orgánica regulan el reclamo de ilegalidad contra resoluciones adoptadas por el banco, que puede interponer cualquier persona ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

El artículo 19 de la ley orgánica entrega importantes atribuciones al ministro de Hacienda, quien puede asistir a las sesiones del consejo solo con derecho a voz, y en ellas puede proponer acuerdos por escrito o verbalmente o, incluso, suspender la aplicación de acuerdos por un plazo no superior a quince días a menos que la unanimidad del consejo se oponga a ello. Esto es en el marco de la exigencia de coordinación que la ley señala entre el gobierno y el Banco Central. Pero, en todo caso, la coordinación no debe ser confundida con subordinación, pues mientras la primera permite

¹¹¹ SOTO, *op. cit.*, p. 89 y ss.

¹¹² Esto es así, aunque la norma aún menciona a la antigua Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, antecesora de la CMF.

¹¹³ ARAYA y LYON, *op. cit.*, p. 66.

compartir información y diagnósticos, pero manteniendo la responsabilidad de la toma de decisiones en las instituciones específicas, fomentando el proceso de transparencia y rendición de cuentas de instituciones públicas, la segunda diluye las responsabilidades y daña la autonomía¹¹⁴. La existencia de mecanismos que permiten rectificar la política monetaria, como dictar instrucciones, o la capacidad de aprobar, suspender o anular decisiones del banco, puede facilitar el control democrático, pero tiene el costo de introducir discrecionalidad¹¹⁵. Esta coordinación es más difícil en la Unión Europea que en Chile, pues allí la política monetaria la gestiona el Banco Central Europeo desde Frankfurt, es decir, las decisiones que afectan al ciudadano de un Estado miembro se toman en el extranjero. Lo anterior, como consecuencia de que la Unión Europea funciona sobre la base de la cesión de soberanía que en su favor han hecho los Estados miembros en ciertas materias, como es en este caso la gestión de la política monetaria, con lo cual en la práctica se produce el efecto de diluirse la responsabilidad de las decisiones de cara a los ciudadanos. Por consiguiente, no se debe caer en la tentación de llegar y traer a Chile críticas que son propias de otras latitudes, pues la diferencia de contexto en el cual operan las normas hace que dichas críticas sean pertinentes respecto de instituciones extranjeras, pero que no correspondan a nuestra realidad. Por señalar otra diferencia, así como hemos dicho que nuestro Banco Central publica las minutas de las reuniones de política monetaria, el Banco Central Europeo no publica las actas de sus reuniones, sino un resumen en tiempo real de los argumentos esgrimidos en ellas, arguyendo que con esta medida no se busca ocultar información, sino que se pretende mostrar que funciona como un órgano colegiado que decide en beneficio de la Unión, y no como un conjunto de individuos que defienden sus intereses particulares o de determinados Estados miembros.

En lo que al borrador se refiere, llama la atención la importancia que la Convención atribuyó a esta materia, lo cual se refleja en que la palabra ‘transparencia’ aparece veinticuatro veces en el texto y cinco veces la expresión ‘rendición de cuentas’. El artículo 361 señala la obligación del banco de rendir cuentas periódicamente a ambos órganos legislativos¹¹⁶, el Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones, en

¹¹⁴ CLARO y MARGULIS, *op. cit.*, p. 38.

¹¹⁵ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 78.

¹¹⁶ “Artículo 361: El Banco Central rendirá cuenta periódica al Congreso de Diputadas y Diputados y a la Cámara de las Regiones en sesión conjunta, sobre la ejecución de las políticas a su cargo, las medidas y normas generales que adopte en el ejercicio de sus funciones y atribuciones y los demás asuntos que se le soliciten, mediante informes u otros mecanismos que determine la ley”.

contraste a la situación actual en que solo debe hacerlo ante el Senado, sin perjuicio de que, como el banco no es parte del gobierno, pero sí de la Administración del Estado, se ha entendido que no procede sobre él el control por parte de la Cámara de Diputados, pero sí esta puede solicitarle informes en la medida que esto no implique fiscalización¹¹⁷. Aquí reiteramos lo dicho en cuanto a la inconveniencia de que una cámara tan fuerte y atomizada intervenga en el funcionamiento de un órgano autónomo como el Banco Central. Cabe agregar que el artículo 357.2 señala expresamente que la ley deberá determinar instancias de coordinación entre el banco y el gobierno¹¹⁸, lo que, en virtud de lo ya señalado, no agrega nada nuevo al funcionamiento del banco, solo contribuye a engrosar el texto de la propuesta. En todo caso, se valora la preocupación por que el banco manifieste de forma abierta qué es lo que está pensando en un momento determinado, pues es esta apertura un importante elemento de su funcionamiento que contribuye a generar confianza en los agentes económicos y, en definitiva, a la legitimación del Banco Central como órgano constitucional autónomo.

Conclusiones

El Banco Central de Chile es tal vez nuestro órgano constitucional autónomo mejor evaluado, tanto en Chile como en el extranjero, lo cual es resultado de un impecable desempeño en los últimos treinta años, producto de una feliz combinación de pluralismo, responsabilidad técnica, responsabilidad política y transparencia, demostrando ser capaz de actuar a la vez con firmeza, pero con mesura. Y también durante el trabajo de la Convención Constitucional, al parecer no hubo mayores dudas en cuanto a la importancia de su carácter autónomo y técnico.

Se dice que “al equipo que funciona bien no se le hacen cambios” y, sin embargo, el rechazado borrador constitucional sí realizó al banco importantes modificaciones, que, a la luz del desempeño que este ha tenido y del conocimiento científicamente afianzado en materia de política monetaria, no todas se avienen con el carácter técnico y autónomo de un Banco Central moderno y que funciona bien, como también muchas de las ideas introducidas a la propuesta constitucional no son compartidas por la mayoría del pueblo chileno.

¹¹⁷ SOTO, *op. cit.*, p. 99 y ss.

¹¹⁸ “Artículo 357.2: La ley regulará su organización, atribuciones y sistemas de control, así como la determinación de instancias de coordinación entre el Banco y el Gobierno”.

La legitimidad democrática del banco es mucho más que el nombramiento, la destitución y la rendición de cuentas de sus directivos. Es fundamental el cumplimiento de las metas para así formar credibilidad, y para esto es indispensable que el banco tenga libertad para actuar a tiempo y con decisión ante contingencias sobrevinientes. En definitiva, la legitimidad la da el que la ciudadanía “sienta” que los órganos autónomos cumplen su cometido.

Creemos que, al menos en lo referente al Banco Central, en caso de haberse aprobado la propuesta de nueva Constitución, se habría producido un importante retroceso en el desempeño de esta importantísima institución, a la que tanto le costó formar su prestigio.

Bibliografía

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, Alfonso GARCÍA-MONCÓ y Rosario TUR AUSINA, *Derecho autonómico*, Madrid, Editorial Tecnos, 2013.
- ARAYA MARCO, Juan Pablo y Francisca LYON PORTALES, “Acusación constitucional y su aplicación para la remoción de autoridades de bancos centrales: análisis nacional y comparado”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 43, Santiago, 2021.
- ARAYA MARCO, Juan Pablo y Francisca LYON PORTALES, “Análisis del mandato del Banco Central a la luz de su evolución histórica y la experiencia comparada”, en *Revista de Derecho Económico*, vol. 78, n.º 2, Santiago, 2021.
- BIANCHI LARRE, Andrés, “La autonomía del Banco Central de Chile: origen y legitimación”, en *Economía Chilena*, vol. 12, n.º 3, Santiago, 2009.
- CLARO, Sebastián y Catalina MARGULIS, “Gobernanza de bancos centrales para los desafíos del siglo XXI”, en *Estudios Públicos*, n.º 167, Santiago, 2022.
- CUKIERMAN, Alex, “Independencia del Banco Central e instituciones responsables de la política monetaria: pasado, presente y futuro”, en *Economía Chilena*, vol. 9, n.º 1, Santiago, 2006.
- DE LA DEHESA, Guillermo, *La crisis de la eurozona ¿Una crisis autoinfligida?*, Madrid, Alianza Editorial, S.A., 2018.
- EISENHARD, Kathleen M., “Agency Theory: An Assessment and Review”, en *Academy of Management Review*, 1989, vol. 14, No. 1.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “La autonomía del Banco Central de Chile: reflexiones acerca de este modelo institucional de gestión de la política monetaria”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, n.º 1, Santiago, 2003.
- FISCHER, Stanley, “Central-bank independence revisited”, in *American Economic Review*, vol. 85, No. 2, 1995
- FOUAD, Jasmine, E. Fayed MONA, Emam HEBA TALLA, “A New Insight into the Measurement of Central Bank Independence”, in *Journal of Central Banking Theory and Practice*, vol. 8, No. 1, 2019.

- GARRIGA, Ana Carolina., “Central Bank Independence in the World: A New Dataset”, in *Inter-national Interactions*, vol. 42, issue 5, 2016.
- GOODHART, Charles & Rosa LASTRA, “Populism and Central Bank Independence”, in *Open Economies Review*, vol. 29, 2018.
- KRUGMAN, Paul, Robin WELLS y Kathryn GRADDY, *Fundamentos de economía*, 3ª ed., Barcelona, Editorial Reverté S.A., 2017.
- LOHMANN, Susanne, “Optimal commitment in monetary policy: credibility versus flexibility”, en *American Economic Review*, vol. 82, No. 1, 1992.
- MANKIW, N. Gregory, *Principios de economía*, 7ª ed., México D.F., Cengage Learning Editores, S.A. de C.V., 2017.
- PERSSON, TORSTEN & Guido TABELLINI, “Designing institutions for monetary stability”, en *Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy*, vol. 39, 1993.
- REYES, Felipe, “ ‘No habrá tregua’: CAM responde a historiador que pidió alto el fuego para no favorecer al Rechazo”. Disponible en www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2022/08/08/no-habra-tregua-cam-responde-a-historiador-que-pidio-alto-el-fuego-para-no-favorecer-al-rechazo.shtml [fecha de consulta: 11 de agosto de 2022].
- ROGOFF, Kenneth, “The optimal degree of commitment to an intermediate monetary target”, in *Quarterly Journal of Economics*, vol. 100, No. 4, 1985.
- SALGADO, Daniela, “CEP: 70% de mapuches está en contra de fijar ‘estado independiente’ y 59% rechaza uso de la fuerza”. Disponible en www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2022/08/03/cep-70-de-mapuche-esta-en-contrade-fijar-estado-independiente-y-53-rechaza-uso-de-la-fuerza.shtml [fecha de consulta: 3 de agosto de 2022].
- SAMUELSON, Paul y Williams D. NORDHAUS, *Economía. Con aplicaciones a Latinoamérica*, 19ª ed., México D.F., McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V., 2010.
- SÁNCHEZ MACÍAS, José Ignacio, “Independencia y credibilidad del Banco Central Europeo”, en Pilar GARCÍA MARTÍNEZ (coord.), *Nuevos tiempos para la vieja economía europea*, Valladolid, Lex Nova, 2002.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, vol. IX.
- SOTO, Sebastián, “Banco Central y Congreso Nacional: una mirada desde los mecanismos de rendición de cuentas”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 73, Santiago, 2010.
- WALSH, Carl E., “Optimal contracts for central bankers”, in *American Economic Review*, vol. 85, No. 1, 1995.

NORMAS

- Constitución de Alemania, 1949.
- Constitución de Bolivia, 2009.
- Constitución de Chile, 1980.

- Constitución de Colombia, 1991.
 Constitución de Ecuador, 2008.
 Constitución de España, 1978.
 Constitución de Francia, 1958.
 Constitución de Perú, 1993.
 Constitución de República Checa, 1993.
 Federal Reserve Act (1913).
 Ley n.º 18575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
 Ley n.º 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central.
 Ley n.º 20285 de Transparencia en la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.
 Propuesta de nueva Constitución de Chile, 2022.
 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (última versión dada por el Tratado de Lisboa de 2007).

Siglas y abreviaturas

AFP	Administradoras de Fondos de Pensiones
CAM	Coordinadora Arauco Malleco
CEP	Centro de Estudios Públicos
CMF	Comisión para el Mercado Financiero
coord.	coordinadora
Covid-19	“corona”, “virus” y disease (enfermedad en inglés), mientras que 19 representa el año en que surgió
D.F.	Distrito Federal
ed.	edición
etc.	etcétera
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
IVA	Impuesto al Valor Agregado
n.º a veces Nº	número
No.	number
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatis</i> (obra citada).
p.	página
pp.	páginas
s.	siguiente
S.A.	Sociedad anónima

ss. siguientes
vol. volumen
www World Wide Web

HACIA UNA CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 151 DEL ESTATUTO ADMINISTRATIVO

TOWARDS A CORRECT INTERPRETATION OF ARTICLE 151 OF THE ADMINISTRATIVE STATUTE

*Agustín Silva Schultz**

Resumen

Analizaremos la interpretación que la Corte Suprema le da al artículo 151 del Estatuto Administrativo, sobre la declaración de vacancia de un empleo público por salud incompatible, tras examinar las sentencias dictadas por ella sobre la materia durante el año 2022. Luego, estudiamos detenidamente una interpretación alternativa, que estimamos es la correcta y detallamos los defectos que, a nuestro juicio, tiene el criterio que actualmente aplica.

Palabras clave: salud incompatible, salud irrecuperable, Estatuto Administrativo, facultad discrecional.

Abstract

We analyze the interpretation the Supreme Court gives to Article 151 of the Administrative Statute, on the declaration of vacancy of a public job due to health incompatibility, after examining the sentences handed down by it on the matter during the year 2022. Then, we analyze an alternative interpretation, which we deem to be the correct one; and we detail the defects that, in our opinion, have the currently applied criteria.

Keywords: Health incompatibility, unrecoverable health, Administrative Statute, discretionary power.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Profesor de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: agsilvas@udd.cl

Artículo enviado el 3 de diciembre de 2022 y aceptado para su publicación el 10 de marzo de 2023.

Introducción

A propósito del fraude de licencias médicas que se conoció a fines de diciembre del año 2022, resulta de interés analizar un criterio que está aplicando la CS, en un asunto específico de derecho administrativo relacionado con aquellas. Se trata de casos que consisten, típicamente, en los siguientes hechos. Un funcionario público¹, hace uso de licencias médicas en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable por parte de la COMPIN, en los términos del artículo 151 del Estatuto Administrativo². En ese supuesto, el jefe del servicio procede a declarar la vacancia en el cargo a través de un acto administrativo, debido a las reiteradas ausencias, en el ejercicio de la potestad que le confiere el mencionado artículo 151. Enseguida, el empleado público afectado impugna tal acto administrativo a través de un recurso de protección, interpuesto en contra del respectivo órgano de la Administración, aduciendo que es ilegal y arbitrario, por falta de fundamentación, y que le vulnera ciertas garantías constitucionales (por regla general, se invoca el artículo 19 números 1, 2, 16 y 24 de la Carta Política).

La Tercera Sala de la CS acoge, en la gran mayoría de los casos³, estos recursos de protección, declarando que el acto administrativo impugnado es ilegal, y que, en consecuencia, se debe proceder al pago de ciertas remuneraciones o, bien, que se debe reintegrar al funcionario en su cargo, dependiendo de lo que se haya solicitado en el arbitrio.

Estimamos que el razonamiento de nuestro máximo tribunal es erróneo, y que, en cambio, debe aplicarse otra interpretación, que consideramos es la más lógica, correcta y adecuada. A continuación, detallaremos cada una de las posturas, explicaremos las falencias que tiene el criterio que está adoptando la CS en la actualidad, añadiendo una pequeña propuesta de modificación legal, para redondear con las conclusiones.

¹ Sea de la Administración centralizada o descentralizada, y sea de planta o a contrata.

² En rigor, del decreto con fuerza de Ley n.º 29, del Ministerio de Hacienda, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n.º 18834, sobre Estatuto Administrativo.

³ Para no abundar, señalaremos tan solo las tres causas consultadas donde la Corte se apartó del criterio predominante: causas roles 44027-2022, 80031-2021 y 68671-2022. En todas las demás causas del máximo tribunal indicadas en la bibliografía, esto es, en las otras quince, aplicó la interpretación que cuestionamos en el presente artículo.

I. Interpretación de la Corte Suprema: la declaración de recuperabilidad debe estar asociada a una declaración de incompatibilidad

En primer lugar, indicaremos cuáles son las normas que se aplican. El título VI del Estatuto Administrativo (artículo 146 y ss.), regula la cesación de funciones. El artículo 146 dispone, en lo que nos interesa: “El funcionario cesará en el cargo por las siguientes causales: c) Declaración de vacancia”. Luego, el artículo 150 establece, en lo pertinente: “La declaración de vacancia procederá por las siguientes causales: a) Salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo”.

El artículo 151 inciso 1.º del mismo cuerpo legal, dispone:

“El Jefe superior del servicio podrá considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable”.

El inciso 3.º condiciona el ejercicio de esa potestad en los siguientes términos:

“El jefe superior del servicio, para ejercer la facultad señalada en el inciso primero, deberá requerir previamente a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez la evaluación del funcionario respecto a la condición de irrecuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo”.

Pues bien, expuestas las principales normas aplicables, a nuestro juicio, podemos examinar el errado razonamiento de la CS al resolver estas contiendas. Analizaremos una de sus sentencias donde se lee sus fundamentos. Tomamos a modo ejemplar la sentencia dictada en causa rol 32.606-2022, con fecha 18 de octubre de 2022, caratulada: Gutiérrez/Muñoz⁴. De los dieciocho fallos de la CS consultados, que son todos los encontrados el año 2022 sobre esta materia, quince de ellos aplicaron el criterio que estimamos incorrecto, para lo cual o ella confirma la sentencia apelada por sus

⁴ Acordada con el voto en contra del ministro Jean Pierre Matus, quien estuvo por confirmar la sentencia impugnada y, en definitiva, rechazar la acción de protección intentada. Se trata de uno de los últimos fallos en que, por mayoría, la Tercera Sala fundamenta su decisión, acogiendo el recurso de protección interpuesto (en lugar de tan solo confirmar la sentencia de alzada). Los más recientes, esto es, los de diciembre de 2022, aquella sala desestimó los recursos, debido a la inusitada integración de la Tercera Sala cuando tuvo que resolverlos. De los ministros titulares, solo Jean Pierre Matus aplica la interpretación que nosotros estimamos adecuada (al menos en cuanto al resultado de esta).

propios fundamentos o, bien, revoca, exponiendo su razonamiento, que en todos lo expone con idéntica redacción.

Comienza indicando que la Ley n.º 21050, en su artículo 63, agregó el recién citado inciso 3.º⁵. Luego, dice que el artículo 64 de esa ley, agregó un inciso tercero al artículo 148 de la Ley n.º 18883 que aprueba el Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, norma que dispone:

“El alcalde, para ejercer la facultad señalada en el inciso primero, deberá requerir previamente a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez la evaluación del funcionario respecto a la condición de irrecuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo”.

Es de notar que la facultad a la que hace alusión tiene una redacción igual a la del inciso primero del artículo 151, solo que en lugar de referirse al jefe superior del servicio, se refiere al alcalde⁶.

Después, hace mención al artículo 72 bis, de la Ley n.º 19070:

“resulta de interés considerar lo dispuesto en el artículo 72 bis, de la Ley N° 19.070, que contiene el Estatuto Docente, norma que fue introducida por la Ley N° 21.093, publicada el 23 de mayo de 2018”⁷,

que contiene una redacción parecida a la del artículo 151 del Estatuto Administrativo, pero referido, concretamente, a los profesionales que forman parte de una dotación docente.

En esta relación de normas, termina citando el artículo 48 letra g) de la Ley n.º 19378, que dispone:

“Los funcionarios de una dotación municipal de salud dejarán de pertenecer a ella solamente por las siguientes causales: h) g) Salud irre recuperable, o incompatible con el desempeño de su cargo, en conformidad a lo dispuesto en la ley N° 18.883”⁸.

Enseguida, expresa que, entre esos cuerpos legales, es decir, entre las leyes n.º 18834, n.º 18883, n.º 19070 y n.º 19378 existe la debida correspondencia y armonía, “en lo que atañe al procedimiento y a las causales de cesación en el cargo”⁹.

Luego, cita uno de los objetivos del proyecto de ley iniciado por mensaje presidencial, que se convirtió en la ley n.º 21050, cual es:

⁵ CORTE SUPREMA (2022), rol 32606-2022, considerando 3.º.

⁶ De alguna manera, los jefes de servicio y los alcaldes cuentan con cierta similitud jerárquica: los primeros dirigen un servicio público; los segundos, una municipalidad.

⁷ CORTE SUPREMA (2022), rol 32606-2022, considerando 4.º.

⁸ CORTE SUPREMA (2022), rol 32606-2022, considerando 4.º.

⁹ CORTE SUPREMA(2022), rol 32606-2022, considerando 5.º.

“contribuir al fortalecimiento de la función pública, mejorando las condiciones de empleo y comprometiéndose con un Estado al servicio de los ciudadanos y del interés general del país”¹⁰.

Prosigue diciendo:

“antes de la Ley N° 21.050, uno de los reproches a la legislación vigente a esa fecha radicaba en que la calificación de la salud del funcionario, como irrecuperable o incompatible para el cargo, era realizada por el jefe superior del Servicio, esto es, una persona no experta en salud ocupacional”¹¹.

Así, la incompatibilidad en el desempeño del cargo es evaluada ahora por un organismo técnico, la COMPIN respectiva, no el jefe del servicio, quien puede no ser un funcionario de la salud. Puntualiza la Corte que esa fue la intención del legislador de la época¹².

En este contexto, entiende nuestro máximo Tribunal que: “de declararse que la salud (del funcionario) es recuperable, no es posible aplicar la causal del artículo 151, del Estatuto Administrativo”¹³, aduciendo que el informe previo de la COMPIN es obligatorio para el jefe del servicio, porque se trata de un “órgano administrativo competente afelecto”¹⁴. Agrega que esa:

“es la única interpretación que, por un lado, materializa la intención del legislador y, por otro, permite dar sentido a la dictación de la Ley N° 21.050, puesto que –de otra forma– aun cuando el organismo técnico hubiere emitido un pronunciamiento, se permitiría que la autoridad administrativa no especializada resolviera en contrario, dejando desprovisto de todo fundamento el establecimiento de un informe obligatorio en relación a la irrecuperabilidad de la salud del funcionario”¹⁵.

Añade que la legislación no contempla una oportunidad procesal para que el funcionario afectado pueda defenderse: “por lo que la autoridad debe ser especialmente diligente en la fundamentación del ejercicio de una potestad discrecional”¹⁶.

El resultado del razonamiento de la Corte:

“es que la sola declaración de recuperabilidad de la salud sin evaluación de la compatibilidad con el cargo, determina la interdicción del ejercicio

¹⁰ CORTE SUPREMA (2022), rol 32606-2022, considerando 6.º.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Op. cit.*, considerando 7.º.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Op. cit.*, considerando 8.º.

¹⁶ *Op. cit.*, considerando 10.º.

de la facultad concedida al Jefe de Servicio para declarar la vacancia del cargo”¹⁷.

Esto es, al jefe de servicio le está prohibido declarar la vacancia, si la COMPIN no evalúa la compatibilidad con el cargo, puesto que la “incompatibilidad con las labores debe fundarse en antecedentes técnicos”¹⁸.

En síntesis: la Corte hace, primero, una relación de disposiciones administrativas similares contenidas en estatutos administrativos; segundo, señala cuál era el objetivo del legislador de la época, en relación con las leyes n.º 21050 y 21093; tercero, dice que el informe previo de la COMPIN es obligatorio para la autoridad y cuarto, que la declaración de recuperabilidad debe estar asociada a una declaración de incompatibilidad.

*II. Interpretación alternativa:
no debe mediar declaración de irrecuperabilidad.
La salud incompatible es un supuesto distinto
al de salud irrecuperable*

Primero, debemos recordar que el artículo 150 establece: “La declaración de vacancia procederá por las siguientes causales: a) Salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo”. De la redacción, se ve claramente que ‘irrecuperable’ es distinto a ‘incompatible’. La primera significa, según el *Diccionario de la lengua española*: “que no se puede recuperar”, en tanto que la segunda: “no compatible con alguien o algo”. Entonces, la ley regula dos supuestos distintos: el de salud irrecuperable y el de incompatible.

La declaración de salud irrecuperable tiene una regulación en los artículos 112, 152 y 16.º transitorio del Estatuto Administrativo.

En este orden de ideas, el mencionado artículo 112 dispone:

“la declaración de irrecuperabilidad de los funcionarios afiliados a una Administradora de Fondos de Pensiones será resuelta por la Comisión Médica competente”.

Por su parte, el inciso 1.º del artículo 152 dispone que, si se declara “irrecuperable la salud de un funcionario, éste debe retirarse de la Administración del Estado dentro del plazo de seis meses”; si no lo hace, procederá la declaración de vacancia del cargo. Enseguida, el inciso 2.º del mismo artículo

¹⁷ CORTE SUPREMA (2022), rol 32606-2022, considerando 10.º

¹⁸ *Ibid.*

refiere que durante ese lapso, el funcionario no estará obligado a trabajar y gozará de todas las remuneraciones correspondientes a su empleo.

Finalmente, el artículo 16.º transitorio de la Ley n.º 18834 reitera lo establecido en los artículos 112 y 152 citados.

Todas las reglas expuestas solo hablan de salud “irrecuperable”, sin mezclar esta expresión con salud “incompatible” con el desempeño del cargo. En resumen, el efecto de declararse la salud de un funcionario como irrecuperable, se traduce en que este debe retirarse de la Administración dentro de un plazo de seis meses; y que transcurrido ese plazo sin que se retire, procede la vacancia del cargo.

Ahora bien, el Estatuto Administrativo, en su artículo 151, regula el otro supuesto: el de la salud incompatible. Esta regla establece una facultad discrecional para el jefe del servicio. Puede declarar un cargo vacante por salud incompatible cuando se den determinados supuestos:

1. Un funcionario hace uso de licencias médicas por un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses.
2. Tal uso ocurrió en los últimos dos años.
3. No existe una declaración de salud irrecuperable por parte de la COMPIN (o dicho al revés, la salud del funcionario es recuperable).

Hasta aquí, podemos afirmar, desde ya, que el artículo 151 no regula el supuesto de la salud irrecuperable, sino solo el de la salud incompatible. En efecto, el ministro Jean Pierre Matus entiende de forma correcta el panorama: razona que en efecto son dos supuestos distintos, con diferente tratamiento¹⁹.

No está de más recordar que el acto administrativo que declara la vacancia en el cargo por salud incompatible (supuesto que suele ser impugnado a través de un recurso de protección), debe cumplir, como es lógico, con todos sus requisitos o elementos. Según el Contralor General de la República, Jorge Bermúdez Soto, los elementos objetivos consisten en la competencia, esto es: “el órgano administrativo tenga atribuida por la ley la competencia para actuar”²⁰ y en el contenido, que tiene relación con la decisión del acto propiamente tal²¹. El segundo, se conoce como elemento causal o motivos.

“Este elemento tiene dos vertientes. La primera de carácter objetivo, en cuanto se trata de analizar el porqué del acto administrativo. El segundo es su exteriorización, conocida como motivación”²².

¹⁹ CORTE SUPREMA (2022), rol 32606-2022, considerando 3.º del voto minoritario.

²⁰ Jorge BERMÚDEZ, *Derecho administrativo general*, p. 147.

²¹ *Ibid.*

²² *Op. cit.*, p. 149.

Debe, también, concurrir el elemento teleológico o finalista, que tiene relación con el fin para que el cual se dicta el acto²³ y, en fin, es necesario que exista el elemento formal²⁴. En un sentido similar los desarrolla la autora Julia Poblete Vinaixa: propone que el acto administrativo cuenta con elementos subjetivos, esto es: que sea emanado de un órgano de la Administración y que obre dentro de la esfera de su competencia²⁵; elementos objetivos, dentro de los cuales encontramos: el motivo²⁶, el objeto y el fin²⁷ y, por último, detalla el elemento formal²⁸.

Ahora bien, en cuanto a la modificación legal introducida por la Ley n.º 21050, que agregó el ya citado inciso 3.º al artículo 151, refuerza lo que establece su inciso 1.º: para que se declare vacante el cargo por salud incompatible con el desempeño de las funciones, es necesario que no sea irrecuperable, porque, como ya explicamos, si lo es, se aplican otras reglas.

Sobre el punto, la jurisprudencia administrativa de la CGR recoge la interpretación que se viene desarrollando. En el dictamen n.º 8178/2017, dicho organismo entiende:

“tal como se ha manifestado en los dictámenes N.ºs 25.444, de 2013 y 72.774, de 2015, de este origen, *la facultad de declarar la salud incompatible con el desempeño del cargo, se encuentra limitada, únicamente, por el hecho que haya mediado una declaración de salud irrecuperable*”.

Es decir, la facultad de declarar la salud incompatible tiene un límite: que se haya declarado la salud irrecuperable del funcionario²⁹.

A mayor abundamiento, la CGR no cambió su criterio con la entrada en vigencia de la Ley n.º 21050. Así, en el dictamen n.º 17351/2018 dice:

“[...] los incisos incorporados por los artículos 63 y 64 de la ley N.º 21.050 han instituido desde la fecha de publicación de ese texto normativo -es decir, el 7 de diciembre de 2017-, una nueva exigencia para ejercer la facultad de declarar la salud incompatible de un funcionario, esto es, solicitar previamente a la COMPIN respectiva que se pronuncie acerca de la irrecuperabilidad de la salud del empleado.

[...] en el evento que la COMPIN estime que la salud del funcionario es recuperable, la autoridad se encuentra facultada para declarar su

²³ BERMÚDEZ, *op. cit.*, p. 150.

²⁴ *Op. cit.*, p. 151.

²⁵ Julia POBLETE, *Actos y contratos administrativos*, p. 12.

²⁶ *Op. cit.*, p. 14.

²⁷ *Op. cit.*, p. 15.

²⁸ *Op. cit.*, p. 16.

²⁹ La CGR entiende así la norma, también, en el dictamen n.º 14871/2017.

incompatibilidad con el desempeño del cargo, y resolver la vacancia de éste por esa causal. En la situación opuesta, esto es, si la COMPIN informa que la salud es irrecuperable, no resulta procedente declarar la referida incompatibilidad”.

En los dictámenes n.º 30943/2018, 2743/2020 y 2747/2020, se puede apreciar que la CGR aplica el criterio recién expuesto y, hasta la fecha, no lo ha cambiado.

En cuanto a la jurisprudencia judicial, la Corte de Apelaciones de Concepción, en causa rol protección 11823-2019, aplicó la interpretación expuesta³⁰, citando el mencionado dictamen n.º 17351/2018 de la CGR. Su considerando noveno indica:

“Que, en consecuencia, siendo el procedimiento al que ha acudido la parte recurrida Dirección de Administración de Educación y la Municipalidad de Hualpén, la vía adecuada prevista por la ley para declarar la vacancia de un cargo por salud incompatible con su desempeño, una vez producidas las circunstancias de hecho requeridas por la Ley N° 19.070, no se divisa arbitrariedad o ilegalidad en el actuar de la expresada recurrida, de modo que la acción constitucional de protección interpuesta por el actor, deberá ser desestimada.

No escapa al criterio de esta Corte, que una serie de Dictámenes de la Contraloría General de la República han establecido que la autoridad de un servicio tiene la facultad exclusiva para calificar la procedencia de declarar vacante un cargo por salud incompatible con su desempeño.

Así mediante Dictamen N° 17.351, de 11 de julio de 2018, resolvió que ‘en el evento que la COMPIN estime que la salud del funcionario es recuperable, la autoridad se encuentra facultada para declarar su incompatibilidad con el desempeño del cargo, y resolver la vacancia de éste por esa causal’”.

A nuestro juicio, este criterio no se opone a la intención del legislador en cuanto a que sea un organismo técnico (la COMPIN competente) quien evalúe el estado de salud del funcionario público, toda vez que su informe efectivamente es obligatorio para el jefe del servicio.

Por último, esta interpretación se encuentra en armonía con el principio de servicialidad del Estado, consagrado en el artículo 1.º inciso 4.º de la Carta Magna. Este principio obliga al Estado a contar con todo el personal necesario “para la satisfacción de las necesidades colectivas que justifican su existencia”³¹.

³⁰ Ya mencionamos más atrás que la CS, en las causas roles 44027-2022, 80031-2021 y 68671-2022, también resolvió aplicando el criterio que estimamos adecuado.

³¹ CORTE SUPREMA (2022), rol 32606-2022, considerando 10.º del voto minoritario.

En resumen, esta tesis parte del supuesto que “salud incompatible” es una hipótesis distinta a “salud irrecuperable”, toda vez que tienen regulaciones diferentes; entiende que el primer caso es una facultad discrecional del jefe del servicio, condicionada a que el informe de la COMPIN respectiva determine que la salud del funcionario no es irrecuperable; que el segundo supuesto produce el efecto de que el dicho empleado debe retirarse de la Administración del Estado dentro de un cierto plazo, durante el cual goza de las remuneraciones y, además, esta interpretación tiene acogida en la jurisprudencia administrativa y en cierta jurisprudencia judicial.

III. Defectos de la interpretación de la Corte Suprema

Como dijimos, nuestro máximo tribunal comprende:

“la sola declaración de recuperabilidad de la salud sin evaluación de la compatibilidad con el cargo, determina la interdicción del ejercicio de la facultad concedida al Jefe de Servicio para declarar la vacancia del cargo”.

La CS justifica su interpretación:

- 1) en que entre leyes similares debe existir armonía, lo que es correcto y
- 2) en el mensaje presidencial, citado más atrás.

