

# *Corpus Iuris Regionis*

Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

ESCUELA DE DERECHO  
UNIVERSIDAD ARTURO PRAT  
IQUIQUE - CHILE



Nº 9 - Año 9







# UNIVERSIDAD ARTURO PRAT

CHILE

*Corpus Iuris Regionis*  
*Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*

ESCUELA DE DERECHO  
UNIVERSIDAD ARTURO PRAT  
IQUIQUE - CHILE

REPRESENTANTE LEGAL  
GUSTAVO SOTO BRINGAS  
Rector Universidad Arturo Prat

## CONSEJO CIENTÍFICO

Sergio CARRASCO DELGADO (Universidad de Concepción); Carlos DEL RÍO FERRETTI (Universidad Católica del Norte, Coquimbo); Jorge TAPIA VALDÉS (Universidad Arturo Prat); Eric Eduardo PALMA GONZÁLEZ (Universidad de Chile); José Luis DIEZ SCHWERTER (Universidad de Concepción); Ximena FUENTES TORRIJO (Universidad Adolfo Ibáñez); Francisco CABELLERO HARRIET (Universidad del País Vasco); Jaime VIVANCO SEPÚLVEDA (Universidad Arturo Prat); Francisco ZÚÑIGA URBINA (Universidad Diego Portales y Central de Chile); Juan Carlos MANRÍQUEZ ROSALES (Universidad Andrés Bello); Jorge BERMÚDEZ SOTO (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso); Ricardo SANDOVAL LÓPEZ (Universidad de Concepción); Eduardo ALDUNATE LIZANA (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

## CONSEJO EDITOR

Hugo VILCHES FUENTES  
Director  
Universidad Arturo Prat

Hans MUNDACA ASSMUSSEN  
Subdirector  
Universidad Arturo Prat

## VOCALES

Gigliola CARLEVARINO WEITZEL  
Universidad Arturo Prat

Ariel SMITH MARÍN  
Universidad Arturo Prat

Damián TODOROVICH CARTES  
Universidad Arturo Prat

Raúl SOTO VILLAFLORES  
Universidad Arturo Prat

SECRETARIO DE REDACCIÓN  
Najle MAJLUF MORALES

AYUDANTES DE REDACCIÓN  
Pía INOSTROZA AGUILERA  
Yerko PIZARRO ASTUDILLO  
Cristian MALEBRÁN EYRAUD  
Gabriel MIRANDA MESÍAS  
Raúl ESPÍNDOLA MUÑOZ

SECRETARIA ADMINISTRATIVA  
Olga TAUCARE CAYO



*Corpus Iuris Regionis.*  
*Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*

1. LÍNEA EDITORIAL Y OBJETIVOS: Atendido el contexto físico, sociocultural, político y económico en que territorialmente está inserta, los objetivos fundamentales de *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, son: primero: contribuir a la discusión y análisis de problemas y cuestiones de interés actual del Derecho vigente chileno y extranjero, en sus diversas fuentes formales de expresión, desde la óptica regional, provincial y local; segundo: sin desconocer la pertenencia de este Derecho, de contenido y territorio específicos, al Derecho de general vigencia y aplicación, también se plantea examinar y debatir los aspectos de mayor relevancia de este último; y tercero: contribuir al conocimiento del Derecho desde la perspectiva filosófica, histórica, sociológica, antropológica, y demás ciencias humanas.

2. ADMINISTRACIÓN: La *Revista* está al cuidado científico de la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat de Iquique (Chile).

3. COLABORACIONES: Los colaboradores y autores deben ceñirse en lo posible a las “Normas de Redacción e Instrucciones Generales para los Autores” que se incluyen en cada volumen. Los trabajos serán revisados y aprobados a través de un Sistema de Arbitraje de pares, de doble anonimato (ciego), nacionales o extranjeros, que al efecto recurra el Comité Editor de la *Revista*. Los resultados del arbitraje serán comunicados anónimamente a los autores. Luego de esta evaluación y subsanados por el autor las observaciones del arbitraje, dicho Comité decidirá de su publicación.

4. CORRESPONDENCIA: La correspondencia académica (no comercial) para envío de trabajos, comentarios de jurisprudencia y fallos, recensiones o reseñas, libros, canje y otros semejantes debe ser remitida al Consejo Editor de la *Revista*, Escuela de Derecho, Universidad Arturo Prat, Av. A. Prat 2120, Iquique, Chile. Fono-Fax: (57) 394257, Correo electrónico [hvilches@unap.cl](mailto:hvilches@unap.cl), [hugo.vilches.fuentes@gmail.com](mailto:hugo.vilches.fuentes@gmail.com), [corpus.iuris.regionis@gmail.com](mailto:corpus.iuris.regionis@gmail.com)

5. PERIODICIDAD: La *Revista* se publica anualmente en forma regular, sin perjuicio de la edición de números especiales adicionales.

ISSN: 0717-9529 (Versión impresa)

<http://www.unap.cl/escueladerecho/archivos/revistas.html> (Versión electrónica)

Datos Básicos

UNIVERSIDAD ARTURO PRAT

ESCUELA DE DERECHO

IQUIQUE, CHILE

*Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*

9 (2009), 244 pp., 17 x 24 cm.

1. Derecho Regional y Local; Ciencias del Derecho, la Integración y Derecho comparado.- 2. Ciencias humanas.- 3. Historia del derecho y del pensamiento jurídico.- 4. Ciencias jurídico-políticas.-

## NORMAS DE REDACCIÓN E INSTRUCCIONES GENERALES PARA LOS AUTORES

Los colaboradores y autores deben ceñirse a las normas de redacción e instrucciones generales que se describen a continuación. En caso contrario, el Comité Editor dispondrá que el trabajo, que se admita a trámite de publicación, sea reconducido a tales normas, lo que implica riesgos de errores, que los autores pueden evitar si previamente se adaptan a ellas.

1. Los trabajos se entregarán en disco compacto o por correo electrónico en formato Word para Windows, sin espacios entre párrafo y párrafo (o sea después de punto aparte), con notas a pie de página, todo en tipografía garamond, tamaño 10 para el texto, y 8 para las citas, notas o apostillas, las que van a pie de página. Cada trabajo deberá ir acompañado de un resumen (antepuesto al texto del trabajo o artículo), uno en castellano y, en lo posible, de un *Abstract* en inglés, de no más de 15 líneas cada uno y agregar ocho palabras clave.
2. Las colaboraciones deben contener en su texto el título completo del artículo, el nombre del autor, sus grados académicos, su filiación institucional en su caso y cualquier otro dato relevante identificatorio y su correo electrónico.
3. El envío de un trabajo original supone un compromiso del autor de no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. Los trabajos cuyos contenidos ya han sido publicados, o que están siendo sometidos a otros árbitros editoriales, deben adjuntar una carta en que se informa al Comité Editor al respecto.
4. Se tenderá a dividir los artículos en secciones numeradas con romanos con rúbrica centrada y separada del cuerpo del discurso. Este podrá ser nuevamente subdividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de punto [1.], en lo posible no rubricados. Se recomienda no subdividir excesivamente. Los títulos y subtítulos deben ser claros y concisos, ni contener negritas.
5. Para destacar una palabra, palabras u oración del trabajo o de las citas al pie o referencias bibliográficas no se deben usar las cursivas, ni las negritas, ni las comillas, sino las letras espaciadas o expandidas.

### EN RELACIÓN CON LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

6. La indicación de los lugares citados, sea de autores, sea de fuentes, se hará siempre en nota a pie de página, numeradas consecutivamente.
7. La cita de tratados, manuales, ensayos, monografías se hará conforme al siguiente esquema que a modo ejemplar se indica:
  - i) Libros: FALCÓN Y TELLA, María José, *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Editorial Civitas (Madrid, 1994), p. 62 (o pp. 66 ss.) El o los apellidos del autor irá en VERSALES<sup>1</sup>, mayúsculas y minúsculas. Su o sus

---

<sup>1</sup> Las letras Versales se obtienen: insertar cursor en la palabra o selección del conjunto de palabras de que se trate: "formato/ fuente/ activación de 'versales' en 'efectos'/ aceptar. Si se desea disponer del 'Abc Versales' en la barra de herramientas se puede arrastrar a ella, que se encuentra en "herramientas/ personalizar/ comandos/ formato en categorías".

nombres de pila con letra normal. El título de la obra en *cursivas* o *itálicas*.

- ii) Traducciones: LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (1960, trad. cast. Barcelona, 2001), p. 214.
- iii) Artículos de Revistas: CEA EGAÑA, José Luis, *Lecciones y desafíos de la democracia constitucional chilena*, en *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina I* (Iquique, 1999), pp. 35-47 (o bien pp. 40 ss.) Tanto el nombre del artículo como el nombre de la revista irá en *cursivas*.
- iv) Capítulos en libros editados y artículos en obras colectivas: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El constitucionalismo revolucionario francés y las cartas fundamentales chilenas del siglo XIX*, en VV. AA., KREBS, Ricardo (coord.), *La Revolución francesa y Chile*, Editorial Universitaria (Santiago, 1990), pp. 225-245. “VV. AA”, o “AA. VV”, significa que se trata de una obra colectiva.
- v) Cuando se trate de citar obras precedentemente citadas, se deberá proceder conforme con el siguiente modelo: CLAVERO, Bartolomé, cit. (n. 3), p. 44. Esta forma de citar significa que ahora se invoca la página 44 de una obra de CLAVERO, cuyo título el lector puede encontrar en la nota 3 del trabajo. Pero si en la nota 3 se hubiera citado más de una obra de CLAVERO, entonces se seguirá el siguiente modelo: CLAVERO, Bartolomé, *Happy Constitution...*, cit. (n. 3), p. 44. De este modo se evita el sistema de colocar simplemente “*op. cit.*” u “*ob. cit.*”, sin más, que no suele orientar al lector en la búsqueda de la obra que se está citando.
- vi) Documentos en formato electrónico, un ejemplo: SALINAS ARANEDA, Carlos, *Del influjo canónico en las partidas al influjo canónico en el Código Civil de Chile*, Rev. estud. hist.- juríd. [on line], N° 26 [citado 20 de junio 2005], pp. 491-528. Disponible en World Wide Web: <<http://www.scielo.cl.php?>
- vii) Pueden existir otras modalidades de citar en formato electrónico, sin dejar de señalar los datos fundamentales que orienten la búsqueda del lector, como son la fecha de la consulta y la dirección electrónica completa.



9-2009

# Corpus Iuris Regionis

REVISTA JURÍDICA REGIONAL Y SUBREGIONAL ANDINA

---

## ÍNDICE

### I. ESTUDIOS

#### DERECHO CONSTITUCIONAL

*Límites metajurídicos del poder constituyente originario* ..... 17  
Jorge TAPIA VALDÉS

*El nuevo derecho procesal constitucional en Chile* ..... 41  
Hernán VODANOVIC SCHNAKE

#### DERECHO PENAL

*Las reglas de exclusión de prueba y su sustento en los fallos del Tribunal Constitucional* ..... 59  
Héctor ÁLVAREZ FORTTE

*Necesidad del establecimiento de juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad en Chile* ..... 71  
Jaime VIVANCO SEPÚLVEDA - Roberto DUFRAIX TAPIA

*Política criminal y ley de responsabilidad penal adolescente. La experiencia chilena en justicia penal juvenil* ..... 79  
Alejandro CORDER TAPIA

*Los delitos informáticos* ..... 101  
Héctor ÁLVAREZ FORTTE

#### DERECHOS HUMANOS

*Globalización, profecía y educación en derechos humanos* ..... 131  
Juana Rosa RÍOS MEZA

*Reflexiones en torno al derecho a la vida y al derecho a morir* ..... 139  
Jaime Rodrigo BRAVO COBB

## DERECHO CIVIL

*La cláusula penal, reducción de la misma en el cumplimiento parcial de la obligación principal. La cláusula penal enorme. Interpretación doctrinaria y jurisprudencial del artículo 1544 del Código Civil chileno* ..... 161

Jorge CARMONA FISTONIC

## TEORÍA DEL DERECHO

*Una lectura de la analogía desde la teoría del Derecho* ..... 175

Hans MUNDACA ASSMUSSEN

*El criterio literal como punto de vista directivo de la interpretación legal*..... 195

Hugo VILCHES FUENTES

## FILOSOFÍA DEL DERECHO

*Concepciones y sistemas de Filosofía del Derecho (o acerca de las variadas formas de hacer iusfilosofía)* ..... 207

María Isolina DABOVE

## DERECHO Y EDUCACIÓN

*Visión crítica de la enseñanza del Derecho desde un enfoque instruccional* ..... 221

Gonzalo BRIGNARDELLO CRUZ

## II. CRÓNICA JURÍDICA

*Por qué recuerdo a Juan Bustos* ..... 235

Jaime VIVANCO SEPÚLVEDA

## III. RECENSIÓN

Jaime VIVANCO SEPÚLVEDA: MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal. Parte General*, Primera traducción al español directa del alemán por el catedrático de Derecho Penal Dr. Sergio POLITOFF LIFSCHITZ, revisión general y prólogo del profesor Dr. José Luis GUZMÁN DÁLBORA, Editorial IB de f, (Montevideo-Buenos Aires, 2007), Colección “Maestros del Derecho Penal”. (Título de la edición alemana: *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, editado por Carl Winters, Heidelberg 1915) ..... 239

# I. ESTUDIOS



# DERECHO CONSTITUCIONAL



## LÍMITES METAJURÍDICOS DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO\*

JORGE TAPIA VALDÉS\*\*  
 Universidad Arturo Prat

### RESUMEN

Se replantea el tema clásico que los límites metajurídicos que según el constitucionalismo y la teoría política, más que el texto expreso de una Constitución, existen para el poder constituyente originario democrático en el marco del proceso de globalización económica y jurídica. Según el autor, la globalización de los derechos fundamentales, de los principios consubstanciales a la democracia, y del *ius cogens*, así como la multiculturalización del Estado-Nación, establecen nuevos límites al poder constituyente originario de modo que solo puede hablarse de irregularidad del mismo cuando viola esos límites. En todos las demás esferas no es susceptible de limitaciones normativo-jurídicas, no genera dictadura de la mayoría y tiende a confundirse con la idea de democracia directa.

**PALABRAS CLAVE:** Poder constituyente irregular, globalización, límites metajurídicos, dictadura de la mayoría, derechos de la minoría, monismo.

### ABSTRACT

*The usual issue about the fact that metalegal limits which, according to the political theory and the constitutionalism, more than a text in a constitution, exist for the original constituent democratic power within the process of economic and legal globalization, is herein restated. According to the author, both the globalization process of the fundamental rights, the principles innate in democracy, and the ius cogens and the process of multiculturalism within State – Nation, establish and give new limits to the original constituent power. In this sense, it can only be referred to as an irregularity in it when something violates such limits. In all the other domains, there are not limitations in terms of laws and rules, it does not generate dictatorship of majority and it tends to be mistaken as a direct democracy.*

**KEY WORDS:** *Irregular Constituent Power, globalization, metalegal limits, dictatorship of majority.*

---

\* Este trabajo fue publicado en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, 2008, pp. 121-142, del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago, cuya versión electrónica puede hallarse en: [http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista\\_ano6\\_2/Poder4.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano6_2/Poder4.pdf). Su autor nos autorizó expresamente su publicación aquí, conforme una versión original del mismo, tal como fue presentado a las Jornadas Argentino, Chileno, Peruanas de Asociaciones de Derecho Constitucional realizadas en Buenos Aires en abril de 2008, salvo su revisión formal debida a exigencias de redacción y publicación de *Corpus Iuris Regionis*.

\*\* El autor, LL. M., Ph.D., es Profesor de Derecho Constitucional en la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat. Correo electrónico [jorge.tapia@unap.cl](mailto:jorge.tapia@unap.cl)

## I. GLOBALIZACIÓN, SOBERANÍA Y PODER CONSTITUYENTE

En los últimos 15 años, partiendo desde la polémica en torno a los alcances del poder constituyente a que dio origen la reforma de 1994 de la Constitución argentina, y culminando con los llamados a Asambleas Constituyentes en Venezuela (1999), Bolivia (2006) y Ecuador (2007), se ha intensificado el debate entre demoliberales de base empirista y formalista y neoconservadores de visión decisionista, primero, respecto a la naturaleza del poder soberano, y segundo, sobre los límites que podrían pesar sobre el ejercicio del poder constituyente originario. También en Chile aparecen hoy intenciones de Asamblea Constitucional, dado que 20 años después del pinochetismo, el sistema concertacionista que funciona a nivel de élites ha sido incapaz de dar una Constitución nueva y democrática a una sociedad de historia y presente democráticos. Mirados desde la perspectiva recién enunciada, los casos de Asambleas Constituyentes acontecidos en los últimos diez años en Sudamérica resultan seguir patrones clásicos demoliberales. Cuando intentaron exceder esos límites, los respectivos líderes quedaron atrapados en la magia del lenguaje democrático, que no puede ser traicionado sin que se pierdan las vestiduras. Por ello, la red institucional y de opinión pública generadas por el sistema de principios democráticos que esos líderes han querido utilizar, hicieron patentes sus errores y los llevaron a admitir su derrota cuando ello fue evidente. En otras palabras, Chávez, Morales o Correa no son confirmaciones palmarias del *dictum* hobbesiano, “*Auctoritas non veritas facit legem*”. Han representado, más bien, una suerte de “decisionismo de izquierda” –por cierto muy ajeno a todo socialismo democrático como el que ellos han preconizado–, usado instrumentalmente para rebelarse ante y resistir a la penetración globalizante y su consiguiente efecto de prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno. Simplemente, dichos caudillos usan el Derecho Constitucional clásico y su concepto absoluto de soberanía como barreras ante el *tsunami* globalizante<sup>1</sup>.

Ambos temas ponen en evidencia, primero, la importancia y fuerza del vínculo entre sociedad y norma en el campo del Estado y el Derecho, y en seguida la necesidad de poner atención a ese árido y peligroso campo de lo metajurídico, a veces campo opuesto, a veces transfronterizo, entre la estricta y pura lógica jurídico-formal del derecho positivo, y de otra parte, las variables sociohistóricas que explican el desde

---

<sup>1</sup> Posiciones más radicales a este respecto se encuentran entre organizaciones de base, especialmente en Bolivia. La CSUTCB (Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia) mostró en su momento su escepticismo frente a la convocatoria a Asamblea Constituyente, arguyendo que probablemente ella sería manejada por la élite política de siempre de acuerdo a la voluntad de las transnacionales, que tienen en sus manos al Estado. Se reconoce no obstante la convocatoria como una legítima demanda social: “Nosotros siempre hemos peleado para que exista una Asamblea Constituyente, pero que sea originaria”. Vamos a proponer una Asamblea Constituyente que “reconstituya el *kollasuyo*, que sea el Estado Indígena; el Estado Boliviano tiene que desaparecer, la gran propiedad privada también; las grandes transnacionales tienen que entregarnos los recursos...” (Entrevista a Rufo Colle y Felipe Quispe citados en GARCÍA LINERA, Álvaro *et al.*, *Sociología de los Movimientos Sociales en Bolivia* (La Paz, 2005), (pp. 201 a 203). Importante advertencia formulan los autores respecto de estos proyectos: “Se trata, no cabe duda, de la propuesta de transformación de la Constitución Política del Estado más audaz y radical de los que se vienen disintiendo en el escenario político; y más que su aprobación en la Asamblea Constitucional se ve a esta instancia como una plataforma de difusión ideológica de un proyecto que se considera se lo cumplirá solo por medio de nuevas rebeliones indígenas”. GARCÍA LINERA, Álvaro, *et al.*, cit., p. 204.

dónde y hacia dónde de las soluciones dadas a los problemas de choque entre valores, principios e intereses.

Hoy, el problema clásico del carácter absoluto o limitado del poder constituyente originario debe ser replanteado en un escenario como el de la globalización que cambia radicalmente los supuestos y las variables políticas del análisis y supera el poder explicativo de las grandes y clásicas obras sobre la materia. Necesitamos resituar la Teoría del Poder Constituyente en el escenario del Estado, el Derecho y la soberanía operando dentro del proceso de globalización. Teubner describe las características actuales del problema en acertada síntesis: “La diferencia entre una altamente globalizada economía y una débilmente globalizada polis o sociedad política ha generado el desarrollo de un derecho global que no consiste en legislación propiamente tal, ni tiene constitución política ni una jerarquía normativa políticamente ordenada. Esto obliga a repensar la doctrina tradicional sobre fuentes del derecho. Cuando el marco de la jerarquía normativa clásica, que exhibe la legislación constitucionalmente legitimada en la cima, se quiebra bajo la presión de la globalización, el nuevo marco que lo reemplaza resultan por necesidad, desjerarquizado. Desplaza de su sitial privilegiado al proceso político de formación de la ley, poniéndolo al mismo nivel que otros tipos de formación social de la ley”<sup>2</sup>. Según ello, podría afirmarse, como lo hace Ferrajoli, que uno de los efectos de la globalización es el apareamiento de “una suerte de anarcocapitalismo mundial que ha hecho de la falta de reglas su nueva y particular “*Grundnorm*”<sup>3</sup>.

Nuestro análisis conduce a la conclusión de que la globalización producida en la sociedad del conocimiento no acarrea consigo la desaparición del Estado Nación; pero sí cambios profundos en los objetivos y modalidades de su uso, sujeto cada vez más a normas del Derecho Internacional y a las reglas de una economía global. Esta tendencia conduce de modo empírico a un afianzamiento del monismo en materia de relaciones entre derecho interno y externo que, haciendo extemporáneo el mantenimiento de las formalidades de un dualismo decimonónico convierte al Estado en un coadyuvante de las instituciones y empresas económicas globales en la sujeción del respectivo territorio a una suerte de nueva constitución internacional. Podemos ver estos procesos, por una parte, como un debilitamiento jerárquico del Estado y del gobierno nacional en cuanto al alcance de su poder, y por otro, como un fraccionamiento de la nación y de la soberanía, que debilita la unidad de su capacidad de decisión y acción. Entre los factores más evidentes de estos cambios, todos ubicados en el marco del proceso de globalización, están la consagración de la multiculturalidad dentro del Estado. El apareamiento de la etnopolítica o de nuevas formas de autodeterminación; la acción de los Nuevos Movimientos Sociales de carácter transnacional y nacional a la vez y, por último, los inevitables procesos de modernización del Estado, que han acarreado su reducción, acentuada de uno y otro lado por procesos de descentralización o de fortalecimiento de gobiernos regionales y locales.

---

<sup>2</sup> TEUBNER, Gunther, *Global Law Without a State*, Aldershot (Darmouth, 1997), p. xiv. Ver también GESSNER, Volkmar and Budak, Ali Cem, “Introducción” al libro que editaron, sobre *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law* (Oñati, 1998).

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en CARBONELL, Miguel *et al* (Coords.), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, UNAM (México, 2002), p. 196.

La crisis del Estado Nación bajo la globalización podría no ser sino otro caso, a otro nivel, de los típicos problemas que plantea la armonización entre capitalismo, Estado y democracia. “La configuración actual de la economía mundial no hace ya posible un equilibrio de democracia y capitalismo en un solo país, a menos que se deje el país a merced del poder económico global desterritorializado”<sup>4</sup>. Por tanto, no solo el principio de la soberanía, sino el del gobierno democrático empiezan a depender de la plasticidad del Estado Nación a las realidades, exigencias y condiciones de la globalización.

Los hechos descritos llevan a pensar que, de forma aparentemente mágica, sin reforma constitucional ni revolución, el sistema de competencias creado por el poder constituyente originario clásico ha sido trastocado. Se ha producido una privatización de las funciones de coordinación y de gobierno, que se desplazan del sector público a los sectores privados empresariales. Las que solían ser funciones de regulación a cargo de las burocracias de gobierno, han sido transferidas al mundo empresarial, donde reemergen como funciones de gestión empresarial o servicios empresariales especializados. La privatización de una serie de funciones estatales, con la consiguiente transferencia de poder del mundo público al mundo privado, se ha logrado gracias a una serie de políticas e instrumentos hoy de sobra conocidos. La privatización de empresas fue no solo un cambio de dominio y control de grandes áreas de la economía, sino un recorte de poder e influencia así como de funciones y competencias, antes en manos exclusivas del Estado, al sector privado. Transformado en la principal fuerza burocrática de cada nación, el sector privado ha debido asumir facultades de regulación de una serie de actividades, a fin de evitar las colisiones entre *partners* y aun entre competidores capaces de desestabilizar el funcionamiento del sistema.

El rol e importancia asumidos por las instituciones privadas de supervisión, como las agencias de calificación de solvencia y de riesgos, convertidas en instituciones fundamentales en la creación del orden y transparencia en el mercado global de capitales, les asigna un papel superior al de los Estados soberanos a través de su autoridad para calificar la situación deudora de los gobiernos. Completan el cuadro las nuevas reglas internacionales en materia de informes y contabilidad financiera. Con razón expresa S. Sassen que todos estos factores “empiezan a conformar un sistema privatizado de gobierno que garantiza el orden, el respeto de los contratos, la transparencia y la rendición de cuentas en el mundo de las transacciones comerciales transfronterizas. Hasta cierto punto, este mundo privatizado de gobierno ha reemplazado diversas funciones de los Estados nacionales como garantes de la protección de los derechos de las empresas. El Estado continúa desempeñando un papel crucial, pero ya no exclusivo, en la producción de la legalidad en torno a nuevas formas de actividad económica. “Ciertos componentes del Estado nacional operan como instrumentos necesarios para la implementación de un sistema económico global”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> MERCADO PACHECO, Pedro, *Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?*, en *Globalización y Derecho*, Manuel CANCIO MELIÁ (editor), (Madrid, 2006), p. 135.

<sup>5</sup> SASSEN, S., *Para que funcione la economía global: el papel de los Estados nacionales y los organismos privados*, en *Globalización. Org.* (1999), p. 5. Ver también su *Losing control? Sovereignty in an Age of Globalization* (Columbia University Press, 1996), p. 3.

Todos estos procesos socioempíricos se sitúan en la base de cualquier análisis de las limitaciones que hoy condicionan el ejercicio de la soberanía e influyen inevitablemente en la reflexión semántica acerca del significado de la idea de “poder constituyente irregular”. Hace ya décadas que, primero Daniel Bell y Alvin Toffler, y luego Peter Drucker, definieron las grandes líneas del proceso de transformación del poder soberano del Estado dentro la sociedad del conocimiento. Por una parte, preveían una transferencia del poder desde los centros político-democrático propios del Estado Nación de Derecho, a los poseedores y operadores de las fuentes de información y comunicación. Conocimiento, información y tecnología serían los instrumentos para alcanzar la cúspide o nivel de poder no condicionado y condicionante. En tal marco, el Estado nacional y soberano dejaría de ser la única fuerza capaz de generar y conducir una política económica eficaz, viéndose obligado a coexistir con la región supranacional, con la economía mundial del dinero, del crédito y de los flujos de inversión, y con la empresa transnacional<sup>6</sup>.

## II. SOBRE LA IDEA DE “EJERCICIO IRREGULAR” DEL PODER CONSTITUYENTE

La globalización ha causado el desplazamiento de la ley por el contrato como modo predominante para la regulación de la economía globalizada y la organización de la sociedad civil, sea vía autorregulación, sea mediante la delegación en organismos privados de la sociedad civil de la tarea de elaborar las normas a las que el Estado, *a posteriori*, otorgará su *placet* oficial<sup>7</sup>. Ello ha producido una mayor complejización del derecho, cuyos niveles de indeterminación aumentan por efecto de la desaparición de las fronteras entre lo público y lo privado, de las fronteras político-territoriales y de la cuestión de extraterritorialidad de la ley y, sobre todo, de obscurecimiento de la diferencia entre normas jurídicas y reglas técnicas. Esta complejización por indeterminación normativa hace sin duda más insegura la adjudicación basada en normas jurídicas, por lo que legislador, juez y jurista se ven compelidos a hacer uso de otros modelos que los silogísticos clásicos, recurriendo a una lógica graduada o “difusa”, como en matemáticas, en donde lo lógico concreto es (co)determinado por el juez en el marco de principios o estándares definidos por el constituyente<sup>8</sup>.

A esta altura es posible coincidir con la afirmación de que la globalización ha provocado un aumento creciente de “creación no política del Derecho”, lo que sería consecuencia de y supone una crisis de la ley como fuerza reguladora del orden económico: “...el ordenamiento de la sociedad postindustrial no reclama, como reclamó el ordenamiento de la sociedad industrial, profundas reformas legislativas. El cuadro del Derecho resulta inmodificado. Pero permanece inmutado porque son otros, no ya las leyes, los instrumentos mediante los cuales se realizan y desarrollan las transformacio-

<sup>6</sup> DRUCKER, Peter, *Las nuevas realidades* (Buenos Aires, 1990), p. 335.

<sup>7</sup> MERCADO PACHECO, P., cit. (n. 4), p. 133.

<sup>8</sup> DELMAS-MARTY, M. (1994) p. 165, según cita de MARTÍNEZ, Marie-Laure, *El Derecho ha cambiado. Los juristas deben cambiar. A propósito de Mireille Delmas-Marty: Pour un droit commun. Seuil, Paris, en Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, N° 2, 2005, p. 383.

nes jurídicas<sup>9/10</sup>. La totalidad de este proceso que altera radicalmente las competencias jurídico-políticas supone el ejercicio de poderes soberanos, pero como en la especie no se ha ejercitado formalmente el poder constituyente, originario o constituido, el profundo cambio teórico y práctico del Estado y la soberanía no podría analizarse como una cuestión de “ejercicio irregular” del poder constituyente.

¿Cuándo, entonces, podemos hablar de ejercicio irregular del poder constituyente?

No puede tratarse de casos sometidos al control del Tribunal o Corte Constitucional, porque sus facultades se refieren al examen del ejercicio irregular de otras competencias que las del poder constituyente. Aun en los casos excepcionales en que examina la constitucionalidad de una reforma constitucional, durante su tramitación en las Cámaras o al ser sometida a plebiscito, tampoco puede darse un caso de ejercicio irregular de poder constituyente porque la competencia entregada al Tribunal Constitucional existe precisamente para evitar que ello acontezca. En otras palabras, sometidos al control del Tribunal Constitucional, o de una Corte que ejerce sus funciones, todos los poderes constituidos o derivados del Estado, incluido el poder constituyente en la forma de Asamblea Constituyente con facultades incluso para reformar totalmente la misma Carta Fundamental que la establece, no existen casos posibles normativamente previstos o previsibles de ejercicio irregular de poder constituyente.

Podría aplicarse el concepto a casos de “mutación constitucional” que dejan intocado el texto de la Carta Fundamental mientras en la práctica se superpone a ella otra “Constitución real” proveniente de cambios en las costumbres y prácticas políticas, acompañados o no de legislación subordinada, que suponen un cambio de la forma de Estado o del régimen de gobierno.

Un caso ya antiguo lo exhibe la historia constitucional de Chile, luego de la llamada Revolución de 1891, en realidad, una guerra civil que costó 10.000 vidas. Se enfrentaron entonces las fuerzas políticas y sociales que dominaban el Congreso Nacional con aquellas que defendían las políticas del presidente José M. Balmaceda, siendo cada uno de estos grupos apoyados a su vez por sectores de las Fuerzas Armadas, también divididas a raíz del conflicto político y bélico. El triunfo de las fuerzas nucleadas en torno al Congreso Nacional hizo posible que, sin cambiar una letra de la vigente Constitución de 1833, el régimen presidencial se transformara en un parlamentarismo no reglamentado, que inoperó hasta 1925. Para ello bastó condicionar la aprobación de las leyes periódicas sobre impuestos, presupuesto y fuerzas armadas, y la composición del gabinete, a la voluntad de la mayoría imperante en las Cámaras.

Otro caso de “mutación constitucional” lo denuncia una publicación del Dr. A. Rolando Muñoz, y que se habría podido producir a raíz de la aprobación de cuatro leyes por la Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco, República Argentina, el año 2004, que a juicio del autor cambiarían en el caso la forma federal de Estado, acrecentando el avance del poder central sobre las autonomías provinciales. Tal sería el efecto de

---

<sup>9</sup> GALGANO, F., *La fonti del diritto nella società postindustriale*, en *Sociologia del Diritto* (1990), N<sup>os</sup> 1 y 2, cit. por MERCADO PACHECO, cit. (n. 4), p. 132.

<sup>10</sup> SASSEN, S., cit. (n. 5).

una “mutación constitucional” producida a través de una “reforma irregular”. La mutación operaría “por fuera del sistema de reformas autorizadas por nuestro ordenamiento, fenómeno que hasta podría implicar el falseamiento del orden constitucional...”<sup>11</sup>.

Siendo así, el título temático nos lleva necesariamente en la única dirección lógica: se trata de examinar los límites actuales del poder constituyente originario, subentendiendo que la existencia de tales límites coloca en la situación de “ejercicio irregular” a aquellos pueblos o líderes soberanos que reemplazan el orden constitucional preexistente por otro nuevo que no respeta dichos límites. Nos referimos, por tanto, a casos en que efectiva e indudablemente se pone en ejercicio el denominado poder constituyente originario, por naturaleza definible como poder fundacional no sujeto a normas ni procedimientos establecidos y preexistentes. Nos encontramos, por tanto, frente a situaciones de gestas independentistas, escisión de un Estado, apareamiento de un nuevo Estado o revolución dentro de un Estado.

El Art. III de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 1789, refleja la filosofía de Sieyes: la fuente de toda soberanía se encuentra solo en la nación. Recién en enero del mismo año, Sieyes había afirmado, en su obra *¿Qué es el Tercer Estado?*, que la nación debe su existencia solo al Derecho Natural, por lo cual es anterior a todo, es la fuente de todo, será siempre legal y es en realidad el derecho mismo<sup>12</sup>. El total de esta arquitectura ideológica está hoy sometido a prueba y cambio. La relativización de la soberanía en el período de la globalización supone de modo lógico la incorporación de nuevos criterios y fórmulas limitantes del poder constituyente originario. Rescatan hoy el carácter absoluto de la soberanía clásica, quienes son partidarios de una posición decisionista, pero desdibujan su pretensión al introducir principios como el de subsidiariedad y visiones como las provenientes del neoconstitucionalismo cuando analizan el enfrentamiento entre “poder político” y “poder social”. El neoconstitucionalismo puede verse como una resurrección del decisionismo schmittiano, que favorece el resurgimiento de la idea de institución, reconfigurándola como nuevo centro, no público, de la toma de decisiones cuyos efectos se extienden también al campo público. Schmitt focaliza como su “hostis” a los juristas modernos, en términos que lo convierten en un pionero del postmodernismo jurídico-político. Así se presenta al negar el poder de la razón y del consenso para solucionar el verdadero problema político, atribuyendo tal capacidad solo a las fuerzas históricas que dan forma al espíritu y voluntad del pueblo<sup>13</sup>.

Un caso ilustrativo es el de Böckenförde, según el cual el Estado social democrático de derecho, en su afán de equiparar las oportunidades para todos a través de la limitación y regulación de libertades y derechos que en definitiva aumentan el peso

<sup>11</sup> Sobre el caso chileno, ver PALMA GONZÁLEZ, Eric, *Historia del Derecho Chileno: (1808-1924)* (Santiago, 2006), especialmente pp. 323 a 325. En el caso argentino, ver MUÑOZ, A., Rolando, Dr., Publicación del Centro de Estudios e Investigación Social “Nelson Mandela”, Resistencia Chaco 4/5/2000.

<sup>12</sup> Ver BRAMSTERD, E. K. y MELHUISK, K. J., *Western Liberalism. A history in documents from Locke to Croce* (London, 1978), p. 152.

<sup>13</sup> GOYARD-FABRE, Simone, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Presses Universitaires de France (Paris, 1997), p. 217. Schmitt acepta a Sieyes solo en cuanto reconoce que el poder constituyente corresponde a la nación soberana, idea que obviamente vale en la medida que se acepten sus dos fórmulas: que soberano es el que decide sobre la situación de excepción, y que la política es una relación “amicus-hostis”.

del poder social sobre el individuo, parece haber traspasado ciertos “límites inmanentes”<sup>14</sup>. Pero a su juicio dichos límites no tienen carácter iusnaturalista y subjetivo, sino lógico-jurídico, en cuanto están por esencia vinculados a la dignidad humana<sup>15</sup>. Esto lo lleva a asignarle un valor de carácter objetivo a los derechos fundamentales, tanto porque en su conjunto se presentan como un orden y sistema axiológico o de valores objetivos, cuanto porque adquieren la categoría de “norma-principio”<sup>16</sup>. Vistas así las cosas, la Constitución deja de ser ordenamiento jurídico fundamental del Estado para convertirse en ordenamiento jurídico fundamental de la comunidad<sup>17</sup>. Ello produce el paso desde el Estado Legislativo Parlamentario hacia el Estado Jurisdiccional de Justicia Constitucional, algo que altera el principio de división de poderes, sobre todo respecto a su clara distinción entre “creación” y “aplicación” del derecho<sup>18</sup>. Esta conclusión debería servir de advertencia del peligro de dar fundamento schmittiano a la teoría de la soberanía y del poder constituyente originario.

Como lo explica F. Bosoer, el decisionismo supone una refutación a fondo de los argumentos contractualistas y racionalistas, que abre paso al protagonismo del caudillo o líder a cargo del Estado, capaz de mantener la legitimidad en un sistema sin reglas permanentes y conocidas del juego. Pero hoy se comprueba que el decisionismo estatista de los años 20 y 30 del siglo pasado se transforma en un “decisionismo anti-estatista” en los años 80 y 90, gracias a su aparente éxito para resolver la crisis general de gobernabilidad resultante del desafío de la globalización, la crisis del empleo, la rebelión de las élites, la descomposición de los sistemas cerrados, las estructuras de representación y los grandes relatos colectivos, y al predominio de los paradigmas de la liberalización neoliberal<sup>19</sup>.

Sirve al análisis de los cambios producidos por la globalización en la teoría y práctica de la soberanía una afirmación hecha por Van der Pot: del hecho que la idea e instrumento llamado “soberanía nació para escapar del infierno producido por la polarización religiosa de la Europa de los siglos XV y XVI, podría desprenderse un principio: toda polarización trasversal y global en una sociedad conduce al fin de una soberanía y al nacimiento de otra”<sup>20</sup>. De modo similar vio el problema J. Althusius, erigido en el defensor de la libertad de ciudades y estamentos en la Holanda del siglo XVII: “En la huella de autores españoles de la Orden de los Jesuitas... la soberanía se hace descansar en el pueblo..., el que existe gracias a un acontecimiento de naturaleza social, la consociación (*consociatio*) y por ello es en sí una *consociatio*

<sup>14</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales* Normas, Baden-Baden, 1993, pp. 101-102.

<sup>15</sup> BÖCKENFÖRDE, cit. (n. 14), p. 105.

<sup>16</sup> BÖCKENFÖRDE, cit. (n. 14), p. 106.

<sup>17</sup> BÖCKENFÖRDE, cit. (n. 14), p. 129.

<sup>18</sup> “El Tribunal Constitucional deviene un órgano político (no político partidista) más fuerte, un arcópagos de la Constitución; el extremo de la soberanía, del que dispone por su competencia para decidir en último término con carácter vinculante”, se entiende, BÖCKENFÖRDE, cit. (n. 14), p. 131.

<sup>19</sup> BOSOER, Fabián, *Maquiavelo, Schmitt, Gramsci y el decisionismo de los años 90: viejos y nuevos príncipes*, en VÁRNAGY, Tomás, *Fortuna y virtud en la República Democrática* (Buenos Aires, 2000), pp. 118 a 123.

<sup>20</sup> VAN DER POT, C. W., *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht* (Zwolle, 1983), p. 14. Traducción del autor.

<sup>21</sup> VAN DER POT, cit. (n. 20), p. 17.

*consociationum*<sup>21</sup>. Ese concepto implica una estructura que reconoce y defiende el derecho natural y antiguas libertades, e implícitamente el derecho de insurrección que su defensa supone<sup>22</sup>.

### III. NATURALEZA Y ÁMBITO DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y SUS LÍMITES

Del principio de la irrenunciabilidad del poder constituyente popular o nacional surge una conclusión muy bien sintetizada por I. de Otto: “Si el pueblo tiene poder constituyente, la Constitución no lo limita, y si la Constitución lo limita, el pueblo no tiene poder constituyente”<sup>23</sup>. Por tanto, si existe tal poder constituyente del que el pueblo es titular, “éste puede actuar al margen de lo dispuesto en la Constitución, reformándola también al margen del procedimiento de reforma que la Constitución prevea e incluso aunque la Constitución se declare irreformable”<sup>24</sup>.

La pregunta de fondo en el campo de la Teoría del Derecho y Técnica Jurídica acerca de las “fuentes” de un derecho, averigua por aquello a lo que el ordenamiento confiere la virtualidad de crear una norma. Pero esta pregunta abarca solo nominalmente la cuestión de la fuente de la Primera Constitución o Nueva Constitución, porque esta no es parte de ni proviene del ámbito jurídico, sino del ámbito del poder político, preexiste al ordenamiento jurídico. Aquí lo que interesa es precisamente el “proceso causal, sociopolítico que lleva a y permite establecer la norma”, y no su conformidad formal procedimental o sustantiva con el orden jurídico preexistente<sup>25</sup>. El punto es que el problema –como lo explica De Otto– no puede plantearse en términos normativos, dado que se trata de un problema de hecho: los fundamentos de validez del ordenamiento constitucional preexistente han desaparecido.

Podemos concluir que el proceso constituyente de tipo originario no se ubica en el campo de las normas, sino de los principios: *pacta sunt servanda*; derecho de autodeterminación; irretroactividad de la ley penal; *non bis in idem*; *stare decisis*, etc. La distinción recién hecha influye poderosamente en la respuesta a la pregunta sobre si la Constitución es en sí “fuente del Derecho” –tiene eficacia directa– o si solo es un mandato dirigido al legislador al que sí corresponde crear derecho –eficacia indirecta–, caso en el cual la Constitución funcionaría como metalenguaje. Pero si la Constitución tiene eficacia directa no será solo “norma sobre normas”, sino norma aplicable; no será solo fuente sobre la producción jurídica, sino también fuente del derecho sin más<sup>26</sup>. Ello importa cuestionar la lógica y operatividad del sistema concentrado de control constitucional: si la Constitución es norma de aplicación directa, todo tribunal debe tenerla en cuenta para determinar el ámbito de los derechos subjetivos y la

<sup>22</sup> Ver sobre Althusius, SABINE, Georges, *Historia de la teoría política* (México, 1965), pp. 285-286 y 309 a 312, en lo relativo a opiniones sobre el tema contenidas en su *Politica methodice digesta*. El tema ha sido puesto de moda en la segunda mitad del siglo XX por A. LIJPHART, entre otras de sus obras, en *Verzuiling, pacifikatie en kentering in de nederlandse politiek* (Leiden, 1968).

<sup>23</sup> DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona, 1995), p. 55.

<sup>24</sup> DE OTTO, I., cit. (n. 23), p. 55.

<sup>25</sup> DE OTTO, I., cit. (n. 23), p. 69.

<sup>26</sup> DE OTTO, I., cit. (n. 23), p. 76.

validez de otras normas, lo cual está en ciernes en textos de Derecho positivo como el art. 9.1 de la Constitución española y el art. 6° de la CPR Chile.. Es también en este marco que de Otto llama la atención acerca de los riesgos de la eficacia directa de la Constitución para el Estado de Derecho<sup>27</sup>.

La eficacia del acto del poder constituyente originario que logra imponerse políticamente es reconocida por los tribunales constitucionales. En el caso chileno se ha manifestado expresamente así en las sentencias Rol 46 (21/12/1987) y 272 (18/3/1989)<sup>28</sup>. En el caso de Perú puede citarse la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la demanda presentada por el Colegio de Abogados del Cuzco contra la Ley N° 27.600, de 2002, y en el caso argentino, la sentencia de la Corte Suprema que reconoce el poder constituyente revolucionario en 1945<sup>29</sup>.