Sin embargo, a nuestro juicio, yerra al no distinguir el supuesto de la salud incompatible con el de la salud irrecuperable, porque tienen diferentes tratamientos, según ya explicamos con detalle. En este sentido, no es apropiado que la Corte exija un requisito adicional al de “la sola declaración de recuperabilidad de la salud sin evaluación de la compatibilidad con el cargo”, pues confunde dos situaciones, ya descritas. Por ende, no nos parece correcta esta interpretación.

Por añadidura, el máximo tribunal no es claro en cuanto a qué otros requisitos, condiciones o antecedentes debe la COMPIN agregar en la declaración de recuperabilidad del funcionario, por lo que es, también, ambigua. Dicho de otra forma, no explica con claridad cuál es el camino a seguir si el jefe del servicio quiere declarar legalmente la vacancia por salud incompatible, lo que genera incertidumbre.

En último lugar, este criterio contraría la jurisprudencia administrativa de la CGR, órgano con el cual debería tener armonía y concordancia³².

³² Creemos que los órganos de la Administración del Estado malamente pueden incurrir en una ilegalidad al declarar la vacancia en el cargo por salud incompatible, como

Creemos que se podría hacer una modificación legal: para que no haya confusiones, el Estatuto Administrativo, en su artículo 150, debería diferenciar dentro de las causales de vacancia la salud irrecuperable de la incompatible. Así, podría disponer:

“La declaración de vacancia procederá por las siguientes causales: a) Salud irrecuperable; b) Salud incompatible con el desempeño del cargo”;

y ajustar los literales siguientes. El propósito de esta nueva redacción, sería dejar por completo asentado y claro que son dos supuestos diferentes.

Conclusiones

- 1.º El artículo 146 dispone, en lo que nos interesa: “El funcionario cesará en el cargo por las siguientes causales: c) Declaración de vacancia”. Después, el artículo 150 establece, en lo relativo a nuestro tema: “La declaración de vacancia procederá por las siguientes causales: a) Salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo”.
- 2.º El artículo 151 del Estatuto Administrativo le confiere una facultad discrecional al jefe de un servicio público: puede declarar la vacancia en el cargo de un funcionario por salud incompatible, si ha hecho uso de licencias médicas durante seis meses de forma continua o discontinua, en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable.
- 3.º La CS entiende:

“la sola declaración de recuperabilidad de la salud sin evaluación de la compatibilidad con el cargo, determina la interdicción del ejercicio de la facultad concedida al Jefe de Servicio para declarar la vacancia del cargo”,

mezclando las hipótesis de salud irrecuperable con salud incompatible.

4. Estimamos que ese criterio es erróneo, y que, en lugar de él, debe aplicarse otro, más lógico, correcto y adecuado.
- 5.º El otro criterio entiende que no debe mediar declaración de irrecuperabilidad, puesto que si media, entonces se aplican otras reglas,

lo han estado haciendo, si no hacen más que seguir la interpretación de la CGR, que es obligatoria por aquellos. De hecho, sería ilegal su actuar si lo hicieran al revés, esto es, si no la siguieran. Eso sí, es importante que el acto administrativo que declare la vacancia debe cumplir con todos los requisitos propios de estos: que estén fundados, etcétera.

- propias de la salud irrecuperable, no de la salud incompatible. Esta postura es la que tenemos por correcta, la que, además, se encuentra en armonía con el principio de servicialidad del Estado, consagrado en el artículo 1.º inciso 4.º de la Carta Magna.
- 6.º El defecto de la interpretación del máximo tribunal, es no distinguir el supuesto de la salud incompatible con el de la salud irrecuperable, que tienen diferentes tratamientos. Como parte de un supuesto, en nuestra opinión, errado, de la misma manera lo es el resultado al que arriba.
- 7.º Por eso, creemos que podría modificarse el artículo 150, para dejar asentado con claridad que salud irrecuperable es distinto a salud incompatible, tal como explicamos pormenorizadamente en el desarrollo de este trabajo.

Bibliografía

- BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho administrativo general*, 3ª ed., Santiago, Legal Publishing Chile, 2014.
- POBLETE, Julia, *Actos y contratos administrativos*, Santiago, LexisNexis, 2007.

JURISPRUDENCIA

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 8178/2017.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 17351/2018.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 30943/2018.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 2743/2020.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 2747/2020.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2019): rol n.º 11823-2019, 5 de agosto de 2019. Marco Jara Arias /Dirección de Educación Municipalidad de Hualpén. Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?be6ho> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 80031-2021, 10 de mayo de 2022. Escalona/Merino (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dkfs> [fecha de consulta: 11-de enero de 2023].
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 10523-2022, 27 de septiembre de 2022. Jeniffer Andrea Quinteros Bravo / Municipalidad de Lo Espejo (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?3tla> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 11117-2022, 22 de agosto de 2022. Myriam Rojas Rojas / Municipalidad de Lo Espejo (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?syha> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].

- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 11119-202, 22 de agosto de 2022. Eliana Ruth Mardones Sánchez / Municipalidad de San Miguel (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?syhb> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 11607-2022, 22 de agosto de 2022. Jaqueline Peñaloza Pinto / Municipalidad de San Miguel (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?syhc> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 12093-2022, 21 de julio de 2022 Miguel Ángel Colins Quintanilla / Municipalidad de Lo Espejo (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?splk> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 14134-2022, 30 de junio de 2022. Albuja / Hospital Carlos van Buren (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?ipyty> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].
- CORTE SUPREMA (2002): rol n.º 18231-2022, 12 de septiembre de 2022. Moreno/Dirección General de Aeronáutica Civil (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?wexl> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 32606-2022, 18 de octubre de 2022. Gutiérrez/ Muñoz (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?3rd5> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 44027-2022, 22 de septiembre de 2022. Araya/ Municipalidad Chile Chico, (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?xc2h> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 51021-2022, 9 de agosto de 2022. Nathalie Alexandra Pastenes Ulloa/Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI) (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?snjg> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 57621-2022, 30 de septiembre de 2022. Susan Stephanie Devaud Concha/Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI) (civil, apelación protección). Disponible <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?3tkp> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 57784-2022, 23 de agosto de 2022. Anonimizado (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?xmae> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 66648-2022, 30 de septiembre de 2022. Olguín/ Servicio de Salud Arica (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?yig4> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 68761-2022, 29 de diciembre de 2022. Igor/Centro de Referencia de Salud de Maipú (crs Maipú) (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?bzx4h> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].

- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 80025-2021, 19 de abril de 2022. Reyes/Ministerio de Obras Públicas/ Dga (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?eklc> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 9748-2022, 1 de septiembre de 2022. Valdés/Servicio de Salud Arica (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?u5vn> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 133316-2022, 1 de diciembre de 2022. González/Dirección de Promoción de Exportaciones (civil, apelación protección). Disponible en <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?biihu> [fecha de consulta: 11 de enero de 2023].

Siglas y abreviaturas

CGR	Contraloría General de la República
COMPIN	Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez
CS	Corte Suprema)
ed.	edición
https	hypertext transfer protocol secure
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
n.º	número
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
ss.	siguientes

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA RELATIVA AL CASO DEL ASBESTO EN CHILE Y LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS VÍCTIMAS

ANALYSIS OF JURISPRUDENCE RELATED TO THE ASBESTO S CASE IN CHILE AND THE VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF VICTIMS

*Leticia Suárez Donaire**

*Edgar Malebrán Guerra***

Resumen

El asbesto ha sido identificado como un material causante de diversos daños tanto en la salud humana como en el ambiente, por lo cual, el derecho nacional e internacional ha prohibido su utilización, sin perjuicio de lo cual en Chile se ha seguido utilizando bajo ciertas excepciones, con los consecuentes daños que de ello se derivan, lo que ha motivado la interposición de numerosas demandas de indemnización de perjuicios, muchas de las cuales han concluido por la vía de conciliación y transacción. Frente a esto, el presente trabajo invita a reflexionar sobre la disponibilidad de la indemnización por vulneración de los derechos fundamentales, y la eficacia de dejar su salvaguarda únicamente a los tribunales de justicia.

Palabras clave: asbesto, vulneración de derechos fundamentales, indemnización de perjuicios, conciliación, transacción.

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Central. Profesora de Estado en Historia y Geografía por la Universidad de La Serena. Magister en Historia por la Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: Suarez.abogados.estudiojuridico@gmail.com

** Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica del Norte. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad del Alba. Correo electrónico: edgarmalebranabogado@gmail.com

Artículo enviado el 7 de enero de 2023 y aceptado para su publicación el 7 de marzo de 2023.

Abstract

The asbestos has been identified as a material that causes various damages to both human health and the environment, for which reason national and international law has prohibited its use, notwithstanding which in Chile it has continued to be used under certain exceptions, with the consequent damages that derive from it, which has led to the filing of numerous claims for compensation for damages, many of which have concluded by way of conciliation and compromise. Faced with this, the present work invites us to reflect on the availability of compensation for violation of fundamental rights, and the effectiveness of leaving its safeguard only to the courts of justice.

Keywords: Asbestos, violation of fundamental rights, compensation for damages, conciliation, transaction.

I. Marco general regulatorio del asbesto en Chile

En Chile, hasta el año 2000 estuvo permitido el uso del asbesto como materia prima en la construcción. Luego, ese año entró en vigencia el decreto supremo n.º 656 del Ministerio de Salud, que estableció la prohibición de su uso, así como la importación, exportación, distribución, venta y uso de productos que contengan este elemento; prohibición fundamentada en los conocidos perjuicios para la salud humana y el ambiente que la utilización de este elemento conlleva.

Previo a la dictación del citado decreto supremo, la legislación y reglamentación existente relativas a este material no cumplían con la obligación de proteger a la población en general, ni en especial respecto de los trabajadores que se desempeñaban en las empresas que lo utilizaban como material de construcción.

Si bien la incorporación de dicha norma reglamentaria significó un avance en la regulación jurídica de esta materia, hasta la fecha el Estado chileno no ha asumido en su cabalidad el problema que representa, involucrando en sus políticas públicas a la sociedad civil y a las empresas, como se ha hecho en otros países. Así, quienes han debido suplir este vacío, han sido los tribunales de justicia, pues las víctimas de los efectos nocivos que este material ocasiona, ya sean los extrabajadores o sus familiares, se han visto en la obligación de judicializar estos hechos, para zanjar la responsabilidad derivada de emplear un metal nocivo para la salud de las personas¹.

¹ Para la realización de este estudio se han tomado en consideración causas como las que a continuación se indican: CAUSAS CIVILES: I. Demandada: Sociedad Industrial Pizarreño

II. Fundamentos generales de las demandas y sentencias analizadas por enfermedades provocadas por el asbesto

Las materias objeto de las demandas interpuestas en relación con la problemática que se viene comentando, han sido la indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual o por enfermedades profesionales, derivadas del hecho de que las empresas, conociendo las consecuencias de la contaminación que producía el asbesto, no ordenaron o propusieron medidas correctivas y preventivas al respecto.

A mayor abundamiento, el sustento de estas demandas de indemnización de perjuicios ha radicado, principalmente, en padecer enfermedades tales como: *asbestosis* o *mesotelioma*, siendo este último un tipo de cáncer que afecta la pleura en el pulmón. Ambas enfermedades se desarrollan producto de la inhalación de sus partículas, ya sea en el desempeño de las funciones laborales, como es el caso de las demandas de indemnización de perjuicios por enfermedad profesional o como ocurre en el caso de las demandas de responsabilidad extracontractual que han sido interpuestas por los extrabajadores o por aquellas personas que, sin ser trabajadores de las empresas, también inhalaban dichas partículas porque vivían en las inmediaciones de las fábricas, como es el caso de la empresa Pizarreño en la comuna de Maipú, o porque eran familiares directos de un trabajador, y este, en sus ropas transportaba el material particulado a sus hogares, en la época en que debían llevar la ropa de trabajo para ser lavada en sus casas.

S.A. RUT 96569760-8: a) 20.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-23826-2018; b) 8.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-11411-2016; c) 20.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-9703-2016; d) 22.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-23498-2014; e) 16.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-19240-2014; f) 30.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-15659-2014; g) 23.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-15154-2014; h) 21.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-477-2014; i) 5.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-4732-2013; j) 25.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-3181-2013; k) 30.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-22871-2012; l) 24.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-31577-2011; II. Demandada: Empresas Pizarreño S.A., RUT 90707000-k: a) 30.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-28879-2010; b) 27.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-15419-2012; c) 30.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-22871-2012. CAUSAS LABORALES: I. Demandada: Sociedad Industrial Pizarreño S.A., RUT 96569760-8: Primer Juzgado Laboral de Santiago: RIT O-7792-2018; RIT O-7768-2018; RIT O-5051-2018; RIT O-3308-2017; RIT O-4728-2016; RIT O-500-2016; RIT O-4400-2015; RIT O-4045-2014 (terminada en conciliación, por \$10000000); RIT O-4418-2012 (terminada en transacción, por \$33000000); RIT O-2912-2012 (terminada en conciliación, por \$8000000). II. Demandada: Sociedad Industrial Pizarreño S.A., RUT 96569760-8: Segundo Juzgado Laboral de Santiago: RIT O-7039-2018 y RIT O-3608-2016.

Los tribunales de justicia, para fundamentar las sentencias que acogen la indemnización de perjuicios, han sostenido que la seguridad de los trabajadores es una obligación para las empresas, impuesta por la ley y los reglamentos de seguridad sanitaria e industrial. Por ende, tal obligación de seguridad y protección emana de un contrato de trabajo, que subsiste y produce efectos con respecto a terceros cuando se infringe, porque no solo se daña al trabajador, sino que, además, existen “víctimas por repercusión”, que, en este caso, corresponden a los familiares de los trabajadores, y que, al demandar, pueden invocar las normas de seguridad, que define el contenido del deber de diligencia y cuidado de las empresas, y que se incumplió.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo del año 2000², en relación con una demanda de indemnización de perjuicios por asbesto se refirió en su argumentación a la doctrina de la *faute virtuelle*, que viene al caso comentar.

² *Gaceta Jurídica*, n.º 243, Santiago, septiembre 2000, p. 74. En este sentido, el Tribunal de Alzada estimó: “1.- Que conforme el artículo 2329 del Código Civil, por regla general, todo daño que puede reputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. La norma establece a juicio de esta Corte, una presunción general de culpabilidad, si el perjuicio causado es consecuencia de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente.

2.- Que, para arribar a tal conclusión se ha considerado especialmente: a) la redacción misma de dicha disposición, pues al utilizarse por el legislador la expresión subjuntiva ‘pueda’ se está queriendo aludir en general, a cualquier daño que sea posible, probable o racional de imputar a malicia o negligencia. De manera que, cualquier perjuicio que provenga de haberse alterado el normal, rutinario y consecencial desenvolvimiento de un determinado quehacer, trabajo o actividad, debe presumirse que proviene de dolo o culpa del agente; b) los ejemplos que contiene la misma disposición, todos los cuales se refieren a hechos que suponen la característica antes anotada, en el sentido de que todos ellos alteran el comportamiento normal con el que se ha de proceder en cada una de las circunstancias descritas en cada ejemplo. Así, lo normal es que aquel que dispara un arma de fuego no lo haga en forma imprudente. Así también, lo normal es que aquel que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino tome las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche. Así finalmente, lo normal es que aquel que se encuentra obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tanga en estado de no causar daño a los que transitan por él.

3.- Que, tal disposición, no puede constituir una repetición de la regla general contenida en el artículo 2314 del Código Civil, tanto porque ello supondría una redundancia poco frecuente en la obra del legislador civil, cuanto porque la norma se encuentra precisamente inserta al final de las presunciones de responsabilidad por el hecho ajeno y por el hecho de las cosas las que se sugiere que ella ha querido instituir la regla general en materia de presunción de responsabilidad por el propio hecho.

Atendidas las condiciones y situación de las propias víctimas, el riesgo de usar el asbesto, operar en un enclave poblacional y habiéndose alterado el quehacer regular, queda en evidencia la culpa como refiere la sentencia, aludiendo a que los hechos hablan por sí solos o lo que en doctrina se denomina ‘faute virtuelle’ ”.

En efecto, dicha doctrina conocida también como culpa virtual, citada por la Corte en su fallo, tiene su punto de origen en el hecho desde el cual se infiere la culpabilidad, donde aparece constituido, precisamente, por incardinarse en la anomalía del daño sufrido por la víctima, excluyendo la probabilidad de tal resultado en atención a la naturaleza intrínseca de la conducta desplegada³.

En otras palabras, en la culpa virtual, la negligencia es deducida desde la acreditación del nexo causal existente entre la conducta en apariencia desplegada en una situación normal y la producción de un perjuicio que reviste caracteres de “anormalidad”⁴.

La doctrina señala que, en este tipo de situaciones, es el demandante quien tiene la carga procesal de demostrar que el resultado lesivo no constituye un riesgo usual asociado a la esfera de la actividad en que el daño producido es verificado, por lo que debe aportar antecedentes que permitan inferir, desde dicha anormalidad, que el perjuicio, en efecto, se debió a un déficit del agente en el control de tales riesgos⁵.

En las sentencias analizadas, los tribunales de justicia han establecido que el incumplimiento de la demandada de su obligación de seguridad, para con el demandante, ha sido real, y que el demandante durante el tiempo que laboró para la demandada estuvo expuesto al polvo de asbesto en concentraciones ambientales mayores a las máximas permitidas en la época, y que, además, la demandada no adoptó todas las medidas necesarias para proteger en forma eficaz su salud, lo que ocasionó la enfermedad profesional derivada de la exposición a dicho contaminante ambiental, existiendo, por ende, una relación causal entre el incumplimiento de la demandada y la declaración de enfermedad profesional del demandante. De lo anterior, se deriva la negligencia de la empresa en el cumplimiento de su deber de protección y seguridad, y deviene en que quien provocó el daño, está obligado a indemnizar el mismo.

Este incumplimiento de las empresas trae como consecuencia la indemnización de perjuicios, específicamente, el daño moral, que la doctrina y la jurisprudencia lo han definido como todo menoscabo, dolor o sufrimiento psicológico o físico producido por un acto ilícito, experimentado por las personas, lesionando sus derechos fundamentales, que debe ser reparado por medio de una cifra en dinero, con el objetivo de paliar el dolor sufrido

³ Marta SÁNCHEZ, “El daño desproporcionado”, p. 250.

⁴ Margarita RODRÍGUEZ, “Aspectos básicos de la doctrina del daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria”, p. 207.

⁵ Rodrigo BARRÍA, “El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y su posible recepción en el derecho chileno, p. 157.

o atenuar las consecuencias de este; el monto de dinero no es compensatorio, porque el daño moral es imposible medirlo, cuantificarlo⁶; noción que concuerda con la establecida en la jurisprudencia de los tribunales de justicia⁷.

Sobre la base de esta comprensión del daño moral, el siguiente paso es cuantificar en una cifra determinada la indemnización, objetivo en pos del cual los tribunales de justicia han señalado que la cifra de la indemnización de perjuicios tiene por finalidad reparar el daño, razonando de la siguiente forma:

“el quantum de la indemnización por daño moral, no es compensatorio, desde que no es objetivamente medible, sino que debe ser sólo reparatorio, por lo que debe estar destinado a morigerar, disminuir o atenuar las consecuencias del mal sufrido”⁸.

⁶ Enrique Barros Bourie define el concepto de daño en los siguientes términos: “en el derecho de la responsabilidad civil se habla de daño moral en simple oposición al daño económico o patrimonial. Por eso, la definición más precisa de daño moral parece ser negativa: se trata de bienes que tienen en común carecer de significación patrimonial de modo que el daño moral es el daño extrapatrimonial o no patrimonial”. Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, p. 287.

⁷ “Toda lesión, menoscabo o perturbación a los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto, y por ende deben someterse a la reparación no sólo del dolor sufrido por la pérdida que le ha afectado a la persona sino que también considerar los perjuicios que ha ocasionado en lo familiar, el agrado de vivir y las expectativas de vida”; o el “sufrimiento, dolor o aflicción psicológica y aún físico que se experimenta a raíz de un suceso determinado que lesiona el espíritu del afecto y de familia, y que se manifiesta en pesadumbre y depresiones de ánimo. Estos daños, en consecuencia, son aquéllos que se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales, tales como la salud, el honor, la libertad y otros análogos; y cuya concepción y aplicación como consecuencia de la responsabilidad extra contractual y contractual, muy particularmente esta última, se ha incrementado por la vía de la creación jurisprudencial”. SEGUNDO JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO (2011): RIT O-1461-2011, considerando 11.º.

⁸ Continúa la sentencia citada argumentando: “el demandante experimenta actualmente dolor y sufrimiento como consecuencia de saber perfectamente que la enfermedad que padece es de mal pronóstico, a tal punto que sabe, que aun cuando sea tratada no tiene remedio, lo que lo coloca en circunstancia de representarse la pérdida de la vida, bien jurídico máspreciado por nuestro ordenamiento jurídico, que es posible para el tribunal tener por acreditada la existencia de un daño moral en el actor, entendido como el dolor y sufrimiento espiritual del mismo, por la circunstancia expresada y por la pérdida de libertad que le significa tener que concurrir a controles médicos; no poder desarrollar las mismas actividades que antes le producían placer, haber perdido su autoestima, ver su ánimo deteriorado y su aspecto cansado; finalmente, todo unido a la preocupación que le genera el futuro de su núcleo familiar, al representar también su ausencia”, *op. cit.*

III. Análisis de las causas terminadas por conciliación y desistimiento

En este orden de ideas, una causa emblemática sobre el asbesto es la conocida vía recurso de casación de forma y fondo por la Corte Suprema⁹, en la cual con fecha 22 de enero de 2015 se arribó a una conciliación, cuyo análisis es importante, por cuanto es el máximo tribunal de justicia del país quien reconoce su obligación de zanjar un problema, ante el cual la legislación vigente presenta un vacío, al señalar que la firma de este acuerdo tiene el:

“objeto de contribuir a la paz social en relación a este tema, aún, cuando en otros lugares como Europa este problema ha sido asumido correctamente por la sociedad, el Estado y las empresas en conjunto”.

Este aspecto es del todo relevante, porque este material en Chile sigue siendo un problema latente, no reconocido de forma satisfactoria por el Estado, por cuanto, a pesar de que el decreto supremo n.º 658 del año 2000, formalmente prohibió su uso, mediante las excepciones que esta norma contempla se permite del mismo modo su comercialización, siempre y cuando se adopten medidas para “controlar el riesgo”, con lo cual se da la paradoja de que, aunque existe una reglamentación de prohibición del asbesto en el país, es el propio cuerpo normativo el que plantea excepciones que terminan transformándose en la regla general¹⁰.

En efecto, a pesar de la prohibición formal de su uso, es un material muy utilizado en Chile en la elaboración de techumbres y cañerías: el 42,2 % de las casas están construidas con planchas tipo Pizarreño, mezcladas con cemento-asbesto según el Censo del año 2002; y el año 2011 la Superintendencia de Servicios Sanitarios reveló que Esval tenía a esa fecha el 44 % de su red de cañería con cemento asbesto, Aguas Andinas un 58 %, ESSBIO un 30% y Aguas Antofagasta un 44 %¹¹.

Ante esta falta de protección, los futuros afectados por la exposición a este componente tóxico, deberán recurrir a los tribunales de justicia, en busca de reparación del mal causado. Esto, aunque existen herramientas suficientes en el derecho interno como para resolver estas incongruencias sin precisar una reforma constitucional o legislativa, por cuanto constituye doctrina y jurisprudencia ya asentada la integración al derecho nacional del derecho inter-

⁹ CORTE SUPREMA (2014): rol de Corte 2017-2014.

¹⁰ Leticia SUÁREZ y Edgar MALEBRÁN, “El principio precautorio y la eficacia del derecho en el cuidado del medio ambiente y la salud: el caso del asbesto en Chile”, pp. 340-341.

¹¹ Daniela MACHTING, *El asbesto. Una tarea pendiente. Informe sobre el panorama actual de control y retiro de asbesto en Chile*, p. 5.

nacional de los derechos humanos. Además, el propio texto constitucional mantiene una estructura principal abierta al regular los derechos fundamentales a la salud y a vivir en un ambiente libre de contaminación, siendo los principios normas jurídicas propiamente tales que pueden y deben tener una aplicación directa por parte de los operadores jurídicos, sin que sea lícito, por tanto, excusarse en la inexistencia de una consagración positiva expresa de subprincipios que permitan volver eficaces estos derechos¹².

Señalado lo anterior, y retomando el análisis de la conciliación efectuada ante la Corte Suprema en la causa precitada¹³, es necesario mencionar:

- 1) El alto número de causas¹⁴ que incorpora; pues, en esta sentencia, junto con pronunciarse acerca del recurso de casación de forma

¹² SUÁREZ y MALEBRÁN, *op. cit.*, p. 344.

¹³ CORTE SUPREMA (2017): rol de Corte 2017-2014.

¹⁴ a) Trece casos comprendidos en la causa caratulada “Fuenzalida y otros con Empresa Pizarreño S.A. y otros”, rol n.º 3014-2002, del 28.º Juzgado Civil de Santiago. b) Un caso comprendido en la causa caratulada “Cereño y otros con Empresa Pizarreño S.A. y otros”, rol n.º 13564-2005, del 15.º Juzgado Civil de Santiago. c) Un caso comprendido en la causa caratulada “Pincheira y otros con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otros (acumulada a “Espinoza y otros con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otros”, rol n.º C-31883-2011 del 6.º Juzgado Civil de Santiago”, rol n.º C - 33377-2011, del 6.º Juzgado Civil de Santiago. d) Un caso comprendido en la causa caratulada “Avilés y otros con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otros (acumulada a “Espinoza y otros con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otros”, rol n.º C-31883-2011 del 6.º Juzgado Civil de Santiago), rol n.º C-33449-2011, del 7.º Juzgado Civil de Santiago. e) Un caso comprendido en la causa caratulada “Pérez y otros con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otros (acumulada a “Jiménez y otros con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otros”, rol n.º C-31577-2011 del 24.º Juzgado Civil de Santiago), rol n.º C-32786-2011, del 27.º Juzgado Civil de Santiago. f) Un caso comprendido en la causa caratulada “Jiménez y otros con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otros”, rol n.º C-31577-2011, del 24.º Juzgado Civil de Santiago. g) Un caso comprendido en la causa caratulada “Muñoz y otros con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otros (acumulada a “Jiménez y otros con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otros”, rol n.º C-31577-2011 del 24.º Juzgado Civil de Santiago)”, rol n.º C-31728-2011, del 14.º Juzgado Civil de Santiago. h) Un caso comprendido en la causa caratulada “Araneda y otros con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otros (acumulada a “Jiménez y otros con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otros”, rol n.º C-31577-2011 del 24.º Juzgado Civil de Santiago)”, rol C-6131-2012, del 27.º Juzgado Civil de Santiago. i) Un caso comprendido en la causa caratulada “Godoy Pincheira, Georgina y otros con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otra (acumulada a “Jiménez y otros con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otros”, rol n.º C-31577-2011 del 24.º Juzgado Civil de Santiago)”, rol n.º C-9653-2012, del 29.º Juzgado Civil de Santiago. g) Un caso comprendido en la causa caratulada “Jáuregui Peña, Omar con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otro”, rol n.º C-15419-2012, del 27.º Juzgado Civil de Santiago. k) Un caso comprendido en la causa caratulada “Terán Marín, María Angélica y otros con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otra”, rol n.º C-3181-2013, del 25.º Juzgado Civil de Santiago. l) Un caso comprendido en la causa caratulada “Jáuregui Jorquera, Alexandra Jazmín y otros con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otra”, rol n.º C-19999-2013, del 1.º Juzgado Civil de Santiago. m) Un caso comprendido en la causa caratulada “Jáuregui Vásquez, Oscar y otros con Sociedad Industrial Pizarreño S.A. y otra”, rol n.º C-510-2014, del 3.º Juzgado Civil de Santiago.

y fondo, que es la causa en sentido estricto, se acordó la firma de otras conciliaciones, respecto de otras causas¹⁵, para terminar en términos amistosos los diversos juicios en el marco de “un acuerdo global que comprende a diversos demandantes”, como señala la sentencia en comentario.

- 2) Que los problemas de salud vinculados con el asbesto se comenzaron a manifestar en los demandantes entre quince y veinte años después de haber estado expuestos a este mineral, realizando hasta esa fecha una vida normal (las enfermedades que presentan los demandantes son *asbestosis* y *mesotelioma* y, en algunas circunstancias, el cáncer pulmonar).
- 3) Que las acciones judiciales tienen como demandadas a las Empresas Pizarreño S.A. y Sociedad Industrial Pizarreño S.A., quienes no reconocen responsabilidad jurídica alguna sobre las enfermedades de los demandantes, bajo el argumento de que actuaron siempre con suma diligencia de acuerdo con la normativa, pero que, pesar de esto, deciden voluntariamente poner término a dichos procesos.
- 4) Que las empresas se comprometen a estar disponibles para revisar nuevos diagnósticos de *mesotelioma* y *asbestosis* que se presenten, debiendo tal control efectuarlo un médico experto broncopulmonar especialista en enfermedades laborales neumoconeógenas, escogido por la(s) empresa(s).
- 5) Que los antecedentes médicos necesarios para acreditar un *mesotelioma* o *asbestosis* serán:
 - i) Informe médico o epicrisis completa;
 - ii) Exámenes radiológicos;
 - iii) TAC de tórax y
 - iv) Biopsia con estudio inmunohistoquímico completo (solo para mesotelioma).
- 6) Que debido a que el *mesotelioma* es una enfermedad de difícil diagnóstico que requiere exámenes específicos para diferenciarse de otro tipo de afecciones pulmonares, la(s) empresa(s) solo aceptarán certificados emitidos por la Mutual de la Cámara Chilena de la Construcción, Asociación Chilena de Seguridad, hospital de la Pontificia Universidad Católica de Chile, hospital del Tórax y hospital clínico de la Universidad de Chile.

¹⁵ Se refiere a las causas individualizadas en la nota anterior, todas las cuales pueden consultarse en el portal web del Poder Judicial de Chile, sección Consulta de causas, disponible en <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>.

- 7) Que, para iniciar un reclamo o una futura demanda, se debe acreditar una relación indubitada con la actividad fabril de antes del año 1999, con la Sociedad Industrial Pizarreño S.A., ya sea como trabajador o familiar directo.
- 8) Y que en la conciliación se arribó al pago de una suma única y total, de acuerdo con el tipo de enfermedad que presentaba el demandante: en los casos de *mesotelioma* fue de \$38 000 000 (treinta y ocho millones de pesos) y, en el caso de *asbestosis*, se pagó la suma proporcional al porcentaje de invalidez que la *asbestosis* haya causado, siendo el 100 % equivalente a la suma de \$38 000 000 (treinta y ocho millones de pesos).

De acuerdo con el análisis de las diversas causas incoadas ante los tribunales de justicia chilenos, los demandantes de estas acciones son dos veces víctimas, pues deben enfrentar la muerte como consecuencia de la exposición porque, si bien la empresa cumplió la normativa implementada en Chile para trabajar con este mineral, no se cumplían los estándares mínimos de protección a los trabajadores y sus familiares, por lo que vieron vulnerados su derecho a la vida, a la salud y a vivir en un ambiente libre de contaminación. Paralelo a esto, deben enfrentar procesos judiciales de lato conocimiento, donde por fin los demandantes terminan firmando conciliaciones como la que se ha estado analizando, o las causas finalizan en desistimientos, firmados por demandantes y demandados, por lo que se puede concluir que esta decisión procesal que adoptan, es porque se ha firmado alguna transacción y la parte demandada solicita expresamente la reserva de esta¹⁶.

A diferencia de la conciliación ante la Corte Suprema, en la causa del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, rol O-4418-2012¹⁷, se arribó a una transacción, con fecha 6 de febrero de 2013, en que el demandante, previo a abordar los términos de la transacción de manera exacta, debió realizar una serie de declaraciones, que, si bien las efectuó “libre y voluntariamente”, es lógico pensar que la única forma de llegar a un término previo a que

¹⁶ Como ha ocurrido en las siguientes causas, todas las cuales pueden consultarse en el sitio web del Poder Judicial de Chile, específicamente en la sección Consulta de causas, disponibles en <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>: 20.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-23826-2018; 8.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-11411-2016; 20.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-9703-2016; 22.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-23498-2014; 16.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-19240-2014; 30.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-15659-2014; 23.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-15154-2014; 21.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-477-2014; 5.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-4732-2013; 25.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-3181-2013; 30.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-22871-2012; 24.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-31577-2011.

¹⁷ PRIMER JUZGADO DEL TRABAJO DE SANTIAGO (2012): rol O-4418-2012.

se dicte una sentencia y que tenga el carácter de firme y ejecutoriada, es arribar a un acuerdo donde debió declarar que el *mesotelioma pleural* que padecía el demandante no era responsabilidad de los demandados, ni de las filiales de Chile, ni del extranjero, ni de los accionistas, representantes, ejecutivos y dependientes, y que el pago que efectuó el demandado no fue un reconocimiento de responsabilidades, como se observa en la siguiente cita textual:

“No es atribuible a negligencia o dolo, ni a un incumplimiento de la normativa legal, por acción u omisión, ni de Tecnología Aplicada Limitada, ni de Sociedad Industrial Pizarreño S.A., ni sus respectivos accionistas, directores, representantes, ejecutivos, dependientes, ni de cualquier otra sociedad relacionada directa o indirectamente con ellas, sean afiliadas, coligadas o subsidiarias, tanto en Chile como en el extranjero, como también de sus respectivos accionistas, directores, representantes, ejecutivos y dependientes. TERCERO: Pago: Sin que ello implique reconocimiento de responsabilidad de ninguna especie, Tecnología Aplicada Limitada”.

Además, declaró que el dinero que recibió (\$33 000 000), fue una cifra total y única que incluyó:

“el daño moral, sufrimiento físico y psíquico, y a cualquier otro perjuicio o concepto indemnizable en relación con la eventual participación que en los hechos pudo haber tenido”,

y

“que no tiene otros familiares que hubieran sido afectados material o psicológicamente con los hechos descritos en la cláusula primera de este instrumento, y que para el evento existiere, la cantidad pagada cubre el valor de todos los daños o perjuicios, directos, indirectos, pasados, presentes o futuros, eventualmente sufridos por ellos como consecuencia directa o indirecta de los hechos descritos”;

y se estipuló:

“renuncia en este acto a todas y cada una de las acciones civiles contractuales y extracontractuales, criminales, laborales –en especial las contempladas en la ley número dieciséis mil setecientos cuarenta y cuatro, administrativas u otras que eventualmente pudiere corresponderle en contra de Tecnología Aplicada Limitada, a Sociedad Industrial Pizarreño S.A.”¹⁸.

¹⁸ PRIMER JUZGADO DEL TRABAJO DE SANTIAGO (2012): rol O-4418.

Reflexiones finales

La incorporación de este tipo de declaraciones, si bien todas se encuentran dentro del marco legal establecido, no significa que deban ser aceptadas de forma acrítica, pues las empresas demandadas han estado en conocimiento del tipo de enfermedades que desarrollan las personas vinculadas con la manipulación del asbesto, y de que se requieren como mínimo entre quince a veinte años para manifestar los primeros síntomas. Los demandantes se ven conminados a firmar este tipo de acuerdos, porque una vez judicializada la causa, que es de lato conocimiento, pueden pasar años antes que los tribunales de justicia emitan su veredicto, tiempo con el que no cuentan las víctimas, y ante la pasividad del Estado de Chile para abordar el tema, terminan aceptando las condiciones impuestas por estas, que durante décadas han trabajado con las “fibras grises”, como también es conocido el estudiado material.

A partir de este punto, cabe preguntarse, ¿qué tan cubiertos se encuentran, en la práctica, los derechos fundamentales de las víctimas del asbesto? Y, ¿hasta dónde es aceptable, para la salvaguarda de los derechos fundamentales involucrados, que estos casos sigan dependiendo de su judicialización para su resolución?

De la lectura de las sentencias individualizadas en este estudio, es posible afirmar que los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a vivir en un ambiente libre de contaminación no fueron ni han sido respetados para los trabajadores y sus familias, y solo a través de la judicialización de sus casos, es que han obtenido “justicia”, la que se expresa por medio de una reparación monetaria, pero sin que las empresas hayan reconocido responsabilidad alguna en el origen de la enfermedad, ya que siempre cumplieron la normativa legal en Chile, y sin que el Estado aborde el tema en su conjunto, tal como indica el mandato constitucional que lo sustenta.

Lo anterior, además, deja abierta la reflexión acerca de la juridicidad de los acuerdos conciliatorios en materia de derechos fundamentales. Así, si en materia de estado civil, por ejemplo, no resultan lícitas las conciliaciones, ¿por qué han de serlo en materia de afectación de derechos fundamentales? o, en otras palabras, ¿qué tan disponibles por las partes son los derechos fundamentales y la reparación civil a que su vulneración confiere derecho?

Bibliografía

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

- BARRÍA DÍAZ, Rodrigo, “El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y su posible recepción en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, n.º 1. Disponible en www.revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/viewFile/22788/24174 [fecha de consulta: 7 de enero de 2023].
- MACHTING, Daniela, *El asbesto. Una tarea pendiente. Informe sobre el panorama actual de control y retiro de asbesto en Chile*, 2017. Disponible en <https://sustempo.com/website/wp-content/uploads/2018/07/INFORME-ASBESTO.pdf> [fecha de consulta: 8 de enero de 2023].
- RODRÍGUEZ, Margarita, “Aspectos básicos de la doctrina del daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria”, en *Anuario Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, n.º 6, 2013. Disponible en https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/20095/aspectos_rodriguez_AFDUA_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de consulta: 5 de febrero de 2023].
- SÁNCHEZ, Marta, “El daño desproporcionado”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 8, 2013. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/417/359> [fecha de consulta: 30 de enero de 2023].
- SUÁREZ, Leticia y Edgar MALEBRÁN, “El principio precautorio y la eficacia del derecho en el cuidado del medio ambiente y la salud: el caso del asbesto en Chile”, en *Actualidad Jurídica*, año XXI, n.º 4, Santiago, 2020.

JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA (2014): rol de Corte 2017-2014. Elgueta Ariztía Manuel Eugenio con Empresas Pizarreño, Mutual de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción.
- PRIMER JUZGADO DEL TRABAJO DE SANTIAGO (2012): rol O-4418-2012. González Con Tecnología Aplicada y Sociedad Industrial Pizarreño S.A.
- SEGUNDO JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO (2011): RIT O-1461-2011, sentencia, considerando 11.º.

Siglas y abreviaturas

ESSBIO	Empresa de Servicios Sanitarios del Bío-Bío
Esva	Empresa Sanitaria de Valparaíso, Aconcagua y Litoral
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
n.º	número
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
RIT	Rol interno del tribunal

RUT rol único tributario
S.A. Sociedad anónima
www World Wide Web

Derecho económico

¿CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CRIPTOMONEDAS EN CHILE?

¿WHAT IS THE LEGAL NATURE OF CRYPTOCURRENCIES IN CHILE?

*Alfonso Jacob Cuevas Contreras**

Resumen

A través de este trabajo se responde a la pregunta: ¿cuál es la naturaleza jurídica de las criptomonedas en Chile? Por lo que se analiza brevemente algunas legislaciones comparadas, además de brindar las nociones básicas de su conceptualización y la tecnología empleada.

Palabras clave: criptoactivos, criptomonedas, *blockchain*, DLT, naturaleza jurídica.

Abstract

Through this work we seek to answer the question ¿What is the legal nature of cryptocurrencies in Chile? Therefore, a brief analysis of some comparative legislation is made, and in addition to giving the basic notions of what cryptocurrencies are and the technology that is used.

Keywords: Cryptoactives, cryptocurrencies, Blockchain, DLT, Legal nature.

Introducción

Los avances tecnológicos a lo largo de la historia de la humanidad han representado un papel fundamental en el desarrollo de la vida material y cultural del ser humano en sociedad, este progreso se basa en la invención de pro-

* Licenciado en Derecho, Universidad de las Américas. Magíster en Derecho de la Empresa, mención Derecho Laboral UDD. Correo electrónico: acuevas.contreras@gmail.com
Artículo enviado el 13 de diciembre de 2022 y aceptado para su publicación el 10 de marzo de 2023.

cedimientos, mecanismos y artefactos que le permiten la resolución de problemas concretos en su quehacer diario.

En estas últimas décadas, se ha atestiguado cómo el ser humano busca día a día contar con nuevas tecnologías que sean capaces de transformar cada ámbito y aspecto de su vida.

Es así, que hace ya trece años surgió de la mano de la red de pago Bitcoin la tecnología *blockchain*, que ha crecido exponencialmente en estos últimos años, modificando las reglas del mercado, produciendo cambios evidentes y transformadores en diversos rubros.

Pero todo avance tecnológico trae consigo desafíos jurídicos debido a la incertidumbre que genera la creación de un marco legal acorde con la naturaleza jurídica de estas nuevas tecnologías. Es el caso de las criptomonedas, que en la actualidad no cuentan con una regulación propia, y esto se debe a que no se ha podido llegar a un consenso, de cuál es su naturaleza jurídica.

Las particularidades, como el anonimato de sus usuarios y su funcionamiento descentralizado, hace que las criptomonedas se transformen en un reto, en un desafío y una provocación para el derecho, a la hora de poder establecer su naturaleza jurídica.

Como se señala precedentemente, su funcionamiento descentralizado y el anonimato de sus “usuarios” evitan cualquier intromisión estatal, tanto en su emisión como en su transferencia, cumpliendo así con el objetivo de Satoshi Nakamoto, que era evitar la presencia de las entidades fiscalizadoras estatales.

Para abordar la naturaleza jurídica de estos activos tanto en el ordenamiento jurídico internacional como en el nacional, es necesario contar con las nociones básicas sobre criptomonedas, las categorías existentes y la tecnología subyacente detrás de ellas que se tratarán en este estudio, para así concluir con los aspectos jurídicos que pudieran dilucidar la naturaleza jurídica de las criptomonedas en Chile.

1. NOCIONES BÁSICAS

Es importante brindar algunas nociones básicas sobre criptomonedas en consideración al auge exponencial que han tenido en los últimos años los productos criptográficos, transformándose en un fenómeno mundial que acarrea imprecisiones y confusiones que, a su vez, llevan a reformulaciones conceptuales y legales. Sin duda, el auge y crecimiento de este mercado ha generado un inmenso reto regulatorio que deben enfrentar los Estados, y el primero de ellos es determinar cuál es la naturaleza jurídica que redundará

en forma directa en el tratamiento regulatorio en términos de: normas de protección al consumidor, normas de lavado de activos y financiamiento de terrorismo, tratamiento tributario, registro, supervisión de licencias e intermediarios (*exchanges*¹), y por cierto, regulación de DLT² (también llamada contabilidad compartida o registro distribuido).

La criptomoneda, de acuerdo con la definición de RAE, sería una:

“Moneda virtual gestionada por una red de computadoras descentralizadas que cuenta con un sistema de encriptación para asegurar las transacciones entre usuarios”³.

Ahora bien, el origen de su denominación tiene como fuente el idioma inglés; se utiliza entonces el término ‘*cryptocurrency*’⁴, cuyo equivalente, al efectuar la traducción al español es ‘criptomoneda’, siendo, por ende, términos válidos: criptomonedas y criptoactivos⁵, teniendo en consideración al *elemento compositivo*⁶ de la palabra ‘cripto’ que viene del griego clásico ‘*kryptos*’ y que significa ‘oculto’ y para los efectos de estas, el sentido y alcance de ‘protegido’ y evoca la idea de resguardo, siendo, en este sentido, uno de sus principales rasgos característicos, el empleo de técnicas de criptografía para otorgar seguridad a las transacciones que se realizan.

No hay que olvidar que la característica central de estas es otorgar seguridad en las transacciones desde el punto de vista de ciberseguridad, acción que como bien se señala precedentemente se logra a través de técnicas criptográficas llevadas a la informática. Como se sabe, la criptografía es sí una de las técnicas de data más antigua, pero en la actualidad es uno de los pilares en los que se basa la tecnología *blockchain* como se verá más adelante.

¹ BIT2ME ACADEMY, “¿Qué es un exchange de criptomonedas?: “El nombre de Exchange de criptomonedas o intercambio de criptomonedas hace mención de un espacio generalmente virtual, en el que se realiza acciones de compraventa de criptomonedas. Muchos exchanges también permiten operar con acciones o cualquier otro tipo de título financiero aceptado por la comunidad que lo conforma. El fin u objetivo de estos es sencillo: permitir al usuario o trader, participar en un mercado en el cual puede obtener ganancias gracias a las variaciones de precio que se dan en el mismo. Todo ello debido a que se opera con dichos activos usando el valor libre de mercado asociado a cada uno de ellos”.

² BBVA, “¿Cuál es la diferencia entre DLT y blockchain?”: “Desde un punto de vista más técnico, una DLT es simplemente una base de datos que gestionan varios participantes y no está centralizada. No existe una autoridad central que ejerza de árbitro y verificador. El registro distribuido aumenta la transparencia –dificultando cualquier tipo de fraude o manipulación– y el sistema es más complicado de ‘hackear’ ”.

³ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*.

⁴ *Cambridge dictionary*.

⁵ FUNDEU RAE, “Criptodivisa y criptomonedas, palabras válidas”.

⁶ Marta TORRES, “Sobre el empleo de las categorías ‘elemento compositivo’ y ‘prefijo’ en los diccionarios de la RAE”, p. 213.

En términos sencillos y no jurídicos, las criptomonedas son una serie de secuencias de firmas digitales, que, a su turno, generan una serie alfanumérica, toda esta creación e intercambio se efectúa mediante la utilización de un *software* por el cual se logra que todas estas interacciones sean enviadas en forma directa de un usuario a otro, evitando, de este modo, tener que pasar por la intermediación de una institución estatal o financiera, como ocurre con la moneda de curso legal. Quedando de manifiesto que no tienen existencia en el mundo concreto, real, pues solo existen en la red.

Ahora bien, en términos aún más generales, ellas son una representación digital de un valor que puede ser transferido y, además, almacenado digitalmente y cumple la función de: medio de pago, unidad de cuenta, depósito de valor, sin tener eso sí, reconocimiento de dinero legal de curso forzoso en casi ningún país, a excepción de El Salvador y La República Centroafricana como se estudiará más adelante, aunque con una escasa aceptación como modo de pago dentro de estos territorios. Lo anterior, debido, sin duda alguna, a su alta volatilidad que compromete su función como depósito de valor.

En la actualidad, existen innumerables tipos de monedas virtuales, y las cifras van en un continuo crecimiento, siendo las más importantes del mercado en la actualidad: bitcoin y Ether ETH.

2. CARACTERÍSTICAS

Hay que tener presente que estas criptodivisas, tienen como función principal constituir un medio de pago, una reserva de valor o unidad de cuenta. Además, cabe señalar que, con carácter general, la emisión de criptomonedas es descentralizada, es decir, no va vinculada a ningún Estado o Banco Central emisor en particular, por lo que facilita su uso en todo el mundo por igual.

Al descentralizarse no hay intermediarios y las transacciones se efectúan directamente de persona a persona (P2P), lo que contribuye a la economía colaborativa en el sector financiero. Al funcionar de esta manera se produce una reducción de costos, pues se elimina a los intermediarios. Dentro de sus ventajas de mayor impacto, se le atribuye la imposibilidad de ser falsificada o duplicada, eliminando el problema del doble pago, y esto se debe al empleo de un sistema criptográfico denominado *blockchain* o Cadena de Bloques.

En cuanto a las transacciones realizables con ellas, hay que considerar que son irreversibles, es decir, que una vez efectuadas no pueden ser anuladas o recuperadas, por lo cual, se transa confiando en la buena fe de quien las recibió para que, a su vez, las retorne voluntariamente, si se da el caso de que las haya recibido por error.

Es imposible no mencionar al bitcoin, siendo esta la criptomoneda más conocida en el mundo. Se cree que fue creada por un investigador o grupo de investigadores bajo el seudónimo de Satoshi Nakamoto⁷ con la tecnología *blockchain*. Es precisamente en el White Paper titulado “Bitcoin P2P e-cash paper” - “Bitcoin: un sistema de efectivo electrónico usuario-a-usuario”⁸, donde están contenidas sus bases conceptuales⁹, y los fundamentos para definir las criptomonedas desde el prisma de las ciencias sociales y económicas.

Esta gran revolución tecnológica del *blockchain* constituye una tecnología digital y descentralizada para coordinar información y grabar de modo permanente y constante en una base de datos compartida. En ella se replican todas las transacciones en miles de ordenadores, existiendo trazabilidad y seguridad. Todo ello concede seguridad y transparencia a las operaciones con bitcoin u otras criptomonedas que operen con esta tecnología o similar.

Como se señaló con anterioridad, estas transacciones son irreversibles y se caracterizan por su anonimato o pseudoanonimato, lo que no hace necesario revelar la identidad al realizar las transacciones, manteniendo así la debida privacidad de las partes intervinientes. Ahora bien, el total de este dinero virtual pertenece al titular, lo que evita que las cuentas sean intervenidas o congeladas, como ocurre con los sistemas bancarios tradicionales. Al no existir intermediarios, las transferencias son inmediatas y pueden enviarse a cualquier parte del globo, evitando las barreras geográficas y también cuantitativas, pues no existe un límite de montos a transferir.

Ahora bien, a pesar de todas las ventajas que poseen las criptomonedas no están exentas de riesgos en su negociación. Estos se relacionan con los ciberdelitos o la cibercriminalidad, tal es el caso de Ross Ulbricht (alias Pirata Roberts), el creador de la Ruta de la Seda o *Silk Road*¹⁰. En 2011, tenía a cargo una organización, que vendía y compraba drogas y armas a través de la web profunda (conocida en inglés también como *Deepweb*, *Darkwebo Hidden web*) utilizando bitcoin, cuyo sitio web fue cerrado por el FBI y

⁷ Satoshi Nakamoto es un alias, hasta el hoy no existe claridad respecto de quién fue el o los creador del bitcoin.

⁸ Satoshi NAKAMOTO, “Bitcoin: un sistema de efectivo electrónico usuario-a-usuario.

⁹ Bitcoin con B mayúscula se utiliza para describir el concepto de bitcoin o la totalidad de la red. Por ejemplo: “Hoy estuve aprendiendo sobre el protocolo Bitcoin” –bitcoin (unidad entera de cuenta); sin mayúscula, se utiliza para describir una unidad del mismo. Por ejemplo: “Hoy he enviado diez bitcoins”; a menudo se abrevia como BTC o XBT.

¹⁰ Vicente JIMÉNEZ, “Declarado culpable de narcotráfico el creador de la página web Silk Road”.

Ross Ulbricht condenado a cadena perpetua por la Corte Federal de Manhattan. O el cierre, en 2014, de la mayor casa de cambio de bitcoin del mundo con sede en Tokio, Mt.Gox¹¹, la cual se declaró en insolvencia al haber “desaparecido” 850 000 bitcoin como consecuencia de diversos ataques de jâqueres.

Otro de los riesgos que presenta es el de las operaciones de blanqueo de capitales y evasión de impuestos, que se produce por el anonimato de las transacciones, la ausencia de sometimiento a una regulación específica y la falta de control por parte de entidades supervisoras. Por todo lo anterior, es necesario contar con una legislación adecuada.

Dentro de las características que ya se enunciaban al inicio de este trabajo está la alta volatilidad que es intrínseca a las criptomonedas. Es así como el 13 de junio de 2022, el bitcoin cayó en más de un 7 %, hasta situarse en mínimos desde diciembre de 2020, después de permanecer durante el último mes estancado en los USD 30 000. Según los datos de Bloomberg, en la apertura de los mercados bursátiles europeos el bitcoin pierde un 7,27 % y se cotiza en USD 25 358 93.

El valor de esta divisa se reduce en un 45,26 % en el año, y en un 63,24 % desde los máximos históricos que alcanzó en noviembre de 2021, cuando rozó los USD 69 000¹². Y ahora en octubre de 2022 cotiza en USD 19 195 80, cayendo en 72,18 % desde su más alto valor. A lo anterior, hay que sumar su aún muy baja aceptación como medio de pago.

Finalmente, es importante señalar que la minería de criptomonedas¹³ produce un impacto negativo en el ambiente, producto del desgaste energético. Hay que tener presente que la minería de bitcoin, según reporta del CCAF¹⁴, que estudia este negocio, calcula que el consumo total de energía de bitcoin está entre 40 y 445 TWh¹⁵ al año, con una estimación central de aproximadamente 130 TWh. Cabe hacer notar que el consumo de electricidad del Reino Unido es un poco más de 300 TWh al año, mientras que Argentina usa casi la misma cantidad de energía que la mejor estimación

¹¹ Carlos HERNÁNDEZ, “Recordando la tragedia de Mt. Gox 5 años después”.

¹² DW, “El bitcoin pierde más de un 7 % hasta tocar mínimos de diciembre de 2020”.

¹³ La minería de criptomonedas designa el proceso de verificación y validación de transacciones de una *blockchain*. Es también el proceso que crea nuevas unidades. El trabajo que realizan los mineros requiere recursos computacionales intensivos, pero es lo que mantiene segura una red *blockchain*. Los mineros honestos y exitosos son recompensados por su trabajo con nuevas cripto que son creadas así como comisiones de transacción.

¹⁴ “Cómo el descomunal gasto de energía del bitcoin puede hacer explotar la “burbuja” de las criptomonedas”.

¹⁵ Un TWh es una unidad de potencia equivalente a un billón de vatios-hora (1012 Wh). El TWh se utiliza para conocer el índice de producción de energía eléctrica de un país importante.

del CCAF para el bitcoin. Y la electricidad que usan los mineros de bitcoin proviene abrumadoramente de fuentes contaminantes.

El equipo del CCAF encuestó a las personas que administran la red de bitcoin en todo el mundo sobre su uso de energía, y descubrió que alrededor dos tercios proviene de combustibles fósiles.

Como se puede apreciar en este capítulo, las criptomonedas tienen ventajas y desventajas que forman parte de sus características, pero aquellas que son negativas activan todas las advertencias de las autoridades de supervisión financiera de diferentes países para que no se invierta en ellas, lo que hace necesario que se redoblen los esfuerzos para tener una regulación acorde con los tiempos.

3. FORMAS EN QUE SE SUMINISTRAN LAS CRIPTOMONEDAS

Se distinguen dos formas de suministrar estas monedas: las minables y no minables. Dentro de las minables se debe distinguir entre minado por PoW y el minado por PoS. Las minables son aquellas en que sus unidades de cuenta son creadas a partir de un proceso de “extracción” de cálculos matemáticos denominado minería, con el objetivo de validar, verificar y extraer la divisa. Esta minería es la actividad por la cual se generan nuevas criptomonedas a través de complejas fórmulas matemáticas algorítmicas, por medio del uso de IA, esta técnica también sirve para confirmar las transacciones en una red *blockchain*. Para alcanzar el consenso distribuido, depende del algoritmo que utilice la red en el proceso de minería, PoW o el minado por PoS.

Por su parte, las criptomonedas no minables no utilizan el proceso de minería, por lo tanto, los participantes de la red no tienen potestad para crear nuevas monedas.

II. Categorías de criptomonedas

El año 2009 dio inicio una carrera cuyo punto de partida se denominó Bitcoin. Al punto que hoy existen ya multitud de tipos diferentes de esta criptodivisa que cuenta con características y usos propios. Aunque el bitcoin sea la más popular, lo cierto es que la cantidad de criptomonedas que existen es muy amplia, tanto que las fuentes más expertas hablan de más de cinco mil monedas de este tipo. Según el portal CoinMarketCap¹⁶, existen 9953

¹⁶ COINMARKETCAP, “Todas las criptomonedas”.

tipos distintos en circulación y lo más probable es que al término de este año 2022 este número se duplique.

Es importante aclarar que dentro de las criptomonedas existen tres categorías principales, a saber: bitcoins, altcoins y token.

1. BITCOINS

Como ya se señaló, la primera criptomoneda fue el bitcoin y se consagra como el paradigma del cual derivan las otras. Como bien lo indica Vanina Tschieder: “Se convirtió en el primer medio de cambio emitido por personas humanas, con vocación de transformarse en dinero digital”¹⁷. Cuando se puntualiza “emitido por personas humanas” es que la emisión es descentralizada y no interviene un emisor estatal, cuestión importante si se considera el contexto económico en el cual surgió el bitcoin. Posterior a la denominada crisis o burbuja inmobiliaria estadounidense del año 2008 conocida popularmente como la “crisis de las hipotecas *subprime*”, que se originó en Estados Unidos y provocó la caída de la compañía global de servicios financieros, entiéndase: banca de inversión, gestión de activos financieros e inversiones en renta fija, banca comercial, gestión de inversiones y servicios bancarios en general de Estados Unidos, Lehman Brothers, terminando así con 158 años de historia financiera; los efectos nocivos de los llamados activos tóxicos¹⁸ crearon una onda expansiva que generó una gran crisis en el sistema financiero y económico mundial. Afectando a la solvencia económica de las entidades financieras.

En este contexto histórico-económico, Satoshi Nakamoto¹⁹ hace ya casi catorce años, un día 31 de octubre del 2008, publicó el White Paper del Bitcoin titulado “Bitcoin P2P e-cash paper”. En el texto, explicó que su moneda digital era totalmente P2P²⁰, y no requería de un tercero para que se realizase una transacción. A través de una red entre pares, el Bitcoin solucionaba el problema del doble gasto²¹. Además, también permitía a los participantes

¹⁷ Vanina TSCHIEDER, *Derecho & criptoactivos: desde una perspectiva jurídica, un abordaje sistemático sobre el fenómeno de las criptomonedas y demás activos criptográficos*, p. 6.

¹⁸ Federico CABALLERO, “Activo tóxico”. DEFINICIÓN TÉCNICA: Un activo tóxico es aquel activo financiero de baja calidad y mucho riesgo, cuyo valor contable es más alto que el precio de mercado. Este, por lo tanto, será muy difícil de vender. Es decir, es un activo ilíquido.

¹⁹ Jesús SANTAELLA, “¿Quién es Satoshi Nakamoto y por qué puede ser una amenaza al bitcoin?”.

²⁰ P2P: punto a punto se refiere a los sistemas que trabajan como una organización colectiva, permitiendo que cada individuo interactúe directamente con otros. En el caso de Bitcoin, la red se construye de tal manera que cada usuario está transmitiendo transacciones de otros usuarios. Y algo muy importante, ningún banco se requiere como intermediario.

²¹ Doble gasto: cuando un usuario malintencionado intenta gastar sus bitcoins en dos destinatarios al mismo tiempo se denomina doble gasto. La minería de Bitcoin y la cadena de

de la red mantenerse en el anonimato de forma segura, mediante el uso de un algoritmo de consenso PoW, que en español significa prueba de trabajo.

Ahora bien, el *software* de Satoshi Nakamoto fue publicado como código abierto y público, entonces cualquiera era libre de utilizarlo y modificarlo, eso explica el por qué del gran número de tipos de criptomonedas existentes.

La unidad de cuenta del bitcoin es el satoshi, por lo que hay que tener presente que un bitcoin es igual a 100 000 000 de satoshi, por tanto, un satoshi es igual 0,00000001 bitcoin, permitiendo reflejar saldos de hasta ocho decimales, siendo, entonces, el satoshi la unidad más pequeña de un bitcoin. Esto permite comprar una fracción de bitcoin. Luego, todas las demás criptomonedas determinan su valor en función al bitcoin.

En la actualidad existe todo un sistema con una red de pagos y *software* específico que permiten llevar la operativa transaccional a cabo.

2. *ALTCOINS*

A partir del bitcoin, se inició todo un desarrollo en el mercado de las criptomonedas, surgiendo un sin fin de alternativas monetarias del mismo tipo. Su característica de ser de código abierto permitió que cualquier persona que supiera de código computacional pudiera replicar el *software* de Bitcoin, cambiar algunas variables relevantes, como la masa monetaria o el tiempo de confirmación de los bloques, y crear así su propia criptomoneda, naciendo el concepto altcoins, que hace referencia a cualquier criptomoneda que usa un *blockchain* y que no es Bitcoin. Ejemplo de Altcoins: Ethereum, Litecoin, Zcash, Bitcoin Cash, etcétera.

3. *TOKEN*

Al ir avanzando la tecnología *blockchain* en sus posibilidades de uso, también se fueron creando otros tipos de aplicaciones para el mercado criptográfico.

En la actualidad se está en presencia de la tokenización de la economía y del mundo físico, donde lo que tiene valor dentro de un contexto en el mundo concreto, tiene su representación digital en el mundo del *blockchain*, esa representación se llama token. Y consiste en transformar activos del mundo real, digitalizándolos y convirtiéndolos en token.

El token digital tiene como subyacente un activo físico, pero a partir de su digitalización, permite ser asociado a una cadena de bloques o *block-*

bloques permiten crear un consenso en la red acerca de cuál de las dos transacciones es considerada válida.

*chain*²². Emplean métodos criptográficos, por lo que son llamados criptotokens.

Los tokens pueden servir como medios de intercambio, pero también cumplir con otras funciones tales como: representar digitalmente un activo físico, inmuebles, productos, materias primas, obras de artes, todo tipo de derechos u objetos con valor económico.

El término ‘token’ es más amplio que el término ‘criptomonedas’, ya que al poseer otras funcionalidades diferentes a la de medio de pago lo diferencian a las criptomonedas.

Hoy en día, tiene bastante aplicación en la automatización de pagos en los llamados *smart contracts* o contratos inteligentes.

Concluyendo este punto es posible afirmar, entonces, que los tokens o criptotokens son desarrollados con tecnología *blockchain* y tienen un sinfín de funciones que, sin duda, correspondería desarrollar en otra oportunidad por la extensión del tema, funciones que, incluso, están fuera del campo económico.

III. Tecnología blockchain

La primicia de las criptomonedas es la tecnología subyacente detrás de ellas, llamada cadena de bloques o *blockchain*, que permite a cada cliente de la red llegar a un consenso sin la necesidad de tener que confiar entre ellos.

La cadena de bloques planteada por Satoshi Nakamoto es un uso particular de la tecnología DLT, consistente en unidades descentralizadas que almacenan el registro de un hecho económico y generan un nuevo registro para conservar la historia de los sucesos; a través de DLT se van agregando registros a una cadena de hechos que reflejan la realidad virtual de la transacción, mediante una validación llamada mecanismo de consenso.

Queda de manifiesto, entonces, que el origen del *blockchain* o cadenas de bloques está íntimamente ligado a la tecnología DLT. Es por este motivo que ambos términos suelen utilizarse como sinónimos, es cierto que en algunos contextos pudiera aplicar, pero, sin duda alguna, existen diferencias que permiten distinguirlos.

Pero hay que tener presente que la idea detrás de la tecnología *blockchain*, surgió cuando en 1991 los científicos Stuart Haber y W. Scott Stornetta lograron implementar una solución computacional práctica para los documentos digitales con sello de tiempo o *timestamping* para que estos

²² TSCHIEDER, *op. cit.*, p. 18 y s.

no fueran modificados y manipulados, usando una cadena de bloques con seguridad criptográfica para almacenar los documentos con sello de tiempo²³. Con posterioridad, se incorporan a este diseño los árboles Merkle²⁴, permitiendo así que varios documentos se reunieran en un solo bloque. Por desgracia, esta tecnología no fue utilizada y la patente caducó cuatro años antes del inicio de Bitcoin.

Ahora bien, el nombre de cadena de bloques se debe a que la estructura de datos de la información contenida se agrupa en bloques, que se van uniendo y formando una cadena y cada bloque se asimila a un eslabón al que sucesivamente se le va agregando un nuevo bloque y cada uno de estos contiene la información del anterior, los que se unen en una línea temporal y cronológica a través de técnicas criptográficas. Pero aquí está la gracia de esta tecnología, la información que contiene cada uno de ellos, solo puede ser rechazada o editada modificando todos los bloques posteriores, lo que la hace segura.

Como se comentó, se va creando una cadena de bloques que se unen cronológicamente con un sello de tiempo, este proceso se realiza por medio de funciones criptográficas denominadas hash²⁵, generando un código a través de un algoritmo matemático, por lo que se cierra cada bloque por medio de esta firma criptográfica.

En palabras de Vanina Tschieder:

“[...] es el sello identificador que le da una identidad propia a cada bloque; cumpliría la misma función que cumplen las huellas dactilares para las personas humanas [...]”²⁶.

²³ Sello de tiempo: un sellado de tiempo –o sello de tiempo– es un mecanismo que permite probar la integridad de una serie de datos. Es decir, permite demostrar que esos datos han existido en un momento determinado, y que no han sido alterados desde entonces.

²⁴ Árbol de Merkle: Un árbol hash de Merkle (en inglés, Merkle hash tree) o árbol de Merkle o árbol hash es una estructura de datos en árbol, binario o no, en el que cada nodo que no es una hoja está etiquetado con el hash de la concatenación de las etiquetas o valores (para nodos hoja) de sus nodos hijo. Son una generalización de las listas hash y las cadenas hash.

Permite que gran número de datos separados puedan ser ligados a un único valor de hash, el hash del nodo raíz del árbol. De esta forma proporciona un método de verificación segura y eficiente de los contenidos de grandes estructuras de datos. En sus aplicaciones prácticas, normalmente el hash del nodo raíz va firmado para asegurar su integridad y que la verificación sea totalmente fiable. La demostración de que un nodo hoja es parte de un árbol hash dado requiere una cantidad de datos proporcional al logaritmo del número de nodos del árbol. Fue patentado en 1979 por Ralph Merkle.

²⁵ BIT2ME ACADEMY, “¿Qué es un hash? Hash: un hash es el resultado de una función hash, la cual es una operación criptográfica que genera identificadores únicos e irrepetibles a partir de una información dada. Los hashes son una pieza clave en la tecnología *blockchain* y tiene una amplia utilidad.

²⁶ TSCHIEDER, *op. cit.*, p. 15.

El objetivo primordial, entonces, es codificar datos para formar una cadena de caracteres única. Todo ello sin importar la cantidad de datos introducidos inicialmente en la función. Estas funciones sirven para asegurar la autenticidad de datos, almacenar de forma segura contraseñas y la firma de documentos electrónicos, etcétera.

Lo interesante es que hoy la tecnología *blockchain* está ganando mucha atención general y ya se utiliza en una variedad de aplicaciones, no limitadas a las criptomonedas, sino, más bien, independientes de ellas, al punto que si estas desaparecieran del escenario económico, aun así seguirá teniendo utilidad la tecnología de cadenas de bloques. ¡Quién sabe!, la tecnología *blockchain* puede ser la que reemplace a los ministros de fe en el futuro.

IV. Naturaleza jurídica de las criptomonedas en el derecho comparado

No cabe duda de que la regulación de las criptomonedas es un tema de actualidad para todos los gobiernos del orbe, y genera muchos desafíos centrados en poder determinar, en primer lugar, cuál es su naturaleza jurídica para poder así establecer el régimen legal que le es aplicable. Cuestión que no es fácil cuando hay que seguir el ritmo de la rápida evolución de la tecnología en el ámbito mundial y cómo esta se hace presente en todos los aspectos de la vida humana, sobre todo en el área financiera.