Lo anterior nos lleva en la dirección de concluir que el poder constituyente originario adquiere forma e importancia precisamente cuando el orden constitucional preexistente sufre una ruptura. Siendo así, también puede afirmarse que el llamado “poder constituyente irregular” es precisamente el poder constituyente originario cuando se ejerce en situaciones extraconstitucionales, negando su propio antecedente y origen constitucional. Esto reafirma la idea de que parte esencial de la Teoría del Poder Constituyente consiste en establecer el “origen de la validez” de la Constitución, y que de Otto expresa así: “la Constitución es válida porque procede de quien tiene el poder de darla, y es válida incondicionalmente porque ese poder no tiene limitación alguna ya que, en cuanto poder originario, no está sometido a normas”<sup>30</sup>. No obstante, si efectivamente la Teoría del Poder Constituyente es la formulación en términos de dogmática constitucional del principio de legitimación democrática, cabe concluir que no cualquier contenido democráticamente acordado en términos procedimentales es suficiente para validar la Constitución, ya que cada forma de sistema político tiene una lógica interna que de no ser respetada lleva al aborto constitucional y no a una nueva Constitución. Por ello, un cambio de la naturaleza popular-nacional de un sistema democrático equivaldría a renunciar a una potestad permanente e irrenunciable, y supondría, si se impone por la vía plebiscitaria, una dictadura de la mayoría, o como lo dice Nogueira, una situación de “mutación constitucional que solo podría regir gracias al respaldo directo de la fuerza”<sup>31</sup>.

La consideración de ambos tipos de factores legitimantes son esenciales para la eficacia de la doctrina, que debe ser capaz de explicar y justificar la validez de procesos que son su mayor desafío, esto es, aquellos en los que tras el colapso del orden político

<sup>27</sup> DE OTTO, I., cit. (n. 23), p. 81. Ver también su nota bibliográfica sobre el tema, en p. 100.

<sup>28</sup> Reproducidos en LARRAÍN CRUZ, Rafael, *Fallos pronunciados por el Excmo. Tribunal Constitucional entre el 04 de Diciembre de 1985 y el 23 de Junio de 1992* (Santiago, 1993). Ver también CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo, *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano* (Santiago, 2006).

<sup>29</sup> La sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, de 2002, está reproducida en *Justicia Constitucional en Iberoamérica*, publicación del Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III, de Madrid, 2008. En caso Argentino, ver VANOSSI, Jorge R., *Teoría Constitucional. Poder Constituyente fundacional, revolucionario, reformador*, Tomo I, p. 52, nota 31, que cita el caso Mayer fallado por la Corte Suprema en 1945.

<sup>30</sup> DE OTTO, I., cit. (n. 23), p. 53.

<sup>31</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica del Sur en la alborada del siglo XXI* (Santiago, 2005), p. 217.

institucional anterior se procede a elaborar democráticamente una nueva Constitución que no es resultado de la reforma de la anterior. En tales casos se puede escapar del ámbito de las “normas-principio” que regulan el poder constituyente, pero no se puede eludir el efecto de los “principios que norman” su ejercicio para lograr un resultado racional, metodológica y sustantivamente consistente con su lógica interna y consustancial. Mientras Schmitt, al incorporar la excepción como parte integrante esencial de orden político y legal adhiere a un concepto dictatorial de autoridad soberana o poder constituyente originario<sup>32</sup>, la perspectiva que proponemos sectorializa el problema dando a cada tipo de poder constituyente –carismático, religioso, tradicional o democrático– su propio marco de principios normativos de validez y legitimidad, lo cual resguarda en natura y esencia la visión y práctica democrática inherente a una soberanía residente en el pueblo.

#### IV. LÍMITES GENÉRICOS DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Según Francisco Zúñiga, quien concuerda en la materia con Capelletti, el ejercicio del poder constituyente originario se asienta, al igual que la jurisdicción constitucional, sobre la alteración del principio de separación de poderes<sup>33</sup>. Ambos poderes están al margen de revisión política, jurídica o judicial, y ambos, por la naturaleza de las cosas, están fuera del ángulo analítico y contencioso de las “cuestiones políticas”. Centrando el tema en el campo del poder constituyente originario, lo anterior significa reconocer que si su puesta en práctica supone el ejercicio de poder político concentrado e incondicionado, los únicos límites aceptables para ponderar su racionalidad y efectividad y, por tanto, validez, deben ser, como hemos dicho, internos y de principio, nunca externos ni jurídico-normativos, salvo en cuanto provengan del derecho internacional público.

Concluimos que el ejercicio del poder constituyente originario no está sujeto a límites normativos procedentes del sistema constitucional, que aún no existe o que está siendo reemplazado, ya que no es un fenómeno jurídico, sino sociopolítico y de poder, y que por lo tanto los únicos límites que puede reconocer proceden del metalenguaje a que está sometido. Es ese lenguaje y discurso metajurídico el que justifica y legitima su existencia o reconocimiento, el que al mismo tiempo construye sus propósitos y sus límites. En la medida que ese metalenguaje es el propio del sistema democrático constitucional sobre el poder político, y en cuanto el mismo provee empírica, histórica y teóricamente condiciones y lineamientos reconocidos e infaltables, dicho metalenguaje solo podría resultar novedoso para aquel pueblo que es protagonista del

<sup>32</sup> Ver NEGRETTO, Gabriel, *El concepto de decisionismo en Carl Schmitt. El poder negativo de la excepción*, en *Revista Sociedad*, UBA (Buenos Aires, 1994), p. 4.

<sup>33</sup> ZÚNIGA URBINA, Francisco, *Control de Constitucionalidad de la reforma Constitucional*, en *Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2, CECOCH, Universidad de Talca (Santiago, 2006), p. 416. Siendo ello indiscutible, no podemos concordar plenamente con tal planteamiento en la medida que Zúñiga hace una diferencia entre ambos poderes en cuanto a la severidad de sus efectos: creemos que en ambos casos nos encontramos frente a una reunificación de todos los poderes soberanos en un solo órgano –en general o respecto del caso concreto–, sea con carácter conservador y restaurador, si se trata del Tribunal Constitucional o de carácter revolucionario o, al menos, rupturista refundacional, si se trata del poder constituyente originario.

caso concreto en que reproduce, pero es conocido, identificable y está sujeto a crítica por los pueblos que ya lo conocen y practican. De alguna manera esto es lo que significa y explica la llamada Cláusula Democrática del sistema latinoamericano de naciones. De ello resulta una afirmación definitiva: el poder constituyente originario de tipo democrático tiene la facultad para adoptar cualquier decisión que quiera acerca de la estructura y ejercicio del poder político en la respectiva nación o comunidad, sin límite alguno, en tanto ello sea compatible con su naturaleza y objetivos democráticos. La primera y fundamental condición rectora que respetara a pesar de sí mismo, es la irrenunciabilidad del poder constituyente originario.

Establecido lo anterior, es posible y corresponde definir, primero, los límites de tipo genérico que impone el metalenguaje vigente, y luego la relación existencial entre poder constituyente originario y derechos de la minoría, principalmente a la luz de los principios de consociación y subsidiariedad. A continuación se analizará el tipo de situaciones en las cuales el ejercicio del poder constituyente originario podría conducir a la existencia de una dictadura de la mayoría, lo cual podría acarrear el apareamiento del derecho de resistencia a la opresión y del de insurrección. Lo anterior prepara la vía para la conclusión principal del estudio: los casos de ejercicio irregular del poder constituyente originario no son aquellos que constituyen dictadura de la mayoría. En cambio, una teoría decisionista de la soberanía y de la política que conduzca a la instauración de *the rule of the exception* como principio rector, sí representa un caso de poder constituyente originario irregular.

Siendo el alfa y el omega de esta reflexión la idea y convicción democrática, resulta que al hablar de poder constituyente originario nos referimos exclusivamente al que reside en y emana del pueblo, o de la nación-pueblo, si se quiere. Por lo tanto, su estructura, operación y resultado debe respetar las formas y objetivos del Estado Democrático de Derecho; sus objetivos jurídico-constitucionales deben pasar el escrutinio democrático, y el momento final de su ejercicio debe dejar intocado su permanente capacidad soberana. Por todo ello rechazamos, junto con Palazzo, la forma en que Donoso Cortés —sembrando la semilla del decisionismo schmittiano— describe al poder constituyente originario: “el rayo que razga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiera a la víctima”<sup>34</sup>. El acto constituyente originario y fundante no puede equipararse a la voluntad del tronante Júpiter, porque el campo democrático no tiene lugar para semidioses ni está en el Olimpo. El poder constituyente originario democrático no se manifiesta como capricho del soberano, sino como culminación de un proceso de desplazamiento de la constitución escrita, tornada vetusta, insuficiente y petrificante, por una nueva y real Constitución, madurada a lo largo de un proceso de reflexión, conflicto y acción. Por lo mismo, la nueva Constitución requiere un mínimo de fuerza y mucho de convicción y apoyo popular legitimante. No es el rayo que sorpresivamente mata, sino la semilla que eclosiona.

Genéricamente considerados, los límites del poder constituyente originario a que nos referimos podrían agruparse en tres categorías: 1) derechos fundamentales del ser humano, tanto individuales como colectivos; 2) principios consustanciales al siste-

---

<sup>34</sup> PALAZZO, Eugenio Luis, *Proceso Constituyente y participación*, en *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia* (Buenos Aires, 13/10/2006), pp. 6 y 7.

ma político y a la forma del Estado democrático y de derecho; y 3) Principios de *Ius Cogens* y Derecho Internacional Público consuetudinario y convencional.

4.1. *Derechos Fundamentales*. Ya lo había dicho con mucha precisión la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* en su Artículo XVI: “Toda sociedad en la cual la garantía de derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, carece de Constitución”, por el solo hecho de presentar tales carencias, el documento que lleve tal nombre no será el resultado del legítimo ejercicio de la soberanía y del poder constituyente originario.

El solo hecho de que hoy se acepte la suspensión del deber de no intervención en los asuntos internos de un Estado cuando se trata de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, debería entenderse como una prueba del indudable valor y fuerza supraconstitucional y suprasoberanía que tienen los derechos fundamentales. Ello es consecuencia de que toda nueva Constitución, se supone, expande o extiende el campo de los derechos y libertades fundamentales, y no lo contrario, dado que su objetivo primordialísimo es limitar el poder, todo lo cual nos convence de la condición de límite sobre el poder constituyente originario que revisten tales derechos y libertades fundamentales. El tema nos conduce a la polémica sobre el carácter iusnaturalista que tendrían esos derechos y libertades, un tema que hoy podríamos considerar superado luego de la positivización del Derecho Natural a este respecto en la forma de convenciones multilaterales sobre los mismos. Otro tanto puede decirse de la aceptación del carácter objetivo, en cuanto “norma principio” que una parte importante de la doctrina asigna a los derechos subjetivos<sup>35</sup>.

Una “norma-principio”, en el sentido que le da R. Alexy, es un mandato de optimización en cuanto ella puede realizarse en diferente grado o medida, que depende tanto de las posibilidades reales como de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestas<sup>36</sup>.

Los derechos fundamentales exhiben, según se ha explicado, una estructura dual, ya que “junto a los derechos fundamentales como derechos subjetivos tradicionales frente al poder público aparecen los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal y que establecen un correlativo sistema de valores”<sup>37</sup>.

No mayor argumentación se necesita para aceptar que el proceso de internacionalización y globalización de la defensa de los derechos fundamentales se manifiesta, a nivel de Estado-Nación, en una clara limitación de los poderes soberanos y de las competencias del poder constituyente originario para regular el campo fuera de los marcos internacionalmente aceptados y en vigencia.

4.2. *Instituciones y principios consubstanciales a la democracia*. En el tomo X de su famoso *Tratado de Derecho Constitucional* –tomo publicado el 2004– el profesor Alejandro Silva Bascuñán sintetiza sus opiniones sobre los límites del poder constitu-

<sup>35</sup> Ver en general ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, 2007), especialmente capítulos Tercero y Cuarto.

<sup>36</sup> ALEXY, Robert, cit. (n. 35), pp. 67 a 68.

<sup>37</sup> BÖCKENFÖRDE, cit. (n. 14), p. 107.

yente originario, vertidas tan tempranamente como en 1963, en los tomos I y III de su magna obra. Se refiere a la discusión en las cámaras, actuando como poder constituyente, de una reforma constitucional que prorrogaba, en 1958, el término de duración en el cargo de los regidores o miembros de los Concejos Municipales, en actual función, de tres a cuatro años. Quienes se oponían a tal reforma argumentaban que el poder constituyente no estaba facultado para extender simplemente el plazo de duración de cargos en actual ejercicio. El diputado y jurista Sr. Edmundo Eluchans, no obstante apoyar la reforma, debió reconocer “que hay ciertas reformas constitucionales que el Poder Constituyente jamás podría hacer. Por ejemplo, si decidiera autoelegirse; si resolviera, mediante el arbitrio espurio de una reforma constitucional, contrariar la voluntad popular estableciendo que los actuales congresales serán vitalicios en el desempeño de sus cargos, evidentemente se estaría contrariando no solo el espíritu y la letra de la Carta Fundamental, sino una cosa que es mucho más importante: la raíz de nuestro derecho público... (raíces) de suyo tan trascendentales que sin ellas el régimen desaparecería totalmente”<sup>38</sup>. Reitera a este respecto A. Silva su propia opinión: “Aunque la ley fundamental es la norma jurídica positiva de más alta jerarquía, debe someterse ella misma a los superiores imperativos que, sobre la base de la naturaleza y fin de la persona humana y de la sociedad política, exigen el respeto y fortalecimiento de un orden objetivo que tiene más alta vigencia que la más poderosa voluntad de humano legislador. Los postulados ineludibles de esa ordenación objetiva rigen tanto para el Poder Constituyente que actúa en forma originaria, como para aquel que se expresa a través del formalismo dictado por aquel”<sup>39</sup>.

El problema no puede ser examinado a partir de un cierto purismo metodológico positivista precisamente porque como Kelsen lo sostiene, Estado y Derecho (política y norma jurídica) nacen simultáneamente a la vida social. Por ello, no es admisible afirmar que nos movemos en terreno oscuro o pantanoso, que no permite determinar cuáles son los principios e instituciones de tal modo consubstanciales al sistema político democrático, que se torne imposible o muy discutible el definir esos límites al poder constituyente originario. Ello si es posible. De partida, tomando como base la variedad de modelos históricos y vigentes que nos ofrece el Derecho Político Comparado, de los países democráticos, no podemos colocar entre los límites al poder constituyente originario ni las formas de Estado (federal o unitario), ni los tipos de gobierno (republicano o monárquico), ni los regímenes de gobierno (presidencial, parlamentario o de asamblea). Tampoco cabría allí la organización y funcionamiento del órgano legislativo, en tanto mantenga su carácter representativo, ni las formas de participación en la medida que se respete el derecho de asociación con fines públicos o políticos. Por el contrario, sí cabe ubicar entre tales límites la existencia de elecciones libres, informadas y periódicas, la alternancia en el poder, los principios de supremacía constitucional y legalidad, así como de responsabilidad y control, y especialmente, al lado

<sup>38</sup> SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo X (Santiago, 2004), p. 262.

<sup>39</sup> SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, cit. (n. 38), T. II (1963), p. 495, y T. X, p. 262. Tal problemática ha sido analizada, con divergencias de opinión entre los autores, en número reciente de la Revista *Estudios Constitucionales*, del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Ver los artículos de Zúñiga, Nogueira, Hernández y Ferreira. Habría que considerar, en la misma línea, “El caso ‘Fayt’ y sus implicancias constitucionales”, de A. M. HERNÁNDEZ (Córdoba, 2001).

de la carta de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, la separación de los poderes del Estado, hoy reforzada a favor de la sociedad civil por los principios de consocionalidad y subsidiariedad. Mientras en las primeras materias enumeradas la voluntad del poder constituyente originario será definitiva y última, jamás podrá serlo si se traspasan los límites constituidos por los principios e instituciones enumerados en segundo lugar.

4.3. *Predominio de las normas del Derecho Internacional Público sobre la legislación nacional.* En el campo de los cambios jurídicos, se pone de manifiesto una atenuación de las diferencias históricas entre países del *Common Law* y los países de la tradición romano-germánica, ello como consecuencia del fin de la exclusividad y soberanía del legislador en materia de condiciones para adjudicar derechos, solución de conflictos, reglas de orden y paz, que se convierten gradualmente en funciones judiciales. Se desafía así la jerarquización clásica de las normas y sus fuentes; se relativiza la distinción entre derecho escrito y no escrito, y se camina hacia una visión y aplicación monista del sistema jurídico, dado el desdibujamiento de las fronteras entre derecho interno y derecho global.

Más que convenciones internacionales de derecho (transnacional) uniforme, lo que domina el proceso de cambio son “instrumentos normativos no estatales, creados por las prácticas comerciales, o los grandes gabinetes jurídicos de las transnacionales, que generan una nueva *Lex Mercatoria*. Nos referimos a un verdadero derecho transnacional creado exclusivamente por el grupo empresarial, sin la mediación del poder legislativo del Estado, y constituido por reglas destinadas a disciplinar de manera uniforme, más allá de los Estados, las relaciones comerciales que se instauran en la unidad económica de los mercados<sup>40</sup>. A diferencia tanto de las normas de conflicto como de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, que reenvían al derecho interno de los Estados para asegurar la vinculatoriedad de las normas y el imperio de la ley, el nuevo derecho que denominamos *Lex Mercatoria* se propondría lograr esto yendo más allá de los límites que definen el Derecho Internacional o, como dice Laporta, postulando que “el derecho global pretende ser algo más que un derecho internacional desarrollado”<sup>41</sup>.

Entre los instrumentos jurídicos heterónomos –o “hegemónicos”, como los llama Mireille Delmas-Marty– a través de los cuales agentes no estatales generan un sistema, o al menos la red de normas y reglas con fuerza jurídica transfronteriza que conforman la *Lex Mercatoria*, cabe mencionar la “exportación” de la propia ley nacional; la imposición de reglas transnacionales a la empresa; la multiplicación de las

<sup>40</sup> GALGANO, F., *Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazione* (Bologna, 1993), p. 27.

<sup>41</sup> LAPORTA, Francisco J., *Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas*, en Manuel CANCIO MELIÁ (editor) (Madrid, 2006), p. 187. Sobre *Lex Mercatoria* ver, además de las ya citadas publicaciones de Mercado Pacheco, Teubner, Galgano y Laporta, las siguientes: DASSER, F. (2001), *Lex Mercatoria. Critical Comments on a Tricky Topic*, en APPELBAUM, R. et al., op. cit.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, en Colegios Notariales de España (Madrid, 2003); TAJADURA TEJEDA, J., *¿El ocaso de Westfalia? Reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la mundialización*, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 123 (2004); y WILKINSON, V., *The New Lex Mercatoria*, en *Journal of Internacional Arbitration*, vol. 12, N° 2 (1995).

fuentes jurídicas; el soslayamiento de las judicaturas nacionales; la reducción del campo y de la soberanía del legislador; el otorgamiento de jerarquía superior a determinadas reglas técnicas y a códigos empresariales de conducta, etc. El conjunto de estos instrumentos está al servicio de una visión monista de las relaciones entre juridicidad interna y externa, concebida para muchas naciones simultáneamente, y no para una sola. Se camina al monismo a través no de un derecho supranacional-estatal, sino supraempresarial-nacional, que no presta atención a los derechos fundamentales de las personas, sino al mantenimiento de la dinámica y eficiencia de un sistema económico.

La aceptación cada vez más amplia del monismo en materia de relaciones entre Derecho Internacional Público y derecho interno, al margen de las ventajas que representa en el período de la globalización, es una demostración más del empequeñecimiento del concepto de soberanía, teórica y prácticamente considerado. El ordenamiento jurídico nacional está cada vez más expuesto a normativas de aplicación directa pero de origen externo. El poder constituyente nacional, originario o derivado, enfrenta cada vez más limitaciones provenientes de normas externas<sup>42</sup>.

Las restricciones impuestas por el Derecho Internacional Público al Poder Constituyente Originario no se refieren únicamente a los posibles casos hipótesis de responsabilidad internacional del Estado frente a otros Estados o sujetos de derecho internacional por las violaciones de sus obligaciones conforme el derecho internacional consuetudinario o convencional, bilateral o multilateral. Hoy se extiende a la necesidad de adaptar sus textos, aun fundamentales, a las exigencias del derecho y la jurisdicción internacionales. La circunstancia de que ello haya sido puesto de manifiesto primeramente solo en materia de derechos humanos no restringe el alcance de la nueva posición subordinada del Estado soberano y de la nación en cuanto Poder Constituyente Originario, respecto de la voluntad suprema manifestada en el *Ius Cogens* de la época de la globalización.

## V. DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y SOCIEDAD MULTICULTURAL COMO LÍMITES ESPECÍFICOS DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

El análisis de los límites extrajurídicos de tipo genérico que restringen el alcance del Poder Constituyente Originario nos permite avanzar a la consideración de la forma y fuerza que adquieren limitaciones de tipo concreto surgidas al amparo del clásico concepto de “derechos de las minorías” y que abarcan las situaciones de naciones multiculturales, estructuras etnopolíticas y grupos intermedios o instituciones de la sociedad civil, cuya existencia, derechos y autonomía son considerados preconstitucionales y preestatales. En este campo, lo jurídico se entremezcla inevitablemente con lo histórico, antropológico y sociológico, empujándonos al terreno de los derechos de tercera generación o ámbito del “otro colectivo”, de aquel que es diferente y que por ser diferente no puede predominar aunque sea mayoría, pese a lo cual, gracias a su

---

<sup>42</sup> El tópico es extensamente expuesto en la 3ª. edición del libro de Javier EL-HAGE, intitulado *Límites de Derecho Internacional para la Asamblea Constituyente* (Santa Cruz, 2006), especialmente pp. 345 a 349.

carácter colectivo y naturaleza y tutela internacional, se constituyen desde su nacimiento en limitaciones al Poder Constituyente Originario. A lo largo de la historia, muchas naciones, no siempre grandes, han tenido colonias “externas” e “internas”, muchas de las cuales eran más numerosas que los grupos<sup>43</sup> hegemónicos. Como el *apartheid* sudafricano de su tiempo lo demostró, los casos más opresivos son los de colonias internas, es decir, grupos significativos o importantes dentro de un Estado a los que se niegan plenos derechos civiles y políticos, en función de la raza, sexo, idioma, riqueza o previas condiciones de servilismo, como en el caso de muchos pueblos indígenas de América Latina<sup>44</sup>.

El Estado democrático de derecho con vocación social se encuentra hoy con el desafío de una multiculturalidad fomentada por migraciones masivas, que han alterado el curso y resultados de sus políticas integracionistas y homogeneizadoras al debilitar sus bases culturales originales<sup>45</sup>. Sabemos que el faccionalismo, a menudo fratricida, surge tanto de segmentaciones internas cuanto de “agregaciones” culturales de procedencia externa que pueden arribar por la vía de la invitación o de la invasión. La fuerza divisa de segmentaciones internas y de inmigraciones desde el exterior han atizado la polémica y la búsqueda de soluciones a los problemas de las relaciones interculturales que amenazan la unidad del Estado-Nación.

La reflexión se tensiona entre las necesidades y metas de la integración de la nación y los peligros y desestabilización producidas por la tendencias autonomistas y hacia la autodeterminación. Los aspectos positivos del conflicto social democráticamente canalizado, en una línea que va desde Kant, N. Bobbio, L. Coser, puede ser un camino de integración mediante el Derecho. Importantes supuestos para lograrlo parecen ser: 1) el reconocimiento de todos los miembros de la sociedad como libres e iguales; 2) existencia de reglas de procedimiento por todos respetadas para “crear” Derecho, y 3) elementos arquitectónico-constitucionales para construir consenso democrático fundamental<sup>46</sup>.

La solución del problema se encuentra normalmente en la extensión del clásico derecho de las minorías a que se garanticen su existencia, libertades y derechos. Pero también es fundamental la profundización y la práctica transversal de actitudes pluralistas. Incluso una nación dividida en varios segmentos sigue siendo una comunidad vinculada fuertemente a un Estado, territorio y, posiblemente, historia. El pluralismo es un eficaz seguro contra políticas irreconciliables y fundamentalistas en el campo étnico. A la vez, el respeto por las minorías es una segura base para la comunidad, en

<sup>43</sup> RHOODIE, Nic (editor), *Intergroup Accommodation in Plural societies*, University of Pretoria (Londres, 1978), pp. 23 y 24.

<sup>44</sup> Es tal vez paradójico que la soberanía sea limitada hoy y en su origen precisamente por la existencia de grupos o facciones cuyas guerras intestinas hicieron aparecer y dieron absoluta fuerza al concepto en el siglo XVI. Como nos dice van der Pot (p. 15), la construcción jurídica, política y ética que nos ofrece J. Bodino tiene por objeto encontrar una salida a los graves conflictos entre grupos religiosos, conflictos que amenazaban con hacer imposible la vida social, no solo porque desconocían la autoridad superior de los reyes, sino porque en su rebelión y lucha habían llamado a resistir al Estado y a sus reglas y costumbres, abriendo la puerta a la anarquía y el caos.

<sup>45</sup> GUTIÉRREZ G., Ignacio, en “Introducción” al libro de Erhard DENNINGER y Dieter GRIMM, *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural* (Madrid, 2007), pp. 20-21.

<sup>46</sup> DENNINGER y GRIMM, cit. (n. 45), pp. 35 a 38.

cuyo seno aquellas deben coasociarse de modo que se pueda construir una nacionalidad común fundada en la paz entre distintas identidades<sup>47</sup>.

El *quid* del asunto está en el planteamiento formulado en su momento por Boutros-Boutros Ghali: “Si cada grupo étnico, religioso o lingüístico reclamare para sí el conformar un Estado separado, no habría límite a la fragmentación, y la paz, seguridad y bienestar económico de todos resultaría aun más difícil de alcanzar”<sup>48</sup>. Este llamado a la realidad debe presidir la construcción de las distintas fórmulas contemporáneas de autodeterminación, sea ella externa, sea interna<sup>49</sup>, o “revolucionaria”<sup>50</sup>. Como lo expresa Gutiérrez en su prólogo a la edición en español de *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*<sup>51</sup>, el mundo del Estado-Nación soberana que sirvió de base a la teoría del Estado y de la Constitución clásicos, entró en su ocaso. En la base de este cambio, que se prevé paradigmático, se encuentra el hecho de que la nueva multiculturalidad pone en cuestión la aspiración de integración social del constitucionalismo del Estado-Nación singular. Ello exige un replanteo de los grandes postulados del Estado constitucional: la democracia y los derechos fundamentales. Más aún, se impone enfatizar que la legitimidad del Derecho de ese Estado depende de los principios procedimentales y su uso escrupuloso. Este punto de vista adquiere toda su importancia al abordar la opinión de Schmitt que tacha de ilícito el pluralismo, en la medida que impide la “unidad” del pueblo que da legitimidad y fuerza a la decisión soberana a través de la cual esa nación monolítica se expresaría en la forma de “Estado Total”<sup>52</sup>. Es en este sentido que se puede concluir que las amenazas a la Constitución pueden provenir del propio pueblo<sup>53</sup>, máxime al constatar que el pluralismo es siempre una relación de tensión entre la sociedad o segmentos importantes de la misma, y el Estado. Son estas circunstancias del pensamiento schmittiano lo que demuestra la contradicción inherente a un “decisionismo de izquierda” y de corte populista y aun étnico, en cuanto en definitiva su aparente apertura “incluyente” respecto de minorías postergadas se transforma en un movimiento de recreación del Estado Total y la Nación única.

El Poder Constituyente Originario a cargo de recrear las condiciones que permitan el paso de una pseudounidad nacional a una nación multicultural, está así obligada a reconocer como límite el conjunto de condiciones que aseguran el carácter pluralista de la sociedad. ¿Qué derechos fundamentales son relevantes o funcionales para dar una solución positiva a los conflictos entre segmentos que buscan acomodo y/o ampliación de los espacios de consenso? Claramente no basta con invocar y garantizar el derecho de asociación, si no media un reconocimiento constitucional de la

<sup>47</sup> CÁRDENAS, Emilio J. y CAÑAS, María F., *Los límites del principio de autodeterminación*, en Adolfo KOUTOUDJAN, *Geopolítica y Globalización. Estado Nación, autodeterminación, región y fragmentación* (Buenos Aires, 2001), p. 25.

<sup>48</sup> CÁRDENAS y CAÑAS, cit. (n. 47), p. 23.

<sup>49</sup> *Idem*, pp. 16 y 17.

<sup>50</sup> SIMPSON, Jerry, *The Diffusion of Sovereignty: Self determination in the Post. Colonial Age* (Berg, 1996), según cita de CÁRDENAS y CAÑAS, cit. (n. 47), p. 26.

<sup>51</sup> DENNINGER y GRIMM, cit. (n. 45), pp. 9 y 10.

<sup>52</sup> Ver KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Madrid, 1995), citando a C. SCHMITT, *La defensa de la constitución* (Madrid, 1983), pp. 125 a 166, en pp. 48 a 50.

<sup>53</sup> Guillermo GASÍO, en “Estudio preliminar” a traducción de obra de H. KELSEN (1995), pp. XXXIV.

identidad grupal. Según Denninger, tendría mayor alcance práctico ampararse en la “libertad religiosa”, en cuanto es de la esencia del proceso lograr y garantizar la “tolerancia” frente a la singularidad cultural. Hoy no son, sin más, aceptables soluciones como la asimilación impuesta por el Estado o grupos hegemónicos, aunque habría espacio para la integración, en la medida “en que no espera de los migrantes un pleno ajuste a los valores y las formas de vida de la sociedad de acogida”<sup>54</sup>.

Estas opiniones contemporáneas son un implícito respaldo a fórmulas y prácticas consocionalistas, en la línea de A. Lijphart. Analizando el tema hoy, Teubner cree que la suprema centralidad de la constitución política al interior del Estado-Nación no deja ver las constituciones propias de sectores civiles. Estas aparecen generalmente como resultado de la constitución política. Lo nuevo y singular, sin embargo, es que esta invisibilidad también se manifiesta dentro del proceso de globalización con respecto a la constitucionalización de una multiplicidad de subsistemas autónomos de la sociedad mundial<sup>55</sup>. Tal vez ello se deba a que, en su búsqueda de una alternativa al constitucionalismo centrado en el Estado, la constitución de la sociedad mundial no es resultado exclusivo de las instituciones supranacionales o intergubernamentales, ni se expresa en una única constitución global, sino que se genera de modo incremental a partir de la autorregulación de los subsistemas autónomos o grupos intermedios. En tal caso, en lugar de un orden piramidal, empieza a perfilarse una estructura concéntrica y horizontal del ordenamiento jurídico.

## VI. PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y DICTADURA DE LA MAYORÍA

Es sin duda risible que al producirse el reemplazo intelectual, ético y práctico de todas las dictaduras anteriores por el gobierno de tipo democrático, empezare a esgrimirse como principal tacha en contra del mismo la de “dictadura de la mayoría” y no siempre con el brillo crítico con que lo hizo Tocqueville. En realidad, la expresión es un eufemismo que oculta el ataque a la soberanía del legislador y a la teoría de la representación democrática en cuanto a las potenciales amenazas a los derechos fundamentales de tipo individual y subjetivo<sup>56</sup>.

Es bastante paradójico que A. de Tocqueville, precisamente en su *La democracia en América*, exhiba tales temores respecto del riesgo de que el principio mayoritario tome rasgos dictatoriales. Se ve ello a lo largo de todo el Capítulo VII, que lo lleva a afirmar que considera como impía y detestable la máxima de que, en materia de gobierno, la mayoría de un pueblo tiene el derecho a hacerlo todo, lo cual lo conduce a definir como su mayor reproche al gobierno democrático “no la extremada libertad que allí reina (sino) la poca garantía que se tiene contra la tiranía”<sup>57</sup>. Acude al pensamiento de Madison en relación con la dictadura de la mayoría que lleva a la minoría a la desesperación, algo de mucha importancia en las repúblicas<sup>58</sup>. No obstante, su

<sup>54</sup> DENNINGER y GRIMM, cit. (n. 45). En general, pp. 57 a 60.

<sup>55</sup> TEUBNER, G., cit. (n. 2), pp. 213.

<sup>56</sup> Ver PALAZZO, Eugenio, cit. (n. 34).

<sup>57</sup> De TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América* (México, 1996), p. 257.

<sup>58</sup> A. de TOCQUEVILLE, cit. (n. 57), pp. 265.

capacidad para el análisis fino le permite ver que el sistema estadounidense ha encontrado un factor de moderación y freno respecto de la posible tiranía de la mayoría en una forma de Estado y de gobierno que, por su propia estructura, evita el centralismo, constituida como sabemos tanto por la forma federal del Estado central cuanto por la autonomía del gobierno local<sup>59</sup>.

H. Nogueira, apoyándose en de Tocqueville, analiza el tema de los límites dentro de los cuales debe ejercerse el poder constituyente derivado para concluir que no puede transformar el régimen democrático constitucional en uno autocrático, debido al debilitamiento de las garantías de los derechos fundamentales y del principio de separación de poderes. Ello importaría implantar una dictadura de la mayoría, que engendraría una “mutación constitucional” cuya vigencia dependería estrictamente del respaldo permanente de la fuerza<sup>60</sup>. La situación no cambia si se trata del poder constituyente originario, también sujeto a límites que no por extrajurídicos son menos reales y eficaces. Sin los límites y condiciones metajurídicos a que nos hemos referido, el proceso de creación del derecho no solo carecería de legitimidad, sino que haría retroceder a la comunidad a un estado hobbesiano de naturaleza, en cuanto haría desaparecer la frontera entre fuerza y autoridad. Tales límites podrían resultar quebrantados a través de la alteración de los quórum de votación y aprobación o toma de decisiones; la creación de cargos de poder soberano vitalicios; la supresión de elecciones periódicas; el desconocimiento de las autonomías o la implantación de políticas de *apartheid*. Es decir, si se traspasan los límites consubstanciales de la democracia, se generará efectivamente una dictadura de la mayoría que probablemente no será eficaz en la medida en que pese al dominio de los números, tendrá que recurrir de modo permanente a la fuerza. La Alemania nazi y la URSS de Stalin y sucesores ideológicos son claros ejemplos de ello.

Afirmamos, por tanto, que una sociedad y Estado que adoptan decisiones que no respetan las condiciones consubstanciales de la democracia, puede convertirse en una dictadura de la mayoría. Pero el hecho es que aun filósofos como Madison y Tocqueville, al configurar el concepto de dictadura de la mayoría, olvidaron que la voluntad de la mayoría democrática no puede convertirse jamás en dictatorial porque es consubstancial a la misma que su decisión respete y garantice los derechos fundamentales de individuos, grupos y comunidades que existen en su interior. En otras palabras, no hay decisión democrática si, además del principio mayoritario, no se aplican simultáneamente los principios de derecho de las minorías, consociación y subsidiariedad. En caso de no ser considerados, estaremos ante una situación de ejercicio irregular del poder constituyente originario. El incumplimiento de aquellas condiciones probablemente abrirá el camino al derecho de insurrección.

## VII. PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y DERECHO DE INSURRECCIÓN

El ejercicio del Poder Constituyente Originario, por su naturaleza y fuentes, está fuera de la jurisdicción de todo Tribunal Constitucional. No hay en estos casos

<sup>59</sup> *Idem*, p. 266.

<sup>60</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, cit. (n. 31), p. 217.

declaración de inconstitucionalidad o irregularidad, lo cual no obsta al nacimiento del derecho de resistencia a la opresión y de insurrección, que idealmente asumirá la forma de extensa y permanente desobediencia civil.

Tanto la *Declaración de la Independencia de los Estados Unidos* (1776) como la *Declaración de la Asamblea Nacional Francesa de los derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789, art. II) y la Constitución Jacobina de 1793 (art. 35), reconocieron los derechos de resistencia a la opresión y de insurrección, cualquiera sea la forma que adoptare la dictadura resistida y especialmente si se amparaba en un estatuto jurídico de su poder arbitrario.

Si se parte de una visión decisionista de soberanía y Poder Constituyente Originario, probablemente el derecho de resistencia a la opresión se perciba como antagónico con el concepto de Estado de Derecho<sup>61</sup>. Pero es importante tener presente que Schmitt, a quien pertenece esa opinión, solo acepta el carácter absoluto de la soberanía, no así su origen popular. Siendo así, lo que está en situación antagónica es un poder soberano que se manifiesta en su capacidad para decidir sobre el estado de excepción y su voluntad y fuerza para imponer la excepción como regla general y permanente. Esto último resulta intrínsecamente opuesto a la esencia de la soberanía democrática, lo que hace ver que resistencia e insurrección son el arma legítima contra una dictadura soberana no democrática, cualquiera sea su origen. Resulta claro que el fin de la situación generada por el ejercicio irregular del Poder Constituyente Originario es o la invasión –fin del principio de no intervención en caso de violaciones de derechos humanos– o la revolución, acciones sobre las cuales un constitucionalista poco puede decir. Mayor propiedad tiene, en cambio, afinar la reflexión y ensayar algunas conclusiones sobre la forma irregular de ejercicio del Poder Constituyente Originario.

#### VIII. PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO IRREGULAR: UN PROBLEMA NORMATIVO SIN SOLUCIÓN JURÍDICA

Hemos anticipado la conclusión general de que el Poder Constituyente Originario es expresión y función de un metalenguaje que está más allá y trasciende lo jurídico y que por tanto no tiene ni acepta controles orgánicos estructurales, procedimentales o de contenido propios de los poderes que ejercen la soberanía del Estado, inclusive del Poder Constituyente Originario derivado. Ello lleva por vía de consecuencia a otra conclusión fundamental: el Poder Constituyente Originario no puede incurrir en ejercicio irregular de sus poderes fundacionales del sistema constitucional, provenientes del propio ordenamiento jurídico, incluyendo las mentadas cláusulas pétreas. Por tanto, la expresión poder constituyente irregular solo podría aplicarse al poder constituyente derivado o constituido, pero a su vez, ello solo tendría sentido lógico-jurídico en caso de no existir correctivos como una jurisdicción que vele por la supremacía de la Constitución, haciéndose imposible el control preventivo de la irregularidad y dándose lugar a una mutación constitucional en que la reforma no provenga menos de una modificación escrita, sino que de un cambio

<sup>61</sup> VEGA MÉNDEZ, Francisco, *Carl Schmitt: en torno a Hobbes y Spinoza*, en XXXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Valparaíso, 2006, p. 95.

en las prácticas fundamentales de gobierno que pudieren acarrear una modificación radical del régimen de gobierno.

Planteado así el tema, se aproxima inevitablemente al del control de constitucionalidad de la reforma constitucional por parte de la Corte o Tribunal Constitucional, y concomitante problema de las cuestiones políticas no justiciables. Nuestro propio punto de vista se aleja de tales reflexiones y conclusiones en cuanto supone plantear la probabilidad de problemas jurídicos por exceso en los poderes constituyente, que, sin embargo, no tengan solución jurisdiccional, sino sola y exclusivamente política. La hipótesis es perfectamente avalada por la circunstancia de que el ejercicio normal del poder constituyente originario, en cuanto excede los límites metajurídicos o de derecho positivo, no puede dar validez, legitimidad y vigencia efectiva a la pretendida nueva constitución, sino en virtud de la fuerza. La violación del metalenguaje cae siempre en el campo de lo consubstancial al constitucionalismo democrático —una redundancia aquí necesaria para recordar que no hay otra forma de constitucionalismo, a menos que se quiera dar tal carácter a simples Estatutos del Poder—, y por tanto solo subsistirá como tipo de “Estado Dual”, en que la política está diariamente y en toda su extensión por sobre y al margen del Derecho, mientras siguen rigiendo los códigos que regulan las relaciones entre particulares. En tal caso, afirmo que, un tanto en la línea enunciada por Ferreira<sup>62</sup>, aceptar el problema no significa que este tenga solución razonable y menos fácil. Lo probable es que conduzca al renacimiento del derecho de insurrección y por lo mismo al ejercicio nuevamente del poder constituyente originario por parte de los ciudadanos y sus organizaciones.

Al examinar el problema del ejercicio irregular del Poder Constituyente Originario no estamos en el campo de la supremacía de la Constitución y su defensa, sino de supremacía del poder soberano y su legitimidad. El Poder Constituyente Originario obra ejecutando cambios que reestructuran las relaciones de poder mediante el desplazamiento o inclusión de sectores y la transformación de sus intereses y valores en nuevas o viejas teorías y doctrinas. Al tiempo que la revolución triunfante pasa de ser solo la nueva fuerza dominante y se transforma en fuerza conservadora, el Poder Constituyente Originario se transforma de “irregular” en “refundacional”. Las condiciones de su reconocimiento y consolidación no dependen de los lujos hermenéuticos de un Tribunal Constitucional, sino de un encuentro de voluntades en la sociedad real y concreta, que demuestre que el acto no fue una de mera fuerza política y física, sino de reemplazo de una estructura y/o régimen ya en colapso, por un nuevo sistema político.

Dos elementos objetivos permiten verificar la culminación exitosa del proceso: primero, como lo dice Vanossi, el hecho de que no existe órgano ni mecanismo ni competencia para anular el acto, y segundo, que la nueva estructura de poder da garantía y garantiza el respeto de derechos, libertades, intereses, separación de poderes e independencia judicial.

Como lo dejan ver los casos de ejercicio irregular de carácter restaurativo o revolucionario, y los de mutación constitucional<sup>63</sup>, no pueden verse tales casos como

---

<sup>62</sup> FERREYRA, Raúl G., *Sobre el control del proceso de reforma constitucional, según los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina*, en *Revista Estudios Constitucionales*, CECOCH, U. Talca, cit. (n. 33), pp. 506 a 507.

<sup>63</sup> VANOSI, Jorge R., cit. (n. 29), t. 1, pp. 143 a 147.

fenómenos de “desconstitucionalización, porque en términos de Burdeau y en el fondo, simplemente se produce el cambio de una cierta y vigente idea del derecho por otra que nacía a su amparo y en medio de sus contradicciones. Esta es otra razón para rechazar la visión schmittiana del problema, cuando se refiere a cinco casos de desconstitucionalización. Ellos serían: 1) reforma inconstitucional; 2) suspensión inconstitucional (*fancied emergency*); 3) supresión de la Constitución; 4) destrucción de la Constitución, equivalente a gobierno de facto que no da garantías; y 5) quebrantamiento de la Constitución, ignorándola o actuando expresamente en su contra. Tal vez la única importancia de esta tipología estriba en que permite ver con claridad que no deben ni pueden confundirse actos de ejercicio irregular del Poder Constituyente Originario con actos políticos del órgano encargado, en terminología de Schmitt, de la “defensa de la Constitución”. El Defensor de la Constitución, al tomar la decisión relativa al Caso de emergencia, no pretende cambiar la Constitución –al menos que sea el comienzo de la mutación constitucional–, sino ignorarla, hacer un acto inconstitucional que, si las instituciones funcionaren, sería anulado por el Tribunal Constitucional. Como lo dice Vanossi, todo acto político paralegal asume carácter “revolucionario” cuando dentro del sistema vigente no encuentra forma de anulación<sup>64</sup>.

No son los elementos de una teoría del gobierno de facto, sino de transición de la ingobernabilidad a nuevas y más profundas formas de democracia. En realidad no existe una diferencia de esencia entre ejercicio de Poder Constituyente Originario y democracia directa.

Nada es más importante en las sentencias ya citadas de los Tribunales con jurisdicción constitucional de Argentina, Chile y Perú<sup>65</sup>, reconociendo la validez y eficacia de actos constitucionales de gobiernos de facto y su falta de atribuciones para anularlos, que el reconocimiento implícito de que el acto que merece el nombre de revolucionario es siempre un acto de ejercicio irregular del poder constituyente originario. Definitivamente, entonces, el acto irregular no pertenece al campo normativo, sino al político. Pero ello no nos coloca en una renovada teoría del gobierno de facto, en la medida que no se trata de simples golpes de Estado para cambiar gobiernos, sino de una transición desde la ingobernabilidad a nuevas y más profundas estructuras democráticas de poder. En realidad, la teoría nos lleva a comprobar que ejercicio del poder constituyente originario y democracia directa no son diferentes.

Dentro del marco en uso, fluye también la conclusión de que el proceso de internacionalización y supranacionalización del derecho y la globalización de la economía y la política ha significado la imposición de limitaciones y restricciones sobre el Poder Constituyente Originario nacional, que aunque puedan catalogarse como empíricas y de facto, dada su procedencia externa, no pierden su origen y naturaleza normativa de fuertes acentos jurídicos. Acto definitivamente irregular en cuanto ejercicio del Poder Constituyente Originario sería, por tanto, aquel que no solo desconoce la lógica de los antecedentes y que no puede ser comprendido y aceptado a la luz de la serie lógica de sus antecedentes dentro el ordenamiento jurídico nacional, como con

---

<sup>64</sup> *Idem*, p. 142.

<sup>65</sup> Sentencias contenidas en obra citada en nota N° 38.

tanta y convincente claridad lo ha expresado Vanossi<sup>66</sup>, sino el que quebranta y niega la lógica y la ética, así como la fuerza política, del supraordenamiento jurídico o metalenguaje proveniente de una sociedad mundial globalizada.