Hay que considerar, sin duda alguna, que son una innovación de gran impacto en lo que se refiere a tecnologías financieras, lo que actualmente se denomina FinTech²⁷. No obstante, en el derecho comparado no se ha producido una regulación integral que atienda a una naturaleza legal específica que vaya destinada a hacer frente a la dinámica propia de este fenómeno.

Cuando se estudia el derecho comparado, queda de manifiesto que se han producido únicamente exigencias puntuales por parte de diferentes agencias regulatorias, quienes han asociado las criptomonedas a sus objetos de vigilancia, inspección y control. Tratan, en alguna medida, de equiparar a instrumentos financieros, valores, activos o *commodities*, por nombrar algunos, pretendiendo aplicar las regulaciones de otras figuras legales a las criptomonedas, sobre todo a la hora de asegurar el pago de los impuestos.

²⁷ El significado de Fintech se relaciona con el conjunto de empresas y servicios financieros que transforman el uso de la tecnología informática en pro de revolucionar la forma en que se presta y entienden los servicios administrativos y financieros.

1. ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos las criptomonedas son consideradas simultáneamente como un instrumento similar al *dinero, a un valor, a una mercancía y a una propiedad*. Esto se produce dado que al ser dispersa la legislación, consecuencia del sistema federal, donde se generan legislaciones particulares en cada uno de los Estados federados y también por la legislación realizada por los propios órganos regulatorios, y todo esto acompañado de los fallos emanados de las autoridades judiciales.

El Departamento del Tesoro de Estados Unidos a través de la FinCEN, agencia cuya misión es:

“[...] Salvaguardar el sistema financiero del uso ilícito y combatir el blanqueo de dinero y promover la seguridad nacional a través de la recopilación, el análisis y la difusión de la inteligencia financiera y el uso estratégico de las autoridades financieras”²⁸.

En el año 2013 indicó que el dinero digital era un medio de intercambio que tenía un valor equivalente de la moneda legal, no calificando a los criptoactivos como monedas del curso legal, solo le otorgó una connotación similar al dinero de curso forzoso²⁹.

Por su parte, la SEC³⁰, estamento que regula el mercado de valores, ha indicado en reiteradas oportunidades que la emisión de nuevas criptomonedas y tokens a través de ICO³¹, es considerada como una venta de valores (*Securities*).

Mientras tanto, la CFTC³², organismo que regula *commodities*, futuros y derivados, las considera como *commodities* y lo mismo ocurre con sus derivados.

Ahora bien, la autoridad encargada de la recaudación fiscal, IRS, que es el símil del Servicio de Impuestos Internos de Chile, ha manifestado en

²⁸ FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK, “What We Do”.

²⁹ *Enciclopedia jurídica*, “Curso forzoso”.

Curso forzoso: (derecho civil), (derecho comercial). Curso forzoso de la moneda significa que los particulares no pueden exigir del Banco de Francia la conversión en oro de sus billetes de banco. La institución del curso forzoso agrava singularmente las consecuencias del curso legal. V. Curso legal. Expresión que, referida a la moneda (v.), indica que los particulares no pueden exigir, de la institución oficial emisora de los billetes de banco, la conversión de éstos en oro, lo que, según algunos autores, agrava principalmente las consecuencias del curso legal (v.).

³⁰ U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION.

³¹ Jake FRANKENFIELD, “Initial Coin Offering (ICO): Coin Launch Defined, with Examples”.

³² CFTC COMMODITY FUTURES TRADING COMMISSION.

su aviso 2014-21, sección 4³³, que para los efectos tributarios el tratamiento que le otorga a las criptomonedas es de una propiedad.

Solo a modo de comentario a este escenario regulatorio, hay que agregar toda la normativa emanada de los Estados federados y de las autoridades judiciales, lo que genera que la naturaleza jurídica de estos activos no pueda ser establecida en forma unívoca, lo que no permite delimitar las características específicas de estas y mucho menos un marco regulatorio propio y adecuado.

2. JAPÓN

Japón fue el primer país del mundo en promulgar una ley que define la moneda virtual como un término legal, hay que tener presente que la legislación japonesa está orientada a la protección de los clientes en los intercambios de criptomonedas, pero también hacer frente al lavado de dinero y financiación del terrorismo. Además, la legislación japonesa las considera como un activo denominado en moneda, pero no de curso legal³⁴.

Con la promulgación de la Ley de Moneda Virtual de 2017, el uso del bitcoin y ethereum, se reconocen como un método de pago legal, esto va de la mano con que las transacciones efectuadas en esta divisa virtual están libres de impuestos al consumidor en Japón³⁵. Así, la legislación japonesa ha ido teniendo enmiendas; tales como, su nueva denominación legal: “activos criptográficos” en vez de “monedas virtuales”, esto con el fin de evitar que sean jurídicamente identificadas como monedas de curso legal. Dicha medida está alineándose con las expresiones utilizadas en conferencias internacionales como, por ejemplo, en el G20³⁶.

3. REINO UNIDO

Por su parte, el Reino Unido considera la criptomoneda como propiedad, pero no como moneda de curso legal. Además, los intercambios deben registrarse en la Autoridad de Conducta Financiera del Reino Unido (Financial Conduct Authority) y tienen prohibido ofrecer operaciones con derivados. Asimismo, el organismo regulador ha introducido requisitos es-

³³ INTERNAL REVENUE SERVICE, “Bulletin: 2014-16”.

³⁴ Miguel Ángel GARCÍA-RAMOS, Ricardo REJAS, “Análisis del desarrollo normativo de las criptomonedas en las principales jurisdicciones: Europa, Estados Unidos y Japón, p. 9.

³⁵ Damián ESCOBAR, “Es oficial: Japón decreta transacciones con criptomonedas libres de impuestos al consumidor”.

³⁶ Genny DÍAZ, “Japón enmienda leyes sobre criptomonedas para limitar el comercio especulativo”.

pecíficos relacionados con “conoce a tu cliente” (Know Your Customer³⁷), tales son, el blanqueo de dinero (Anti Money-Laundering) y la lucha contra la financiación del terrorismo (CFT)³⁸. Aunque los inversores todavía pagan impuestos sobre las ganancias de capital del comercio de criptomonedas, la tributación depende del tipo de actividad realizada y de quién participa en la transacción³⁹.

4. AUSTRALIA

La legislación australiana clasifica las criptomonedas como propiedad legal, por lo que posteriormente las somete al impuesto sobre las ganancias de capital. Los *exchanges* son libres de operar en el país, siempre que se registren en el AUSTRAC y cumplan con obligaciones específicas AML y CTF⁴⁰. En 2019, la Comisión Australiana de Valores e Inversiones introdujo requisitos reglamentarios para las ofertas iniciales de monedas (ICO) y prohibió los *exchanges*, que ofrecen monedas privadas⁴¹.

Si bien es cierto que en algunos países hay concordancia en clasificar a las criptomonedas como propiedad, no existe homogeneidad de criterios y de normativas que permitan generar una convención a escala global sobre cuál será el tratamiento que permita establecer la naturaleza jurídica de estas.

V. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las criptomonedas en Chile?

Hasta el momento no existe una ley que regule las criptomonedas, y determinar su naturaleza jurídica, sin duda alguna, es de suma importancia, dado que permitiría situarlas en algunas de las categorías jurídicas existentes,

³⁷ KYC o, por sus siglas en inglés, “Know Your Customer (conoce a tu cliente)”, es la práctica que realizan las compañías para verificar la identidad de sus clientes cumpliendo con las exigencias legales y las normativas y regulaciones vigentes, tales como AML, LGPD y eIDAS.

El extenso uso de las nuevas tecnologías e internet hace necesario la definición de unas normas que ayuden a luchar contra el fraude en línea. En este sentido, el procedimiento KYC responde a un imperativo legal y global para cualquier tipo de negocio que quiera incorporar a un usuario como cliente, sobre todo necesario para empresas financieras, así como aseguradoras, bienes raíces o, también, empresas de intercambio de criptomonedas.

³⁸ FCA FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY “Cryptoassets”.

³⁹ Gov.UK, “Cryptoassets Manual”.

⁴⁰ AUSTRALIAN GOVERNMENT. AUSTRAC, “Digital currency exchange providers”.

⁴¹ AUSTRALIAN SECURITIES & INVESTMENT COMMISSION, “Crypto-assets”.

para así establecer a ciencia cierta el régimen legal que les es aplicable. Es imprescindible, por tanto, dilucidar la naturaleza jurídica de estos activos.

1. DINERO

Una de las funciones más importantes de las criptomonedas es servir como medio de pago –similar al dinero–, lo que ha generado que se discuta, si es posible, su definición y tratamiento como dinero. No obstante, no es un medio de pago de general aplicación como ya se ha señalado, puesto que no cuenta con el respaldo de un banco central u otra autoridad y, por ende, no están cubiertas por mecanismos de protección al cliente.

Como lo señala José de Gregorio:

“El dinero es un activo que es parte de la riqueza financiera de las personas y las empresas y es ampliamente usado para hacer transacciones”⁴²

de esta definición se deduce que el dinero forma parte de la riqueza y es usado para realizar transacciones, tal como las criptomonedas. Ahora bien, para poder precisar qué es el dinero y así analizar si las criptomonedas lo es, resulta oportuno definirlo por sus funciones. Estas son: medio de pago, unidad de cuenta y depósito de valor. A continuación, se considera cada función.

Al decir que el dinero es un medio de pago, se hace referencia a su característica básica de que puede ser usado para realizar transacciones, de este modo los bienes y servicios se intercambian por dinero⁴³. Por su parte, las criptomonedas, a pesar de ser utilizadas como medio de pago por ser de transferencia directa, sin pago de comisiones a entidades financieras y permitiendo transacciones sin límites de montos, hacen que sea el mecanismo ideal para ser empleado por internet, pero a pesar de todo esto no hay un número significativo de comercios que las acepten como medio de pago, como ocurre con el peso chileno, el dólar, el euro etc., que son monedas del curso legal, al igual como ocurre con otros medios de pago.

Que sea una unidad de cuenta, quiere decir que los precios de los bienes se expresan en términos de dinero⁴⁴. En el caso de las criptomonedas, en especial el bitcoin al poder fraccionarse en unidades pequeñas (un bitcoin hay 100 000 000 de satoshi) permite modular el valor en forma exacta respecto de otros bienes, lo que lo hace útil como unidad de cuenta.

Por último, que el dinero sea un depósito de valor (reserva), permite que pueda usarse para acumular activos, es decir, el dinero puede utilizarse

⁴² JOSÉ DE GREGORIO, *Macroeconomía. Teoría y políticas*, p. 394.

⁴³ DE GREGORIO, *op. cit.*, p. 395.

⁴⁴ *Ibid.*

para ahorrar y con esto lograr transferencias de recursos hacia el futuro⁴⁵. En cuanto a las criptomonedas, también son usadas como depósito de valor, pero debido a su alta volatilidad, su fluctuación abrupta de un monto a otro, hace que sea riesgoso invertir en ellas, como forma de acumular riquezas producto de las bajas que puede sufrir su valor y, por ende, el patrimonio de quien invierte en ellas.

Queda de manifiesto que las criptomonedas tienen similitud con las funciones del dinero, pero mientras estas no cuenten con una legislación específica, no logren una estabilidad en su valor y no sean aprobadas como medio de pago de general aceptación, cuesta poder catalogarlas como dinero desde el punto de vista económico.

Por otra parte, y desde la mirada jurídica chilena, es solo la ley quien puede establecer qué es dinero, esto se desprende del artículo 63 n.º 12 de la Constitución Política de la República, que señala las materias de ley. Dentro de este catálogo se encuentra aquellas leyes que señalan el valor, tipo y denominación de las monedas y el sistema de pesos y medidas⁴⁶.

Ahora bien, el decreto ley n.º 1123 del año 1975, que sustituye la unidad monetaria en su artículo n.º 1 inciso primero, prescribe:

“A partir del 29 de septiembre de 1975, la unidad monetaria de Chile será el ‘peso’ cuyo valor y poder liberatorio será igual a un mil escudos de la moneda en actual circulación. Su símbolo será la letra S sobrepuesta con una o dos líneas verticales y se antepondrá a su expresión numérica”⁴⁷.

Atendiendo a lo prescrito en esta norma legal, en todo el territorio nacional solo existe como moneda de curso legal el peso, por lo tanto, ninguna criptomoneda u otra unidad monetaria puede ser considerada como tal.

Esto se ve refrendado en el artículo 4 del mismo decreto ley n.º 1123 del año 1975, que señala:

“A partir de la vigencia de este decreto ley, todos los actos y contratos, documentos de cualquier naturaleza, incluidas las facturas, cheques, letras y demás instrumentos de crédito, las designaciones de precios, remuneraciones y servicios, demás obligaciones y cualquiera otra actuación pública o privada que implique el empleo de dinero, se expresarán en la nueva unidad monetaria ‘peso’ y su submúltiplo el ‘centavo’”.

Con esto se impone el uso forzoso del peso en Chile⁴⁸, que descarta que las criptomonedas tengan validez de monedas en Chile.

⁴⁵ DE GREGORIO, *op. cit.*, p. 395.

⁴⁶ Constitución Política de la República de Chile de 1980, artículo 63 n.º 12.

⁴⁷ DL n.º 1123, artículo n.º 1 inciso primero.

⁴⁸ DL n.º 1123, artículo n.º 4.

Lo anteriormente señalado se complementa con lo indicado en la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central en su artículo 31, que señala:

“Los billetes y monedas emitidos por el Banco serán los únicos medios de pago con poder liberatorio y de circulación ilimitada; tendrán curso legal en todo el territorio de la República y serán recibidos por su valor nominal. No se aplicará lo dispuesto en este artículo a las monedas de oro”⁴⁹.

Hay que tener muy presente que, hasta este momento, no existe ninguna ley en Chile que valide las criptomonedas como moneda o signo de medida, por lo que hay que concluir que jurídicamente en Chile, las criptomonedas no pueden ser consideradas como monedas o signo de valor y, por consiguiente, no son dinero. Así queda de manifiesto en la legislación que considera como billetes y monedas del curso legal con poder liberatorio y circulación ilimitadas aquellas expresadas en pesos que el Banco Central saque a circulación.

2. DIVISA VIRTUAL

Las divisas son las monedas utilizadas en una región o país ajeno a su lugar de origen o unión monetaria. Estas se intercambian en el mercado monetario mundial, por lo que su precio fluctúa respecto a otras divisas, estableciendo distintos tipos de cambio, en caso de que el tiempo de cambio sea flexible. Y si es un tipo de cambio fijo, el Banco Central define su valor en relación con la otra divisa.

También se conoce como divisa al dinero en moneda de otros países que se encuentra en depósitos bancarios⁵⁰.

Es así como la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, en su artículo n.º 39 inciso segundo, señala:

“Se entiende por moneda *extranjera o divisa*, para estos efectos, los billetes o monedas de países extranjeros, cualquiera que sean su denominación o características, y las letras de cambio, cheques, cartas de crédito, órdenes de pago, pagarés, giros y cualquier otro documento en que conste una obligación pagadera en dicha moneda”⁵¹.

Por tanto, hasta aquí se puede sostener que las criptomonedas no pueden ser consideradas como monedas extranjeras o divisas por no ser reconocidas por ningún Estado, ni mucho menos ser representativas de monedas extranjeras, dado que en ellas no consta una obligación pagadera ni en

⁴⁹ Ley n.º 18840, artículo n.º 31.

⁵⁰ ANDBANK. Private Bankers, “¿Qué son las divisas?”

⁵¹ Ley n.º 18840, artículo n.º 39 inciso segundo.

moneda extranjera ni en moneda nacional, puesto que las operaciones de cambio de criptomonedas a moneda de curso legal o extranjera y, viceversa, y, por cierto, su uso y aceptación, son siempre de carácter voluntario.

Esta afirmación tenía validez total hasta antes del 7 de septiembre de 2021, fecha en la cual El Salvador se convierte en el primer país del mundo en adoptar el bitcoin como moneda de curso legal dentro de su territorio, con la entrada en vigor de la “Ley Bitcoin”⁵², siguiéndole, la República Centroafricana en abril de 2022 donde entra en vigor la ley que declara el bitcoin como moneda de curso legal dentro de su territorio⁵³.

Con este cambio de escenario y existiendo a la fecha dos países que declararon moneda de curso legal al bitcoin, y como bien señala Matías Pascuali Tello:

“[...] Si un país extranjero declarase al bitcoin como una ‘moneda’, o si se modificara la ley nacional y se declarase a la criptomoneda como divisa, le aplicará a su compra y venta toda ley que se refiera al cambio internacional y el señalado Banco podrá regular toda operación de compra y venta, en los mismos términos que se han señalado para el Peso”⁵⁴.

Aquí se estaría frente al primer supuesto señalado por Matías Pascuali y habría que aplicar todas las leyes que se refieren al cambio internacional.

A pesar del reconocimiento del bitcoin como moneda de curso legal en los países anteriormente señalados, de igual modo quedan sin reconocimientos las demás criptomonedas (altcoins) existentes en la actualidad, que, de todas formas, no pueden ser consideradas como moneda de curso legal o divisas por no ser representativas de monedas extranjeras, dado que en ellas no consta una obligación pagadera ni en moneda extranjera, ni en moneda nacional, puesto que son siempre de carácter voluntario y hay que agregar que su generación (emisión) se realiza en forma descentralizada y no bajo el alero de un Banco Central o institución financiera.

3. TÍTULO DE VALOR

Hay que tener presente que para los efectos de la Ley n.º 18045 sobre mercado de valores, en su artículo 3 inciso 1.º, señala:

“[...] Se entenderá por valores cualesquiera títulos transferibles incluyendo acciones, opciones a la compra y venta de acciones, bonos, debentures,

⁵² BBC NEWS MUNDO, “Bitcoin: El Salvador se convierte este martes en el primer país del mundo en adoptar la criptomoneda como divisa de curso legal”.

⁵³ Miguel ARROYO, “Bitcoin es moneda de curso legal en un segundo país: la República Centroafricana”.

⁵⁴ Matías PASCUALI, “Criptomonedas: su tributación, un análisis comparado”, p. 117.

cuotas de fondos mutuos, planes de ahorro, efectos de comercio y, en general, todo título de crédito o inversión”⁵⁵.

Por otra parte, según lo señalado por la Superintendencia de Valor y Seguros:

“De acuerdo a dicha definición legal, los ‘valores’ son limitados y no se asimilan a cualquier ‘instrumento financiero. En efecto, del análisis de otros cuerpos legales, podemos señalar que, por ejemplo, la ley N° 20.345, sobre sistemas de compensación y liquidación de instrumentos financieros, de 2009, utiliza la denominación ‘instrumentos financieros’, como un concepto más amplio, definiéndolos en el número 8 del artículo 1 de esta ley como ‘valores de conformidad a lo establecido en el artículo 3o de la ley No 18.045, sobre Mercado de Valores y, en general, cualquier título, derecho, acto, contrato, factura, producto o moneda extranjera, negociables en mercados nacionales o extranjeros. En todo caso, se excluye la moneda nacional’”⁵⁶.

Para poder determinar qué cabe dentro de los conceptos de ‘valor’ hay que seguir los criterios señalados por la Superintendencia de Valores y Seguros en los oficios ordinarios números 987 de 2006 y 9100 de 2017, donde se indica:

- 1) Debe tratarse de un título de crédito o inversión.
- 2) Debe ser título autónomo y abstracto.
- 3) Debe ser títulos transferibles⁵⁷.

Por tanto, las criptomonedas no son título de valor porque ellas no contienen en sí mismas obligaciones sobre bienes muebles o mercaderías; obligaciones personales o sociales. A diferencia de los títulos de “valor”, no traen o involucran por sí solas un derecho de carácter patrimonial, que pueda ser real, personal o social, pese a que sí son esencialmente transferibles. No tienen respaldo de personas o instituciones sobre las cuales se pueda ejercer con posterioridad su crédito.

Además de lo dicho, habría que agregar lo que Matías Pascuali ha señalado al respecto:

“[...] No es un ‘valor’ por diversas razones, entre las que destaca, el no ser un instrumento, ya que no es un documento, sino que un intangible, el no suponer la existencia de una deuda y una acreencia y el no obedecer a ninguno de los títulos de valores que la ley dispone”⁵⁸.

⁵⁵ Ley n.º 18045, artículo 3 inciso 1.º.

⁵⁶ SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, oficio ordinario n.º 3502.

⁵⁷ SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, *op. cit.*

⁵⁸ PASCUALI, *op. cit.*, p. 121.

4. MEDIO O FORMA DE PAGO

De acuerdo con el artículo n.º 1568 del *Código Civil*: “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”⁵⁹, siendo, entonces, el pago un modo de extinguir las obligaciones contraídas por las partes de un contrato, por ende, cabe pensar si estas pueden ser consideradas como un medio de pago a pesar de su alta volatilidad, la falta de respaldo normativo, su intrínseca naturaleza digital y su emisión y transacción sin la intervención y respaldo de un estamento estatal.

Pero, por otra parte, hay que considerar que de cierto modo cumplen con las funciones económicas propias de las monedas y puede, de alguna manera, servir como sustituto del dinero.

Hay que tener presente que, como bien señala Matías Pascuali:

“[...] Nuestra legislación no contempla el carácter jurídico de la criptomoneda, es posible que, para esos efectos, se empleen criterios extranjeros y principalmente españoles, habida consideración a la marcada influencia que ejerce este derecho sobre el chileno”⁶⁰.

Esta afirmación se ve respaldada si se considera el:

“Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, cuyo artículo 27 desarrolla una nueva Disposición adicional segunda en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en virtud de la cual se aprueba la creación de un Registro de proveedores de servicio de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos, bajo la supervisión del Banco de España”^{61,62}.

Por su parte, el TJUE, que está llamado a interpretar la legislación de la Unión Europea para garantizar que se aplique de la misma manera en todos los países miembros y resuelve los litigios entre los gobiernos nacionales y las instituciones europeas⁶³, en la sentencia C-264/14 del 22 de octubre de 2015 de la Sala Quinta, causa *Skatteverket con David Hedqvist*⁶⁴, consideró que las criptomonedas podían encuadrarse dentro del concepto amplio de divisa recogido en el artículo 135. e) de la directiva 2006/112/CE del Consejo⁶⁵, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

⁵⁹ DFL n.º 1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil chileno, artículo n.º 1568.

⁶⁰ PASCUALI *op. cit.*, p. 118.

⁶¹ DAMIÁN RUBIO, *Las criptomonedas como medio de pago*, p. 54

⁶² BOE. Legislación consolidada, núm. 101.

⁶³ UNIÓN EUROPEA, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

⁶⁴ “Sentencia Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 22 de octubre de 2015”.

⁶⁵ BOE, directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido

A esto hay que agregar que el TJUE, en la sentencia C-461/12 del 12 de junio de 2014 de la Sala Quinta, causa Granton Advertising BV con Inspecteur van de Belastingdienst Haaglanden/kantoor Den Haag en relación con el concepto “otros efectos comerciales”, con ocasión de ventas de tarjetas de descuento denominadas Granton, señala que son instrumentos de pago los que permiten la transferencia de dinero, de esta interpretación, se concluye que las criptomonedas por sus propias características son un medio de pago y estarían dentro del concepto de “otros efectos comerciales”.

Siguiendo esta línea, ellas deben ser consideradas como medio de pago, con todo lo que significa otorgarles esta naturaleza jurídica. Aquí se concuerda con Matías Pascuali en el sentido de que si el Banco Central hiciera uso de sus facultades y las distinguiese como un sistema de pago reconocido por las leyes extranjeras o se le ordena como un mecanismo de pago reconocido por la legislación nacional, todas las operaciones que se realicen en torno a las criptomonedas incluidas las de *exchanger*, estarían sujetas a las normas que regulan la extinción de obligaciones⁶⁶.

Y, si bien es cierto que ellas no cuentan con la emisión y el respaldo de una autoridad central (Banco Central), la posibilidad de entenderlas como un medio de sustitución del dinero fiat o fiduciario⁶⁷, dejaría abierta la posibilidad de admitir su utilización en aquellos supuestos donde exista la posibilidad de utilizar otros medios de pago. Por tanto, debería, a lo menos, ser considerada la posibilidad de concebir a las criptomonedas como un medio de pago un tanto especial.

Conclusión

Sin duda alguna, la tecnología avanza a ritmos vertiginosos, y provoca que el derecho haga frente a esos desafíos aun en forma tardía y haciéndose cargo de las nuevas realidades, así como van surgiendo, pero no con la prontitud debida.

En el área FinTech, la irrupción de las criptomonedas, criptoactivos y, por cierto, de la tecnología *blockchain*, esta última que nació con un obje-

⁶⁶ PASCUALI, *op. cit.*, p. 118.

⁶⁷ BINANCE ACADEMY, “¿Qué es dinero fiat? El dinero fiat, en pocas palabras, es dinero de curso legal cuyo valor no deriva del hecho de ser un bien físico o mercancía, sino por ser emitido y respaldado por un gobierno. La fortaleza del gobierno que establece el valor de una moneda fiat es clave para esta forma de dinero. La mayoría de los países del mundo utilizan este sistema monetario para adquirir bienes y servicios, así como para invertir y ahorrar. El dinero fiat sustituyó al patrón oro y otros sistemas de dinero mercancía como mecanismo para establecer el valor de curso legal.

tivo bien definido por su creador Satoshi Nakamoto, han generado desafíos de gran importancia y magnitud para el mundo del derecho.

La falta de una regulación especializada con respecto a las criptomonedas provoca vacíos importantes en el derecho positivo, lo que hace necesario implementar nuevas normas, pero para lograr esto es pertinente generar un consenso en el ámbito internacional de cuál es su naturaleza jurídica.

El surgimiento de las criptomonedas ha llevado tanto a las autoridades internacionales como nacionales a ajustar estas nuevas realidades a situaciones existentes en el tratamiento que se les da tanto en el ámbito económico, tributario como jurídico.

Ante la pregunta: ¿cuál es la naturaleza jurídica de las criptomonedas en Chile?, se concluye que en el ordenamiento nacional no hay norma jurídica que las regule, por tanto, no existe una identificación clara de la naturaleza jurídica de estas.

No obstante, es de señalar que a lo menos debiera ser considerada la posibilidad de concebir a las criptomonedas como un medio de pago, lo que llevaría a que el ordenamiento jurídico nacional lo reconociera como tal, ya sea por las leyes extranjeras o que se establezca como un mecanismo de pago distinguido por la legislación, con todo lo que ello implica en materia normativa.

Bibliografía citada

BOE. Legislación consolidada, núm. 101 de 28 de abril de 2021. Disponible en www.boe.es/buscar/pdf/2021/BOE-A-2021-6872-consolidado.pdf [fecha de consulta: 26 de noviembre de 2022].

BOE, directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido. Disponible en www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2006-82505 [fecha de consulta: 26 de noviembre de 2022].

ANDBANK. Private Bankers, “¿Qué son las divisas?”. Disponible en www.andbank.es/observatoriodelinversor/que-son-las-divisas/ [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2022].

ARROYO Miguel, “Bitcoin es moneda de curso legal en un segundo país: la República Centroafricana”. Disponible en www.criptonoticias.com/comunidad/bitcoin-moneda-curso-legal-segundo-pais-republica-centroafricana/ [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2022].

AUSTRALIAN SECURITIES & INVESTMENT COMMISSION, “Crypto-assets”. Disponible en <https://asic.gov.au/regulatory-resources/digital-transformation/crypto-assets/> [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2022].

- BBC NEWS MUNDO, “Bitcoin: El Salvador se convierte este martes en el primer país del mundo en adoptar la criptomoneda como divisa de curso legal”. Disponible en www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-58441561 [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2022].
- BBVA, “¿Cuál es la diferencia entre DLT y blockchain?”. Disponible en www.bbva.com/es/diferencia-dlt-blockchain/ [fecha de consulta: 19 de octubre de 2022].
- BINANCE ACADEMY, “¿Qué es dinero fiat? Disponible en <https://academy.binance.com/es/articles/what-is-fiat-currency> [fecha de consulta: 26 de noviembre de 2022].
- BIT2ME ACADEMY, “¿Qué es un exchange de criptomonedas? Disponible en <https://academy.bit2me.com/que-es-exchange-criptomonedas/> [fecha de consulta: 19 de octubre de 2022].
- BIT2ME ACADEMY, “¿Qué es un hash? Disponible en <https://academy.bit2me.com/que-es-hash/> [fecha de consulta: 31 de octubre de 2022].
- CABALLERO FERRARI, Federico, “Activo tóxico”. Disponible en <https://economipedia.com/definiciones/activo-toxico.html> [fecha de consulta: 25 de octubre de 2022].
- Cambridge dictionary Disponible en <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/cryptocurrency> [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2022].
- AUSTRALIAN GOVERNMENT. AUSTRAC, “Digital currency exchange providers”. Disponible en www.austrac.gov.au/business/industry-specific-guidance/digital-currency-exchange-providers [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2022].
- COINMARKETCAP, “Todas las criptomonedas”. Disponible en <https://coinmarketcap.com/es/all/views/all/> [fecha de consulta: 25 de octubre de 2022].
- CFTC COMMODITY FUTURES TRADING COMISIÓN. Disponible en www.cftc.gov/ [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2022].
- “Cómo el descomunal gasto de energía del bitcoin puede hacer explotar la ‘burbuja’ de las criptomonedas”. Disponible en www.elmostrador.cl/mercados/2021/02/28/como-el-descomunal-gasto-de-energia-del-bitcoin-puede-hacer-explotar-la-burbuja-de-las-criptomonedas/ [fecha de consulta: 19 de octubre de 2022].
- DE GREGORIO José, *Macroeconomía. Teoría y políticas*, Pearson-Educación, 2007. Disponible en www.degregorio.cl/pdf/Macroeconomia.pdf [fecha de consulta: 25 de enero de 2023].
- DIÁZ, Genny, “Japón enmienda leyes sobre criptomonedas para limitar el comercio especulativo”. Disponible en www.criptonoticias.com/regulacion/japon-enmienda-leyes-criptomonedas-para-limitar-comercio-especulativo/ [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2022].
- DW, “El bitcoin pierde más de un 7 % hasta tocar mínimos de diciembre de 2020”, Disponible: www.dw.com/es/el-bitcoin-pierde-más-de-un-7-hasta-tocar-m%C3%ADNimos-de-diciembre-de-2020/a-62111501 [fecha de consulta: 19 de octubre de 2022].
- Enciclopedia jurídica, “Curso forzoso”, 2020. Disponible en www.encyclopedi juridica.com/d/curso-forzoso/curso-forzoso.htm [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2022].

- ESCOBAR M. Damián, “Es oficial: Japón decreta transacciones con criptomonedas libres de impuestos al consumidor”. Disponible en www.criptonoticias.com/regulacion/es-oficial-japon-decreta-transacciones-criptomonedas-libres-impuestos-consumidor/ [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2022].
- FCA FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, “Cryptoassets”. Disponible en www.fca.org.uk/consumers/cryptoassets [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2022].
- FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK, “What We Do”. Disponible en www.fincen.gov/what-we-do [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2022].
- FRANKENFIELD, Jake, “Initial Coin Offering (ICO): Coin Launch Defined, with Examples”. Disponible en www.investopedia.com/terms/i/initial-coin-offering-ico.asp [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2022].
- FUNDÉU RAE, “Criptodivisa y criptomonedas, palabras válidas”. Disponible en www.fundeu.es/recomendacion/criptodivisa-y-criptomoneda-palabras-validas/ [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2022].
- GARCÍA-RAMOS L., Miguel Ángel, Ricardo REJAS M., “Análisis del desarrollo normativo de las criptomonedas en las principales jurisdicciones: Europa, Estados Unidos y Japón”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, n.º 5, 2022.
- Gov.UK, “Cryptoassets Manual”. Disponible en www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/cryptoassets-manual/crypto20050 [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2022].
- HERNÁNDEZ C., Carlos, “Recordando la tragedia de Mt. Gox 5 años después”. Disponible en www.diariobitcoin.com/noticias/recordando-la-tragedia-de-mt-gox-5-anos-despues/ [fecha de consulta: 19 de octubre de 2022].
- INTERNAL REVENUE SERVICE, “Bulletin: 2014-16”. Disponible en www.irs.gov/irb/2014-16_IRB#NOT-2014-21 [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2022].
- JIMÉNEZ, Vicente, “Declarado culpable de narcotráfico el creador de la página web Silk Road”. Disponible en https://elpais.com/tecnologia/2015/02/04/actualidad/1423068922_745205.html [fecha de consulta: 19 de octubre de 2022].
- NAKAMOTO Satoshi, “Bitcoin: un sistema de efectivo electrónico usuario-a-usuario”, traducido al español de bitcoin.org/bitcoin.pdf por Ángel León. Disponible https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es_latam.pdf [fecha de consulta: 19 de octubre de 2022].
- PASCUALI T., Matías, “Criptomonedas: su tributación, un análisis comparado”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 13, Santiago, 2019.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, edición del tricentenario, actualizada año 2021. Disponible en <https://dle.rae.es/criptomoneda> [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2022].
- RUBIO N., Damián, *Las criptomonedas como medio de pago*, tesis de grado en Derecho, Valladolid, Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 2021.
- SANTAELLA, Jesús, ¿Quién es Satoshi Nakamoto y por qué puede ser una amenaza al bitcoin? Disponible en <https://economia3.com/satoshi-nakamoto-bitcoin/> [fecha de consulta: 25 de octubre de 2022].

- “Sentencia Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 22 de octubre de 2015”, en *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. Disponible en www.rdmf.es/wp-content/uploads/2015/11/stjue-22-octubre-2015.pdf [fecha de consulta: 26-11-2022].
- TORRES M., Marta, “Sobre el empleo de las categorías ‘elemento compositivo’ y ‘prefijo’ en los diccionarios de la RAE”, en *Boletín de Filología*, tomo XLVI, n.º 1, Santiago, 2011.
- TSCHIEDER Vanina, *Derecho & criptoactivos: desde una perspectiva jurídica, un abordaje sistemático sobre el fenómeno de las criptomonedas y demás activos cripto-gráficos*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2020.
- UNIÓN EUROPEA, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Disponible en https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/institutions-and-bodies-profiles/court-justice-european-union-cjeu_es [fecha de consulta: 26 de noviembre de 2022].
- U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. Disponible en www.sec.gov/ [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2022].