Península de Cavancha, 10 de abril de 2008.

---

<sup>66</sup> VANOSI, Jorge R., cit. (n. 29), p. 143.

## EL NUEVO DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN CHILE\*

HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE\*\*

### RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la realidad de la judicatura constitucional sobretudo a raíz de la reforma constitucional introducida mediante Ley N° 20.050 de 2005, la cual traspasa la competencia de la acción de inaplicabilidad de la Corte Suprema, para hoy quedar concentrada en forma única, exclusiva y excluyente en el Tribunal Constitucional. Para abordar este objetivo, se hace una obligada introducción en lo que respecta al surgimiento y evolución del derecho procesal constitucional en el derecho comparado.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho procesal constitucional, Tribunal Constitucional, constitucionalidad.

### ABSTRACT

*This present work aims to analyse the reality of the constitutional judicature especially because of the constitutional reform introduced by the Law N° 20.050 in 2005. This reform transfers from the inapplicability of the Supreme Court to the Constitutional Court in a unique, and on an exclusive and excluding basis. In order to fulfill this objective, it is extremelly necessary an introduction on the origins and evolution of the constitutional procedural law in the comparative law.*

**KEY WORDS:** *Constitutional Procedural Law, Constitutional court, constitutionality.*

### LA CONSTITUCIÓN: DE DOCUMENTO POLÍTICO A NORMA JURÍDICA

Para analizar el contenido del Derecho procesal constitucional, en tanto medio de limitación del poder, es necesario recordar que recién con la caída de las monarquías absolutas y el advenimiento del Estado liberal surge el constitucionalismo: el poder estatal pasa a ser un objeto del derecho, y como consecuencia de la aplicación del principio de separación de los poderes públicos y el reconocimiento de los derechos fundamentales emerge lo que hoy conocemos como limitaciones a las potestades del gobernante. En efecto, bajo el contexto de una monarquía absoluta, con el poder concentrado en un monarca irresponsable ante sus súbditos y sin derechos fundamentales consagrados a favor de ellos, los actuales conflictos de constitucionalidad no eran siquiera concebibles en tanto objeto subordinado al derecho, pues los poderes del

\* El presente texto corresponde a la conferencia dictada en la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat de Iquique con ocasión de la inauguración del Año Académico de la misma, el día 3 de mayo de 2009.

\*\* El autor es actualmente Ministro del Tribunal Constitucional de Chile, correo electrónico: hvodanovic@tribunalconstitucional.cl

monarca eran materia de la teología moral, o bien de la teoría política absolutista, mas no del Derecho.

En ese contexto, las constituciones nacen como cartas políticas, desprotegidas jurisdiccionalmente, y los conflictos políticos no son dirimidos mediante el proceso jurisdiccional como forma racional de solución de los mismos, por lo que generalmente eran autotutelados y resueltos por la ley del más fuerte.

Este horizonte se enfrenta en la misma época con el irrestricto apego de los jueces, en Europa y Latinoamérica, a la ley basada en las teorías de Montesquieu y de la Carta francesa con su esquema de poderes públicos fundamentado en la relación pueblo-parlamento-ley. La soberanía, concebida tal como la enunciara el absolutista Jean Bodin en sus *Seis Libros de la República*, es decir, como una potestad suprema, perpetua e irresistible, es cercenada del monarca y atribuida al pueblo, y este, en cuanto titular de la soberanía, manifiesta su voluntad a través del Parlamento, asamblea de sus representantes, bajo la forma de la ley, que por ello es definida como expresión de la voluntad soberana, una norma general y abstracta a la cual han de sujetarse todos los órganos del Estado, tanto en su organización y facultades como en sus actos y disposiciones, en lo que tradicionalmente se ha denominado el Estado de Derecho o Estado legal de Derecho.

En este contexto, la judicatura, aristocracia togada heredera del antiguo régimen, es concebida como mera ejecutora de la ley bajo el esquema tripartito de Montesquieu y su posterior desarrollo por la Escuela de la exégesis. En esas condiciones, el órgano judicial está absolutamente vedado de inaplicar la ley para la decisión de un caso concreto por considerar que podría ser contraria a la Constitución, puesto que la creación legislativa estaba en manos del Parlamento y se presumía ajustada a la Magna Carta, en tanto cuanto la misma era una emanación del constituyente originario del pueblo, parte de la soberanía, además de ser la propia Carta Fundamental la que le reconocía al pueblo su carácter de titular de ella. En razón del mismo paradigma de la división del poder y la concepción suprema de la soberanía del pueblo, la ley no podía ser enjuiciada, básicamente por ser la voluntad del soberano y por carecer el juez, su aplicador, *la bouche qui prononce les palores du la loi*, de facultades para enjuiciar la suprema voluntad del soberano, lo que traía como consecuencia que la Constitución no era posible de ser concebida como un límite jurídico al poder del gobernante, pues al no poder enjuiciarse la constitucionalidad de la ley, no puede afirmarse que la constitución fuese justiciable frente a los actos del Parlamento que la violaban, erigiéndose en lugar de ello solo como un límite político frente al poder del monarca, mas no como una norma jurídica invocable ante órganos jurisdiccionales ni aplicable por el juez de forma directa a la resolución de conflictos. La explicación de este fenómeno es atribuida por García de Enterría a varios factores, enunciando primero la degradación de la Constitución por la prevalencia del principio monárquico en el constitucionalismo europeo del siglo XIX, hecho en virtud del cual, a pesar del constitucionalismo liberal, los monarcas eran la fuente formal de la Constitución. Recordemos, por ejemplo, la Constitución de Luis XVIII en Francia, lo que implicaba reducirla a simple código de articulación de poderes, agregando que el poder del monarca es preconstitucional, a lo cual hay que agregar que las cartas de dicho tiempo usualmente no tenían parte dogmática, o bien eran tan simples y vagas, que sin leyes que la desarrollaran

carecía de toda operatividad. Agrega dicho autor el reflejo histórico de la lucha de los parlamentos en contra de los monarcas, que en el Estado liberal se salda con una de las premisas básicas del liberalismo político de la época: “el dogma de la soberanía parlamentaria, que implicaba la superioridad absoluta de las leyes y su correlativa inmunidad judicial”<sup>1</sup>.

En el fondo, dicho paradigma solo cambió en Europa con el advenimiento de los tribunales constitucionales y la introducción de la técnica kelseniana del control de constitucionalidad de la ley, a lo que se agrega en la segunda posguerra el surgimiento de las denominadas constituciones normativas, que pueden ser caracterizadas como aquellas que están jurisdiccionalmente protegidas, y que, por ende, pueden ser invocada, como derecho aplicable directamente a la resolución de conflictos de relevancia jurídica por parte de órganos jurisdiccionales. En efecto, al aludir una carta de tipo normativa podemos decir que “la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder. Garantía constitucional significa generar la seguridad de que esos límites jurídicos no serán transgredidos”<sup>2</sup>.

En tanto la Constitución sea una norma jurídica efectiva, hoy Constitución y proceso son dos realidades que van de la mano, una realidad que en Occidente lleva a concluir que un texto constitucional sin fuerza normativa, lo que quiere decir sin posibilidad de invocarla y aplicarla en un proceso, no es una real Constitución y es en esa dualidad que entra de lleno el análisis de la materia que nos convoca, la acción de inaplicabilidad de la ley por vicios de inconstitucionalidad, en tanto garantía y técnica de la fuerza normativa y la supremacía de la Constitución. Es así que, respecto de las constituciones sin fuerza normativa, incluso se habla de “la implantación del constitucionalismo sin Constitución en Europa”<sup>3</sup> para referirse a las constituciones sin fuerza normativa autoejecutiva o propia, sin necesidad de leyes complementarias, y aun en contra de ellas. En efecto, hoy una Constitución que no es normativa no puede ser garantía efectiva de limitación al poder, al punto que se dice, en palabras de García de Enterría, que una Constitución sin tribunal que la haga efectiva, es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder<sup>4</sup>, en clara alusión a la experiencia del parlamentarismo en la Europa de los años 20 y 30 del siglo pasado.

## DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y CONCEPTOS AFINES

Usualmente, en nuestro medio se suele hablar de jurisdicción constitucional, justicia constitucional, Derecho Procesal Constitucional o derecho constitucional procesal y de control de constitucionalidad, resultando común que muchos de estos términos, incluso a veces todos ellos, sean vistos como sinónimos, o bien usados

<sup>1</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Editorial Civitas S.A. (Madrid, 1981), pp. 55 y ss.

<sup>2</sup> Kelsen, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución* (1929), publicado en *Escritos sobre Democracia y Socialismo*, Ed. Debate (Madrid, 1989).

<sup>3</sup> Ver en este sentido, ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución y Jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Editorial Tecnos S.A. (Madrid, 1998).

<sup>4</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1 vol. 1 (enero-abril, 1981).

indistintamente unos y otros. En realidad, dichos términos carecen de sinonimia, por lo cual es necesario hacer algunas precisiones conceptuales a este respecto.

Al hablar de jurisdicción constitucional, siendo analíticos, deberíamos entender por ella la jurisdicción relativa a la Constitución, o más bien el ejercicio de facultades jurisdiccionales en materias relativas a las cuestiones constitucionales, lo que en términos de ciencia del derecho deberíamos definir como la potestad de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en las causas relativas a materias propias de la Constitución. Siguiendo a García Pelayo<sup>5</sup>, distinguimos aspectos formales (competencias del Tribunal de carácter constitucional) y materiales (los legitimados para acceder a ella, materia del recurso, carácter normativo o político de su objeto, etc.). En una conceptualización más formalista, se puede citar por ejemplo al alemán H. Mosler, quien señala que la jurisdicción constitucional es todo procedimiento judicial destinado a garantizar de modo inmediato la eficacia de la Constitución, definición comúnmente aceptada, y además recogida por la doctrina nacional<sup>6</sup>. Además de lo anterior, a veces se suele hablar de jurisdicción constitucional para identificar a la jurisdicción protectora de los derechos fundamentales, aunque tal protección no se efectúe en aplicación de Constitución alguna, también en otros casos se restringe solo a la jurisdicción que controla la constitucionalidad de las leyes<sup>7</sup>. El también español José Acosta Sánchez señala que los tres fines de la jurisdicción constitucional son “depurar el ordenamiento de normas inconstitucionales y purificar la ley, garantizar derechos y libertades fundamentales, y arbitrar conflictos de competencia”<sup>8</sup>, lo que aclara bastante más el concepto.

Al hablar de Derecho procesal constitucional, el profesor Héctor Fix Zamudio (UNAM, México) habla de “una disciplina científica que estudia los instrumentos predominantemente procesales de la justicia constitucional en sentido estricto, pero que abarca aquellos que no explican una jurisdicción constitucional, pero que también se utilizan para la tutela de las normas fundamentales”<sup>9</sup>, así hablamos de un conjunto de normas, instituciones y procedimientos a fin de hacer efectivos los derechos y garantías que la Constitución otorga o ha reconocido, concepto mucho más completo que el de jurisdicción constitucional, pero que en estricto rigor no es otra cosa que reconocer lo que hace varios siglos se ha dicho: que en el derecho constitucional la antigua distinción entre derecho objetivo y subjetivo es plenamente aplicable, porque contiene tanto normas sustantivas como normas adjetivas. Lo anterior es de muy antigua data, pudiendo remontarnos a la Carta Magna, que contenía normas de ambos tipos, solo que como entre nosotros la vinculación inmediata y directa es algo nuevo, los instrumentos de su efectividad evidentemente serán nuevos también para nosotros. Otros distinguen el Derecho procesal constitucional del Derecho constitucional procesal; el propio Fix Zamudio dice en el mismo artículo citado, que son disciplinas

<sup>5</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel, *El “status” del Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1 vol. 1 (enero-abril, 1981), p. 31.

<sup>6</sup> En este sentido ver, por ejemplo, ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Elementos de Jurisdicción Constitucional*, Universidad Central de Chile (Santiago, 2002), tomo I, p. 21.

<sup>7</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco, *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, en *La Forma del Poder, estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1997).

<sup>8</sup> ACOSTA SÁNCHEZ, José, cit. (n. 3), p. 349.

<sup>9</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor, *La justicia constitucional: Reflexiones comparativas*, en *Revista de Derecho*, Universidad Central (julio-diciembre 1990).

distintas y que la segunda se ocupa del análisis de las normas fundamentales que regulan las categorías procesales. Nosotros no adherimos a tal distinción, en razón de que el concepto de Constitución formal, propio del constitucionalismo clásico, a través de su desarrollo histórico posterior, tanto por recepción del derecho norteamericano como por su evolución en la Europa de la segunda postguerra, contiene actualmente normas adjetivas.

Sin perjuicio de las precisiones y avances que significa hablar de Derecho procesal constitucional o constitucional procesal, el concepto tampoco es nuevo, ya que si asumimos al constitucionalismo inglés como punto de partida del constitucionalismo democrático, aparece de manifiesto el clarísimo carácter procesal del derecho constitucional. Ello por el marcado tinte adjetivo del *Common law*, que aquí está más claro que nunca, más aún con el clásico aforismo del derecho inglés: *at first, the remedies, after, the problems* (al principio, las soluciones, después, los problemas), pues el carácter residual de los derechos de los ingleses (todos los que no se han entregado al gobernante), y la entrega de tutela judicial a la hora de hacerlos efectivos, hace que el aspecto procesal sea el determinante, correspondiendo al juez una labor de concretización.

Al hablar de Derecho procesal constitucional, aludimos a los instrumentos procesales, como la acción, el tribunal, el proceso y la jurisdicción, que la interpretación, el control y la aplicación por el órgano jurisdiccional permiten concretar y cumplir la supremacía constitucional a través de resoluciones de tribunales especializados en el tema, que utilizan como medio para ello –entre otros– al Derecho constitucional adjetivo o Derecho constitucional procesal, tanto en su dimensión orgánica como en su dimensión funcional, categorías procesales que estimamos plenamente vigente en esta área.

Al hablar de un tribunal especializado, no aludimos a otra cosa que a un juez preparado en materias constitucionales y con los conocimientos del caso. Por tanto, es un error sostener como lugar común que al hablar de un juez especializado se hace referencia de tribunales especiales. No siempre es así; de hecho, la justicia constitucional norteamericana nace y descansa hasta hoy en el juez ordinario, lo cual no quita que en países de tradición legalista formalista, como el nuestro, dé mayores garantías un tribunal constitucional especial. En efecto, es dicho juez ordinario quien en el *Common law* ha aplicado la Carta Magna y quien en Estados Unidos aplica la Constitución, y de esa forma declara inconstitucionales leyes del parlamento y actos de gobierno, lo que será logrado en el derecho europeo con posterioridad al crearse los tribunales constitucionales y surgir las constituciones normativas.

Por otra parte, si hablamos de un tribunal, hablamos de resoluciones obligatorias y con efecto de cosa juzgada, o a lo menos permanente, y también hablamos de jurisdicción en la medida que corresponda, de lo cual deriva la aplicación de categorías procesales al derecho constitucional.

Al hablar de resoluciones de jueces especializados en el asunto, hablamos de interpretación y aplicación especializada de la Constitución, con todas las consecuencias de ello.

Al hablar de Derecho procesal constitucional hablamos de los procedimientos, las acciones y los medios procesales del Derecho constitucional, cuyo fin es hacer efectiva la supremacía de la Constitución.

## EL SURGIMIENTO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Es un lugar común señalar que lo que hoy conocemos por justicia constitucional nace en Estados Unidos en 1803, con el caso *Marbury vs. Madison*, al declarar el Chief Justice Marshall, en la conocida sentencia, que *the principle supposed to be essential to all written constitutions, is that a law is repugnant to the constitution is void* (el principio que se debe tener por esencial a todas las constituciones escritas, es que una ley que contraría o repugna a la Constitución está viciada o es nula o hueca, ello según lo que entendamos por *void*, en este caso usamos las tres acepciones que figuran en el diccionario Collins-Gem del año 2001), pero dicho lugar común puede no ser tan cierto, si entendemos que lo que nosotros conocemos como Derecho constitucional adjetivo, en Inglaterra es de muy antigua data y que la justicia constitucional va mucho más allá de lo que el constitucionalismo clásico entiende como Constitución en el sentido formal. Si bien es cierto que el concepto de Constitución en sentido formal heredado del constitucionalismo clásico, es fundamental para la comprensión de la justicia constitucional como la conocemos hoy, podemos desentendernos de él y asumir que no es indispensable, porque con el solo concepto de Constitución material el Derecho anglosajón ya había desarrollado antes lo que nosotros hoy denominamos justicia constitucional, y con muchísima mayor claridad lo que nosotros llamamos “Derecho Procesal Constitucional”, y también la jurisdicción constitucional, al estar todo el poder en este tema, entregado al juez ordinario a través de controles contenciosos *a posteriori*. En efecto, el Derecho inglés, al no tener la Constitución formal, escrita y sistematizada en un documento único como lo que en el continente se concibió y se entiende que debe ser, da mayor importancia al aspecto material de la Constitución. Es en razón de ello que los ingleses señalan que sus derechos son innumerables, inmemoriales e indenegables (*undeniable*), porque siendo muy pragmáticos señalan que enumerarlos es imposible y además significaría dejar más de alguno afuera de dicha enumeración.

Es así que, en este sentido, es el juez quien determina (de forma declarativa, conforme con el sentido de justicia del *Common law* y el judicialismo propio del constitucionalismo anglosajón) los aspectos materiales de la Constitución, en consideración al contexto y al caso particular.

Entonces, consecuentemente con lo antes expuesto, no siendo efectivo que el aspecto formal de la Constitución sea indispensable para la justicia constitucional, se debe situar el inicio de ella en el año 1215, la fecha de la Carta Magna.

Las razones son las siguientes: Sin perjuicio de su carácter de clase (referido solo a los señores de la tierra), la Carta Magna es el primer documento constitucional que se conoce: en él se establecen normas sobre debido proceso, amparo y otros derechos, reclamables directamente por el súbdito ante los tribunales como un límite y un contrapeso frente al poder del gobernante (en ese momento el monarca). Es así que el derecho anglosajón entendía ya en esa época que la Constitución era plenamente eficaz por sí misma, sin necesidad de ley que la desarrollara; incluso más, sin necesidad de Constitución escrita, y que por esta fuerza obligatoria propia y por su mayor jerarquía frente a las demás normas del Derecho que tiene por involucrar a los “antiguos derechos de los ingleses”, debe haber una judicatura encargada de interpretarla.

En aplicación de la Carta Magna es que se dicta la famosa sentencia del caso del Dr. Bonham por el juez Lord Edward Coke en la Inglaterra de 1610, quien señala que las leyes del Parlamento que sean *contrary to common right and reason* (contrarias u opuestas al sentido común y a la razón), deben ser declaradas *void* (nulas). Lo mismo señaló un juez de Boston en 1761, agregando la *natural equity* (equidad natural), todo lo cual es retomado en la doctrina de Marshall y respecto del cual es un lugar común señalar que es en el artículo 3 de la Constitución norteamericana y su posterior interpretación en el caso *Marbury vs. Madison* (1803) la primera vez que se encuentra esta idea (enmarcada en lo que nosotros conocemos formalmente por Constitución), idea que, como vemos, es de muy antigua data (recordemos que en Inglaterra es el juez ordinario el que falla, y ha fallado siempre, esta materia por ser de “*Common law*” (de “derecho común”), también materia en la cual es especialista el juez ordinario inglés, todo ello sin necesidad del concepto formal de Constitución).

Nace así con la Carta Magna el germen de lo que será el Derecho procesal constitucional de libertades públicas, que se traducirá en el moderno *habeas corpus* y en los diversos *mandamus* del derecho inglés, que a partir de los casos *Bonham* y *Marbury vs. Madison*, hará nacer el control de constitucionalidad de normas, en el marco del constitucionalismo liberal.

En Europa continental, el surgimiento de lo que hoy conocemos como Derecho procesal constitucional no se planteó hasta la segunda posguerra, época en que, para el constitucionalismo europeo continental, hay que agregar algo que ya vimos, pues en el viejo continente aparece como algo nuevo para el Derecho la autoejecutividad y la fuerza obligatoria directa de la norma constitucional. Así, el estudio de la interpretación constitucional en Europa surge en forma mucho más tardía frente a nueva necesidad de tener un método para poder aplicar la Constitución en forma uniforme. En efecto, un autor inmerso en dicho contexto, como lo es García de Enterría, escribiendo sobre el tema en los primeros años de vigencia de la Constitución española de 1978, señala oportunamente que “La interpretación constitucional surge como problema jurídico solo cuando la Constitución es entendida como un límite jurídico y no solo político al poder legislativo”<sup>10</sup>. Es interesante reproducir su opinión: “Todo el problema de la justicia constitucional enraíza en una cuestión de principio: si conviene o no en reconocer a la Constitución el carácter de norma jurídica”, señalando posteriormente “que en su condición de norma jurídica su eficacia debe ser asegurada jurisdiccionalmente”, algo tan evidente –digamos– que, por obvio, suele olvidarse: la Constitución se interpreta con la finalidad de aplicarla, de hacerla valer como norma jurídica, es decir, como norma justiciable, cuyo cumplimiento pueda reclamarse ante tribunales, sin lo cual una norma difícilmente puede calificarse de jurídica.

El fenómeno de las constituciones normativas combinado con el modelo concentrado europeo, hará que el proceso sea usado como medio de solución de conflictos reglados por la Constitución no solo en derechos fundamentales y control de normas, sino que también, de aquí en adelante, la justicia electoral, la defensa del sistema democrático y las contiendas de competencia se canalizarán por esta vía, dando origen a lo que hoy conocemos como Derecho procesal constitucional.

---

<sup>10</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, cit. (n. 1).

## CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Siguiendo a Colombo<sup>11</sup>, el Derecho procesal constitucional es aquella rama del Derecho que establece las normas orgánicas y funcionales necesarias para dar eficacia real a la normativa constitucional, cuando surja un conflicto entre un acto de la autoridad o de un particular y sus disposiciones.

Comprende el estudio de los siguientes elementos:

- a) el conflicto constitucional,
- b) la organización y atribuciones de los tribunales constitucionales,
- c) la forma en que estos ejercen su jurisdicción al resolverlos por medio del debido proceso, y
- d) los efectos de las sentencia.

Hoy, tras el surgimiento de las constituciones normativas, a partir del tipo de conflictos a resolver, el derecho procesal constitucional admite varias ramas:

- a) de control de constitucionalidad de normas,
- b) de tutela de derechos fundamentales,
- c) de resolución de contiendas de competencia,
- d) de justicia electoral,
- e) de calificación de inhabilidades y causales de cesación en el cargo de altas autoridades, y
- f) de defensa del sistema democrático.

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza del derecho procesal constitucional, si es constitucional o es procesal y si es autónomo o es una disciplina adjetiva.

El hecho es que sus antecedentes en el derecho anglosajón de la Carta Magna son anteriores al constitucionalismo, y se desarrolla sin Constitución formal hasta 1803. Por otra parte, hoy el objeto de protección de esta disciplina es la Constitución escrita y es esta la que confiere las herramientas procesales. Por otro lado, existe consenso en torno a que es una disciplina autónoma, que a pesar de ello no es sustentable ni explicable fuera del marco del estado constitucional de derecho y sin una teoría constitucional sustantiva como objeto de justiciabilidad.

## LOS SISTEMAS JURÍDICO PROCESALES CONSTITUCIONALES

Tradicionalmente se habla de los dos grandes modelos, el norteamericano o difuso, y el modelo austriaco o kelseniano concentrado, división que se realiza en atención al órgano jurisdiccional que resuelve los conflictos. Se denomina difuso al modelo norteamericano porque la facultad de controlar la constitucionalidad de la ley esta difundida en todos y cada uno de los tribunales, sin que exista un órgano o tribunal específico que realice el control de forma exclusiva.

Es interesante ver cómo García de Enterría, por motivos históricos, al ser el primero, llama a este modelo “de verdadera jurisdicción constitucional”, teniendo como base la doctrina americana de supremacía normativa directa de la Constitu-

<sup>11</sup> COLOMBO CAMPBELL, Juan, *Funciones del derecho procesal constitucional*, en *Ius et Praxis* vol. 8 N° 2 (Talca, 2002).

ción<sup>12</sup> y el hecho de que surge como un modelo de control concreto e incidental, netamente jurisdiccional.

Es posible señalar que esta creación jurisprudencial quizás sea la obra más perfecta del constitucionalismo moderno a propósito de la supremacía constitucional, al combinar una serie de factores tan diversos como el *stare decisis* británico, la autoejecutividad de la Constitución, la idea de limitar al Legislativo y ponerle al frente un contrapeso que le hiciera frente, que en la mentalidad anglosajona no puede hacerse sino por intermedio del órgano judicial.

Siguiendo la línea del Derecho inglés, se recurre al juez común, no se crea un órgano especial, y es el mismo juez el encargado de interpretar y aplicar tanto la ley como la Constitución, lo que difiere del, mucho más tardío, modelo europeo.

Usualmente, este sistema es conceptualizado como de control difuso de constitucionalidad, en contraposición con los modelos europeos de control concentrado por un tribunal constitucional, ya que en Estados Unidos son todos y cada uno de los tribunales federales los llamados a velar por la supremacía de la Constitución a través de las facultades de control de constitucionalidad, por lo que la facultad de declarar la ley como contraria a la Constitución está difundida en todos y cada uno de los tribunales, al contrario de los modelos de raíz kelseniana, en los que un solo tribunal, independiente del Poder Judicial, concentra de forma exclusiva dichas facultades.

La conceptualización anterior nos lleva a aludir a otro factor que usualmente se considera poco, cual es el que este modelo, que hoy se denomina difuso, no nace de esa forma, y es la jurisprudencia la que lo ha llevado a tener las características por las cuales es llamado difuso.

En efecto, el artículo 3° de la Constitución norteamericana otorga solo a la Corte Suprema la competencia para resolver casos basados en la Constitución federal, por lo que el modelo a primera vista pudiera parecer concentrado, pero es la propia *Supreme Court* la que ha fallado que todo tribunal debe actuar en primer término según la Constitución y después según las leyes, y por la vía del *stare decisis* heredado del Derecho inglés, junto a la jurisprudencia norteamericana, lo anterior ha significado que todos los tribunales federales se vean obligados a actuar de esa forma para todos los casos y deban velar –primero que todo– por la supremacía constitucional, para lo cual están dotados de todas las atribuciones necesarias, según la teoría de los poderes implícitos, transformando un modelo que, según una primera lectura del texto de la Constitución, aparentaría ser concentrado, en lo que hoy es un lugar común denominar modelo de control difuso. Es por ello que no es completamente certero conceptualizar este modelo de control como difuso, pues, siguiendo el significado de la palabra, el control no está poco claro, ni mucho menos oculto, que es la idea que transmite la palabra difuso a este respecto, sino todo lo contrario: el control está presente en todos y cada uno de los casos, en todos y cada uno de los tribunales federales. Por otra parte, es un sistema de control basado en muchos factores; en la discrecionalidad de la Corte Suprema, decidiendo –por ejemplo– ella misma si un asunto es o no lo suficientemente relevante como para ser tratado o no, o bien puede

<sup>12</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, García, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1 vol. 1 (enero-abril, 1981).

declararse inconstitucional una ley por vía incidental antes de que se aplique al caso respectivo, o recurriendo derechamente de la sentencia definitiva que la aplicó. Por la misma razón, la Corte Suprema tiene la facultad de elegir qué casos resolverá de entre aquellos que se presentan, teniendo en cuenta para dicha elección, generalmente, la relevancia coyuntural de cada caso y si se han fallado materias similares con anterioridad o no. Así, si hay precedentes, en vez de resolver el caso nuevo, la propia Corte puede aludir a un precedente y se remite a él, a causa del *stare decisis*, a menos que considere que las circunstancias han cambiado y siente nueva jurisprudencia en sentido contrario.

De la misma forma, es muy frecuente que casos propios de tribunales estatales, en los que en principio la cuestión planteada gira en torno al Derecho de algún Estado miembro de la federación (asuntos en los que, por ello, los tribunales federales en principio nada tienen que ver ni nada pueden hacer), terminen en la Corte Suprema federal, a través de la vía de una cuestión de constitucionalidad, ya que, a veces, ocurre que, inmerso en el litigio, está en juego algún derecho fundamental contenido en la Constitución federal o sus enmiendas, por lo que, repentinamente, el caso se transforma en materia de competencia exclusiva de la *Supreme Court*, que resolverá el caso conforme a la Constitución federal, dejando sin efecto lo resuelto por el tribunal estatal y también, a veces, el Derecho estatal, si considera que invade materias propias de la federación o contraría la Constitución federal.

Con ojos europeos, esto se ve como algo incontrolado, incierto y, sobre todo, muy poco uniforme, y es en ese orden que la obligatoriedad del precedente dictado por la Corte Suprema uniforma la aplicación de la Constitución.

Hay que dejar en claro que, más que de control de constitucionalidad, jurisdicción constitucional y todos los conceptos afines que nosotros utilizamos, el pragmático derecho norteamericano habla de *separation of powers, judicial review, interpretation of the constitution, constitutional adjudication*.

Respecto del papel de la Corte Suprema, los norteamericanos no tienen problema en decir que está dotada de *Amending Power*, o poder de enmienda respecto de la Constitución, cosa que en Europa hasta la fecha muy pocos se atreven a decir respecto de los tribunales constitucionales. Así, la Constitución norteamericana es lo que la Corte Suprema dice que es y la Constitución es (también) la Constitución después de interpretada por la Corte Suprema.

En contraposición al modelo norteamericano, la creación kelseniana de los tribunales constitucionales ha sido, quizás, el cambio conceptual más grande del Derecho continental en las últimas décadas: ha significado dejar de lado el concepto clásico de división del poder, el imperio de la ley, e incluso el concepto de soberanía, a través de una creación kelseniana que, paradójicamente, jamás se planteó dichos objetivos.

En efecto, los tribunales constitucionales nacen en Austria, con la Constitución de 1920, como órganos especializados destinados solo a controlar la constitucionalidad de las leyes dentro de la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico, órganos que resuelven, conforme a la Constitución, la “nulidad” de las otras normas por ir en contra de la Constitución, a efectos de que esta no se vea burlada a través de normas de menor jerarquía.

Es importante recalcar lo ya antes señalado, en orden a que, por esta tarea de anulabilidad legislativa, en principio, son concebidos como legisladores negativos, y la resolución de inconstitucionalidad es concebida como un acto de promulgación negativa, por lo que estos tribunales no se conciben como órganos jurisdiccionales, más aún si las inconstitucionalidades a que Kelsen alude a este respecto son solo de forma, ya que las inconstitucionalidades materiales son consideradas solo como aparentes, y además, de naturaleza política y no jurídica<sup>13</sup>.

Recordemos que para Kelsen –se ha dicho– el Tribunal Constitucional no es propiamente un tribunal, porque un tribunal es un órgano que aplica una norma previa a hechos concretos y el Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas las dos: la Constitución y la ley, limitándose a declarar si una ley es o no compatible con la Constitución. Así el Poder Legislativo se ha escindido en dos: el legislador positivo, que toma la iniciativa de dictar y de innovar las leyes, y el legislador negativo, que elimina aquellas leyes que no son compatibles con la superior norma constitucional<sup>14</sup>. Por otra parte, estos tribunales, en principio, no aplican la ley a un caso específico, sino que solo contrastan la ley y la Constitución, con prescindencia de los hechos propios de todo caso particular, por lo que –se dice– propiamente no son órganos jurisdiccionales.

Otro aspecto novedoso viene dado por ser estos tribunales ajenos e independientes con respecto al Poder Judicial, y una de las razones de su establecimiento radica, justamente, en la imposibilidad de la judicatura ordinaria para resguardar la Constitución, al punto que, por lo mismo, se recomienda que no estén integrados por jueces<sup>15</sup>.

No deja de llamar la atención cómo estos órganos propios del formalismo de la teoría pura del derecho, hoy sean garantes de la Constitución en su sentido material, fenómeno ocurrido al ser tomados por el constitucionalismo contemporáneo e instituidos para la salvaguarda de la Constitución, pero, esta vez, incluyendo sus aspectos materiales, lo que en la Europa continental, particularmente en el caso alemán, es visto como la respuesta a los vacíos del constitucionalismo de entreguerras. En efecto, al ser concebida la Constitución como norma jurídica, invocable ante los tribunales para la resolución de conflictos, la necesidad de armonizar la sumisión a la ley y al mismo tiempo a la Constitución requiere de un órgano que dirima divergencias en esa doble sumisión, papel que un tribunal kelseniano puede cumplir perfectamente.

Lo anterior ha traído como consecuencia el desplazamiento del Legislativo y del ejecutivo como únicos órganos de poder más relevantes, y su convivencia con uno que no existía, que, a su vez, le da un carácter efectivamente jurídico-justiciable a una norma que antes no era concebida de esa forma. Por otro lado, en la medida que la democracia es el valor fundamental del constitucionalismo contemporáneo, se entien-

<sup>13</sup> En este sentido, un interesante desarrollo de este punto se encuentra en PEREIRA-MENAUT, Antonio Carlos, *Teoría constitucional*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda. (Santiago, 1998), p. 326.

<sup>14</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1 vol. 1 (enero-abril, 1981).

<sup>15</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, cit. (n. 13), p. 329.

de que dicho régimen no está asegurado sin garantías jurídicas, función que ahora se le asigna a estos órganos, mediante acciones especiales y mediante la tutela residual y extraordinaria de derechos fundamentales (amparos extraordinarios), transformándolos en intérpretes supremos de la Constitución.

Con mucha sabiduría se señala respecto de los tribunales constitucionales que “la responsabilidad de estos en el sistema jurídico y político es tan excepcional que cualquier deficiencia en su funcionamiento viene a poner virtualmente en crisis al sistema entero”<sup>16</sup>; más aún si, con el tiempo, se le han ido agregando otras funciones específicas, como dirimir contiendas de competencias, declarar inhabilidades de gobernantes, controlar actos administrativos, e incluso (en España e Italia, por ejemplo), controlar la constitucionalidad de las sentencias de los tribunales ordinarios por la vía de los llamados amparos en contra de sentencias y los incidentes de constitucionalidad, lo que ha llevado a dejar de lado la tesis de legislador negativo, y concebirlos ya derechamente como órganos jurisdiccionales, que dan pie a lo que hoy se llama jurisdicción constitucional europea. Es así que los tribunales constitucionales, dotados de semejantes poderes, han pasado a ser los garantes últimos y el pilar fundamental del Estado contemporáneo, que ha dejado de ser el Estado de Derecho para pasar a ser el Estado constitucional.

En efecto, hoy los tribunales constitucionales no se limitan a controlar la constitucionalidad de las leyes, sino que ejercen facultades en todas las ramas del derecho procesal constitucional, por lo que para denominar concentrado a un sistema deben examinarse todas ellas. En específico, la naturaleza de los controles de normas (concretos o abstractos), los efectos de las sentencias (generales o particulares) y la existencia o no de amparo han llevado a hablar ya no del modelo europeo, sino de tres modelos de lo que, comúnmente, en Europa se denomina sistema concentrado: el modelo italiano, el modelo germano y el modelo español.

La evolución del modelo europeo tras la Segunda Guerra Mundial gira en torno al control concreto, introducido en dicha época en el viejo continente, en constituciones como la de Italia de 1947, de Bonn de 1949 y otras posteriores como las de Portugal de 1976 y la Carta española de 1978, desarrollada, en este punto, por la ley orgánica respectiva. Tras la introducción del control concreto y el amparo extraordinario ya no se plantea que los tribunales constitucionales son meros legisladores negativos, sino que claramente hoy son órganos propiamente jurisdiccionales, que por medio del proceso emiten sentencias que resuelven conflictos de relevancia jurídica.

Es del caso señalar que en la *praxis* difícilmente ambos modelos se den en forma pura, pues la Corte Suprema Federal en Estados Unidos, al ser el tribunal superior del sistema, y uniformar la jurisprudencia por la vía de sus precedentes, hace las veces de cabeza y guía del sistema difuso, en una labor que a ratos pudiera asimilarse a la de un Tribunal Constitucional con características de modelo concentrado, haciendo ver que es el guardián de la Constitución.

Por otra parte, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y su aplicación por los tribunales ordinarios en Europa ha llevado a que los modelos concentra-

---

<sup>16</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., cit. (n. 14)

dos evolucionen adoptando por esta vía algunas características similares a las del modelo difuso. A lo expuesto, cabe agregar la introducción del control concreto en las constituciones europeas de la segunda posguerra, que han hecho del modelo concentrado kelseniano algo muy diferente a lo que su autor conceptuó.

#### EL SISTEMA JURÍDICO PROCESAL CONSTITUCIONAL CHILENO TRAS LA REFORMA DE 2005

El traspaso de la competencia para conocer y resolver de la acción de inaplicabilidad de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional mediante la gran reforma constitucional contenida en la Ley N° 20.050 y las otras atribuciones que se le confieren en dicha ley (la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal vigente y el control de los autos acordados, normas infralegales dictadas por los tribunales superiores) ha significado uno de los cambios más importantes a la Constitución, que se traduce, en esta área, en un cambio en la configuración del sistema de jurisdicción constitucional. En palabras de Francisco Zúñiga, una “ampliación notable de su competencia y racionalización de sus decisiones y sentencias”<sup>17</sup>, al punto que incluso se ha hablado de un nuevo Tribunal Constitucional, en atención a su integración y a sus competencias.

Las reformas de la Ley N° 20.050, a este respecto, claramente se encuentran inspiradas en la experiencia de la inaplicabilidad ante la Corte Suprema y el desenvolvimiento del Tribunal Constitucional en los últimos años del régimen militar y durante los primeros años del régimen democrático. En efecto, como lo señalara el magistrado Eugenio Valenzuela Somarriva, en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado durante la tramitación de la reforma, el Tribunal Constitucional, en primer lugar, “constituyó un aporte decisivo en la transición política a la democracia por las sentencias que dictó en materia del Tribunal Calificador de Elecciones, de las votaciones populares y escrutinios, de los partidos políticos, de determinadas instituciones electorales y de las municipalidades”, además de “incorporar nuevos sistemas interpretativos de la Carta Fundamental”.

En el marco de dicha reforma, se propuso por los magistrados del tribunal una nueva acción popular de inconstitucionalidad directa, de efectos generales, que nacería tras tres fallos uniformes de inaplicabilidad. Este tema fue discutido latamente, pues el efecto particular de la inaplicabilidad ha sido tradicionalmente uno de los puntos que más claramente admite crítica, y finalmente, aunque en términos distintos como se verá más adelante, se instaura una acción directa de inconstitucionalidad, abstracta y de efectos *erga omnes* y *ex nunc*, que tiene como presupuesto a la declaración de inaplicabilidad, en un binomio que no es común en ningún sistema de control concentrado, y que, muy parcialmente, se asimila solo al sistema portugués en algunos aspectos, como la dualidad control concreto y particular con control abstracto y *erga omnes*<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Zúñiga Urbina, Francisco, *Refundación del Tribunal Constitucional*, publicado en *La Semana Jurídica*, Ed. LexisNexis (Santiago, 19 al 26 de junio de 2006).

<sup>18</sup> Ver, a este respecto, MOREIRA CARDOSO DA COSTA, José Manuel, *Tópicos sobre competencias e integración del Tribunal Constitucional de Portugal*, en *Ius et Praxis*, vol. 8, N° 1 Universidad de Talca (Talca, Chile), 2002.

La reforma del año 2005 ha significado, en lo relativo al control de normas, dejar el antiguo modelo chileno de control concentrado dual, o compartido, y hemos pasado a un modelo concentrado propiamente tal, dentro del que coexisten controles preventivos obligatorios, controles preventivos facultativo-contenciosos, que son los que ya existían antes de la reforma, con controles *ex post*, concretos y de efectos *inter partes* (el recurso de inaplicabilidad, que hace su esperado arribo al tribunal, estrenando además de la legitimación activa del tribunal que conoce de la causa en la que se origina), y controles abstractos y de efectos *erga omnes* (la nueva cuestión de inconstitucionalidad, toda una innovación en nuestro derecho), además del control de los autos acordados dictados por los tribunales superiores, que hasta ese momento carecían de controles de esta especie.

Así, el control de constitucionalidad de la ley quedó concentrado única, exclusiva y excluyentemente en el Tribunal Constitucional. No obstante, hay que destacar que los tribunales del sistema ordinario, al aplicar las diversas disposiciones legales deben analizar su constitucionalidad y si detectan un potencial vicio procede accionar ante el Tribunal Constitucional, para que sea el que se pronuncie acerca de la inconstitucionalidad de la norma, sin que puedan inaplicarlas.

Es en este sentido que el sistema chileno es de carácter concentrado, pues el control de normas se encuentra radicado en un solo órgano. Mas, como ya viéramos, debemos distinguir el control de normas de las otras ramas del Derecho procesal constitucional, en las cuales nuestro sistema no es calificable como concentrado en el sentido puro.

Por otra parte, no se crearon amparos ante el Tribunal Constitucional, quedando la tutela de derechos fundamentales en los tribunales ordinarios con competencia para ello, por vía de las acciones de amparo y de protección<sup>19</sup>, que se basan fundamentalmente en infracciones a la ley o a la interdicción de la arbitrariedad que tienen como efecto la violación de derechos fundamentales. Paralelo a ello, desde la preceptiva legal, que hace aplicable y exigible por las partes de un juicio, de manera directa e inmediata ante el juez ordinario, los derechos fundamentales contemplados en el Derecho internacional, en complemento de la normativa de rango legal. En esta posición encontramos diversas normas en la Ley de Tribunales de Familia, el Código Procesal Penal y la Nueva Reforma Procesal Laboral, que hacen reclamables ante el juez las normas de los tratados que consagran derechos. Esta aplicación inmediata y directa de los derechos constitucionales e internacionales, significa que los tribunales ordinarios operan como órganos de jurisdicción constitucional en materia de tutela de derechos fundamentales, como por ejemplo en el recurso de nulidad en materia penal y en la acción de tutela de derechos fundamentales, sin perjuicio de las actuaciones cotidianas de los jueces de familia y de garantía.

Así, el Tribunal Constitucional chileno carece de facultades enmarcadas en la rama de tutela de derechos fundamentales, rama del Derecho procesal constitucional en la que operará solo de manera indirecta, cuando en el marco de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad la norma invocada sea una relativa a derechos

---

<sup>19</sup> Ello sin perjuicio de otras tutelas de derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios que ha establecido el legislador.

fundamentales. A este respecto, uno de los grandes desafíos de nuestro sistema –con un hasta ahora incipiente desarrollo doctrinal en esta área– es tratar de establecer una frontera clara entre el control concreto de constitucionalidad, en tanto control de los efectos de aplicación de la norma, y el control de constitucionalidad de resoluciones judiciales<sup>20</sup>; ya que si bien aparece solo como un control concreto de normas, dicha caracterización exige determinadas hipótesis de aplicación, que en el marco de un proceso no son sino las resoluciones judiciales.

De la misma forma, el Tribunal Constitucional chileno no tiene atribuciones de justicia electoral, pues en Chile existen tribunales electorales especiales desde principios del siglo XX.

Cabe señalar, además, que el Tribunal chileno tiene entre sus facultades calificar la constitucionalidad de la única hipótesis de convocatoria a plebiscito de reforma constitucional que admite la institucionalidad vigente y además la atribución de declarar la inconstitucionalidad de grupos, movimientos y personas que cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política.

De la misma forma el Tribunal chileno posee atribuciones para calificar inhabilidades y causales de cesación en el cargo de parlamentarios y ministros de Estado, además de compartir las contiendas de competencia con el Senado.

De ello cabe colegir que el sistema procesal constitucional chileno, tras la reforma de 2005, tiene una configuración *sui generis*, pues aparenta ser concentrado, lo que en realidad ocurre solo con el control de normas. Es por ello que es calificable como un sistema concentrado y compartido, en atención a que las otras ramas de la jurisdicción constitucional son compartidas con otros órganos de control.

---

<sup>20</sup> Ver, en este sentido, el trabajo de NÚÑEZ POBLETE, M. A., *El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes*, en FERNANDOIS VOERINGER, A., *Sentencias destacadas 2007*, Instituto Libertad y Desarrollo (Santiago, 2007).