NORMAS CITADAS

- DFL n.º 1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil chileno, artículo n.º 1568, 16 de mayo de 2000.
- DL n.º 1123, artículos n.º 1 inciso 1.º y n.º 4, 30 de julio de 1975.
- Ley n.º 18045, artículo 3 inciso 1.º, 21 de octubre de 1981.
- Ley n.º 18840, artículo n.º 39 inciso 2.º, 4 de octubre de 1989.
- SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, oficio ordinario n.º 3502 de 19 de enero de 2017.

Siglas y abreviaturas

AML	Anti Money Laundering
AUSTRAC	Centro Australiano de Informes y Análisis de Transacciones
BBVA	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
CCAF	Centro de Finanzas Alternativas de la Universidad de Cambridge
CE	Comunidad Europea
CFTC	Commodity Futures Trading Comission (Comisión Nacional de Operaciones con Futuros y Materias Primas)
DFL	decreto con fuerza de ley
DL	decreto ley

DLT	Distributed Ledger Technology (Tecnología de Contabilidad Distribuida)
eIDAS	electronic IDentification, Authentication and trust Services,
etc.	etcétera
Ether ETH	Ethereum
FBI	Federal Bureau of Investigation
FinCEN	Financial Crimes Enforcement Network
G20	Grupo de los Veinte
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
IA	Inteligencia Artificial
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
ICO	Initial Coin Offerings
IRS	Internal Revenue Service
LGPD	Ley General de Protección de Datos
n.º a veces Nº, núm.	número
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
P2P	peer to peer
PoS	Proof of Stake (Prueba de Participación)
PoW	Proof of Work (Prueba de Trabajo)
RAE	Real Academia de la Lengua Española
s.	siguiente
SEC	U.S. Securities and Exchange Commission (Valores y Comisión de Intercambio)
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TWh	teravatios por hora
USD	dólar estadounidense
Wh	vatio hora
www	World Wide Web

Comentarios de Jurisprudencia

Derecho Publico Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N. 22 | 2023

CORTE SUPREMA, 27 DE MAYO DE 2022. PLACENCIA DELGADO CON FISCO

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

- MALOS TRATOS DE OBRA A GRUMETES
- AFECTACIÓN DE INTEGRIDAD FÍSICA Y SÍQUICA
- PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN CONSTITUCIONAL
- IMPROCEDENCIA HABIENDO PROCESO PENAL PREVIO
 - NOCIÓN DE “RECURSO JUDICIAL”

*Eduardo Soto Kloss**

Placencia Delgado con Fisco (Corte Suprema, 27 de mayo de 2022, rol 131.095, ministros Sergio Muñoz G., Angela Vivanco M., Adelita Ravanales A., Mario Carroza E. y abogado integrante Diego Munita I.) presenta dos temas útiles de comentar, uno de índole procesal (prescripción de acciones) y el otro, de derecho constitucional y administrativo propiamente tal (la responsabilidad del Estado Administración).

Tema procesal

Tanto el fallo de primera instancia (Tercer Juzgado Civil de Valparaíso) como el de segunda admitido (Corte de Apelaciones de Valparaíso) han aceptado la excepción fiscal de prescripción de la acción indemnizatoria deducida por malos tratos, con daño físico y psíquico, de un grumete en la Escuela Politécnica Naval.

El *quid* del asunto radica en el hecho de haberse iniciado la intervención judicial a través de una denuncia efectuada ante el Juzgado Naval de la Primera Zona Naval por los malos tratos recibidos por parte de un cabo 2.º, que fue condenado en dicha instancia penal a una pena de 541 días de presidio menor sustituyéndola por la remisión condicional de la pena más la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y pérdida del estado militar (artículo 222 del *Código de Justicia Militar*), confirmado por la Corte Marcial, pero con declaración que la pena se rebaja a un año de presidio menor en su grado mínimo. Los “malos tratos de obra” se referían a una forma de “castigos físicos” impuestos a grumetes

* Doctor en Derecho por la Universidad de Paris, Panthéon/Sorbonne. Profesor de Derecho Administrativo. Correo electrónico: sotokloss@gmail.com

que habían cometido faltas, castigos como: “golpes de mano”, golpes con cordeles o cinturones y aplicación de electricidad a través de un “exploser” (considerando 1.º sentencia de casación). Los fallos de las instancias declaran prescrita la acción indemnizatoria –acción propiamente constitucional de responsabilidad del Estado– por aplicación de los artículos 2503 y 2518 del *Código Civil* (como si se tratara de dos litigantes privados y de un asunto civil), por cuanto la causa penal ante el Juzgado Naval no habría suspendido o interrumpido el plazo previsto para la demanda de responsabilidad por el daño cometido, la “falta de servicio” en que habría incurrido el fisco (por intermedio de un órgano naval/cabo 2.º referido).

El fallo de casación en el fondo que emite la Corte Suprema –deducido por el actor en contra de la sentencia confirmatoria de la Corte de Apelaciones de Valparaíso– analiza muy bien el punto.

En efecto, los hechos establecidos de la causa señalan que el 3 de marzo de 2013 el padre del actor informa al oficial de guardia los maltratos y agresiones físicas sufridas por este, lo que inicia el sumario administrativo correspondiente, que concluye con el dictamen del fiscal que solicita el licenciamiento del Servicio del cabo 2.º NN, autor de esos castigos físicos, por “faltas gravísimas”¹, dictamen que es elevado al director de la Academia mencionada para su resolución. Por su parte, el 22 de abril de 2016, el Juzgado Naval indicado condena al cabo 2.º NN a la pena ya referida y remitida en la forma ya citada, lo que la Corte Naval de Valparaíso aprueba en cuanto ha habido un “delito de maltrato de obra a un inferior” (artículo 331, n.º 3, del *Código de Justicia Militar*).

La idea según la cual habría operado la prescripción –planteada también por dos votos en contra en el fallo supremo– se fundamenta en que al no existir la posibilidad de deducir la acción indemnizatoria² en el proceso penal seguido ante la judicatura militar (artículos 178 y 179 del *Código de Justicia Militar*) no es obstáculo para intentarla ante el tribunal civil competente (artículo 167, inciso 1.º del *Código de Procedimiento Civil*), además de pensarse que el procedimiento penal seguido no constituye “requisito” en los términos del artículo 2518 del *Código Civil*. Es decir,

¹ “Faltas gravísimas”, dice el dictamen del fiscal instructor por cuanto el infractor se ha atribuido facultades disciplinarias que no le han sido conferidas, abusando de su superioridad jerárquica, sometiendo a subalternos a procedimientos no autorizados y prohibidos por el ordenamiento jurídico.

² Debe hacerse notar que no se trata de una “acción civil” –como dicen los fallos de las instancias–, sino de una “acción constitucional” y, por tanto, “de derecho público”, dado que su origen está en el artículo 38 inciso 2.º de la Constitución, que integra el título IV “Gobierno”, párrafo (4.º) “Bases generales de la Administración del Estado”, la cual no está regida por el *Código Civil*.

desde la ocurrencia de los hechos (marzo 2013) y la notificación de la demanda (abril 2018) habría transcurrido más de cuatro años, según el artículo 2332 del *Código Civil*³.

No es esa la percepción suprema porque, si bien parte de la misma base del fallo impugnado, o sea, de los artículos 2518 y 2503 del *Código Civil*, estos disponen que la prescripción que extingue acciones “se puede interrumpir” y que la interrupción civil consiste “en todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa contra el poseedor”. De aquí la Corte se pregunta si operó o no en este caso la interrupción indicada. Basada en los hechos de la causa, y tomando pie de la denuncia del padre del actor al oficial de guardia de la Academia mencionada de los maltratos y agravios (comprobados por el policlínico de Villa Alemana), denuncia realizada el 3 de marzo de 2013, advierte que el sumario administrativo seguido por los hechos denunciados concluyó con el dictamen del fiscal instructor que señalaba que debía aplicarse al cabo 2.º NN, autor de esos hechos, el licenciamiento del servicio por faltas gravísimas, dictamen que es elevado al director de la Academia referida para su resolución. El 22 de abril de 2016 el Juzgado Naval citado condena al autor de los castigos ilegítimos aplicados al actor, siendo alumno de dicha Academia, a la pena ya indicada, remitida en la forma ya expresada y aprobada por la Corte Naval, delito que es el maltrato de obra a un inferior (artículo 331 n.º 3 del *Código de Justicia Militar*).

El planteamiento que ha aceptado la prescripción de la acción indemnizatoria razona sobre el hecho de que, si bien no existe la posibilidad de deducir dicha acción “civil” (sic) en el proceso penal seguido ante la judicatura militar (artículos 178 y 179 del *Código de Justicia Militar*), ello no es obstáculo para interponerla ante el tribunal civil competente (artículo 167 inciso 1.º del *Código de Procedimiento Civil*), además de pensar que el procedimiento penal seguido no constituía “requisito” en los términos del artículo 2518 del *Código Civil*. Es decir, desde la ocurrencia de los hechos, 2013, y la notificación de la demanda civil 10 de abril de 2018, habrían transcurrido más de los cuatro años previstos por el artículo 2332 del mismo *Código*.

Al argumentar la Corte Suprema, se embarca en razonar igual que lo han hecho los tribunales de la instancia aplicando el *Código Civil* (con-

³ Los fallos razonan como si el tema de la responsabilidad del Estado fuera regido por el *Código Civil* no advirtiendo que no se trata ni de un “delito” ni de un “cuasidelito civil” (artículo 2314) cometido por un órgano del Estado/Administración como tampoco advierten que la acción deducida en autos es un acción “ordinaria”, es decir, si se quiere aplicar la regulación civil (artículo 2515) prescribiría en cinco años y no en cuatro.

siderandos 4.º al 15.º). En efecto, admite que los artículos 2518 y 2503 disponen que la prescripción que extinguen las acciones se puede “interrumpir” y que interrupción civil consiste “en todo recurso judicial intentado por el que se pretende dueño de la cosa, contra el poseedor”. Luego, el tema central es determinar si operó la “interrupción” o suspensión del plazo (considerando 8.º). Y aquí la solución suprema desbarata el argumento del fallo impugnado de casación en el fondo, pues no contemplando el procedimiento de la justicia militar la posibilidad de entablar acciones indemnizatorias, el artículo 2518 citado al hablar de “demanda judicial”, la Corte Suprema ha entendido en su jurisprudencia que ello se refiere a cualquiera gestión judicial que demuestre que el acreedor pone en juego la facultad jurisdiccional para obtener o proteger su derecho, tanto más que el artículo 2503 habla de “recurso judicial”, esto es, un medio por el cual el acreedor recurre a los tribunales en demanda de protección (considerando 10.º). Así, se llega, también, a esta conclusión si se consideran los artículos 178 y 167 del *Código de Procedimiento Civil* y 103, 59 y 68 del *Código de Procedimiento Penal*. De allí que la sola “denuncia de los hechos” que causan daño ante la justicia militar demuestran que el autor “ha desencadenado la facultad jurisdiccional para proteger su derecho” (considerando 13.º). En atención a lo expresado, es que aparece evidente que los sentenciadores han incurrido en el yerro jurídico imputado por el recurrente de casación de fondo por la equivocada interpretación del artículo 2518 inciso 3.º del *Código Civil* en relación con el artículo 2503, error que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo que ha acogido la prescripción de la acción deducida en circunstancias que ella no se había producido; así, admitido el recurso interpuesto, se declara nula la sentencia recurrida de 24 de abril de 2020.

El tema constitucional y administrativo

Sin duda que reconfirma este fallo Placencia, que reitera una vez más una jurisprudencia que parece ya asentada y que vemos que proviene particularmente de la sentencia Jaramillo con Fisco de 2017⁴

Esta jurisprudencia parte primera del fundamento constitucional, que no es otro que el artículo 4.º, “Chile es una república...”, lo que significa autoridades responsables, y los artículos 6.º y 7.º, que establecen la sujeción integral a derecho de todos los órganos del Estado, incluidos los

⁴ CORTE SUPREMA, sentencia, rol 52.961.

administrativos, “a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad” (artículo 6.º inciso 1.º) y cuyos actos u omisiones que la infringen originan las responsabilidades frente a las personas que sufren daño a consecuencia de ese actuar contrario a derecho (artículo 7.º inciso 3.º). A ello se agrega –para completar el razonamiento– la verdadera base o fundamento último, el artículo 1.º inciso 4.º (piedra angular del ordenamiento jurídico chileno) en cuanto “El Estado está al servicio de la persona humana”, en su misión de bien común, debiendo actuar con pleno respeto de los derechos de las personas, incluidos los que emanan de su propia naturaleza humana (artículo 5.º inciso 2.º), derechos que constituyen un límite al poder de los órganos del Estado. Aunque el fallo lo omite, debe agregarse –y fundamental– el artículo 38 inciso 2.º, que es en efecto la disposición constitucional que establece la responsabilidad del Estado o Administración, que sería desarrollada por la ley orgánica constitucional de Bases de la Administración del Estado 18575, artículo 4.º, complementaria de la Constitución, disposición legal que esta jurisprudencia suprema ha elevado a idea central del tema, que de modo claro y sin dejar resquicio alguno, consagra esta responsabilidad de derecho público de la administración estatal, por los daños que produzca, sea en su actividad como en su inactividad (omisión), a lo que se agrega el artículo 44/42, que contempla esta responsabilidad por “falta de servicio”, esto es, omisión o inactividad debiendo jurídicamente actuar.

Una segunda base suprema es la afirmación reiterada de la improcedencia de aplicar a la responsabilidad del Estado normas civiles, esto es, una regulación jurídica aplicable a los privados, a los particulares, regulación que responde a la idea subjetiva de entender la obligación indemnizatoria como “sanción a un culpable”, cuya culpabilidad debe probarla la víctima. En lo que no ahonda la Corte Suprema en este punto –porque es un tribunal de justicia y no una cátedra universitaria– es que la responsabilidad civil gira sobre la base de una relación conmutativa, fundada en la justicia conmutativa, propia del *ius privatum*⁵, en cambio, la responsabilidad del Estado y de su Administración es su responsabilidad, puesto que es una “persona jurídica de derecho público”⁶, cuya misión es la promoción del bien común, que gira sobre la base de relaciones de distribución o reparto, es decir, de la “justicia distributiva”, que es la justicia del bien común, del

⁵ Recuérdese la célebre noción de Ulpiano al comienzo del *Digesto*, 1.1.1. del *ius privatum*, “el derecho que mira al interés particular”.

⁶ Como ya lo entendía Andrés Bello y lo plasmó expresamente en el artículo 547 inciso 2.º de su *Código Civil*, véanse Eduardo SOTO, “Bases constitucionales de la Administración del Estado de Chile”, pp. 9-47, en especial pp. 19-20 y nota 14 en pp. 38-40 y *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, pp. 811-818.

bien de todos los miembros de la comunidad política que conforman y configuran la nación, para su mayor perfección espiritual y material (artículo 1.º inciso 4.º de la Constitución).

Un tercer aspecto que aparece pacífico es la aplicación de esta regulación jurídica de derecho público (Constitución citada y Ley n.º 18575 citada) a las Fuerzas Armadas, y a las de Orden y Seguridad, ya que su artículo 18/21 no significa que sean excluidas del régimen de su artículo 4.º, puesto que lo que se excluye se refiere a los temas de organización y funcionamiento los que, como es obvio, quedan regulados por sus respectivas leyes orgánicas y no por la Ley n.º 18575; pero en cuanto a la responsabilidad de ellas como organismos del Estado les son aplicables plenamente esas disposiciones en especial sus artículos 4.º y 1.º, dado que ellas son parte integrante de la Administración del Estado como lo señala dicho artículo 1.º.

Un cuarto tema, concierne a lo que llama “factor de imputación”, que sería la llamada “falta de servicio”, no *del* servicio, como se pretendió entre 2009 y 2011 aplicar el *Código Civil* (artículo 2314/2329) a esta materia de la responsabilidad de las Fuerzas Armadas⁷. Como lo recuerda en varios fallos al tener presente la noción de “falta de servicio”, esta es una “omisión”, desde que “falta” es ausencia de algo, aquí “ausencia de servicio”, como ocurre cuando la Administración no actúa debiendo legalmente actuar, cuando procede en forma tardía, o sea, inoportuna, no cuando por ley le es exigida esa actuación, o cuando obra de manera deficiente, que es también no hacerlo en la forma que la ley le impone y le exige, puesto que para que lo haga de modo oportuno y eficiente es que existe el organismo estatal, se le dota de atribuciones a sus órganos, y de personal para que lleve a cabo la satisfacción de la necesidad pública que ha fundamentado su existencia y los medios atribuidos para tal fin⁸.

Un quinto aspecto, pertinente a la reparación demandada, la cual suele referirse, sobre todo, a lo que suele llamarse no muy técnicamente “daño moral” y que, en propiedad es “la alteración en las condiciones normales

⁷ Véanse. *v.gr.*: CORTE SUPREMA, sentencia, rol 371-208; CORTE SUPREMA, sentencia, rol 1760-2009 y SOTO, *Derecho...*, *op cit.*, pp. 843-845 y 857-867.

⁸ No se controvierte esto de que el “factor de imputación” sea la “falta/omisión de servicio”, pero se advierte que es caer en una visión subjetiva/al modo de la responsabilidad civil/artículo 2329 del *Código Civil*, y “sanción al culpable” (que ha cometido “delito” o “cuasidelito”/artículo 2314 citado), cuando se trata aquí de una responsabilidad que está basada “en la víctima”, que ha sido despojada, privada de algo suyo al sufrir un daño y, por la tanto, ha sido vulnerada en algún derecho fundamental, la integridad física o psíquica, la propiedad, etc., alteración en su situación jurídica que requiere sea restituida, en lo posible, o resarcida, a fin de lograr la justicia que debe ser restaurada.

de vida de la víctima” a raíz del daño sufrido por la omisión del debido servicio por parte de un organismo de la Administración del Estado⁹, daño que debe probar la víctima, sea a través de testigos y en especial informes médicos, psicológicos o psiquiátricos, según el caso, y en que el monto de la indemnización es fijado prudencialmente por el tribunal.

Un último aspecto relevante es el que se refiere a la pretendida “ausencia de vinculación” que sustenta como defensa el demandado fisco, alegando que hay en el actuar del funcionario fiscal no uno del organismo, sino personal, es decir, no habría una “falta de servicio”, sino una “falta del funcionario” como persona y no como órgano de la institución de la Administración. Esta alegación aparte de no ser verdadera es falaz, y esto en cuanto a que pretende sostenerse que no hay una falta *del* servicio/culpa (a la francesa/*faute*), sino una falta/culpa del funcionario, no reconducible al organismo estatal. Como se ve, quiere hacer creer la defensa fiscal que el texto legal de la Ley n.º 18575, artículo 44/42 establecería la “falta *del* servicio” en circunstancia de que esta disposición es expresa en establecer la “falta *de* servicio”: la oposición es clara, pues con la expresión “del” servicio está señalando la “culpa” de este, en tanto “de” servicio está indicando la “ausencia” de servicio, es decir, la inactividad de este, siendo que le es exigida por la ley actuar y hacerlo de manera oportuna y eficiente satisfaciendo la necesidad pública que le ha sido encargada por el legislador.

Pero, además, esa alegación no es verdadera porque contradice los hechos asentados en el proceso, tanto penal como el indemnizatorio de derecho público. En efecto, tan cierto es que la actuación ilícita mencionada tantas veces se ha producido dentro de la actividad de la Academia Politécnica Naval, que ella era “costumbre” en el quehacer disciplinario de la institución al punto que tenía una denominación específica, como “justicia criolla” y con procedimientos específicos, como se detalla en el considerando 8.º del fallo de reemplazo y que su considerando 9.º expresa textualmente:

“se puede establecer inequívocamente que la ‘justicia criolla’ aplicada (por el cabo segundo NN, al actor) se dio con ocasión de una función del Estado y, por lo tanto [...] generando una imputación hacia el Estado, sin perjuicio del derecho del Estado a repetir en contra del infractor”.

Esto es, *la ilicitud de la actividad disciplinaria* que sufrió el actor fue cometida dentro de la actividad de la institución, siendo una costumbre su

⁹ Véase Tirado con Municipalidad de La Reina, caso basilar en la idea, en *RDJ*, tomo 78, Santiago, 1981, pp. 35-44, comentario en primera parte, sección Derecho, pp. 39-48; también en Eduardo SOTO, *Derecho administrativo*, vol. 2: El principio de juridicidad, pp. 328-333, comentario más amplio en pp. 333-345.

práctica, y ejecutada por un miembro de la institución fiscal en el ejercicio de su cargo, cierto que careciendo de toda atribución jurídica para hacerlo.

Un fallo que debiera ser recordado como un hito esclarecedor e, incluso, pedagógico en el tema de la responsabilidad del Estado por los daños producidos a las personas por los órganos de su Administración.

Se reproduce, a continuación, la sentencia analizada.

“Santiago, veintisiete de mayo de dos mil veintidós.

A los escritos folios N^{os} 174393-2021 y 174394-2021: estése al mérito de autos.

VISTOS:

Que, en este procedimiento ordinario sobre indemnización de perjuicios por responsabilidad del Estado, caratulados ‘Placencia con Fisco de Chile’, rol C-273-2018, el Tercer Juzgado Civil de Valparaíso, por sentencia definitiva de diecinueve de marzo de dos mil veinte, rechazó la demanda interpuesta, sin costas, al estimar que la acción deducida se encontraba prescrita.

La actora apeló dicha resolución, y una sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por sentencia de fecha veinticuatro de septiembre de dos mil veinte, la confirmó sin modificaciones.

El demandante dedujo recurso de casación en el fondo, el que fue declarado admisible el arbitrio, trayéndose los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la recurrente basa su arbitrio en que, en la dictación de la sentencia, se habrían infringido los artículos 2503 y 2518 del Código Civil, en cuanto no habría debido acogerse la excepción de prescripción opuesta por la demandada, ya que existiría recurso judicial, el cual tendría por objeto interrumpir el transcurso del tiempo. Señala que en la causa se demanda la indemnización de perjuicios por existir una falta de servicio que configuraría responsabilidad extracontractual del Fisco. Señala que el actor era grumete de la Armada, orientado a telecomunicaciones en el campus Jaime Charles de la Academia Politécnica Naval; que a mediados de febrero se presentaron a la repartición los cabos segundos Juan Vicencio Santis y Juan Godoy Briceño, quienes habrían iniciado agresiones contra los grumetes, tales como golpes de mano, con cordeles, cinturones y aplicación de electricidad a través de un explosor, bajo el concepto de ‘*justicia criolla*’, en la que se anotaba a los grumetes que cometían una falta en una lista negra para luego imponer castigos físicos. Agrega que el cabo Godoy amenazó a los grumetes con el explosor, y que el 28 de febrero de 2013, éste intentó aplicarle corriente al demandante, quien se negó a tomar los implementos para recibir la descarga provocando una discusión en la que

recibe golpes de cordel, sin dar cuenta del incidente con posterioridad; sin embargo, el 1º de marzo, al volver a su domicilio, estando de franco, su madre se percata de las lesiones, le pregunta por su origen y termina concurrendo al policlínico de Villa Alemana, donde se le diagnostica una dorsalgia. El domingo 3 de marzo de 2013 informa al oficial de guardia lo ocurrido, iniciándose una investigación donde, en primer término, los cabos involucrados niegan los hechos, mientras que los grumetes confirman la existencia de castigos, lo que lleva a que el cabo segundo Godoy admita haber realizado maltratos físicos con cordeles y descargas eléctricas, sugiriéndose la separación del curso de éste. Refiere que el asunto fue referido al Juzgado Naval de la Primera Zona Naval, causa rol N° 8761, en la que por sentencia definitiva se condena al mencionado cabo Godoy a dos penas de 541 días de presidio menor en su grado mínimo (*sic*), sustituyéndola por la remisión condicional de la pena, más las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante la condena y la pérdida del estado militar, contemplada en el artículo 222 del Código de Justicia Militar; la que en consulta ante la Iltma. Corte Marcial de la Armada fue confirmada, con declaración de que las penas se rebajaban a un año de presidio menor en su grado mínimo. Alega que la responsabilidad del cabo Godoy se encuentra determinada a través de los fallos antes señalados, por lo que el demandado habría incurrido en una falta de servicio; no obstante, el tribunal de primer grado acogió la excepción de prescripción extintiva, lo que fue confirmado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso. Refiere que se infringieron los artículos 2503 y 2518 del Código Civil en cuanto existiría un recurso judicial, en la medida que se denunciaron los hechos a la Fiscalía Naval en marzo de 2013, arribándose al término del procedimiento el 21 de junio de 2016, fecha en la que se dicta el fallo de la Corte Marcial con condena; y que a su juicio ello constituye un recurso judicial, por lo que habrían transcurrido dos años y dos meses hasta la presentación de la demanda. Agrega que el fundamento de la prescripción extintiva estaría en la inactividad del acreedor respecto del deudor, lo que no ocurriría en la especie, ya que fue parte y motor principal del procedimiento ante el Juzgado Naval, buscando ejercer su derecho como víctima; además, sostiene que el concepto de recurso judicial estaría empleado como ‘ayuda’ o «medio» judicial, lo que implicaría que la denuncia ante el juez naval sería un acto útil, especialmente en cuanto el Código de Justicia Militar no contempla la interposición de una demanda civil mientras se ventila la tramitación del procedimiento ante el Juzgado Naval, sin que le asista el derecho o instancia a la víctima para ingresar una que persiga el cobro del crédito contra el Estado.

Agrega que la infracción de los artículos 2503 y 2518 del Código Civil influirían sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que éste no reconocería el concepto de recurso judicial contenido en ellos, ya que de haberse aplicado correctamente, sostiene que se habría rechazado la excepción de prescripción, analizándose la prueba producida para acoger la demanda en todas sus partes. Por ello, solicita acoger su recurso, y con

ello, se proceda a invalidar la sentencia impugnada, dictando acto seguido, y sin nueva vista, la sentencia de reemplazo que corresponda.

SEGUNDO: Que la sentencia de primer grado tuvo como hechos establecidos los siguientes, que resultan inamovibles para esta Corte:

1.- Que el demandante, don Benjamín Ignacio Placencia Lobos, formó parte de la dotación de grumetes orientados a telecomunicaciones en el campus 'Jaime Charles' de la Academia Politécnica Naval.

2.- Que, el día uno de marzo de 2013, don Benjamín Ignacio Placencia Lobos, concurrió al policlínico de Villa Alemana donde fue atendido por la médico de turno del servicio de urgencia doña Karina Cataldo Cerda.

3.- Que, el día 3 de marzo de 2013, don Benjamín Ignacio Placencia Lobos en compañía de su padre, informa al Oficial de guardia T 2º IM Sr. Gustavo Hidalgo Córdova, NPI 040209-1, del Campus Jaime Charles los maltratos y agresiones a que habría sido sometido.

4.- Que, en razón de lo anterior se instruyó investigación sumaria administrativa N° 4890, instruida por la Fiscalía Administrativa de la Primera Zona Naval, para establecer las circunstancias y responsabilidades administrativas vinculadas a los maltratos de obras a inferiores atribuidos al Cabo 2º Juan Godoy Briceño. En las conclusiones de este sumario, el fiscal administrativo estima que el Cabo 2º IM (Inf.Co) Juan Godoy Briceño, NPI. 562908-5, debe ser sancionado con el licenciamiento del servicio, por la falta gravísima del siguiente tenor: 'asume atribuciones disciplinarias que no le han sido conferidas por la reglamentación vigente, abusando de su superioridad jerárquica, sometiendo a personal subalterno a un procedimiento de justicia y castigos no autorizados y prohibidos por el ordenamiento jurídico. Falta: gravísima (...)' y que el Cabo 2º IM (Inf.Co) Juan Vicencio Santis, NPI 574706-9, debe ser sancionado con el licenciamiento del servicio, por la falta gravísima del siguiente tenor: 'encubrir falta gravísima a la disciplina de otro funcionario que asumió atribuciones disciplinarias no conferidas por la reglamentación vigente, abusando de su superioridad jerárquica, sometiendo a personal subalterno a un procedimiento de justicia y castigos no autorizados y prohibidos por el ordenamiento jurídico. Falta: gravísima (...)'. La Investigación concluye con el dictamen del fiscal que estima elevar la Investigación Sumaria Administrativa al Sr. Director de la Academia Politécnica Naval para su conocimiento y superior resolución.

5.- Que, por sentencia definitiva dictada en Valparaíso, el 22 de abril de 2016 por el Juzgado Naval de la Primera Zona Naval en causa Rol 8.761, se condena a Juan Valdemar Godoy Briceño a dos penas de 541 días de presidio menor en su grado medio, como autor de dos delitos de maltrato de obra a un inferior, previsto y sancionado en el artículo 331 número 4 del Código de Justicia Militar, en carácter de reiterado; sustituyendo en ambos casos la pena privativa de libertad por la de remisión condicional por igual tiempo.

6.- Que la Ilustrísima Corte Marcial de Valparaíso en causa Rol 051-2016 aprobó la Sentencia consultada de veintidós de abril de dos mil dieciséis con declaración que se reduce la condena impuesta a Juan Valde-

mar Godoy Briceño, como autor del delito reiterado de maltrato de obra a un inferior, previsto y sancionado en el artículo 331 N° 4 del Código de Justicia Militar a la pena de un año de presidio menor en grado mínimo, sustituyéndose además la pena impuesta por la remisión condicional por igual término, debiendo cumplir las exigencias de la ley 18.216, manteniendo en lo demás la sentencia consultada, en especial, en lo que respecta a la condena por el delito de Maltrato de obra a un inferior, previsto en el artículo 331 N° 3 del Código de Justicia Militar.

TERCERO: Que el tribunal de primera instancia razona, a continuación, que el hecho de no encontrarse franqueada la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria en los procesos penales seguidos ante la judicatura militar, conforme a los artículos 178 y 179 del Código de Justicia Militar no constituyen obstáculo para formularla ante el tribunal civil competente, toda vez que no existe prohibición al respecto, como también por aplicación del artículo 167 inciso primero del Código de Procedimiento Civil, que habilita a la víctima de modo general y sin limitación alguna a entablarla, incluso si el proceso criminal no ha concluido. Por otra parte, sostiene que el procedimiento penal de fuero militar iniciado no constituye requerimiento en los términos del artículo 2518 del Código Civil, que no fue instado por el actor y que no interpuso recurso alguno que pueda considerarse jurídicamente como una demanda judicial capaz de interrumpir la prescripción. Por ello, y teniendo por acreditado que los hechos que motivaron la demanda acaecieron entre enero y julio de 2013, y que la demanda fue notificada al Fisco el 11 de abril de 2018, habría transcurrido con creces el plazo de cuatro años establecido en el artículo 2332 del Código Civil para la prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual deducida. Dicho criterio fue confirmado, sin modificaciones por la Il.tra. Corte de Apelaciones de Valparaíso.

CUARTO: Que el Código Civil en el artículo 2497 preceptúa: 'Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo'.

QUINTO: Que, en autos, se dedujo una demanda de indemnización de perjuicios que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, ejerciéndose específicamente una acción destinada a obtener la indemnización del daño causado por un delito, resultando aplicable en la especie la regla contenida en el artículo 2332 del mismo Código, conforme a la cual las acciones establecidas para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto.

SEXTO: Que, a su turno el artículo 2518 del Código Civil dispone: 'La prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente.

Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.

Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2503’.

En tanto el artículo 2503 del Código Sustancial refiere en su inciso primero: ‘Interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor’.

SEPTIMO: Que, para que la prescripción opere, son exigencias, primero, la inactividad del acreedor, el cual deja de ejercer un derecho del cual es titular y, segundo, que dicha inactividad se mantenga por el tiempo que la ley prescribe. A los requisitos mencionados deben agregarse los siguientes: que la acción sea prescriptible, esto es, que legalmente sea posible que se extinga por su no ejercicio; que el deudor que desee aprovecharse de la prescripción la alegue, por cuanto no puede ser declarada de oficio, y que la prescripción no se encuentre interrumpida, suspendida ni renunciada.

OCTAVO: Que, conforme a lo expuesto en los motivos anteriores, el *quid* del asunto radica en determinar si operó la interrupción o suspensión del plazo de prescripción de la acción civil indemnizatoria durante la tramitación del proceso penal seguido ante la Justicia Militar, pues de ello depende el éxito del recurso de casación. En otras palabras, corresponde examinar si la prescripción invocada por el Fisco debe contarse en la forma que expresa el recurrente y, con ello, si han transcurrido más de cuatro años, entre la fecha del hecho dañoso ocurrido enero y junio de 2013 y la época en que se notificó la demanda civil, el 11 de abril de 2018. Sobre el asunto, es necesario reiterar que los hechos que sirvieron de fundamento a la acción indemnizatoria fueron objeto de una investigación penal seguida ante el Juzgado Naval de la Primera Zona Naval, rol No 8761, en la cual consta la declaración y careos en los que participa Benjamín Placencia Lobos.

NOVENO: Que resulta conveniente traer a colación lo preceptuado por el artículo 178 del Código de Justicia Militar, que dispone: ‘Las acciones civiles para obtener la mera restitución de alguna cosa que hubiere sido objeto de un delito, se deducirán ante el juez que conociere o hubiere conocido de la causa en primera instancia; y se tramitarán conforme a las reglas del Código de Procedimiento Civil para los incidentes, en expediente o cuaderno especial.

Los recursos que en éste se deduzcan no entorpecerán la marcha de la causa principal, ni viceversa’.

A su vez, el artículo 179 del mismo cuerpo normativo establece: ‘La regla del artículo anterior se aplicará también cuando, desaparecida o perdida la cosa, se reclamare su valor’.

Como puede observarse, los preceptos transcritos no contemplan dentro del procedimiento seguido ante la justicia militar, la posibilidad de entablar acciones civiles indemnizatorias.

DÉCIMO: Que esta Corte ha señalado en reiteradas oportunidades (a modo ejemplar, Roles 5489-2003, 3074- 2003, 68818-2016, 70561-2016, 34329-2017, entre otros) que la expresión ‘demanda judicial’ que emplea el artículo 2518 del Código Civil, no se refiere forzosamente a la demanda civil en términos procesales estrictos, sino a cualquier gestión que

demuestre que el acreedor pone en juego la facultad jurisdiccional para obtener o proteger su derecho. Tanto es así, que el artículo 2503 del mismo texto legal, que se relaciona también con la materia de la interrupción de la prescripción, habla simplemente de 'recurso judicial'. Al respecto, se ha sostenido por la doctrina que la referida expresión no debe ser interpretada en estricto sentido procesal, sino en uno más amplio, bastando que el acreedor recurra a los tribunales en demanda de protección, ya sea para cobrar directamente su crédito, ya sea para efectuar las gestiones previas necesarias para hacerlo.

La interrupción civil supone que el acreedor intervenga saliendo de su inactividad; basta que el legislador haya exigido que esta actividad del acreedor se produzca ante los tribunales y que ella implique la intención de éste de cobrar su crédito, aunque ello se produce tanto si el acreedor está en condiciones de hacerlo inmediata y directamente como cuando con tal finalidad realiza cualquier gestión judicial que manifieste su intención de cobrar su crédito. (Abeliuk, René. *Las Obligaciones*. T. II, Editorial Jurídica, 1993, p. 1017).

UNDÉCIMO: Que, por otra parte, el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil establece una facultad para los litigantes en los juicios civiles, consistente en que, en ellos 'podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condenen al procesado'; y su artículo 167 establece que 'cuando la existencia de un delito haya de ser fundamento preciso de una sentencia civil o tenga en ella influencia notoria, podrán los tribunales suspender el pronunciamiento de ésta hasta la terminación del proceso criminal', concediéndoles a los juzgadores una facultad destinada a impedir la existencia de decisiones contradictorias en el fondo, para el evento que se haya anticipado la presentación de la demanda civil, sin esperar las resultas del juicio criminal correspondiente.

Esto significa que el Código adjetivo contiene reglas tanto para el caso que la acción entablada se inicie una vez terminado el juicio criminal, permitiendo hacer valer la acción de cosa juzgada respecto de sentencias condenatorias (artículo 178); como antes o durante la tramitación del juicio criminal respectivo, permitiendo la suspensión del civil para evitar decisiones contradictorias (artículo 167), de modo que ambas formas de proceder son alternativas legítimas para el ejercicio de las acciones que corresponda.

DUODÉCIMO: Que es preciso dejar asentado que la regulación aplicable al procedimiento seguido ante la Justicia Militar impide al denunciante ejercer acciones civiles ante sus tribunales. Lo anterior permite establecer que cualquier gestión que se realice por parte de quien tiene el carácter de víctima en el proceso Militar, tiene la virtud de interrumpir el plazo de prescripción, toda vez que es en ese momento que el acreedor (víctima ilícito civil) sale de su inactividad.

Por otro lado, ante la imposibilidad de ejercer la acción civil en sede de justicia militar, resulta claro que la oportunidad para ejercerlas coincide con la ejecutoria del juicio criminal respectivo que, en caso de resultar en sentencia condenatoria, determinará la persona del futuro demandado y

permitirá ejercer contra él o las personas que por sus hechos respondan, las acciones para exigir las indemnizaciones que correspondan.

Esta interpretación queda en armonía con lo dispuesto por el legislador en el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, el cual expresa en sus dos primeros incisos: ‘Cuando la existencia de un delito haya de ser fundamento preciso de una sentencia civil o tenga en ella influencia notoria, podrán los tribunales suspender el pronunciamiento de ésta hasta la terminación del proceso criminal, si en éste se ha deducido acusación o formulado requerimiento, según el caso.

Esta suspensión podrá decretarse en cualquier estado del juicio, una vez que se haga constar la circunstancia mencionada en el inciso precedente’.

DÉCIMO TERCERO: Que, en consecuencia, tratándose de procedimientos seguidos ante la Justicia Militar, la sola denuncia de los hechos que causan daño, constituye una conducta que demuestra que el acreedor ha puesto en juego la facultad jurisdiccional para obtener o proteger su derecho, una demanda o recurso, en el sentido amplio que emplean las disposiciones de los artículos 2158 y 2503 del Código de Bello, respectivamente.

DÉCIMO CUARTO: Que corrobora la interpretación expuesta, la reglamentación que ha sido dada por el legislador al ejercicio de la acción civil en sede criminal. En efecto, el artículo 103 bis del Código de Procedimiento Penal, establece que ‘El ejercicio de la acción civil durante el sumario, debidamente cursada, interrumpe la prescripción’. Asimismo, el artículo 59 del Código Procesal Penal consagra la posibilidad de que la víctima interponga en contra del imputado la acción civil indemnizatoria derivada del hecho punible, permitiendo el artículo 61 del referido texto legal la preparación de la demanda civil, solicitando la práctica de diligencias que considerare necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de su demanda, determinando su inciso tercero que tal preparación interrumpe la prescripción, salvo el caso en que no se dedujere la demanda en la oportunidad prevista en el artículo 60 del mismo Código. Prevé el artículo 68 del Código Procesal Penal: ‘Si antes de comenzar el juicio oral, el procedimiento penal continuare de conformidad a las normas que regulan el procedimiento abreviado, o por cualquier causa terminare o se suspendiere, sin decisión acerca de la acción civil que se hubiere deducido oportunamente, la prescripción continuará interrumpida siempre que la víctima presentare su demanda ante el tribunal civil competente en el término de sesenta días siguientes a aquél en que, por resolución ejecutoriada, se dispusiere la suspensión o terminación del procedimiento penal’.

Así, no puede soslayarse que el ordenamiento jurídico nacional constituye un todo que debe guardar armonía con cada una de sus partes. La regulación del ejercicio de la acción civil en sede penal ordinaria, tanto en el antiguo como en el nuevo procedimiento, debe servir de base para interpretar normas oscuras o para integrar lagunas legales, que es lo que ocurre en la especie, pues así lo disponen expresamente los artículos 22 y 24 del Código Civil. En este aspecto, es trascendente la regulación entregada a las gestiones preparatorias de la demanda civil, a las que en el nuevo sistema

procesal penal se les reconoce expresamente el carácter interruptivo, como asimismo es relevante la circunstancia de contemplar el artículo 68 del Código Procesal Penal, la suspensión del plazo de prescripción de la acción civil ante la imposibilidad de obtener un pronunciamiento de fondo.

La última norma antes referida guarda armonía con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 450 bis del Código de Procedimiento Penal, que dispone: 'Si se rechaza la demanda por vicios formales, sin resolver el fondo de la acción deducida, podrá renovarse ante el juez de letras en lo civil, entendiéndose suspendida la prescripción en favor del demandante civil, desde que interpuso la demanda o, en su caso, desde que se constituyó en parte civil'.

Así, la exposición normativa es atingente, toda vez que refleja la posibilidad de interrumpir el plazo de prescripción de la acción civil, no sólo con la presentación de una 'demanda civil', sino que con una presentación en sede penal que inequívocamente constituya una manifestación de interés de demandar en el futuro. En el mismo orden de ideas, interesa destacar la procedencia de la suspensión del plazo de prescripción mientras se sustancia el juicio penal.

DÉCIMO QUINTO: Que todo lo expuesto deja en evidencia que los sentenciadores han incurrido en el yerro jurídico imputado, por la equivocada interpretación del artículo 2518 inciso 3° del Código Civil, en relación al artículo 2503 del mismo cuerpo legal, error de derecho que tuvo influencia sustancial en lo dispositivo, puesto que motivó el acogimiento de la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile, en circunstancias que ella debió haber sido rechazada.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 765, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido por la demandante en contra de la sentencia de 24 de septiembre de 2020, librada por la ltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Acordada con el **voto en contra** de la Ministra Sra. Ravanales y el Abogado Integrante Sr. Diego Munita Luco, quienes fueron del parecer de rechazar el recurso de casación en el fondo interpuesto, ya que éste incumple lo dispuesto en el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, en relación a los artículos 764 y 767 del mismo cuerpo legal, toda vez que los errores de derecho denunciados, de concurrir, no permitirían resolver la cuestión planteada en el recurso, habida cuenta que no se invocó la totalidad de las normas aplicables en la especie, como sucede, por ejemplo, con el artículo 2332 del Código Civil, que establece el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual, habida consideración, además, de la reiterada jurisprudencia de esta Corte que refiere que la mención y desarrollo en el recurso de casación en el fondo de las normas infringidas en el fallo han de ser tanto las que el fallador invocó en su sentencia para resolver la cuestión controvertida, como aquellas normas decisoria litis que dejó de aplicar, puesto que en caso contrario esta

Corte no podría dictar sentencia de reemplazo, dado el hecho que se trata de un recurso de derecho estricto.

Regístrese.

Redactó el Abogado Integrante Sr. Diego Munita Luco y la disidencia sus autores.

Rol N° 131.095-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y por el Abogado Integrante Sr. Diego Munita L.

Santiago, veintisiete de mayo de dos mil veintidós.

De conformidad con lo que se dispone en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, a excepción de sus considerandos décimo octavo, décimo noveno, vigésimo y vigésimo primero, que se eliminan,

Y SE TIENE ADEMÁS PRESENTE:

PRIMERO: Que, de acuerdo al artículo 2332 del Código Civil, las acciones destinadas a hacer efectiva la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto, término que se interrumpe, conforme al artículo 2518 inciso 3°, por la demanda judicial, concepto este último que debe interpretarse de manera amplia, como comprensivo de toda actuación llevada a cabo por el acreedor y que manifieste de manera inequívoca una voluntad de hacer efectivo su crédito.

SEGUNDO: Que, en la especie, el padre del actor presentó una denuncia ante la justicia militar dando cuenta de la ocurrencia de los hechos objeto de estos antecedentes y el demandante, además, realizó una serie de diligencias al interior del proceso militar, reseñadas oportunamente en la sentencia respectiva, prestando declaración ante la justicia diversos careos, en los que sostuvo la responsabilidad del cabo segundo Godoy por los malos tratos recibidos en el marco de su instrucción en la Armada, lo que debe considerarse como un recurso judicial en los términos del artículo 2518 del Código Civil, en consideración a que persiguió la responsabilidad criminal del autor del ilícito que fundamenta la responsabilidad civil extracontractual demandada en esta causa.

TERCERO: Que, una vez producido el efecto interruptivo por aplicación del principio contenido en el artículo 167 del Código de Procedi-

miento Civil, se produce la suspensión del plazo de prescripción hasta la ejecutoria de la sentencia. Tal conclusión se justifica en que el tenor del fallo criminal y el establecimiento de la responsabilidad penal no constituye sino la base esencial de la demanda civil futura, de modo que, mientras dicha responsabilidad no se encuentre asentada en una decisión firme, no es posible estimar que se encuentra corriendo, en perjuicio de la víctima, el término extintivo de la acción.

CUARTO: Que lo razonado conduce necesariamente al rechazo de la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile.

QUINTO: Que cabe abocarse a la excepción deducida por el Fisco en subsidio a la anterior, esto es, la de exclusión de responsabilidad civil del Estado, ya que los hechos descritos en la demanda, a juicio de dicho ente, constituyen hechos de carácter delictual que constituirían una falta personalísima, separada del ejercicio de la función pública, alegando que la fuente del perjuicio se encuentra desvinculada de la actividad de la Armada de Chile, que se hizo con móviles personales y ajenos al interés público.

SEXTO: Que, como lo ha señalado esta Corte con anterioridad, cabe señalar que la responsabilidad del Estado Administrador, a partir una interpretación armónica de lo dispuesto en los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7° y 38 de la Constitución Política de la República en relación a los artículos 4° y 42 del D.F.L N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley No 18.575, ha evolucionado hasta llegar a un estado pacífico, en cuanto a sostener que dicho instituto se funda exclusivamente en las referidas normas y tiene como factor de imputación la ‘falta de servicio’, que se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo, lo hace en forma irregular y/o lo hace tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria.

Es importante precisar que la norma del inciso segundo del artículo 21 de la Ley N° 18.575 actualizada no excluye la aplicación del concepto de falta de servicio y el consecuente régimen de responsabilidad de Derecho Público a las Fuerzas Armadas, toda vez que tal norma no afecta la disposición del artículo 4°, piedra angular de la responsabilidad de los órganos del Estado, por lo que a su respecto debe atenderse a la concepción de la Administración que expresa el inciso segundo del artículo 1° del mencionado cuerpo de leyes, de forma tal que, sin duda alguna, este régimen de responsabilidad se aplica a las Fuerzas Armadas, como a las de Orden y Seguridad Pública.

SÉPTIMO: Que, asimismo, se debe enfatizar que las normas excluidas en consideración a lo establecido en el mencionado inciso segundo del artículo 21, se refieren exclusivamente a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria (atendido los títulos de los párrafos y las materias de que tratan), sin afectar el régimen de responsabilidad de aquellas instituciones, interpretación que se impone, no sólo por una cuestión de semán-

tica normativa sino porque, como se dijo, no hay afectación del artículo 4º de la referida ley, que dispone: ‘El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado’.

Sin lugar a duda, la Administración del Estado comprende a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, razón por la que su responsabilidad tiene origen indiscutible en las normas de Derecho Público (Rol CS N° 81-2021).

OCTAVO: Que, asentado lo anterior, cabe señalar que los golpes y descargas eléctricas a las que alude la sentencia rol 8761, del Juzgado Naval de la Primera Zona Naval, propinadas por el cabo segundo Juan Godoy Briceño contra el actor, se hacen en el marco de una forma torcida de aplicar la disciplina interna, conocida como ‘*justicia criolla*’, que según refiere el propio condenado en el proceso criminal, se realiza ya que era el más antiguo del grupo en el que se encontraba el grumete Placencia, por lo que recibía llamados de atención de parte de los profesores por las faltas del resto, golpeándolos frente a la comisión de alguna o por el retraso en las tareas propias al interior de la Academia Politécnica Naval.

De esta forma, se puede establecer inequívocamente que la ‘*justicia criolla*’ aplicada por el cabo segundo Godoy se dio con ocasión de una función del Estado, y por lo tanto satisface el criterio delineado más arriba, generando una imputación hacia el Estado, sin perjuicio del derecho del Estado a repetir en contra del infractor.

NOVENO: En cuanto a la relación de causalidad, el informe del perito designado en la presente causa, médico psiquiatra Dr. Walter Avdaloff Valencia refiere que el demandante ‘teme que le vayan a hacer daño y en general eso ha reducido mucho su vida social’, indicando dentro de la historia médica que tuvo malos tratos en la Armada, indicando como diagnóstico Síndrome de estrés postraumático, causando cuadros de crisis de pánico y un estado de ansiedad y angustia elevado, limitando su capacidad laboral y de interacción social. Ello permite determinar que el cuadro psiquiátrico del actor se produce precisamente por el maltrato sufrido durante su permanencia en la institución castrense.

DÉCIMO: Que, encontrándose acreditada la existencia de daño moral en los términos referidos previamente, en la medida que los malos tratos generaron un síndrome de estrés postraumático en el actor y aun su salida de la Armada –según refiere él mismo conforme establece el informe pericial y la carta dirigida a éste por el Capitán de Navío OM Carlos Falfán Tobar.

Cabe señalar que el daño moral corresponde a la lesión producida en la esfera extrapatrimonial del actor, correspondiendo a ‘todas las consecuencias adversas que afectan la constitución física o espiritual de la víctima y que se expresan, por un lado, en dolo, angustia o malestar físico o espiritual y, por otro lado, en una disminución de la alegría de vivir’ (Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial

Jurídica, 2006, p. 290), las que en este caso se manifiestan como una aflicción mental que se caracteriza por la presencia del síndrome de estrés postraumático. Cabe señalar que la apreciación en dinero de este daño es prudencial y subjetiva, en cuanto se trata de aquellos infligidos sobre un área que no resulta susceptible de evaluación según criterios objetivos.

Por ello, se tomará en consideración la forma en que se provoca el daño, a través de la imposición de castigos corporales reiterados en el tiempo frente a faltas menores –el autor de los hechos, por ejemplo, reconoce haber aplicado al actor la ‘*justicia criolla*’ por descubrirlo fumando en los baños de la Academia– y sus consecuencias, ya que el demandante finalmente se retiró de la carrera militar, como ha quedado establecido previamente.

En razón de lo anterior esta Corte regulara prudencialmente en la suma de \$30.000.000, el monto total que se debe entregar al actor como indemnización del daño moral sufrido.

UNDÉCIMO: Que en lo que respecta a los reajustes e intereses, éstos se considerarán desde que la sentencia quede ejecutoriada, en consideración a que la función de los intereses en el caso de la indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual puede cumplir un fin resarcitorio si son concedidos desde la fecha de comisión del ilícito y moratorio para el caso en que se concedan desde que la sentencia cause ejecutoria; por lo que, entendiendo que el daño moral cumple la función resarcitoria de manera completa, no cabe concederlos desde el acto ilícito que lo origina.

De conformidad, además, con lo dispuesto los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

I. Que SE REVOKA el fallo de primer grado que acogió la excepción de prescripción interpuesta por el Fisco de Chile y, en su lugar se decide que se rechaza la referida excepción.

II. Que SE RECHAZA la excepción de exclusión de responsabilidad civil del Estado interpuesta por el Fisco de Chile.

III.- Que SE ACOGE la demanda interpuesta por Benjamín Ignacio Placencia Lobos en contra del Fisco de Chile, condenando a éste al pago de la suma de \$30.000.000.- (treinta millones de pesos) por concepto de daño moral, suma que deberá ser reajustada desde que la presente sentencia quede ejecutoriada y devengará intereses desde que el deudor se constituya en mora.

IV.- Que en consideración a que el demandado no ha sido totalmente vencido en juicio, cada parte pagará sus costas.

Acordada con el **voto en contra** de la Ministra Sra. Ravanales y el Abogado Integrante Sr. Munita, quienes estuvieron por no emitir pronunciamiento respecto del fondo de la materia discutida, en razón de lo razonado a propósito de la disidencia del arbitrio de casación que antecede.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Abogado Integrante Sr. Diego Munita Luco y la disidencia de sus autores.

Rol N° 131.095-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y por el Abogado Integrante Sr. Diego Munita L.”.

Bibliografía

- SOTO KLOSS, Eduardo, “Bases constitucionales de la Administración del Estado de Chile, en Gustavo REYES ROMÁN, Eduardo SOTO KLOSS, *Régimen jurídico de la Administración del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 2 vols.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, 3ª. ed., Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2012.

JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA, sentencia, rol 52.961, 24 de abril de 2017, ministros Sergio Muñoz G., Carlos Aránguiz M., Manuel Valderrama R. y abogado integrante Jean P. Matus A. y Arturo Prado P., publicado en *Ius Publicum*, n.º 39, 2017, pp. 228-231, comentario nuestro en pp. 221-227).
- CORTE SUPREMA, sentencia, rol 371-208, 3 de julio de 2009, Seguel Cartes con Fisco.
- CORTE SUPREMA, sentencia, rol 1760-2009, 24 de marzo de 2011, Fernández Rodríguez y otro con Fisco.

Siglas y abreviaturas

ed.	edición
etc.	etcétera
n.º a veces N°	número
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatis</i> (obra citada)
pp.	páginas
<i>RDJ</i>	<i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i>
Sr.	señor
Sra.	señora
T.	tomo

v.gr. *verbi gratia*
vols. volúmenes

GUERRA DE INDEPENDENCIA, PRESAS Y ARBITRAJE INTERNACIONAL: EL CASO ABADÍA (1864)

Rodrigo Céspedes*

Presentación

Este trabajo analizamos una sentencia sobre presas durante la guerra de la independencia y explora conceptos como las guerras de liberación colonial, el incipiente arbitraje internacional del siglo XIX, los conflictos asimétricos y la responsabilidad del Estado.

I. Introducción

El caso Abadía¹ nos transporta a un período legendario, la época del nacimiento de Chile como nación independiente. Los hechos del caso que analizaremos se sitúan en este periodo y forman parte de las hazañas de lord Thomas Cochrane, un genio de la guerra naval que ha inspirado más de alguna ficción². La sentencia, sin embargo, no es de los años tumultuosos de la Independencia sino de la República, ya bien asentada a diferencia de nuestros vecinos. Curiosamente, en esa misma época estábamos de nuevo en conflicto con España, lo que no impidió fallar en favor de un peninsular. Aún en guerra, la fortaleza de las instituciones republicanas chilenas no impedía la independencia del Poder Judicial, el funcionamiento normal del Congreso, las elecciones regulares y la transferencia pacífica del poder de un presidente a otro de distinto signo. Chile, además, fue pionero, como veremos, en el arbitraje internacional y en considerar al Estado responsable e indemnizar perjuicios.

* Doctor en Derecho. Investigador asociado, Instituto Max Planck de Antropología Social (Halle), Departamento de Derecho y Antropología. Correo electrónico: rodcespedes@gmail.com

¹ Abadía con el fisco (1864), Tribunal de Santiago, en *Gaceta de los Tribunales*, año XXIV, n.º 1300, Santiago, 8 de junio de 1867, pp 393-394.

² Apodado “el Lobo de los Mares”, Arthur Conan Doyle utiliza el personaje en su novela *Rodney Stone* de 1896. El personaje principal de las novelas históricas de Patrick O’Brian se basa en Thomas Cochrane, muy conocidas por la película *Master and Commander* de 2003. Thomas Cochrane probó su audacia y habilidades en las guerras napoleónicas después es miembro del Parlamento y abandona su país por verse involucrado en un fraude bursátil. Trabaja como corsario para Chile, Brasil y Grecia y desarrolló tecnología armamentística.

II. Hechos

En 1808, Napoleón Bonaparte invadió España, y su hermano reemplazó al rey Fernando VII³. En 1810, una junta tomó el control del gobierno chileno en nombre del rey. Luego de estos acontecimientos, los revolucionarios derrocaron a la junta impulsando la Independencia.⁴ Cuando Napoleón fue derrotado, España intentó volver a la situación prerrevolucionaria⁵, pero al poco tiempo se consolidó la Independencia de Chile⁶. En 1820, la “Expedición Libertadora” zarpó de Valparaíso hacia el Perú bajo bandera chilena. El líder de la flota era el británico lord Thomas Cochrane, contratado por el gobierno chileno. En 1821, interceptó a la tripulación de un barco estadounidense, el *Macedonian*. Pese a que Estados Unidos fue neutral durante la Guerra de Independencia, Thomas Cochrane tomó su carga de oro y plata como premio por la captura, compartiéndola con su tripulación. Parte de la carga pertenecía a ciudadanos estadounidenses y parte a ciudadanos españoles. En 1858, Estados Unidos y Chile acordaron resolver la disputa mediante arbitraje del rey Leopoldo II de Bélgica, quien decidiría en equidad (*ex aequo et bono*)⁷, de acuerdo con un tratado bilateral que entró en vigor el 10 de noviembre de 1858⁸.

³ La Guerra Peninsular (1808-1814) comienza con el acuerdo entre España y Francia para repartirse Portugal, aliada de Inglaterra. Napoleón utilizó los problemas entre Fernando y su padre, Carlos IV, para colocar a su hermano José Bonaparte en el poder. Si bien con cierto apoyo de parte de la aristocracia española y la firma de la Constitución de Bayona (1808), la población optó por resistir y estallaron revueltas, cruelmente reprimidas por los franceses. Se formaron juntas regionales en toda España. Durante este periodo se promulga la Constitución de 1812 de corte liberal. Con ayuda inglesa, se hace retroceder a Napoleón y se restaura el gobierno de Fernando VII, que rechaza el texto constitucional; rechazo que tendría consecuencias serias para todo el Imperio. El conflicto es más complicado, paradójico y retorcido de la forma simplista en que se lo describe.

⁴ Denominamos a este periodo Patria Vieja (1810-1814), que va desde la Primera Junta de Gobierno, que gobernó con autonomía en nombre del rey, pero fue derrocada por José Miguel Carrera, que inició un proceso independentista.

⁵ La Reconquista inicia con el desastre de Rancagua, en 1814 (el fin de la Patria Vieja) y finaliza con la victoria secesionista chilena en la Batalla de Chacabuco (1817).

⁶ Durante el periodo denominado como Patria Nueva, dominado por Bernardo O’Higgins (de hecho, termina con su abdicación en 1823).

⁷ La expresión latina completa, *ex aequo et bono, in quantum aequius melius*, se traduce como “por bondad y justicia, mejor en cuanto sea más justo”. El tribunal no está sujeto a reglas estrictas de derecho, sino que se guía por consideraciones de justicia y sentido común (un “amigable compositor”). Muy común en los arbitrajes del siglo XIX.

⁸ Tratados, convenciones, actas internacionales y acuerdos entre Estados Unidos de América y otras potencias 1776-1909. Compilado por William M. Malloy bajo resolución del Senado del 18 de enero de 1909, Washington: Government Printing Office, 1910.

En 1844 España reconoció la independencia de Chile, y ambas naciones establecieron formalmente relaciones diplomáticas después de firmar un tratado de paz y amistad, que surtió efecto el 25 de abril de 1844. El acuerdo establecía la responsabilidad por confiscaciones y secuestros como represalias durante la Guerra de Independencia contra la propiedad de los ciudadanos españoles. Se promulgó la Ley de Embargo de Bienes, que se puso en vigencia el 15 de septiembre de 1853⁹.

Después de la promulgación de la ley de 1853, pero antes de que se dictara la decisión del rey de Bélgica, un ciudadano español, Ignacio Abadía, demandó a Chile por su oro confiscado cuando el *Macedonian* fue capturado. El actor exigió la misma indemnización que la establecida por la ley de 1853, que creó el procedimiento para indemnizar a las víctimas de represalias y reconoció las indemnizaciones como deuda pública. La Corte Suprema chilena declaró el sobreseimiento temporal, suspendiendo el procedimiento a la espera de la decisión del rey, ya que ambas reclamaciones estaban relacionadas. El 15 de mayo de 1858, el monarca de Bélgica falló a favor de Estados Unidos, básicamente porque el botín se capturó en tierra, no en el mar y el procedimiento del tribunal de presas no fue regular, es decir, legítima. El rey lo decidió porque fue tomada en tierra, no en el mar, y el procedimiento en el tribunal chileno era deficiente. Por lo tanto, Chile tuvo que compensar a los ciudadanos estadounidenses que poseían la carga con tres quintas partes del valor incautado. El hijo de Ignacio Abadía reactivó su reclamación, pidiendo una indemnización.

III. Fallo

La Corte declara que las guerras de independencia son diferentes de los conflictos internacionales típicos: las primeras son más violentas que las segundas, y las normas legales que las rijan son diferentes. Los ciudadanos del enemigo y los neutrales tienen una situación jurídica muy similar en las guerras de liberación colonial. El demandante tiene que ser reparado, pero en una suma menor a la solicitada. El monto que adjudicó el rey de Bélgica solo se aplicaba a los ciudadanos estadounidenses. El actor tenía como límite el monto fijado por el Tratado de Paz de 1844 entre Chile y España. Por consiguiente, el importe de su indemnización estaba limitado por dicho pacto.

⁹ Gabriel BOCKSANG, "La responsabilidad del Estado por secuestros de bienes en la República chilena temprana", pp 1049-1077.

IV. Comentario

Esta interesante sentencia tiene varios aspectos relevantes, como la responsabilidad del Estado o el hecho de estar relacionada con el incipiente arbitraje internacional. Comentaremos el último aspecto pese a que la escueta redacción solo insinúa ciertos conceptos importantes para el derecho de gentes. Las guerras de independencia hispanoamericanas (1808-1833) comenzaron poco después de la invasión francesa de España durante las Guerras Napoleónicas (1803-1815). El Imperio español se derrumbó y las antiguas colonias se convirtieron en nuevos Estados independientes. La descolonización de las colonias españolas fue un proceso en el que la violencia fue esencial. El tribunal parece decir que las guerras por la libre determinación eran más incivilizadas que las guerras regulares. En consecuencia, el incipiente derecho humanitario y las leyes de la guerra eran más flexibles. De hecho, la independencia de las colonias españolas fue en realidad una guerra de liberación nacional que buscaba su autonomía de una potencia ocupante. Ese tipo de conflicto armado es por lo regular asimétrico, con una considerable superioridad de calidad y cantidad de los recursos de la potencia colonial, lo que hace las reglas más flexibles. Además, la distinción entre neutrales y enemigos no era tan clara, ya que el conflicto era poco convencional, incluido el financiamiento para apoyar los esfuerzos de guerra. Dado que las colonias tenían recursos limitados para apoyar su guerra, la promulgación del corso era común. Cada barco que parecía sospechoso era capturado y considerado un objetivo militar legítimo. Solo con la Declaración de París (1856) se protegió internacionalmente la propiedad neutral por un conjunto codificado de reglas (y se prohibió además el corso). El tribunal de primera instancia parece considerar legítimos los secuestros dada una guerra de liberación, pero, al mismo tiempo, reconocer la necesidad político-diplomática de reparar los perjuicios de guerra. Este tipo de consideraciones fundaría parte de la doctrina de la responsabilidad internacional del Estado en el siglo XIX.

Entre 1817 y 1822, el jefe de gobierno chileno, Bernardo O'Higgins, promulgó un decreto con reglas generales sobre el corso, entró en vigor el 11 de agosto de 1818. Una nave corsaria era un buque de propiedad privada equipado para la guerra y autorizado por ley para operar como tal por un gobierno nacional reconocido. Poseen, entonces, un permiso oficial: la patente de corso¹⁰. Durante las guerras de independencia, las represalias contra los ciudadanos españoles eran comunes como una forma de pagar a las tropas insurgentes (aunque también eran un escarmiento o venganza).

¹⁰ David J. BEDERMAN, "Privateering".

Tiempo después se reestablecieron las relaciones diplomáticas y se trató de limar asperezas reparando en alguna medida los perjuicios causados. El Tratado de 1844 con España y la ley de 1853 se ocupaban de este problema y regulaban las reparaciones. Un acuerdo bilateral era una forma directa de resolver el asunto de las reparaciones por perjuicios de guerra, dejando las disputas a los tribunales domésticos. Otra forma era el arbitraje internacional, que dejaba la decisión a un tercero imparcial. Ese fue el camino seguido por Estados Unidos y Chile.

Se dice que el arbitraje internacional moderno nació con el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, entre Gran Bretaña y Estados Unidos (1796). Bajo el alero de este pacto, después de la Guerra de Secesión Estadounidense (1861-1865), se firmó el acuerdo entre Gran Bretaña y Estados Unidos de 1871 que dio origen al notable *caso Alabama*. Durante el conflicto civil en Estados Unidos, Gran Bretaña se declaró neutral. Sin embargo, varios corsarios ingleses participaron en la guerra en favor de los confederados; el más célebre fue el *CSS Alabama*. Estos corsarios causaron estragos en el comercio de la Unión. Para el bando del norte, vencedor en la disputa, la actitud de Gran Bretaña había violado las reglas de neutralidad. El tribunal arbitral de reclamación funcionó en Ginebra y estuvo integrado por los representantes de Gran Bretaña, Estados Unidos y tres de países neutrales: Italia, Suiza y Brasil. Según el laudo, la neutralidad de un Estado implicaba, también, un deber de control en relación con las naves particulares equipadas para la guerra en sus puertos. Por lo tanto, Gran Bretaña era responsable de los daños causados. Ese caso se considera como el origen del arbitraje internacional moderno, una forma de heterotutela para la solución pacífica de controversias interestatales mediante decisiones jurídicamente vinculantes para resolver reclamaciones que habían surgido entre ciudadanos de diferentes Estados, entre ciudadanos de un Estado y otro Estado, o entre los propios Estados en procedimientos formales con autoridad de cosa juzgada. Pues bien, la resolución del caso *Macedonian* fue acordada y concedida *antes* del laudo de reclamaciones de Alabama (1872). Durante el siglo XIX Chile fue pionero en materia de responsabilidad del Estado y del arbitraje internacional.

El tribunal chileno parece considerar con cierta timidez, que el arbitraje del rey de Bélgica sentaría de alguna manera una especie de precedente, y el tribunal tenía que esperarlo. Entonces, la *ratio decidendi* de la decisión del rey sería obligatoria para los tribunales chilenos en el sentido de estimar si había o no responsabilidad estatal. A pesar de que la misma doctrina esencial debería aplicarse a la reclamación de Abadía, el laudo del rey solo afectaba a los ciudadanos estadounidenses, por el principio del efecto relativo de las sentencias. Un nacional español no podría be-

neficiarse por vía directa de los resultados de un juicio en el que no fuera parte. Sin embargo, el tribunal chileno, en parte utilizando la doctrina establecida por el laudo del rey de Bélgica, consideró al Estado como responsable, pero restringió la compensación tras el Tratado de Paz de 1844 entre Chile y España, y la legislación interna chilena que lo implementó. En pocas palabras, la esencia de la doctrina sentada por la sentencia internacional vincula a los tribunales chilenos. El monto, un *obiter dictum*, no sería vinculante, ya que se ajusta las normas particulares y especiales del caso concreto.