# DERECHO PENAL



## LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA Y SU SUSTENTO EN LOS FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL\*

HÉCTOR ÁLVAREZ FORTTE\*\*  
 Universidad Arturo Prat

### RESUMEN

La puesta en marcha de la reforma procesal penal en América Latina, tanto en Chile como en Perú, ha dado paso del viejo sistema inquisitivo a un sistema acusatorio garantista, es decir, fundado en garantías para los intervinientes, a fin de que la sentencia que se pronuncie se base en prueba legal y legítima. Es por ello que parece necesario filtrar el proceso penal, a fin de eliminar aquellas pruebas que son contrarias a la Constitución y a la ley. Sin embargo, en algunos casos, es posible que parte de esa prueba ilícita sea valorada en juicio y utilizada como fundamento de la sentencia. La aplicación de las reglas de exclusión, pero especialmente sus excepciones en Perú, son el objeto de estudio.

**PALABRAS CLAVE:** Reforma procesal penal; exclusión de prueba; excepciones; frutos del árbol venenoso; principio de proporcionalidad; buena fe.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Fundamentos. III. La Doctrina de los frutos del árbol venenoso. IV. La fuente independiente. V. El descubrimiento inevitable. VI. La buena fe. VII. La doctrina de la tinta diluida. VIII. La infracción constitucional beneficiosa para el imputado. IX. El principio de proporcionalidad. X. Conclusiones.

### ABSTRACT

*The new criminal law reform in Latin America, both in Chile and Peru, has switched from the old inquisitional system to an accusational system based on guarantees for the parts with the purpose of the sentence being delivered based on legitimate and legal evidence. This is why it seems necessary to leak the criminal process in order to invalidate the pieces of evidence which are opposite to the constitution and law. However, in some situations, it is possible that part of that illicit evidence be considered on trial and used as foundation of a given sentence. The application of the rules of exclusion, especially the exceptions in Peru, is the object of this study.*

**KEY WORDS:** Criminal Law Reform; Exclusion of Evidence; Exceptions; Fruits from the Poisonous Tree; Proportionality Principle; Good Faith.

---

\* El presente documento corresponde a la exposición realizada por su autor en el V Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en Arequipa, Perú, los días 25, 26 y 27 de junio del año 2009.

\*\* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Arturo Prat de Iquique, Profesor de Derecho Penal en su Escuela de Derecho.

## I. INTRODUCCIÓN

La implementación de la reforma procesal penal en Latinoamérica nos ha llevado a redescubrir el concepto de debido proceso en materia penal, pero, especialmente, sus repercusiones en el proceso mismo y en lo que hoy constituye su máxima expresión: el juicio oral.

La necesidad de contar con antecedentes probatorios que puedan ser considerados “prueba”, es decir, que no solamente sea pertinente al juicio, sino que hubiese sido obtenida en conformidad a la ley y especialmente a la Constitución, nos obliga a eliminar, descartar, suprimir o, como ha referido la doctrina, excluir aquella prueba que ha sido obtenida con inobservancia de las garantías constitucionales.

La idea de excluir prueba no es nueva. En efecto, ya Beccaria planteaba la posibilidad de suprimir prueba, al señalar: “Es también conforme a la justicia que el reo pueda excluir hasta un cierto número aquellos (objetos probatorios) que le son sospechosos”<sup>1</sup>. Obviamente, no podemos señalar las palabras de Beccaria como origen de la exclusión de prueba, sin embargo, sus reflexiones, realizadas hace más de 200 años, eran tan valederas en ese momento como lo son hoy.

En un proceso penal inquisitivo, en el que es un único juez quien investiga, acusa y dicta sentencia, resulta difícil de concebir que él pudiera cometer una ilegalidad o que, de haberla realizado, pudiera excluir aquellos antecedentes obtenidos ilícitamente o, más difícil aún, que no valorase esos antecedentes, a pesar de haberlos excluido. Ello parece solamente concebible en un proceso penal esquizofrénico o en un juez con dichos padecimientos.

En un proceso penal acusatorio en que los intervinientes tienen la posibilidad de impugnar los antecedentes probatorios obtenidos en contravención a la ley o a la Constitución, las normas o reglas sobre exclusión de prueba resultan ser del todo aplicables y pertinentes.

Ahora, con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en Perú, la duda es si existe jurisprudencia que permita sustentar tanto las reglas de exclusión como sus excepciones. *A prima facie* pareciera que la respuesta debería ser negativa, toda vez que estas reglas dicen principalmente relación con el proceso acusatorio. Sin embargo, como anticipábamos en un comienzo, la verdad es que es necesario volver a descubrir el concepto mismo de debido proceso y sus repercusiones materiales en el juicio oral.

En la actualidad el Tribunal Constitucional ha señalado que el “debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos”<sup>2</sup>. Lo anterior debemos complementarlo con otro fallo que señala que el “debido proceso parte de la concepción del derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva, y se concreta a través de las garantías que, dentro de un *iter* procesal

---

<sup>1</sup> BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas* (Juan Antonio de las Casas, trad.), Editorial Tecnos (España, 2008), p. 42.

<sup>2</sup> EXP. N° 2508-2004-AA/TC.

diseñado en la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú<sup>3</sup>. No podemos sino coincidir con estos pronunciamientos.

## II. FUNDAMENTOS

Discutir el origen de las reglas de exclusión de prueba en verdad que no parece relevante para los efectos del presente escrito, aun cuando existe acuerdo mayoritario en el orden a estimar que en el orden jurisprudencial el primer caso relevante sería el llamado caso “*Boyd*”, de 1886; mientras que en el orden doctrinario sería el texto de Beling de 1903, “Las prohibiciones probatorias como límites de la averiguación de la verdad”<sup>4</sup>.

Lo que sí resulta importante señalar, por cuanto de ello devienen relevantes consecuencias, es cuál es el fundamento mismo de las reglas de exclusión y sus excepciones.

Ello por cuanto la exclusión de prueba no tiene, por lo general, un amplio apoyo de la comunidad no jurídica y a veces tampoco en la jurídica misma. Lo anterior se produce porque mucha gente considera que ella permite la impunidad de delincuentes, quienes, amparándose en el debido proceso o en meros resquicios legales, evaden su responsabilidad penal. Algunos entienden que el fin justifica los medios, por lo que es válido para la policía cometer ilegalidades si con ellas se logran resultados efectivos, como la detención de terroristas, traficantes de drogas o comerciantes de pornografía infantil.

Entonces, piensa el común de la gente, si nadie discute que una persona efectivamente haya realizado una transacción de droga vía telefónica, qué de malo hay en que la policía intervenga ilegalmente un teléfono, o realice un allanamiento sin autorización. Sin embargo, muchas de esas mismas personas, quizás por la historia reciente de Latinoamérica, señalan su rechazo a la obtención de confesiones por medio de tormentos.

Considero, como otros, que no es posible relativizar la protección de los derechos humanos, por lo que todos y cada uno de los derechos fundamentales merece el mismo grado y forma de protección, así como sus transgresiones o violaciones debe tener alguna repercusión en el proceso, en este caso, en el proceso penal.

Así parece haberlo entendido el Tribunal Constitucional, al señalar: “La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable”<sup>5</sup>. Esto nos indica que aquella prueba que es obtenida con lesión de los derechos fundamentales se convierte en prueba ilícita, por lo que no puede ser utilizada en el proceso: esa es su sanción. En similares términos ha señalado: “No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida”<sup>6</sup>. Dado que el debido proceso no solamente dice relación con el proceso penal, considero que lo resuelto por el

<sup>3</sup> EXP N° 0032-2005-PHC.

<sup>4</sup> En *Jueces para la Democracia* 26 (1996), p. 76.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 15 de setiembre de 2003, Rol 2053-2003-HC/TC.

<sup>6</sup> EXP. N.° 6712-2005-HC/TC.

Tribunal Constitucional, relativo a la exclusión de prueba ilícita, es aplicable a todo tipo de procedimiento, con los matices que se irán señalando.

No es posible aceptar que para obtener la verdad cualquier medio sea lícito. Como Hassemer ha señalado: “La búsqueda de la verdad en el procedimiento penal es, por lo tanto, relativa a las vías legítimas a través de las cuales se puede lograr”<sup>7</sup>. Si la cosa juzgada es la presunción de verdad de la cual se encuentran revestidas ciertas resoluciones judiciales, esta verdad no puede estar fundada en un ilícito. Como lo ha señalado Roxin: “El esclarecimiento de hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el proceso penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado”<sup>8</sup>. En Chile, Nogueira ha indicado: “La lucha contra el crimen y la delincuencia manifiesta su superioridad ética en el Estado Constitucional democrático respecto de otros tipos de Estado por el respeto y garantía efectivo de los derechos fundamentales de todas las personas, entre ellas, de los imputados”<sup>9</sup>.

Ahora, retomando el tema del fundamento de las reglas de exclusión, concuerdo –en lo personal– en gran parte con lo planteado por Hairabedián<sup>10</sup>, en el orden a estimar que el principal fundamento es la función preventiva. La prevención, según este autor, funciona por dos vías: la disuasión y la educación. “La disuasión es la motivación que deben causar las exclusiones probatorias en el ánimo de los funcionarios, de no violar derechos intencionalmente para conseguir prueba, porque en ese supuesto se cierne la amenaza de su invalidación”<sup>11</sup>.

Por su parte, la función de educación “consiste en la internalización progresiva de los operadores del sistema penal, en las virtudes y necesidad de utilizar medios legales en la persecución del crimen”<sup>12</sup>.

Si bien todo esto puede parecer correcto, la verdad es que las críticas no se hacen esperar. En efecto, si la principal función de las reglas de exclusión de prueba es la función preventiva, por vía de la educación y la disuasión, la verdad es que no existe forma de medir ello, es decir, no existe forma de saber si efectivamente tiene algún grado de repercusión en los operadores. Es por ello que deberíamos preguntarnos –con justa razón– si estas reglas de exclusión han evitado efectivamente que un policía obtenga prueba de manera contraria a la Constitución.

Quizá parte del problema sea que la función preventiva se entiende en un aspecto restringido. En efecto, si hacemos un parangón con el Derecho penal, debiésemos entender que se trata de una forma de prevención especial, al que tiende a la reintegración por vía de la educación de aquel que infringe la norma de sustrato prohibitivo.

<sup>7</sup> HASSEMER, Wilfried, *Crítica al Derecho Penal de Hoy* (Patricia Ziffer, trad.), Editorial Ad-Hoc. Primera reimposición (Buenos Aires, 2003), p. 87.

<sup>8</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 2ª reimposición (Buenos Aires, 2003), p. 191.

<sup>9</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*, en Revista *Ius et Praxis*, 11 (1): pp. 221-241 (Talca, 2005), disponible en: [www.scielo.cl](http://www.scielo.cl)

<sup>10</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal*, Editorial Ad-Hoc (Buenos Aires, 2002), p. 46.

<sup>11</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, cit. (n. 10), p. 46.

<sup>12</sup> Ídem, p. 47.

Sin embargo, si lo consideramos desde una perspectiva de la prevención general positiva, lo verdaderamente importante es el reforzamiento de la vigencia de la norma, en este caso, de la norma constitucional. Ello es capaz de responder algunos inconvenientes que tiene la visión clásica de la función preventiva.

En efecto, cuando un tribunal excluye una prueba que ha considerado ilícita, porque esta ha sido obtenida con vulneración de garantías constitucionales, lo que hace es reafirmar la vigencia de la norma constitucional, indicando que todo aquello que vulnera derechos fundamentales tiene como consecuencia su imposibilidad de valoración. Caso contrario, el tribunal estaría no solamente avalando una conducta ilícita de la policía o de un tercero, sino que se estaría convirtiendo en partícipe de un hecho contra la correcta administración de justicia.

La perspectiva clásica de la prevención apunta esencialmente a la policía, a fin de que ella sea la disuadida y la educada, existiendo críticas u objeciones en cuanto a aquellos casos en que son terceros, particulares que no forman parte de estamento público alguno, los que infringen la garantía, dado que se entiende que la sanción debe disuadir a la policía, a la vez de educarla. Sin embargo, si consideramos que lo relevante es la vigencia de la norma constitucional, entonces esta norma es aplicable a todos los habitantes de la República, incluso a los particulares. En razón de lo anterior es posible excluir aquella prueba ilícita que ha sido obtenida incluso por particulares. Así lo ha sostenido alguna jurisprudencia chilena, a propósito de prueba obtenida por un particular con violación de garantías constitucionales<sup>13/14</sup>. Esto también permite la exclusión de prueba incluso cuando la vulneración de la garantía constitucional se ha producido respecto de un tercero, distinto del imputado mismo. En efecto, dado que la Constitución indica que toda persona tiene derecho a las garantías fundamentales que ella señala, lo cual no solamente ha de restringirse o circunscribirse al imputado, sino a todos los habitantes de la República.

Es por ello que las ilegalidades cometidas por particulares también producen el mismo efecto que si hubieren sido cometidas por agentes del Estado. Si bien la prueba obtenida de manera lícita por un particular puede ser valorada por la judicatura (quién puede dudarlo), el caso contrario no debiese ser considerado por los tribunales. No solamente en aquellos casos de “extrema violación de derechos humanos”, como señala Roxin<sup>15</sup>, sino en cualquier caso de violación de derechos humanos.

Esto nos podría llevar a concluir que las excepciones a la regla de exclusión de prueba son situaciones en las cuales, aparentemente, la infracción de la garantía constitucional no tiene repercusión alguna, dado que se permite la lesión al derecho fundamental y ello no tiene consecuencia en el proceso penal. La verdad es que, tal como las trata Zapata, nos encontramos en verdad de “atenuación de la regla de

<sup>13</sup> Corte Suprema de Chile. Fallo de fecha 11 de junio de 2007, Rol N° 1836-2007.

<sup>14</sup> En Perú, la situación es mucho más clara y difícilmente discutible, dado que tanto la Constitución como el Código Procesal Constitucional refieren expresamente que es deber tanto de los entes públicos como de los particulares el respeto por las garantías constitucionales. Es por ello que el tema no es cuestionable en Perú, por lo ha sido referido por el Tribunal Constitucional en variadas oportunidades, sin inconveniente alguno, aun cuando –obviamente– no se refieren a la exclusión de prueba, sino que ha tocado el tema a propósito de Recurso de Agravio Constitucional. Podemos citar como ejemplos: Rol 1.458-2006-PA, 1.070-2007-PA, 1.511-2007-PA, entre otros.

<sup>15</sup> ROXIN, Claus, cit. (n. 8), p. 206.

exclusión<sup>16</sup> más que con excepciones propiamente tales. Además, como veremos en su oportunidad, algunos casos son excepciones más aparentes que reales.

Ahora bien, se suele relacionar las exclusiones de prueba con la nulidad procesal. Tal parangón no está exento de variadas similitudes. En efecto, ambas tienen el efecto de hacer ineficaz un acto o prueba, de lo que se colige que ambas son sanciones procesales, aun cuando con diferencias de suyo relevantes. Quizás el punto más relevante sea el origen de una y otra: mientras que la nulidad procesal puede tener su origen en una infracción de norma legal, la cual puede ser procesal o puramente procedimental, la exclusión tiene su origen en violación de norma constitucional.

Tanto la nulidad como la exclusión traen aparejada la falta de eficacia (o de valoración) de los hechos que son consecuencia del acto nulo o ilícito, aunque con diferencias entre ambas instituciones. En efecto, mientras la nulidad es saneable, la exclusión por inconstitucionalidad no puede serlo.

La nulidad y la exclusión se asemejan en que ambas deben ser alegadas durante el procedimiento, por lo que la nulidad debe ser alegada antes de que surta algún efecto o antes de que la prueba ilícita sea introducida en el juicio. Ello es fácil de concluir en base a lo dispuesto en el artículo 353 número 2, letra c del Código Procesal Penal. En efecto, la norma señala que el auto de enjuiciamiento deberá indicar, entre otros elementos, los medios de prueba “admitidos”. Esto quiere decir que debe discutirse, en la oportunidad que señala el numeral tercero del artículo 351, respecto de la admisibilidad o procedencia misma de la prueba, la que solamente podrá ser incorporada si se han reconocido las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por Perú, según puede colegirse de los artículos 155 número 2, 157, 356.

### III. LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL VENENOSO

Como ya se ha anticipado, no es posible valorar aquella prueba que ha sido obtenida con vulneración de garantías constitucionales. Así, si la policía ingresa ilegalmente a un inmueble, careciendo de causa justificada y encuentra, por ejemplo, droga, esa prueba recabada es ilícita, por lo que no puede ser presentada en juicio.

Ahora, la llamada “Doctrina de los frutos del árbol venenoso”<sup>17</sup> es “una prohibición de valoración probatoria (que) se extiende también a los medios de prueba obtenidos indirectamente”<sup>18</sup> o, como señala Hairabedián, a la “derivada”<sup>19</sup>. El cuestionamiento dice relación con hasta qué punto debe extenderse las consecuencias de la prohibición de valoración.

Precisamente las excepciones (o atenuaciones) de esta regla nos permiten clarificar hasta dónde, o de qué manera, habrán de extenderse las consecuencias de la obtención ilícita de una prueba.

<sup>16</sup> ZAPATA GARCÍA, María Fernanda, *La Prueba Ilícita*, Editorial LexisNexis (Santiago, 2005), p. 31.

<sup>17</sup> También llamada de los frutos envenenados, ponzoñosos o prohibidos.

<sup>18</sup> ROXIN, Claus, cit. (n. 8), p. 205.

<sup>19</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, cit. (n. 10), p. 39.

#### IV. LA FUENTE INDEPENDIENTE

Esta excepción, que –como veremos– en verdad es más aparente que real, opera en aquellos casos en que se obtiene prueba por cuerda separada de la violación constitucional. Es decir, estamos en presencia de un caso en que se ha obtenido prueba con vulneración de una garantía constitucional pero, al mismo tiempo, se ha obtenido prueba respecto del mismo hecho sin violentar la Constitución.

Si nos encontramos en el caso de que solamente son llevadas a juicio aquellas pruebas que no fueron obtenidas con vulneración de garantías o, que a pesar de haber sido incorporadas en el juicio, esta no es considerada por el juzgado penal, entonces en verdad no existe inconveniente: la vulneración de garantía ha existido, pero esta no ha tenido repercusión alguna en el proceso. En este caso no existe vulneración de garantías.

Así parece haberlo entendido el Tribunal Constitucional cuando rechazó una acción de *habeas corpus*, dado que en este caso, a pesar de haber sido obtenida prueba con vulneración de garantías, dichas "...pruebas los juzgadores no tuvieron en cuenta"<sup>20</sup> para los efectos de fundamentar su fallo.

He aquí entonces, sobre este punto, una excepción más aparente que real.

También se ha extendido esta excepción a aquellos casos en que el acusador presenta toda la prueba, es decir, tanto la obtenida de manera lícita como ilícita. Incluso se ha tratado aquellos casos en que existe una primera actuación ilícita de la policía (como un allanamiento sin orden judicial o causa legal), de la cual se podría devenir prueba obtenida de manera consecuencialmente ilícita, pero luego se realiza la misma actuación de manera lícita (con orden judicial) por la misma policía.

En estos casos la duda, más que tener un aspecto constitucional, es de carácter probatorio. Es decir, se trata de intentar probar si la prueba ilícita ha contaminado (o no) a aquella que ha sido obtenida de manera lícita.

En Chile, la tendencia ha sido a no considerar aquella prueba que ha sido obtenida con inobservancia de garantías constitucionales. Ejemplo de ello son casos en los cuales a un imputado se le interroga de manera separada por dos funcionarios de la policía, uno de ellos lo hace previa lectura de sus derechos, y el otro no. En estos casos los tribunales no han considerado aquella declaración obtenida sin que se le hicieren saber al imputado sus derechos como tal. Respecto de aquella que fue obtenida de manera legal, no existe inconveniente, no existe vulneración de garantías, por lo que no parece haber *prima facie* causal para su exclusión.

Nuevamente la causal de exclusión parece ser más aparente que real.

#### V. EL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

Según este criterio, puede incorporarse en juicio aquella prueba obtenida en un procedimiento ilícito si la misma hubiere sido inevitablemente descubierta mediante un procedimiento lícito.

---

<sup>20</sup> EXP. N.º 2053-2003-HC/TC.

En este caso hablamos de una posibilidad de ser descubierta la prueba por una forma que no es contraria a la Constitución. Como indicamos, nos referimos a una posibilidad, no a una certeza. Es eso lo que distingue esta excepción de la anterior.

En verdad que nos encontramos verdaderamente frente a una excepción, una peligrosa excepción, toda vez que estamos en presencia de una situación en la cual, a partir de una actuación ilícita podamos obtener una prueba lícita. Ello es una posibilidad, no una certeza, por lo que a pesar de que le demos calificativos de concreta, cierta o real, ello no es cuantificable, incluso si estamos en presencia de un alto grado de probabilidad del descubrimiento inevitable.

No podemos medir qué es lo que hace que estemos frente a una posibilidad real o de una hipotética; de una cierta o de una imaginaria.

Esta excepción, quizás por lo difícil de cuantificar, no ha tenido aceptación en Chile. Como decíamos, esta excepción suele ser confundida y tratada de manera conjunta con la fuente independiente. De hecho, Zapata las trata de manera conjunta, concluyendo “se acepta admitir dicha prueba sobre la base de este análisis que nos indica que inevitablemente se habría obtenido a través de un cauce independiente”<sup>21</sup>.

## VI. LA BUENA FE

En este caso nos encontramos en presencia de una cuestión que más que jurídica, es fáctica. Nos referimos a aquellos casos en que la policía, creyendo que actúa dentro del ámbito de sus competencias, lo hace al margen de la ley, existiendo una forma de error de prohibición. Tal podría ser el caso de que, luego de escuchar unos gritos de auxilio, la policía ingrese a un inmueble, donde dos personas en verdad ensayaban una obra de teatro, pero en ese mismo lugar los funcionarios encuentra una cantidad de droga.

En este caso la policía no tenía el propósito ni la intención de vulnerar una garantía constitucional, sino que, muy por el contrario, cumplir con su deber legal.

Esta excepción ha servido –en parte– de base para sustentar que uno de los fines de la regla de exclusión es la prevención por vía de la disuasión. Disuasión en este caso a la policía, para que no cometa ilegalidades. Sin embargo, en este caso la policía no obra en la convicción de vulnerar garantías fundamentales, sino que lo hace de buena fe, creyendo que cumple con su mandato legal.

Si hacemos nuevamente un parangón con el Derecho penal, podríamos decir que no ha habido ni dolo ni intención en la vulneración de la garantía constitucional, por lo que si bien esta aparece –en los hechos– lesionada, la verdad es que no existe –en principio– el acto ilícito.