Siempre ha habido guerras a lo largo de la historia y el comportamiento de los beligerantes ha estado sujeto a ciertas reglas, basadas en las costumbres. Desde la segunda mitad del siglo XIX, muchas costumbres han sido codificadas para proteger a los civiles y soldados regulares en conflictos internacionales y más tarde restringir los métodos y medios de guerra. Actualmente, la protección del derecho humanitario incluye a cualquier ciudadano, perteneciente a una potencia neutral o no, combatiente sean: insurgentes, guerrilleros, refugiados, detenidos o prisioneros en conflictos internacionales o no internacionales, o golpe de Estado. La semilla de ese estándar mínimo aplicable a todos en parte la sembró Chile con su apego al derecho internacional.

V. Sentencias completas

“Juzgado Civil de Santiago

Santiago, Mayo 20 de 1864.-

VISTOS:

A nombre de don Ignacio Abadia, hijo único heredero del súbdito español don Pedro Abadia, se pidió al principio de este juicio que se mandara consolidar, en virtud de la lei de 15 de setiembre de 1853, la cantidad de setenta i nueve mil trescientos pesos, valor de doce cargas de plata sellada i de nueve en barra que fueron capturadas en el valle de Sitama, territorio del Perú, el 9 de marzo de 1821, por orden de uno de los jefes del ejército chileno que espedicionaba entonces contra la España. No habiéndose comprobado la acción con los documentos fehacientes que la citada lei exige, se mandó sobreseer hasta que se resolviera la cuestión diplomática sobre la devolución de aquella misma suma, librada al arbitraje del rei de los Belgas, en cuya cuestión se ha por nuestro Ministro Plenipotenciario los compro que Abadia debía acompañar a su demanda, i de los cuales no pudo concederle copia el Gobierno Supremo. Fué fallada dicha cuestión,

declarando que pertenecían a ciudadanos norteamericanos, i solo en subsidio pide que se mande consolidar conforme a la lei de 15 de setiembre de 1853, por hallarse fehacientemente comprobado el secuestro con los documentos compulsados a f. 40.

Como en la citada sentencia se declaró que había sido ilejítima la presa, deriva de ella el fundamento de su primera solicitud, i cree que, obligado el fisco a aceptar la apreciación legal de ese acto sus naturales consecuencias, debe inmediatamente restituir las dos terceras partes reclamadas con sus respectivos intereses, para indemnizar así el daño inferido por el solo derecho de la fuerza, i sea antecedente alguno en el derecho civil ni en el de jentes. La calidad, se agrega, con que se deslindaron en la misma sentencia los derechos de los ciudadanos de la Unión i de don José Arismendi, mandatario de Abadía, no menos que la terminante repetición del argumento fundado en que la plata apresada era propiedad española, sujeta al derecho de retorsión que pusieron en práctica los belijerantes, escusan la investigación de los hechos i dejan sólidamente establecida la lejítima pretensión de Abadía, i mayormente si se atiende a que la Exma. Corte, confirmando el auto de sobreseimiento, lo subordinó al pronunciamiento de la sentencia que debía recaer en la cuestión diplomática del Gobierno de Chile con el de los Estados Unidos, reconociendo de esa manera que esta sentencia vendría a establecer la naturaleza i extensión de la responsabilidad del fisco en el reclamo de Abadía.

Por parte del fisco se contesta: aceptando el lejítimo derecho del demandante, con probado con el recibo de f. 40 i demás documentos que ha presentado para que se le reconozca i consoliden veinte i ocho mil ciento sesenta pesos, que son las dos quintas partes del valor de la presa; pero se resiste la pretensión de exigir esta suma como una cobranza ordinaria, sustrayéndola a las disposiciones que reglan los secuestros de la guerra de la Independencia. Se alega: que la sentencia del rei de los Belgas, no ha producido otro beneficio a Abadía, que el establecimiento del hecho de ser dueño de las dos terceras partes de la plata capturada en el valle de Sitama, perteneciendo las otras tres quintas partes a los prestamistas i cargadores del *Macedonian*; que la modificación introducida por la Excm. Corte en el auto de sobreseimiento, haciéndolo llegar solo hasta la resolución de la cuestión diplomática entonces pendiente, i la denegación de las copias, fundada en esta misma, cuestión, no se prestan vi remotamente a la interpretación que Abadía les da, no siendo otro su sentido que la necesidad de aplazar un reclamo tan análogo con el que otros interesados hacían a la vez, para no oponerse a pagar a dos demandantes una misma deuda, i porque era conveniente señalar la época en que se pudieran reclamar i traer a los autos los comprobantes de la acción entablada, sin los cuales no podía ni empezarse a tratar judicialmente de ella, conformé a la lei de 15 de setiembre citada; i por último, que ni esta lei, ni otra alguna relativa al mismo ramo de secuestros, confieren derecho al reclamante para cobrar intereses, i debe solo mandarse consolidar en idéntica forma que las demás cantidades reconocidas a otros interesados, la de veinte i ocho mil ciento sesenta pesos a que tiene derecho don Ignacio Abadía.

CONSIDERANDO:

(1) Que la situación de los súbditos españoles i de los ciudadanos norteamericanos en la cuestión del *Macedonian* ha sido aún más de semejante que la de los beligerantes i neutrales; porque, en la guerra que un país violentamente subyugado emprende para conquistar i consolidar su independencia, son lícitas ciertas hostilidades que el derecho de jentes reprobaba en las guerras comunes de nación a nación;

(2) Que aun cuando el hecho sobre que descansa la cuestión baya sido uno mismo para todos los reclamantes, siendo tan diversa la condición de ellos, no puede lejitimamente el beneficio alcanzado por los unos servir de antecedente para que los demás deduzcan una pretensión igual;

(3) Que a más de estas consideraciones jenerales i de haber recaído el pronunciamiento del rei De los Belgas sobre aquella parte de la cuestión que únicamente le fue sometida, i con fundamentos mui especiales en la que ha quedado pendiente entre el fisco i el súbdito español, don Pedro Abadia, representado por su hijo don Ignacio, para mirarla i resolverla de otro modo; puesto que nuestro país ha dictado leyes sobre reconocimiento de la deuda interior i consolidacion de secuestros, leyes que ha aceptado la España i hacen parte del tratado de paz i amistad, celebrado con ella i promulgado el 10 de julio de 1846;

(4) Que la lei de 15 de septiembre de 1853, que es la aplicable al presente juicio, se dictó en virtud de ese mismo contrato, i ella no solo ha dispuesto requisitos de que debe aparejarse una cobranza de esta clase, sino también la forma i términos en que han de ser pagadas las deudas que se reconozcan como nacionales i se manden consolidar;

(5) Que la sentencia de la Exma. Corte, aprobando el sobreseimiento con la limitacion de que se ha hecho mérito, no se presta como lo esponen fundadamente los representantes del fisco, a la interpretación que le atribuye el apoderado del demandante; i

(6) Que es ya un hecho averiguado que el valor de las dos quintas partes de la presa del *Macedonian* a que Abadia limita su reclamo, es solo de veinte i ocho mil ciento sesenta pesos, suma que debe considerarse como ingresada al tesoro nacional, porque fué destinada al pago de sueldos de nuestro ejército.

Por estos fundamentos i en conformidad de la citada lei de 15 de setiembre, declárase: que debe consolidarse a favor de don Ignacio Abadia, hijo i único heredero de don Pedro Abadia, la cantidad de veinte i ocho mil ciento sesenta pesos, i no ha lugar lo demás que se ha pedido a su nombre. Consúltese.- Ugarte Zenteno.- Renjifo, secretario”.

“CORTE SUPREMA

Santiago, mayo 22 de 1867.-

VISTOS:

El 9 de mayo de 1821 fué aprehendido por fuerzas chilenas en el valle de Sitama, territorio peruano, la cantidad de setenta i nueve mil trecientos pesos en moneda i barras de plata; don Ignacio Abadía ha reclamado esta suma como único hijo i heredero de don Pedro Abadía a quien afirma le pertenecía. La misma suma fué tambien reclamada por ciudadanos de los Estados Unidos, i sometida a arbitraje la cuestion, su majestad el rei de los Belgas resolvió en 15 de mayo de 1863 que tres quintas partes de esta suma pertenecian a ciudadanos de los Estados Unidos a quienes debian pagárseles con intereses del seis por ciento anual. Don Ignacio Abadía ha modificado en consecuencia su demanda, limitándola a las dos quintas partes no satisfechas a ciudadanos de los Estados Unidos i pidiendo que se le paguen en la misma forma que aquellos i con los mismos intereses o al menos que se le consoliden estas dos quintas partes en la deuda interior.

Los representantes del fisco reconocen el derecho de don Ignacio Abadía para que se le registre en la deuda interior la cantidad reclamada, mas no los intereses que tambien solicita.

CONSIDERANDO:

(1) Que está confesada por los representantes fiscales la captura hecha en el valle de Sitama en mayo de 1821, materia del presente juicio;

(2) Que aunque esta captura se verificó en propiedades, que ahora se reclaman como pertenecientes a los súbditos del enemigo con quien se encontraba en guerra la República, la lei de 15 de setiembre de 1853 mandó reconocer en la deuda nacional esta clase de secuestros;

(3) Que esta misma lei escluye del reconocimiento los frutos e intereses de las propiedades i capitales secuestrados;

(4) Que hasta ahora no se ha registrado en la deuda interior la suma que se demanda, segun certifica la Contaduría Mayor a f. 113: en conformidad a las consideraciones que preceden, se declara; que las dos quintas partes de la suma aprehendida en el valle de Sitama el 9 de mayo de 1821, esto es, veinte i ocho mil ciento sesenta pesos, que demanda don Ignacio Abadía como único sucesor i heredero de don Pedro Abadía, deben ser reconocidos a su favor, sin intereses, i en la deuda interior del tres por ciento. Se confirma la sentencia apelada de 20 de mayo de 1864 en lo que fuese conforme a esta. I habiendo el señor fiscal presentado copia de una reclamacion dirigida por el señor Ministro de Su Majestad Católica al gobierno de la República a nombre de los herederos de don José Felix D’Olhaberrague i Blanco jestion que no se ha hecho en esta

Corte por quien corresponde, póngase esta sentencia en conocimiento del señor Ministro de Relaciones Exteriores.

Tómese razon en la Contaduría Mayor i Tesorería Jeneral , i devuélvase.-

Montt.- Barriga.- Valenzuela.- Güemes. Proveído por la Exma. Corte Suprema.- Ahumada”.

Bibliografía

BEDERMAN, David J., “Privateering”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

BOCKSANG HOLA, Gabriel, “La responsabilidad del Estado por secuestros de bienes en la República chilena temprana”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 3, Santiago, 2014.

Siglas y abreviaturas

Exma. <i>a veces</i>	Excma.	Excelentísima
	f.	foja
	n.º	número
	pp.	páginas
	vol.	volumen

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 22 | 2023

JULIO ALVEAR TÉLLEZ, *PROPIEDAD PRIVADA Y LIBERTAD DE EMPRESA. ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y FILOSÓFICOS*, VALENCIA, EDITORIAL TIRANT LO BLANCH, 2022

Marisol Peña Torres*

Esta obra se une a la ya prolífica producción académica de Julio Alvear, reflejada en artículos publicados en diversas revistas especializadas como, también, en obras similares a la que hoy presento. Este es el caso de su obra *Libertad económica, libre competencia y derechos del consumidor. Un panorama crítico. Una visión integral*, editada también por Tirant Lo Blanch, en el año 2017.

Por ello, considero un honor y un privilegio esta invitación, que espero que pueda proyectar, con un mínimo grado de justicia, el valioso contenido de una obra que, sin duda, será señera en el desarrollo doctrinal del derecho público chileno.

El libro *Propiedad privada y libertad de empresa. Aspectos constitucionales y filosóficos*, de Julio Alvear, no representa, en absoluto, su primera incursión en estas temáticas. En su producción académica, ellas han sido objeto de una reflexión permanente a lo largo de varios años. Así lo revela el artículo publicado, en el año 2013, sobre “La jurisprudencia del amparo económico: los tres grandes déficits de la última década”, publicado en la revista *Estudios Constitucionales* y, también, su artículo publicado en la revista *Actualidad Jurídica*, del año 2014, titulado “Las nocivas tendencias del neocapitalismo: ¿economía liberal o economía social de mercado?”.

Del mismo modo, la vasta producción académica del autor ha estado acompañada por una reflexión permanente sobre los derechos humanos, ya sea desde un punto de vista específico, como cuando analizó *La libertad moderna de conciencia y de religión: el problema de su fundamento* (Madrid-

* Magister en Estudios Internacionales, Universidad de Chile. Expresidenta del Tribunal Constitucional de Chile. Profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo.

Barcelona, Marcial Pons, 2013) como desde una perspectiva más general, en su monografía referida a *La crítica al discurso de los derechos humanos. El origen* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2018).

Me ha parecido que estas referencias eran por completo necesarias para justificar el valor de la obra que hoy presento. Ella proviene de un autor que lleva años analizando estos temas y que, como muchos, se vio profundamente impactado por el debilitamiento experimentado por el derecho de propiedad como por la libertad de empresa en la propuesta de nueva Constitución, que terminó siendo rechazada en el plebiscito del 4 de septiembre de 2022. Basta leer, en las páginas 200 y 306 de este libro, la síntesis de la regulación de ambos derechos en la propuesta recién desechada para constatar que los pilares de una sociedad libre se veían socavados en lo profundo.

Quisiera referirme, a continuación, a los méritos metodológicos y sustantivos del libro que he tenido la oportunidad de leer para efectos de esta presentación.

Desde la óptica metodológica, el autor aclara, desde la introducción, que el fruto de su investigación es parte de un proyecto FONDECYT, que se inició estudiando el abuso de la libertad de empresa en los contratos de adhesión, pero no cabe duda de que, a lo largo de la misma, se fue reafirmando su idea de la necesidad que tiene la sociedad humana tanto de la propiedad privada como de la legítima actividad económico-empresarial, como también afirma en la introducción de la obra.

Estos propósitos se van desarrollando a lo largo de doce capítulos, de los cuales nueve se concentran en el análisis de los aspectos históricos, dogmáticos y de derecho comparado, del derecho de propiedad y de la libertad de empresa, dejando los tres capítulos finales para las reflexiones filosóficas que permiten entender las distintas concepciones que, a lo largo del tiempo, han animado la regulación de ambos derechos. Esta última parte queda del todo patente que el autor es más que un constitucionalista siendo, con toda probabilidad, la definición amplia de un “pensador del derecho”, la que más lo identifica.

Por otra parte, algunos capítulos de la obra son más descriptivos, como los que muestran la regulación del derecho de propiedad en el constitucionalismo chileno y de algunas Constituciones seleccionadas desde el punto de vista del derecho comparado. Pero, otros, son profundamente analíticos como el que se refiere a la función social de la propiedad donde celebro, en especial, el “a modo de síntesis” de la página 262, que permite formarse una impresión bastante cabal de la tensión existente entre un derecho que nació con un perfil individualista para ir adquiriendo, de a poco, una dimensión que permitía orientar su ejercicio hacia el bien común.

Señalo estos ejemplos, porque el lector tendrá la impresión, a ratos, de que el autor está ausente del relato, pero ello es muy necesario para comprender el marco de sus reflexiones posteriores donde no solo aprecio una conversación con los autores, sino que una toma de postura –muchas veces crítica– frente al planteamiento de la doctrina o de la forma cómo las Constituciones han abordado la regulación de los derechos estudiados.

Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en la página 221 cuando, refiriéndose a la Constitución de Venezuela, sostiene:

“Rompiendo con la tradición constitucional venezolana, la Carta de 1999 entrega al Estado la facultad de disponer de la propiedad o de sus atributos, para darle un uso público cuando estime necesario”.

Agrega que las “garantías privadas siguen vigentes en las formas, pero dentro de una red de disposiciones abiertas que permiten su ablación”.

En la página 279 del capítulo destinado a analizar la libertad de empresa advierte, por su parte:

“el principio de subsidiariedad (considerado implícitamente en la Constitución vigente) se ha aplicado con una mentalidad en exceso liberal, donde el enriquecimiento económico privado se muestra mezquino en materia de protección social, elevación moral y formación cultural. El Estado ha reducido su intervención durante décadas, como si la subsidiariedad no integrara la dimensión activa que le conecta con la denominada “solidaridad”.

Lo anterior me permite afirmar que estoy frente a una obra que no es solo el reflejo del “estado de la cuestión” en lo que tiene relación con el derecho de propiedad y con la libertad de empresa. Contiene, más bien, una invitación a pensar “más allá” sobre la regulación que se adopte, en definitiva, respecto de ambos derechos y los alcances que ello pueda tener para una sociedad democrática y libre.

Por lo tanto, destaco la metodología utilizada por Julio Alvear en el libro. Confieso que, al empezar su lectura, me impresionó el anuncio de doce capítulos, pero, al terminar de leerlo, se justificó plenamente.

Me gustaría avanzar, ahora, con los aspectos sustantivos de la obra para dejar, como corolario, algunas reflexiones de carácter personal.

Lo primero que me gustaría relevar, en este sentido, es la afirmación de que la propiedad no puede ser mirada solo como un derecho subjetivo que reconduce a la relación entre el titular de la misma y la cosa sobre la que se ejerce. Esta concepción, propia del derecho privado y del liberalismo como corriente política, es desafiada por el autor que muestra una dimensión de la propiedad que se acerca a la idea de una “institución”, más propia de la iuspublicística.

Sobre este punto, tiene sentido el tratamiento que Julio Alvear le da a la propiedad como “institución”. Bajo esa mirada, parece indiscutible que ella forma parte de aquella estructura destinada a garantizar por completo la libertad consustancial del ser humano, tanto en lo que se refiere al derecho de acceso a los bienes susceptibles de ser apropiados como al mantenimiento de su titularidad privada una vez que han sido adquiridos (p. 228). Relación con el artículo 19 n.ºs 23.º y 24.º de la Constitución.

En el fondo, siempre he pensado que el fundamento último de la protección constitucional del derecho de propiedad radica en el hecho de que la persona, como ser racional y, por ende, inteligente y libre, es capaz de desplegar su libre iniciativa transformando las cosas de la naturaleza e imprimiéndoles un valor que antes no tenían. De allí que sea necesario reconocerle las facultades de usar, gozar y disponer de aquello que le pertenece. Desde esta perspectiva, queda claro que la propiedad es una expresión o proyección de la libertad humana.

Como bien lo demuestra la lectura de la obra, el ejercicio de la propiedad debe compatibilizarse con otra de las características propias del ser humano, como es su sociabilidad. Por eso, la formación de comunidades organizadas en lo político y en lo jurídico, supondrá que su ejercicio pueda experimentar limitaciones en razón del bien común. Al respecto, también destaco la afirmación que recorre toda la obra en el sentido de que lo que, con frecuencia se presenta como el “interés general” que subordina el ejercicio libre y arbitrario del dueño, no puede ser entendido como sinónimo del “interés estatal”, como lo han propugnado las corrientes socialistas (p. 69).

A mi juicio, uno de los capítulos más potentes de este libro es el que se refiere a la propiedad privada y su función social (capítulo VI) y que parte de la base de que este derecho admite limitaciones y deberes. Este punto me hace recordar una de las discusiones sostenidas al interior del Tribunal Constitucional respecto al debate doctrinal, que Julio Alvear reproduce con total acierto, sobre si la aludida función social constituye un límite “extrínseco” o “intrínseco” al derecho de propiedad siguiendo la terminología utilizada, entre otros, por Francisco Fernández Segado. En la sentencia rol n.º 2299, de 29 de enero de 2014, cuyo requirente era la empresa constructora Santa Beatriz, el voto por rechazar el requerimiento, que en ese momento sustentamos con otros ministros, comparte la tesis de Julio Alvear, en el sentido de que “la función social ejerce su influjo desde el interior del derecho” (p. 262) y, por ende, constituye un límite intrínseco al ejercicio del derecho de propiedad.

De igual manera, uno de los aportes de este libro, que también quisiera destacar, se relaciona con la diferencia conceptual entre “límites” y “limitaciones” que, muchas veces, se homologan. Reproduciendo al autor, los

límites fijan “el contorno normal donde pueden llegar los poderes del propietario”. En cambio, las limitaciones son “la subestructura de los límites. Reducen por vía excepcional el poder dominical dentro de los límites ordinarios establecidos” (p. 263). No conozco otro trabajo que haya efectuado una precisión como esta, aun cuando el análisis de Humberto Nogueira sobre delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales (2005) y de Eduardo Aldunate sobre limitación y expropiación en la dogmática constitucional de la propiedad (2006), entregan elementos muy valiosos.

Era necesario un capítulo tan consistente como el que acabo de describir respecto del régimen expropiatorio, pues está claro que la verdadera garantía del derecho de propiedad se aprecia cuando uno se enfrenta a su privación. La propuesta constitucional, recién rechazada, constituyó un ejemplo del peligro que puede configurarse cuando no se asegura, constitucionalmente, que el resarcimiento al afectado, por la vía de la indemnización, equivaldrá al daño patrimonial en efecto causado.

Sin embargo, creo que, con esta obra, no se cerrará la producción académica del autor, de modo que la profundización de esta materia queda, tal vez, como una asignatura pendiente, sobre todo, cuando en ella, ha ilustrado tan bien, desde el punto de vista histórico sobre las razones del debilitamiento del derecho de propiedad a partir de fines de la década de 1960, en Chile Esta constatación es, desde luego, una referencia imprescindible para comprender los alcances del estatuto de la propiedad en la Carta Fundamental que hasta rige hoy.

En lo que se refiere, ahora, al segundo derecho abordado en esta obra, la libertad de empresa, cabría destacar, en primer lugar, que él forma parte del corazón o de la esencia de la denominada “Constitución económica”. Julio Alvear destaca el tratamiento de la libertad de empresa, en la Constitución vigente, que la consagra explícitamente como un derecho fundamental (p. 274) y que, como él mismo señala, ya había sido abordada en una de sus obras anteriores.

En esta materia, vuelve a ilustrar el tratamiento de la libertad de empresa en el derecho constitucional comparado, pero también realiza un análisis crítico de la regulación contenida en el artículo 19 n.º 21º de la Carta Fundamental, alertando su contenido más bien personalista y que no precisa con certeza los vínculos de esta libertad con los derechos concurrentes de otros agentes del sector productivo, en particular, de los trabajadores y de los consumidores (p. 279).

En efecto, observo una especie de círculo virtuoso donde el libre emprendimiento en materia económica se conecta con la generación de recursos que no solo beneficiarán al emprendedor, sino que al sistema produc-

tivo en su conjunto. Quien instala una empresa genera fuentes de trabajo, contribuye al desarrollo tecnológico, incorpora nuevos procesos de fabricación y, en suma, aporta riqueza y desarrollo al país en su conjunto.

La experiencia vivida en Chile, especialmente desde la creación de la Corporación de Fomento de la Producción, a fines de la década de 1930, en orden a hacer del Estado “el empresario” del país no solo asfixió la libre iniciativa individual, sino que frenó el desarrollo nacional.

De allí que una concepción de la economía donde el Estado pueda abordar la actividad empresarial dejando espacio al despliegue de los particulares es sana y deseable desde el punto de vista de la libertad personal, pero también del crecimiento del país.

Como bien lo reseña el autor, esta nueva mirada, instalada por la Constitución vigente, que ha sido calificada de modo injusto como una Carta liberal –o neoliberal– se asienta sobre el principio de subsidiariedad que no puede ser entendido en forma incompatible con el valor de la solidaridad, pues la Ley Fundamental debe ser el marco adecuado para la obtención de ganancias legítimas, pero también para la responsabilidad social y el *compliance*.

Recomiendo, entusiastamente, la lectura de los capítulos VIII, IX y X de esta obra para dimensionar la importancia de la empresa, como actor relevante en cualquier sociedad y su plena conciliación con las nociones de Estado social y de gobernanza. Sobre esta última, el propio PNUD ha impulsado la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, como parte de la Agenda 2030, para combatir la pobreza y la desigualdad en el mundo sobre la base de las alianzas que los Estados puedan impulsar con los particulares.

Siglas y abreviaturas

FONDECYT	Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
n.º a veces Nº	número
p.	página
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

DAN EDELSTEIN, *ON THE SPIRIT OF RIGHTS*, CHICAGO, THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS, 2018

*Juan Fernando Segovia**

The life of ideas, “La vida de las ideas”, es una colección dedicada a la historia intelectual que edita la Universidad de Chicago, siendo este libro el último de la serie: *Sobre el espíritu de los derechos*, de Dan Edelstein. Su autor es profesor de la Universidad de Stanford, especialista en el siglo XVIII francés. Conociáanse de él otros dos libros: *El terror del derecho natural* (2009), sobre el republicanismo y el culto de la naturaleza en la Revolución francesa y *La Ilustración: una genealogía* (2010). Sobre esta última materia, junto a Anton M. Matytsin, editó *Que haya Ilustración. Las fuentes religiosas y místicas de la racionalidad* (2018), en el cual escribió sobre la Ilustración aristotélica.

En la obra que reseñamos –partes de ella habían sido avanzadas en artículos anteriores– Dan Edelstein nos anuncia en el capítulo I: “Cómo pensar los derechos en la temprana Europa moderna”, que tratará de una genealogía: cómo los derechos naturales se convirtieron en derechos humanos en el periodo que va de las guerras de religión a la época de las revoluciones, llegando hasta 1948. A tal efecto distingue tres regímenes de derechos que llama: de conservación, es decir, la preservación de los derechos naturales en la sociedad civil, por ejemplo, la Declaración de Virginia de 1776; de cesión o transferencia, esto es, el derecho natural originariamente pertenece al pueblo o a los individuos quienes lo ceden a la autoridad, como John Locke y Jean-Jacques Rousseau, y de reducción o alienación, en referencia a que entrando en la sociedad civil, los hombres abandonan sus derechos naturales, así en Hugo Grocio y Thomas Hobbes. Todo este inicial capítulo intenta ser una sintética clarificación de los principales aspectos de los derechos (origen, relación con la ley natural, alienabilidad, soberanía,

* Doctor en Derecho y Doctor en Historia. Miembro del CONICET (Argentina).

etc.) que su sola discusión demandaría mucho más que una reseña. Pero se podría decir que Dan Edelstein cabalga con aquellos que aceptan la modernidad de los derechos del hombre sin dejar de indicar orígenes más antiguos, esto es, sin dejar de dar de forma parcial, la razón a Michel Villey, comparte la opinión de Brian Tierney.

En el capítulo II, acerca de los iniciales regímenes de derechos, trata de los derechos entre las guerras de religión y el alba de la Modernidad. En un primer momento considera a los monarcómacos y a los tiranidas, ejemplo del régimen de conservación. Hay aquí algunas imprecisiones –históricas unas, conceptuales otras– a destacar: llama neotomistas a John Major y Jacques Almain; considera que el P. Juan de Mariana justificó el asesinato de Enrique III; confunde el clásico *ius naturale* con las leyes naturales (lo mismo hará más adelante con un texto de Gabriel-Nicolas Maultrot); usa y abusa del concepto de absolutismo; desatiende la fórmula “derechos divinos y humanos” empleada por hugonotes y católicos; etc. El autor se detiene luego en la conversión de los derechos ingleses en derechos naturales en el discurso de los *Levellers* y John Milton durante la guerra civil en Inglaterra, luego y los Whig, esto es, partidarios del régimen de la cesión o transferencia, antecedente del constitucionalismo. Y, enfrente de estos, los que defienden un régimen de reducción, como Thomas Hobbes y los teólogos anglicanos. Vuelve, luego, a los sostenedores de los derechos como transferencia, analizando a Baruch Spinoza, en el cual la transferencia se resuelve en una reducción y John Locke. Nos detenemos en este.

El autor sabe que una corriente interpretativa –que identifica con los libertarios– niega la tesis de la transferencia o alienación de los derechos naturales en John Locke, que sería partidario de un conservacionismo; empero, valiéndose de textos del inglés, prueba la transferencia y también la alienación, aunque aquella es parcial y esta no es absoluta, particularmente con el derecho de propiedad. No estamos lejos de compartir esta visión, lo que no hace de John Locke un liberal decaído; al contrario, el liberalismo, “por hache o por be”, siempre recae en la soberanía del Estado como garante indispensable de los derechos, sean estos retenidos, convertidos, garantizados o reconocidos. Y en particular con John Locke, cualquiera fuere el régimen al que se lo asocie, lo cierto es que basa la sociedad civil en los derechos naturales porque la ley natural se resume en esos derechos.

Dan Edelstein prolonga el análisis de John Locke en Matthew Tindal, los autores de las *Epístolas de Catón* (John Trenchard y Thomas Gordon) y el escocés Francis Hutcheson, quienes coinciden (salvo los redactores de Marco Porcio Catón) en la alienabilidad de los derechos, aunque con diversa extensión.

¿Y la libertad de conciencia? La ha pasado por arriba, sobrevolándola, sin darle la importancia que tuvo y tiene. El autor había anclado el principio de los derechos en las guerras de religión, pero apenas las rozó, interesado más en el derecho de resistencia que en la libertad de conciencia. Lo mismo cabe decir de la autoconservación, que menciona sin darle importancia alguna.

En el capítulo III aborda el paso del liberalismo a la libertad en el Iluminismo francés, preguntándose por la teoría de la ley natural, dada la dudosa antipatía para con el iusnaturalismo de los filósofos (Hugo Grocio, Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf, John Locke); pero, entonces, ¿de qué ley natural se habla?, ¿cómo se explica que esa ley luego fue la ley de los derechos humanos hablando de forma genérica? A más de la influencia del ginebrino Jean-Jacques Burlamaqui, el autor atribuye gran importancia a los fisiócratas en la defensa de los derechos naturales, en especial a François Quesnay –quien va y viene con argumentos hobbesianos– y los partisanos del libre comercio. También a Nicolas de Condorcet, quien admira a Estados Unidos de América; y los filósofos radicales Claude-Adrien Helvetius y Paul Henri Thiry d’Holbach, entre otros. Unos postulan un régimen de transferencia, otros de preservación; algunos se interesan en el bienestar, hay quienes encaran al despotismo y la tiranía. Una tímida reacción de los encolumnados atrás de un sistema conservacionista, aunque las opiniones más bien se inclinan hacia la restricción de los derechos.

Algunas incorrectas interpretaciones son de notar, por caso cuando entiende que François Quesnay, al afirmar que la justicia consiste en la porción de bienes garantizada a cada hombre, repite a Ulpiano y el *ius suum cuique tribuendi*, si bien acota la deriva subjetivista del fisiócrata. Algunas omisiones: como Dan Edelstein ha restado importancia a la libertad de conciencia y, asimismo, a su derivada, la de religión, se devora casi en silencio el ateísmo de los radicales.

El autor prueba su competencia en las ideas de Francia en la parte II al tratar del naturalismo social de los franceses, una interpretación naturalista de la moral, del Estado y la sociedad, como otro cualquier fenómeno físico de la naturaleza. También atribuye esta visión a la influencia del estoicismo (los sentimientos) y a una interpretación romanizada, jurídica de la ley natural, fuentes de las que habría surgido la idea de que los derechos humanos son en sí mismo evidentes, como se formula en la Declaración de la Independencia de Estados Unidos. Discutible, sin duda, aunque reconociendo ambas influencias.

Entonces, en el capítulo IV, se detiene en el neoestoicismo y el pensamiento científico. En el primer caso, Voltaire y su poema de la ley natural; el *Emilio* de Jean-Jacques Rousseau; y todos aquellos que transfirieron el

fundamento de la ley natural de la razón a los sentimientos, a la sensibilidad. En cuanto a la nueva ciencia, se trata de la nacida de la revolución cartesiana. Pero, en el primer caso, es del todo errado entender que se trata de una versión estoica de la ley grabada en el corazón de la que habló san Pablo a los *Romanos*. Pues, yendo al segundo caso, lo que nuestro autor no ha percibido –o no ha dicho– es que se ha descendido hacia una racionalización mecanicista del orden divino del universo, vía estoicismo en conexión con el cartesianismo y, en este supuesto, ¿a qué se reducen los derechos naturales?

La influencia del derecho romano –como cuerpo filosófico, la ciencia de las leyes–, que conduce la evolución del libre mercado al abolicionismo, es materia del capítulo v, en el que se aduce el origen jansenista (en especial el jurisconsulto Jean Domat) de la ideología del mercado libre, arriesgada lectura que también malinterpreta al Aquinate respecto de la ley natural y el fin del hombre. Confunde, además, la idea del orden natural en Jean Domat con el mecanicismo naturalista antes descrito. Y concluye afirmando que entre los franceses, la ley natural tuvo una función jurídica antes que política, lo que no parece muy atinado, a nuestro modo de ver. Los filósofos Montesquieu, Denis Diderot, Voltaire, Jean-Jacques Rousseau, dan un paso más allá y consideran la igualdad natural –de vuelta, en ciertos autores, el sentimentalismo– como un derecho en cuya virtud es ilegítima la esclavitud, entre otras instituciones serviles. En esto último, no se ve con claridad cómo ha influenciado el derecho romano, porque aquellos iusnaturalistas, antes antipáticos, se han vuelto objeto de simpatía.

Hasta aquí tenemos un amasijo de influencias, entremezcladas con varios regímenes de derechos. En la parte III el libro cobra un giro ya anhelado: va a tratar de los derechos y las revoluciones, apresurándose a anticipar su punto de vista: los derechos declarados en Francia corresponden a la, para algunos antipática, teoría de la ley natural, en tanto que los americanos son una lectura *sui iuris* de la tradición anglosajona, que plasma en un “constitucionalismo natural”. Consta de tres capítulos, siendo el tercero una conclusión.

El capítulo VI trata del constitucionalismo natural yanqui, cuyo nudo argumental es el entremezclado origen de los derechos reconocidos en América, que los hace más flexibles que en Francia (tesis del republicanismo o constitucionalismo) o, por el contrario, si fueron una copia adaptada de las ideas de John Locke, esto es, liberalismo. Dan Edelstein incluye una tercera interpretación, propuesta hace casi un siglo por Roscoe Pound, esto es, que se trata de una lectura original de la tradición jurídica inglesa del *Common Law*. De estas tres corrientes, con predominio de la última, nace el constitucionalismo natural, del cual el autor nos da un concepto:

“El constitucionalismo natural difería del naturalismo social en que, si bien colocaba al gobierno sobre una base natural, tenía también en cuenta los precedentes históricos que se habían acumulado a lo largo del tiempo dentro de una tradición constitucional específica; y vinculaba las disposiciones de derechos con las instituciones con mandato constitucional (en particular, el sistema de justicia)” (p. 145).

Por supuesto que el concepto no carece de dificultades con respecto a otras ideas avanzadas antes por Dan Edelstein, en concreto sobre lo que se ha de entender aquí por “natural”, que se identifica con la historia o con la tradición particular, es decir, natural no es universal; o como dice nuestro autor, es más “consensual”. Y, en este sentido: el acuerdo de voluntades, la idea estadounidense de los derechos se valdría tanto de la tradición de la ley natural, en su momento asimilada por los anglosajones a su régimen constitucional, como del pensamiento de John Locke. El extenso capítulo, en cuatro secciones muy documentadas, desarrolla el argumento de la combinación.

En suma, según nuestro, de ello resultaría un razonamiento de corte utilitarista, que recurre a las ideas más convenientes a los fines revolucionarios, antes que un constitucionalismo anclado en la naturalidad de los derechos o de las instituciones políticas. Aunque, desde otra mirada, el pensamiento estadounidense en torno a los derechos parece infectado más del iusnaturalismo anglosajón –incluso continental– que acodado en una lectura del constitucionalismo de las islas. Lo que es evidente por el recurso al contrato social y otros ingredientes del discurso contractualista. De modo que podría decirse del constitucionalismo natural americano lo que más adelante afirma del naturalismo social francés: es una ideología disfrazada que encubre su artificialidad con la apariencia de naturalidad (p. 174).

Pasando en el capítulo VII, a los derechos en la Revolución francesa, la tesis de Dan Edelstein es que primero fue asegurar el poder popular, los derechos de los revolucionarios (siguiendo a Marcel Gauchet y Keith Michael Baker, entre otros), dichos derechos de la nación francesa, para luego hacerlo con los de los ciudadanos, lo que podría entenderse, en términos de Quentin Skinner y Peter Pettit primacía de la libertad como “no dominación” o la libertad republicana y posteriormente los derechos individuales o las “libertades liberales”. Apunta Dan Edelstein que las declaraciones francesas son sobre todo directrices legales antes que estipulaciones de derechos. Más que dudosa aseveración a la vista de los textos de las copiosas declaraciones francesas. En las secciones de este capítulo, nuestro autor se detiene en los Cahiers de Doléances, pasa por los debates en la Asamblea Nacional, indaga el espíritu de las declaraciones de derechos en Francia, vuelve sobre los derechos nacionales bajo el Terror y apura una conclusión.

El erudito estudio se dirige a mostrar al “nacionalismo” como ideología común a los revolucionarios, de lo que no hay duda alguna, pero ... ¿caso Estados Unidos estaba vacunado contra la ideología nacionalista? No nos parece que sea así, a juzgar por la historia y numerosos estudios, empezando por aquel señero de Hans Kohn: *American nationalism. An interpretative essay* de 1957.

El autor alcanza por fin una conclusión que, empero, sigue abierta. En efecto, el capítulo VIII cubre –al menos eso pretende– con presteza el trayecto histórico que va de la declaración francesa de 1789 a la de 1948 de las Naciones Unidas. Y lo hace en tres estaciones o etapas. En la primera reseña, la evolución del pensamiento católico que arraiga los derechos en la ley natural (Jacques Maritain y el personalismo), que lo lleva a una arriesgada lectura de los documentos pontificios, tales las encíclicas de 1791 *Quod aliquantum* y *Adeo nota* de Pío VI como justificados o explicados por las circunstancias, las convulsiones revolucionarias francesas y el ataque al clero. La idea que permea la sección es la misma de B. nombre Tierney y otros: el pensamiento católico no es opuesto, sino favorable a los derechos humanos, y lo ha sido prácticamente desde el comienzo, con Francisco de Vitoria y Domingo de Soto. Nada que decir de la muy breve lectura que hace Dan Edelstein del magisterio de León XIII, pobre y poco veraz.

En la segunda etapa, el autor avanza en la internacionalización de las declaraciones, que estaba ya en el papa León XIII, según él. Lo que trata de demostrar es que la escritura de los derechos en una Constitución –sea el caso de Francia, sea el de Estado Unidos– no obsta a su potencial carácter internacional. Para ello realiza una lectura de documentos constitucionales de las revoluciones hispanoamericanas, del constitucionalismo europeo del siglo XIX, de los derechos económicos y sociales del siglo XX, para recaer, ya en la última estación, en la Declaración Universal de 1948, de la que traza una nueva arqueología.

Y así remata, porque de conclusión se carece, si por conclusión entendemos la exposición sintética de los hallazgos en torno al “espíritu de los derechos”.

Ya es hora de poner punto final a esta reseña. La lectura del libro nos ha llevado más tiempo del normal, y hay motivos justificados. En ocasiones Dan Edelstein entra en discusiones menores, por ejemplo, cuando debate la influencia de los escritos políticos de John Locke en los ilustrados franceses, o expone con minuciosidad detalles de la vida francesa del siglo XVIII, incluso innecesarias, ya que todo el capítulo VIII así lo parece a este comentarista, que desvían la atención. Hay una muestra de erudición en asuntos secundarios a su libro que hace que se pierda la idea de lo esencial y lo accidental, que naufrague la pesquisa y la descripción del prometido

espíritu. También, por ratificar su esquema, autores y sistemas van y vienen en diversas partes y distintos capítulos, mediante un método de reenvíos que produce un cierto descalabro en la lectura.

Uno de los mayores problemas está en la enorme cantidad de autores considerados –algunos con referencias mínimas, otros insignificantes a la historia–, lo que va en desmedro de la profundidad del estudio. Decimos “profundidad” porque si se trata del espíritu de los derechos, hay preguntas que forzosamente Dan Edelstein debía hacerse y no ha hecho, sino a hurtadillas. Damos algunos ejemplos: ¿por qué el hombre tiene derechos?, ¿Y por qué se dicen naturales?, ¿qué ha cambiado en el concepto de naturaleza en el trayecto intelectual que va del *ius* al derecho subjetivo?, ¿por qué los derechos amanecen en el siglo XVI?, ¿qué papel tuvo la libertad de conciencia en el origen de aquellos?, ¿cuál fue el de la autoconservación y el dominio sobre sí mismo?, ¿o de la propiedad privada?, ¿o de las libertades intelectuales, las de pensamiento y expresión? Si, como creemos, Dan Edelstein ha priorizado ajustar la exposición al esquema de los tres regímenes de derechos –que en la última parte acaba por desdibujarse–, entonces, en los sistemas, ¿no hay ninguno prioritario?, ¿todos están en pie de igualdad? En cada uno de los regímenes, ¿qué derecho es el principal?

Una historia incluso del espíritu de los derechos, no es un relato indiferente, es una historia que los hombres han considerado pertenecientes a los hombres. Dan Edelstein, como dijimos, parece más interesado en probar la validez de “sus” regímenes antes que exponer su contenido o mejor, antes que en precisar cuáles son. No basta descubrir que en el lenguaje se usa la expresión derechos o derechos naturales, es necesario decir qué son o sea, no son un recipiente vacío –aunque hoy pudiera ser así–; no son una etiqueta, o nada más que eso. En sus primeros siglos de despliegue fueron siempre “ciertos y determinados”, que era aquello sobre lo que se debatía. Por caso, los derechos civiles y los políticos, ¿son lo mismo?, ¿ocupan un mismo rango?, ¿cuándo y dónde amanece el de autogobierno?, ¿hubo o no hubo siempre derechos fundamentales, como la libertad o la igualdad? Y si estos fueron decisivos desde el comienzo, ¿cuándo y por qué la libertad se convirtió, de una condición humana, debida a la racionalidad, en un derecho con pretensión jurídico-política? Y lo mismo puede decirse de la igualdad.

No obstante, todos los defectos apuntados, el libro es útil en cuanto una historia de los derechos del hombre, de la que se pueden tomar diversas referencias, aunque el autor no haya calado en su “espíritu”. Esta será tarea del intérprete.

Siglas y abreviaturas

CONICET	Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
etc.	etcétera
p.	página

FUNDACIÓN DE LOS COMUNES (ED.), *FAMILIA, RAZA Y NACIÓN EN TIEMPOS DE POSFASCISMO*, MADRID, TRAFICANTES DE SUEÑOS, 2020

*Juan Fernando Segovia**

Editado bajo la licencia no comercial de *Creative Commons*, en la colección “Útiles”, que se define como “un tren en marcha que anima la discusión en el seno de los movimientos sociales”, de la editora *Traficantes de sueños*, y se presenta como “un proyecto, en el sentido estricto de ‘apuesta’, que se dirige a cartografiar las líneas constituyentes de otras formas de vida”; la Fundación de los Comunes, organización privada que dice ser “un laboratorio de ideas que produce pensamiento crítico desde los movimientos sociales como herramienta de intervención política”, esto es, “una red de grupos de investigación, edición, formación, espacios sociales y librerías al servicio de la revolución democrática”, enarbolando una bandera que reza “desde el común para el común”, nos ofrece este libro sobre el mundo que recibimos después que pasaron los fascismos.

¿Es que ya no hay fascismo(s)? ¿Desaparecieron de golpe, por magia o por el movimiento de la historia? ¿Ha muerto el eterno enemigo? ¿Venció finalmente el comunismo que lo inventó? Veamos qué nos explica en su introducción el antropólogo y sociólogo Isidro López Hernández, “Los claroscuros de la crisis permanente y el desfile de los monstruos”. El autor nos dice que la discusión acerca del fascismo está agotada, el mundo y España ya no se dividen en “progres” y “fachas”, lo que no quiere decir que la extrema derecha haya desaparecido. El problema español hoy es “Tara-jal, Lampedusa y los CIE, o la violencia machista contra mujeres y trans” [sic]. Con otras palabras, para que entiendan quienes no viven en Europa: los inmigrantes –que mueren como lauchas en el agua–, los extranjeros

* Doctor en Derecho y Doctor en Historia. Miembro del CONICET (Argentina).

y los centros de internamiento, y todo lo vinculado al género y la degeneración.

Es que hoy –argumenta Isidro López H.– debería afrontarse el descontento que produce la globalización con su reguero de nueva gobernanza, mercados financieros y otros regalos por el estilo que han hecho renacer un conservadorismo ultra, un Trump, un nacionalismo proteccionista, una nueva derecha populista, que se replican a ambos lados de la mar océano. En síntesis: el nuevo mundo ofrece un campo nuevo de dificultades: las culturales, étnicas y de género. Y para hacerles frente, nada de los viejos partidos que viven de las tetas lecheras del Estado, porque:

“la clase revolucionaria, la que vencerá al nuevo fascismo y terminará con la dominación financiera, solo puede ser una alianza de los diferentes para sacudirse el yugo de la dominación y la explotación”.

Alianza de los diferentes, aunque estos no sean, sino más de lo mismo.

Pero el razonamiento es sorprendido por una pregunta: ¿cómo?, el fascismo, ¿no era algo perimido? Se ha perorado sobre el posfacismo, pero ¿hay un nuevo fascismo? Sí, lector. El mundo “post” es un maquillaje del mundo “pre” y del mundo “de”, es un mundo de cambio de caretas, porque el enemigo usa ahora un camuflaje que pareciera desconocido, pero las caras ocultas –y no tanto– son las mismas. Detrás de las caretas están las mismas jetas. Algo de ello nos devela Emmanuel Rodríguez López, historiador y sociólogo, en el capítulo 1: “Fascismo: ¿nuevo, viejo u otra cosa?”. Señores, se lo decimos sin tapujos, hay una tercera ola de los fascismos. ¿Y cómo es ella? Se cede la palabra al militante anticapitalista Brais Fernández, que en el capítulo 2 explica que este fascismo hodierno usa un ropaje obre-rista y anticapitalista, lo que no debe llamarnos a engaño. Ni mono azul, ni hoz y martillo. La suya no es más que una “contrarrevolución preventiva”.

Bien entendido, entonces, el título del libro es un engañabobos, tanto como este fascismo redivivo que los intelectuales activistas de la Fundación acaban de desenmascarar. Sigamos adelante al encuentro de amigos y enemigos, para recordar la dialéctica schmittiana que impregna el libro.

En el capítulo 3, Steven Forti, historiador, nos descubre: “Objetivo Europa. La nueva estrategia de la extrema derecha 2.0”. Su argumento es muy simple: la extrema derecha, ahora sinónimo del no tan arcaico fascismo, es maestra en tácticas o tacticismo como dice el autor, y sabe usar de todas cuando le conviene (maquiavelismo, dirían otros), porque quiere tomar el poder, expandirse por Europa y frustrar a los ya frustrados, recurriendo, ahora, al apoyo de los movimientos provida, *antigender* y anti LGTBI. En “Migración y derechas radicales en Europa”, capítulo 4, Samuel Pulido,

licenciado en derecho, descubre que los programas políticos de las derechas nacionalistas etnocéntricas, es decir, los partidos de derecha radical, ultraderechistas o populistas de derecha, son una réplica *aggiornada* de las técnicas nazis.

Entendido lo anterior, hay que denunciar ahora la “Instrumentalización de la defensa de los derechos de las mujeres y racialización del sexismo”, tarea que aborda Marisa Pérez Colina, politóloga y militante, en el capítulo 5. No vale la pena detenernos en su desarrollo, pues el nombre de la colaboración todo lo dice, pero sí hay que destacar una idea que la autora esgrime: apegarse amorosamente a la ideología de género es apoyar el patriarcado y, por propiedad transitiva, odiar al feminismo. El argumento es por completo sofisticado, tanto como el que sigue: la TBI-fobia [sic] se compadece con una defensa ambigua de los derechos de gays y lesbianas. Solo una mente retorcida –que padece un TBI– puede razonar así; y nadie más que otra mente retorcida y traumatizada puede entenderlo. Hubiera sido más sencillo decir que desde la Fundación de los Comunes se quiere radicalizar lo radical para que los radicales tibios sean vomitados por radicalmente radicales.

Y ello queda claro como el agua clara en el trabajito de la periodista, antropóloga y feminista Nuria Alabao, “Defender a la familia contra migrantes y mujeres: convergencias entre antifeminismo y soberanismo”, capítulo 6. Y si no bastara, en el capítulo 7, María Fernanda Rodríguez López, licenciada en filosofía y militante, insiste: “‘Ideología de género’ y estrategias políticas de clase en el auge de los fascismos. El caso de EEUU”. El resultado es patente: tan solo el feminismo *enragé* defiende sin ideología acomodaticia y conservadora, con perspectiva ultra radical, a las mujeres y a ese colectivo de varias letras que coaliga a los que tienen varios sexos, pero no son hermafroditas. ¿O ellos también son abarcados por la “I”?

En el anteúltimo capítulo, el 8, Álvaro Briaes, sociólogo y activista, “Crisis del empleo y derechización social: hacia una crítica antifascista del trabajo”, parte de razonamiento tan simple como pudiera exponerlo un *simplificateur*: el fascismo usa del trabajo dentro de sus tácticas, de modo que ser obrerista es caer en las trampas derechizantes. Los argumentos para probar el silogismo son tan traídos de los pelos como los de los capítulos precedentes, pero le sirven a su propuesta: pasar de la crítica antifascista del trabajo a una visión poscapitalista de una sociedad sin él; esto es, descentrarlo como actividad principal de la vida por medio de instrumentos tales como: el trabajo autónomo, la renta básica universal, la valorización de las actividades por su función social antes que por su remuneración y pasar del sindicalismo obrero a un sindicalismo social que atienda a todo lo atinente a la reproducción de la vida. Al señor Álvaro Briaes le conven-

dría –es una sugerencia, nada más– releer la *Crítica al programa de Gotha* de Karl Marx para darse cuenta de que su radicalismo es pura verborragia desde que su política se definiría de definitivamente socialista reformista: igualitarista, fiscalista, sindicalista y recetas semejantes ya probadas.

Llegados al final, el capítulo 9 se refiere a “Vox y el dilema de las derechas”, de la autoría del historiador Pablo Carmona Pascual, quien, a nuestro juicio, da el clavo cuando afirma: “Vox es de hecho algo más parecido a una evolución del PP de los últimos años de Aznar que una versión española del Frente Nacional francés o de la Liga Norte de Salvini”. Lo que expone en su artículo es la reconversión del liberal conservadorismo en neo-conservadurismo y su reinención en Vox. Lo más interesante –siempre desde el radicalismo izquierdista– que haya leído de ese pseudo nacionalista conservadorismo que es Vox.

Para terminar solamente nos resta decir que gracias a *Creative Commons* no hemos pagado ni un peso por este libro, pues de otro modo no lo hubieramos leído. Porque hacía tiempo no tenía un texto tan cargado de odios, tan desentendido por el prójimo –reemplazado por esos colectivos abstractos–, tan ideológicamente enroscado, tan ofensivo y tan mediocre en su vulgar –o común– actualidad.

Siglas y abreviaturas

CIE	Centros de Internamiento de Extranjeros
CONICET	Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
ed.	editor
EEUU	Estados Unidos
LGTBI	lesbiana, gay, bisexual, transgénero o intersexual
TBI	Traumatic brain injury (lesión cerebral traumática)

THÉORIE COMMUNISTE, *DE LA ULTRAIZQUIERDA A LA TEORÍA DE LA COMUNIZACIÓN*, TRADUCCIÓN Y PRÓLOGO DE FEDERICO CORRIENTE, ROSARIO LAZO NEGRO, 2022

Juan Fernando Segovia*

Théorie Communiste es una revista francesa –representativa de la ultraizquierda– aparecida en 1977, dirigida en la actualidad por Roland Simon, autor de *Histoire critique de l’ultragauche* (2015), entre otros libros. Si bien no es fácil saber quiénes son sus editores o escritores, puede que uno de ellos sea François Danel –en quien se inspiran en este texto los de *Théorie Communiste*–, que ha escrito conceptos similares a los que aquí esbozaremos, en los trabajos reunidos en *Rupture dans la théorie de la révolution: textes 1965-1975*. Quizá también Gilles Dauvé, que es citado en este escrito, cuyo espíritu sincretista, por su gusto y atención por las herejías dentro de la teoría comunista, se avista en esta publicación. Las dudas acerca de la autoría continúan, porque Federico Corriente, el autor del prólogo, se dice que nació en Egipto en 1965 y reside en España, pero puede que se trate de un seudónimo y que no sean verdaderos los pocos datos de él.

Federico Corriente nos pone al tanto sobre el origen del texto que se presenta en español, pues fue publicado como folleto en enero de 2015, en francés, con el título *Mai ’68, année théorique: de l’ultragauche à la théorie de la communisation*. Esta ultraizquierda, según Federico Corriente, defiende la revolución comunista como emancipación del proletariado, pero no es una “izquierda comunista resucitada”, sino la autora de una “gran transformación de la teoría de la revolución comunista”. Su original aporte es la “comunización” [sic], que resulta de una serie de rechazos a todas las estrategias que la izquierda marxista ha tejido desde la crisis de fines de 1960 en adelante.

Pasemos al folleto. Consta de una breve presentación, ocho secciones no numeradas, y de una conclusión. Su lectura no es sencilla, por el método

* Doctor en Derecho y Doctor en Historia. Miembro del CONICET (Argentina).

de volver siempre sobre cuestiones ya tratadas, que lo hace reiterativo, repetitivo hasta la obsesión, como quien se mueve en un laberinto y vuelve cada tanto a dos o tres lugares para retomar desde ahí una nueva búsqueda de la salida. Por eso las secciones son un ir y venir a lo dicho, al igual que en una cinta de Moebio o un espiral, profundizando algunos aspectos, presentando nuevos problemas y argumentos, con el afán de remarcar con certeza el fracaso de todas las antiguas estrategias de la revolución comunista. Porque de eso va el librito: todas las experiencias revolucionarias han fracasado porque tenían que fracasar, y ese fracaso –del que no siempre la izquierda ultra es consciente– abre el camino a la definitiva comunización.

La presentación *De la ultraizquierda a la teoría de la comunización. Más allá del programatismo* anuncia el desahucio de la ultraizquierda desde mayo de 1968 y la paulatina elaboración de la comunización como “nuevo paradigma teórico de la lucha de clases y de la distinción de género, de la revolución y del comunismo”, en respuesta a la reestructuración del capitalismo en los setenta del siglo pasado. La primera sección se titula “Reestructuración e identidad obrera”, identidad del movimiento obrero que está en cuestión desde el nuevo proceso de producción a partir de aquellos años. La explicación se desenvuelve dentro de la teoría marxista de la generación de la plusvalía o plusvalor y la reproducción de la vida social, esto es, el conflicto al interior de la infraestructura económica entre las fuerzas y las relaciones de trabajo, que plasma en la superestructura ideológica. Tal como se plantea en el folleto, el problema está en la contradicción proletariado/capital, que no es fija, sino que se renueva y pone en cuestión al proletariado y la revolución comunista.

A continuación, en “El programatismo y su caducidad” se declara fenecido el viejo movimiento obrero y el panorama abierto por el mayo de 1968, esto es, el denominado programatismo [sic]: la idea de que la lucha de clases consiste en la emancipación del proletariado de su condición como un programa a realizar, una teoría y una práctica (dictadura del proletariado, consejos obreros, emancipación del trabajo, periodo de transición, extinción del Estado, autogestión). Nuevamente, dentro de la concepción marxista, la dificultad está en concebir al capital como una potencia exterior a la producción de la plusvalía y que, dada esa condición, puede suprimirse. Lo que sobrevino, al superarse el programatismo fue una ultraizquierda más radical. De ello se trata en “La ultraizquierda y su contradicción”, en el que se explica que la izquierda ultra es la afirmación del proletariado en la lucha contra el capital, envuelto en “la mística de la autonomía”, lo que importa una contradicción en proceso, que toca el límite revolucionario: la afirmación de clase, el clasismo, la naturaleza revolucionaria del proletariado como “lo que es”. O sea: una esencia, idea que se superó por

la teoría de la autonegación del proletariado (su imposibilidad), que, de la crítica del trabajo, concluye en “el trabajo de lo negativo”, la negatividad en acción, como hiciera la llamada Internacional Situacionista, en autores como Guy Debord, Asger Jorn, Raoul Vaneigem, en las décadas de 1950 y 1960.

Los límites y las contradicciones del ciclo de luchas, tal como se presentaban entonces, quedan plasmados en “La ‘época del 68’”, interesante e importante capítulo, cuyo argumento es simple: frente a la liquidación del proletariado, es decir, su negación como sujeto revolucionario la revolución se entenderá como asunto de la humanidad, la revolución de la comunidad humana, cuyo fracaso era evidente, pues partía de la negación de la clase obrera por sí misma, pero se basaba en la evolución de la identidad obrera misma. Se impugnó todo, pero no se fue más allá de exigir el poder para los trabajadores. A juicio de los redactores del folleto, según esta perspectiva humanista, “al abarcar toda la vida cotidiana, la revolución era la negación de la condición proletaria, y no podía ser revolución más que con esa condición” (p. 53). O sea, no podía ser una revolución contra la alienación humana, que es universal. La revolución alcanzó su cumbre al mismo tiempo que su límite en la teoría de la autonomía, que seguía siendo obrera; porque en esta lectur, el punto culminante de la autonomía y de la autoorganización está, de un modo paradójal, en la negación del proletariado, de modo que el clasismo sigue siendo su obstáculo.

Las consecuencias inevitables de todos estos desarrollos llevan a sostener “La obsolescencia de la ultraizquierda y el curso caótico de las rupturas teóricas”, que prolonga el análisis precedente—incluyendo ahora al “operaismo” del comunismo italiano—, al tiempo que anuncia que, dadas las limitaciones de la autogestión y los consejos obreros autónomos, comenzó a esbozarse la comunización, que se ha de entender como algo “diferente del *proyecto ahistórico y normativo que había sido en un principio*” (p. 77). En el proceso, el proletariado, convertido en un concepto vacío, fue sustituido por el humanismo, una vuelta al joven Karl Marx; y la revolución, pero sin su primario sujeto, debía pensarse como comunización. Pero para que esto ocurra la teoría tiene que abrirse a la historia, en el sentido de reabrir la lucha revolucionaria sin ninguna teleología, esto es, sin normativismo. No se trata del control revolucionario obrero como fin de la revolución, sino de la supresión del trabajo asalariado y del Estado, la supresión de todas las clases. Pero, ¿puede identificarse, *tout court*, proletariado y humanidad?

La sección “Dinámica del ciclo de lucha actual: brechas y retorno de la humanidad” constituye una crítica a ese humanismo, a “las sandeces feuerbachianas”, sandeces que, sin embargo, retornan cuando se recuerda los límites del proletariado como clase que, a la vez, limitan la revolución:

¿cómo puede una clase abolir las clases? Vuelve la humanidad, vuelve Ludwig Feuerbach y el proletariado se convierte en subgrupo del grupo humanidad. Y la doctrina de la comunización se dirá, entonces, revolución humana. No obstante, hay que seguir despejando el camino de la revolución de otras opciones, que es lo que se proyecta en “De la crítica del programatismo a la desaparición de la explotación: ‘crítica del valor’ y ‘dialéctica sistemática’”. Por caso, la llamada “crítica del valor” (expuesta en la revista *Endnotes* y otros textos marxistas) que, apoyada en la teoría del valor trabajo, extraía la imposibilidad de la emancipación del trabajo; entonces, “o bien la lucha de clases había desaparecido, o bien no era más que un avatar aleatorio de las aventuras solipsistas del valor” (p. 119). La crítica de *Théorie Communiste* es demoledora. Como lo es de toda teoría de la explotación que pierda de vista las contradicciones sistemáticas del sistema capitalista. Cuando la explotación es entendida en el contexto histórico, entonces se debe rechazar toda transición del socialismo al comunismo, porque todo se convierte en programatismo y solo queda reconocer la inmediata comunización.

La “Teoría de la comunización”, el corazón de todo este extenso escrito, nace de la reestructuración de la relación de explotación capitalista (compromisos globales de la clase capitalista y predominio de las finanzas) en un contexto realmente revuelto en el cual se ha evaporado la identidad obrera. Primera conclusión: hay que continuar la lucha de clases sin la identidad proletaria. Pero esa reestructuración del capitalismo ha modificado la contradicción entre las clases, de manera que la lucha clasista se ha convertido en un problema, pues, ya hemos dicho, la lucha del proletariado contra el capital contiene la contradicción con su propia existencia como clase, desde que la actividad del proletariado como clase es, para sí misma, un límite. Segunda conclusión: la comunización como superación producida del ciclo de luchas.

El esquema clásico de las luchas revolucionarias –con sus variantes históricas– ya no existe, hay un nuevo ciclo de luchas, pero la lucha continúa bajo el mismo propósito originario: la abolición de todas las clases sociales, no del capital solamente. No se puede dejar de citar cómo se entiende, en este contexto, el comunismo y la comunización. Leemos:

“La producción del comunismo como superación del capital es una producción histórica real de la única historia que existe, la del modo de producción capitalista, que no es otra cosa que la contradicción entre el proletariado y el capital. Cuando, a partir de la reestructuración del capital y de este ciclo de luchas, el comunismo se presenta como comunización, no se trata de creer que ahora *por fin* se presenta de forma realizable, como siempre había sido el caso, aunque esta vez de manera irrealizable” (p. 31).

Si la condición proletaria ha cambiado, hay que atender a su condición “actual”. No se trata de ocultar o rechazar la relación del proletariado contradictoria con el capital, sino de asumirla como la capacidad de comunizar la sociedad. El comunismo no es resultado de la revolución, porque “la revolución es comunización” (p. 137); que lo entendemos así: la revolución es el comunismo en sí mismo. Y la comunización, aboliendo el capital, transforma todas las relaciones sociales, entre ellas la de los sexos masculino y femenino. La revolución o la comunización o el comunismo no son algo dado, son una “construcción”. Luego, la revolución, respecto de los sexos, tampoco es un programa o programatismo, sino “abolición de las clases y los géneros y autotransformación de los individuos” (p. 139). Sobre este aspecto el folleto abunda con el fin de mostrar que la contradicción de los sexos no es autónoma, cae dentro de la contradicción del capital.

Nos interesa destacar que, en estos últimos temas, *Théorie Communiste* retoma las máximas de Karl Marx en las *Tesis sobre Feuerbach*, en especial en cuanto a la idea de la autotransformación de los individuos –concepto caro a la ideología personalista en boga–, porque en el capitalismo la esencia humana se disuelve en las relaciones sociales, se hace contingente y queda entreverada en una red de relaciones en sí mismas contradictorias. Si es así:

“la negación del capitalismo es la producción del comunismo vía la contingencia, en el modo de producción capitalista, de todas las definiciones sociales y de *su* mundo para el individuo” (p. 149).

Porque la contradicción es única –la del capital– y sus formas de manifestación son variadas –como la de los sexos–, la abolición del capital será la abolición del proletariado, de las diferencias de los sexos y la apertura a una sociedad de individuos autotransformados.

Por último, la “Conclusión: La revolución será ideología”, resume todo lo dicho: la revolución abarca la religión, la política, el arte, el derecho, la filosofía, todo lo que para el marxismo es “ideología”, superestructura ideológica, todas las relaciones sociales, todas las formas de pensar esas relaciones sociales en tanto objetivas, objetivadas, hechas “mundo”. Porque ideología es “la vida cotidiana” (p. 172). La revolución es la emancipación de toda la vida cotidiana. Eso es el comunismo del siglo XXI.

El lector paciente (y agotado) nos criticará la árida y extensa reseña, y se enojará porque todavía no se termina. La excusa es simple: el extenso folleto de la *Théorie Communiste* es de enorme trascendencia para comprender el curso actual de la revolución. Se trata del relanzamiento de una utopía, la de la revolución como realización de la no dominación, de la utopía moderna de la libertad (negativa), de la emancipación o liberación.

La revolución se vincula nada más que a la ideología de la revolución, a la revolución en sí misma, que es el comunismo en proceso. La revolución o el comunismo no son un programa, el programatismo ha fracasado. La revolución es el comunismo como comunización, esto es: la puesta en común de todas las condiciones de la vida humana en proceso de transformación revolucionaria. La revolución ataca de un modo indirecto al capitalismo, agrediendo directamente la vida cotidiana, que es emanación de la dominación del capital sobre toda la vida humana.

Nos equivocariamos si al folleto lo leemos como la liquidación del proletariado o el fin de la lucha de clases. No es eso. En el presente ciclo de la lucha revolucionaria, el proletariado clásico ya no es identificable. Pero dada la contradicción de la sociedad capitalista, todas las personas han devenido sujetos de la revolución. Se puede ver como la historización del conflicto clasista y la acomodación de la lucha revolucionaria a las contingencias históricas del devenir del capitalismo, recuperando el impulso utópico que siempre tuvo. El folleto tiene el carácter de una “revolución permanente en la teoría” que se convierte en una “revolución permanente de la praxis”. Y, siendo así, es un adiós a toda teleología revolucionaria, a todo normativismo ideológico, y una bienvenida a la revolución en todos los frentes y por todos los sectores.

Es por ello que, a una primera lectura, que sería el rechazo de todas las formas obsoletas de la lucha revolucionaria, se le solapa otra: la radicalización de la revolución, en un doble sentido: radical porque siempre se encuentra en el capitalismo causas para foguearla en cualquier ámbito de la vida cotidiana; y radical porque, siendo el capitalismo omnicompreensivo, la revolución todo lo abarcará. Dicho en términos tácticos, la revolución siempre encontrará nuevos aliados: las feministas, los desempleados, los homosexuales, los traficantes de droga, los políticos democráticamente correctos, los ateos y materialistas; y, también: los de siempre, los estudiantes, los intelectuales, los anarquistas, los sindicalistas, los “progres”, etc. Y cada nuevo aliado aportará a la revolución un objetivo como contradicción a resolver o no. Porque toda crisis de la sociedad presupone la contradicción del capital, que todo lo comprende.

No se puede negar el ingenio de los escritores por dar un nuevo tono a la revolución, tono de alto contenido teórico en el seno de la ideología marxista y de elevadísima resonancia práctica. No tiene relevancia el juicio sobre las viejas prácticas revolucionarias, si están perimidas o si pueden combinarse con otras más históricas. Nada importa tampoco que Karl Marx insistiera siempre en el papel universal del proletariado, de modo tal que –según su juicio– la desalienación del proletariado produciría la desalienación de la humanidad, la emancipación del uno acarrearía la

emancipación de la otra; de ahí su tematización y periodización del proceso revolucionario que es visceralmente clasista, proletario. Se trata de las aporías ideológicas de la *Théorie Communiste* la que de seguro no le interesan, porque hace de la contradicción el movimiento de la práctica. Pero más allá de ello, el folleto es un invaluable aporte para comprender en qué está hoy la izquierda revolucionaria, para dilucidar la marcha de la revolución, una suerte de espejo en el que mirar cada una de nuestras sociedades.

Siglas y abreviaturas

CONICET	Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
etc.	etcétera
p.	página

Instrucciones para los autores

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 22 | 2023

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.º (cuando corresponda) / ciudad /año.

Ejemplo: Andrés BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, n.º 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, *El principio...*, *op. cit.*

BERNASCONI, “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 abril de 2023
por Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