No podemos dejar de recordar que muchos de los actos ilícitos que hemos referido se identifican con delitos. En efecto, una detención ilegal podría corresponder a una forma de secuestro del artículo 152 del Código Penal; un allanamiento ilegal podría coincidir con la violación de domicilio de los artículos 159 y 160; una interceptación telefónica indebida podría corresponde a alguna forma de violación de las comunicaciones del artículo 162; etcétera. Por su parte, cada uno de esos bienes

<sup>21</sup> ZAPATA GARCÍA, María Fernanda, cit. (n. 16), p. 33.

jurídicos tiene a su vez su sustrato en una norma constitucional, por lo que su violación lo constituye en una vulneración de una garantía fundamental<sup>22</sup>.

Ahora bien, esta excepción resulta ser también peligrosa, dado que permitiría convalidar actuaciones ilegales de la policía. Es por ello que algunos fallos de la jurisprudencia argentina no han acogido esta excepción, debido a que han entendido que si bien la actuación de la policía podría no ser constitutiva de delito, no se puede justificar la vulneración de normas constitucionales porque “obedezcan a errores materiales o se practiquen de buena fe”<sup>23</sup>.

Es por esto que esta excepción no es de gran aceptación, y ello con justa y jurídica razón.

## VII. LA DOCTRINA DE LA TINTA DILUIDA

Esta excepción se refiere a aquellas situaciones en que de una prueba ilícita se deriva una segunda, la cual da origen a una tercera. Esto dice relación especialmente en aquellos casos en que un detenido por drogas señala a su proveedor, el cual a su vez hace lo mismo respecto de su distribuidor.

En el caso anterior, si la confesión del primer detenido fue obtenida de manera ilícita, debemos preguntarnos si es ilícita la prueba obtenida respecto del tercero de los implicados.

La respuesta a este respecto ha sido negativa. En efecto, el vicio originario en este caso se ha ido diluyendo con el paso de las diversas actuaciones lícitas, de manera que ya no existe conexión entre el acto viciado original y el lícito final.

Esto cobra especial importancia si entre alguno de esos actos ha existido una actuación válida de Juez de Garantía o de Instrucción, toda vez que su actividad (decretando una orden de allanamiento, por ejemplo) hace válidos los actos que de ello devienen. Así parece haberlo entendido la Corte Suprema de Chile, al resolver que no es aplicable la doctrina de los frutos del árbol envenenado cuando “... el resto de los elementos probatorios fueron logrados cuando el hecho ya se había válidamente judicializado, cuando se encontraba controlada la actividad policial por un Juez de Garantía competente, y obrando (los funcionarios policiales) además premunidos de las órdenes e instrumentos legales correspondientes”<sup>24</sup>.

## VIII. LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL BENEFICIOSA PARA EL IMPUTADO

El solo título de esta excepción lo explica todo: nos referimos a casos en los que se permite la incorporación en juicio de prueba que ha sido obtenida con vulneración de garantías, cuando esta resulta ser favorable al propio imputado.

Dado que las garantías están establecidas (esencialmente) para el propio imputado, él se encuentra en situación de poder renunciar a ellas y hacer uso de su renuncia

<sup>22</sup> Prueba de ello resulta ser el fallo EXP. N.º 04573-2007-PHD/TC.

<sup>23</sup> Dictamen de la fiscal Figueroa de Invertí, citado por HAIKABEDIÁN, Maximiliano, cit. (n. 10), p. 84.

<sup>24</sup> Corte Suprema de Chile. Fallo de fecha 11 de junio de 2007, Rol N.º 1836-2007.

en su favor. Así, si el imputado tiene derecho a guardar silencio, también tiene derecho a renunciar a él y usar su declaración como medio de defensa.

Esta posición ha sido aceptada en múltiples oportunidades por los tribunales chilenos.

Al igual que otras, esta excepción resulta ser más aparente que real.

## IX. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Esta excepción, a diferencia de las anteriores, no es de origen norteamericano, sino alemán, aunque en Estados Unidos ha tenido su propio desarrollo.

Sin lugar a duda este es uno de los temas más conflictivos respecto de las excepciones a la regla de exclusión. En efecto, nos encontramos frente a casos en los cuales la protección de una garantía constitucional del imputado colisiona con bienes jurídicos o intereses, los cuales tienen su propio reconocimiento legal.

A este respecto se ha señalado, no en pocas oportunidades, la posibilidad de admitir prueba ilícita cuando se encuentran en juego bienes jurídicos socialmente relevantes, como en los casos de delitos de tráfico de drogas, terrorismo, pornografía infantil u otros semejantes. De ello podríamos concluir (no sin cierta ironía) que mientras más grave la imputación, mayor es el nivel de intromisión ilegal que se puede permitir.

Nadie duda que la policía puede infiltrar organizaciones criminales con propósito de desbaratarlas, especialmente porque las diversas legislaciones actuales así lo han posibilitado, pero se cuestiona si, por ejemplo, es legítimo obtener una declaración bajo tormento respecto del lugar donde se encuentra una bomba.

Esta es una excepción sumamente peligrosa, quizá la más riesgosa de todas, dado que aplicarla llevaría a entender que la verdad, o mejor dicho en este caso, la persecución policial, puede ser realizada a cualquier precio, a cualquier costo, incluso sometiendo los valores fundamentales en los que descansa el Estado de Derecho. Ello no puede ser admitido a tabla rasa.

En Alemania este principio tiene aplicación en que la admisión de prueba ilícita es la única vía posible y razonable para proteger otros valores fundamentales. Esto nos lleva necesariamente a analizar qué ocurre cuando colisionan dos o más bienes jurídicos. En estos casos parece necesario realizar un *balancing test*<sup>25</sup> y determinar si es posible afectar legítimamente una garantía constitucional en favor de otra. Tal fue la situación en el expediente N° 6712-2005-HC/TC, en que entraron en conflicto la libertad de informar y la intimidad<sup>26</sup>.

En este caso el Tribunal Constitucional estimó que los derechos fundamentales se encuentran en igualdad de condiciones, por lo que es necesario delimitar, bajo un criterio de razonabilidad, la afectación de estos. Esta razonabilidad está compuesta de tres juicios.

<sup>25</sup> Concepto que si bien es propio de la jurisprudencia norteamericana, ha sido aceptada en EXP. N.º 1679-2005-PA/TC, N.º 6712-2005-HC/TC y otros.

<sup>26</sup> Debo indicar que este caso no se encuentra planteado específicamente respecto del tema de la colisión de intereses en el ámbito penal, pero, dado el acabado desarrollo que realiza el Tribunal Constitucional sobre la forma de resolver este tipo de situaciones, resulta imposible no referirse a este fallo.

En este caso, el Tribunal Constitucional consideró necesario realizar, en primer término, un juicio de adecuación. Según este juicio “la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución”, y luego agrega, “la acción que realice la persona debe ser conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible) y contar con un fin legítimo”.

En segundo lugar debe realizarse un juicio de necesidad, el que “importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista”.

Finalmente, se requiere de un juicio de proporcionalidad<sup>27</sup>, según el cual “se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada”.

Como señala Gössel, citando una sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania: “En el ámbito jurídico privado solamente son permisibles ataques en el caso de interés preponderante de la colectividad, sobre la base de la estricta observancia de la proporcionalidad”<sup>28</sup>.

Así las cosas, resulta que en cada caso en que se presente una vulneración de garantías constitucionales en la obtención de pruebas, será necesario analizar si en verdad no existió otro medio necesario menos perjudicial y más adecuado para los fines propios de la Constitución. Así, y solo así, será posible admitir dicha prueba de origen ilícito.

Aceptar, por de pronto, una interceptación telefónica ilícita para recabar antecedentes que justifiquen un juicio de divorcio, por ejemplo, puede resultar desproporcionado; no así si nos enfrentamos a un delito en que se ponga en riesgo una gran parte de la comunidad, como un hecho de terrorismo.

Este criterio ha sido aceptado, sin mucho fundamento, por algunos fallos en Chile, aun cuando de manera aislada.

## X. CONCLUSIONES

1. Las reglas de exclusión, así como sus excepciones o atenuaciones, deben ser consideradas a la luz de la Constitución de cada Estado. Es por ello que estimamos que no pueden ser aceptadas sin más aquellas que han sido planteadas por la doctrina y la jurisprudencia extranjera.

Es necesario que Perú, o mejor dicho, los operadores de la Reforma Procesal Penal, apliquen las reglas de exclusión en función de la propia Constitución, así como de los tratados que ha suscrito y ratificado.

<sup>27</sup> Resulta interesante que el Tribunal Constitucional en otros fallos trate de manera conjunta los principios de proporcionalidad y de racionalidad, lo cual nos da luces respecto de la importancia de estos principios. 349-2004-AA/TC, N.º 05842-2006-PHC/TC.

<sup>28</sup> GÖSSEL, Karl-Heinz, *Las Prohibiciones de Prueba como Límites de la Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*, en *El Proceso Penal Ante el Estado de Derecho. Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal* (Dr. Miguel Polaino Navarrete, trad.), Editorial Grijley (Lima, 2004), p. 85.

2. A pesar del nombre, nos hemos dado cuenta que las excepciones son, en su mayoría, más aparentes que reales, y que todas ellas pueden ser explicadas desde la perspectiva de la Constitución, por lo que no son sino una derivación de la misma.

Es por ello que cuando se hace aplicación de la regla de exclusión, en verdad no solo se está haciendo ejercicio de un derecho o garantía constitucional, y no de un mero resquicio para evadir la acción de la justicia. Todo lo contrario, se está ejerciendo la justicia misma.

3. Si bien en principio parecía, dado que recién se ha iniciado la reforma procesal en Perú, que no era posible encontrar fallos que sustentaren las reglas de exclusión, resulta que ello no es así, toda vez que ellas no son sino consecuencias de las normas sobre el debido proceso, concepto que resulta ser universal en la actualidad, por lo que no es ajeno en caso alguno al Tribunal Constitucional.

*Corpus Iuris Regionis.*  
*Revista Jurídica Regional y Subregional Andina 9*  
 (Iquique, Chile, 2009) pp. 71-77

## NECESIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD EN CHILE\*

JAIME VIVANCO SEPÚLVEDA - ROBERTO DUFRAIX TAPIA\*\*  
 Universidad Arturo Prat

### RESUMEN

Haciendo honor al espíritu que anima a estas Cuartas Jornadas de Ciencias Penales, que apunta a la “racionalización del Derecho penal chileno”, nuestra ponencia plantea la necesidad de establecer por ley la existencia de juzgados de ejecución de penas, cuestión que no está explicitada en los artículos 79 y 80 de nuestro Código penal, que se refieren en general a esta materia, así se analizara la experiencia de Estados extranjeros y la opinión de destacados penalistas en cuanto a esta relevante materia.

**PALABRAS CLAVE:** Tribunales de ejecución de penas y medidas de seguridad, penas de encierro, reforma procesal penal, Código penal, jurisdicción.

### ABSTRACT

*Honouring the spirit that leads these “Jornadas de Ciencias Penales” (Conferences in Law Science), which aim to a “rationalization” of the Chilean Criminal law, our paper states the need of legally establishing sentence enforcement law courts. This subject is not evident in the Articles 79 and 80 of our Criminal Code, which refer to this matter. In this way, there will be an analysis of the opinions of some similar cases in other countries, and also, an analysis of the opinions of some important defence attorneys concerning this relevant subject.*

**KEY WORDS:** *Sentence enforcement Law Courts and security measures, punishment of confinement, criminal law reform, criminal code, jurisdiction.*

### INTRODUCCIÓN

Nos parece racional que la pena y las medidas de seguridad en sus tres diferentes fases, esto es, la conminación de ellas en la ley penal, su aplicación por parte de los tribunales respectivos y su ejecución, que en definitiva es la fase más concreta y aflictiva para el condenado, tengan un suficiente control por parte de un organismo jurisdiccional emanado directamente de la ley, como corresponde a una cabal aplicación del principio de legalidad de delitos y penas, que comienza con lo dispuesto claramente en los incisos 7 y 8 del número 3º del artículo 19 de la Constitución Política de la República: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale

\* Ponencia de los autores presentada a las Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales convocadas por la Universidad Austral de Valdivia.

\*\* Ambos profesores de Derecho Penal en la Universidad Arturo Prat de Iquique. Correos electrónicos: jaime.vivanco@unap.cl; dufraixroberto@yahoo.es

una ley...” y que culmina en lo procesal con lo previsto en el primer acápite del inciso primero del artículo setenta y seis (76) de la misma Carta Fundamental, que rotundamente prescribe que “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.

Por su parte, el Código orgánico de tribunales, en su artículo 14 f), estableciendo la competencia de los jueces de garantía, expresa que les corresponderá “hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal”.

En el mismo sentido, aunque escuetamente, nuestro Código penal en su artículo ochenta (80) establece que “tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”, agregando, en su inciso segundo, que “se observará también, además de lo que dispone la ley, lo que se determine en los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas...”, sin que se establezca claramente un juzgado de control de la ejecución de penas privativas de libertad o también de otra naturaleza, como más adelante se explicará. De esta forma, en la práctica, queda entregado al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, aprobado por el Decreto Supremo de Justicia número 518 del año 1998, y por mediación de él a Gendarmería de Chile, el conocimiento y resolución de todos los problemas que puede suscitar la ejecución de penas privativas de libertad.

En cambio, actualmente, con la entrada en vigor de la Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal de adolescentes, su artículo cincuenta (50) establece expresa y claramente que “Los conflictos de derecho que se susciten durante la ejecución de alguna de las sanciones que contempla la presente ley serán resueltos por el juez de garantía del lugar donde esta deba cumplirse”. Su inciso segundo agrega “en virtud de ello y previa audiencia, el juez de garantía adoptará las medidas tendientes al respeto y cumplimiento de la legalidad de la ejecución y resolverá, en su caso, lo que corresponda en caso de quebrantamiento”.

A nuestro juicio, esta norma abre claramente el camino para instaurar los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad, también con respecto al Derecho penal de adultos en general, y no únicamente respecto a la ejecución de penas privativas de libertad, sino también de otros derechos, como se explicará más adelante.

En consecuencia, postulamos que debiera modificarse el escueto y ambiguo texto del citado artículo ochenta de nuestro Código penal, o dictarse una ley dedicada al control de la ejecución de toda clase de penas que, al mismo tiempo, permita resolver todos los incidentes que durante su ejecución puedan suscitarse.

Todo ello sin considerar que el citado Reglamento penitenciario sería de dudosa constitucionalidad, atendidas las citadas normas de nuestra Carta Fundamental, así como también en algunos de sus preceptos, como aquel que prevé en los penales departamentos especiales pagados, conocidos comúnmente como pensionados, lo cual vulnera abiertamente la garantía constitucional de igualdad ante la ley que contempla el artículo 19 número tercero de la Constitución Política.

Nuestra preocupación surge con mayor fuerza si se considera que en el párrafo correspondiente a la ejecución de las penas corporales (artículos 61 a 64) del antepro-

yecto de Código penal chileno elaborado el año 2005 por la gran comisión denominada Foro Penal, no se consulta la posibilidad de establecer tribunales de control de ejecución de penas y medidas de seguridad.

#### BREVE RESEÑA SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL EN EL DERECHO COMPARADO Y EL CASO CHILENO

Por lo visto, fue Brasil el primer país que introdujo en su legislación la figura del Juez de Ejecución Penal, en el año 1922, siendo sus atribuciones bastante más amplias que las relativas al control de la ejecución penal, extendiéndose a la posibilidad de cursar instrucciones y órdenes generales a los responsables de la Administración Penitenciaria.

Posteriormente, es el Código penal italiano de 1930 el que incluye la figura del Juez de Vigilancia, otorgándole las funciones de control de los institutos de prevención y pena, tanto en cuanto a las necesidades que tuvieren como en lo concerniente a los planes de tratamiento resocializador que llevaran a cabo. Además, intervenían en la ejecución de las medidas de seguridad y en la atención de reclamaciones realizadas por los internos.

Ya en el año 1944 es Portugal el que cuenta con tal institución, atribuyéndole las facultades de decidir sobre la sustitución de penas o medidas de seguridad, la libertad condicional y la prolongación de penas impuestas a delincuentes de difícil corrección, entre otras.

En Francia, a partir del año 1957, fecha en que se incorpora tal figura, se amplían las atribuciones de dichos jueces, facultándolos para asistir no solo a los condenados que se encuentren cumpliendo en libertad, sino también a aquellos que la hayan recuperado definitivamente, en virtud de programas de reinserción, etc.

España crea esta figura en el año 1979, sufriendo algunas modificaciones con la posterior entrada en vigencia del Código penal de 1995 con su respectivo Reglamento Penitenciario de 1996. Allí se le ha dado la denominación de Juez de Vigilancia Penitenciaria, lo que le permite tener facultades para actuar de oficio, lo cual nos parece acertado; no así la designación de Juez de Vigilancia Penitenciaria, en la medida en que esta expresión puede entenderse como que ejercen una especie de supervigilancia sobre el servicio público encargado de las prisiones.

La República Argentina incluye al Juez de Ejecución Penal a partir de la reforma del año 1992.

Actualmente, se han sumado a tal incorporación las legislaciones de Colombia, Paraguay y Venezuela, entre otras. En cuanto a la Unión Europea, la mayoría de sus países miembros tienen una ley de ejecución penitenciaria, que la aplica un "Juez de ejecución" que naturalmente es un magistrado del orden judicial<sup>1</sup>.

Chile aún forma parte de los países que no cuentan con un juez encargado de controlar la ejecución de las penas, existiendo al respecto solo un anteproyecto anónimo que circula por los respectivos ministerios a partir del gobierno de la presidenta Michelle Bachelet Jeria.

---

<sup>1</sup> Texto y comentario, p. 412.

Dicho anteproyecto lleva por título “Normativa Anteproyecto de Ley de Derechos y Deberes de las Personas Privadas de Libertad”, cuenta con un total de 422 artículos, y regula tantos aspectos como lo hace suponer el título antes mencionado.

Dicha normativa se constituye en un buen intento en lo referente a la regulación del cumplimiento de las penas, pero, como su actual naturaleza hace presumir, cuenta tanto de virtudes que hay que potenciar, como de defectos que se deben corregir, en la medida en que se vaya desarrollando el debate en torno a él.

A título de virtudes, en primer lugar, se hace cargo de la finalidad de la actividad penitenciaria (cuestión que hasta ahora inadecuadamente se encuentra entregada al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios) estableciendo que “el fin fundamental de la actividad penitenciaria será otorgar las prestaciones públicas necesarias para que la persona voluntariamente y respetando su particular configuración de vida, logre participar de la convivencia social respetando las normas que la regulan” (artículo 5 del anteproyecto). Como se advierte, la idea es dejar claro, desde una ley, que el fin de la pena, en concreto, es el de prevención especial positiva. Tal aseveración guarda relativa armonía con la legislación comparada, aunque se echa de menos su consagración constitucional o, al menos, legal.

Por otra parte, por primera vez en nuestro país en el citado proyecto se propone legislar sobre la figura del “Juez de Ejecución Penal”, órgano encargado de “...conocer y resolver las solicitudes y reclamos referidos a: 1. cualquier acto que durante la ejecución de un arresto, detención, prisión preventiva, condena, o medida de seguridad, afecte las garantías y derechos de las personas, tales como los que surjan del régimen sancionatorio y de los traslados, entre otros; 2. las modalidades del tratamiento penitenciario, tales como, los permisos de salida, el trabajo y la educación, entre otros; 3. la revisión de las decisiones relativas a medidas alternativas a la pena privativa de libertad; 4. las decisiones relativas a la libertad asistida (condicional) y a la rebaja de condena; 5. la ejecución de las medidas de seguridad y de su cesación; 6. todas aquellas materias que la ley le encomiende” (artículo 21 del anteproyecto). Así, entonces, se alcanza la materialización del concepto de Jurisdicción, existiendo un juez para juzgar y otro para hacer ejecutar lo juzgado.

En cuanto al fortalecimiento del respeto de las garantías y derechos fundamentales de los intervinientes, se crea la figura del “Defensor Penitenciario”, quien, en términos generales, tiene por “objetivo fundamental proteger los derechos humanos de las personas procesadas o condenadas, sometidas a cualquier pena o medida privativa de libertad, sea que estas personas se encuentren en cárceles, comisarías u otras dependencias utilizadas a fin de privar de libertad a una persona” (artículo 290 del mismo anteproyecto).

En tercer lugar, se instauran medidas de “apoyo postpenitenciario”, obligándose al Estado a disponer medidas “que contribuyan a la reintegración de los adolescentes en la sociedad, la vida familiar o el trabajo tras ser puestos en libertad”.

Ahora bien, y como se ha dicho, así como virtudes el citado anteproyecto presenta algunas deficiencias, siendo las más importantes en esta área, las siguientes:

En primer lugar, no logra definir acertadamente aquello que debe entenderse por Juez de Ejecución Penal, limitándose solo a mencionar los ámbitos sobre los cuales lleva competencia. En este sentido, se echa de menos una mención expresa en cuanto a

qué forma parte de la jurisdicción, cómo efectivamente lo hace, a título de ejemplo, el Código procesal penal de Paraguay, que incluye a dicha figura bajo el título “jurisdicción y competencia”, cuyo artículo 43 establece que “Los jueces de ejecución penal tendrán a su cargo el control de la ejecución de las sentencias, de la suspensión condicional del procedimiento, el trato del prevenido y el cumplimiento de los fines de la prisión preventiva, y la sustanciación y resolución de todos los incidentes que se produzcan durante la etapa de ejecución.

Asimismo, tendrán a su cargo el control del cumplimiento de las finalidades constitucionales de las sanciones penales y la defensa de los derechos de los condenados”.

Es digno de destacarse que esta definición del Código procesal penal paraguayo no limita su alcance solo a la ejecución de las sentencias que imponen penas privativas de libertad; por otra parte, se refiere expresamente a la decisión de todos los incidentes que se susciten durante la ejecución y alcanza incluso al control del cumplimiento de las finalidades de las penas y en términos amplios a la defensa de los derechos de los condenados.

Volviendo al anteproyecto más arriba indicado, cabe señalar que, en segundo lugar, convierte al juzgado de ejecución en una especie de segunda instancia penitenciaria, estableciendo que las distintas solicitudes y reclamos que los intervinientes quisieren presentar ante el Juez de Ejecución Penal, deberán formularlas previamente ante las instancias administrativas, lo cual no parece lo más adecuado. En todo caso, se otorga al Juez de Ejecución Penal la posibilidad de adoptar directamente medidas provisionales para permitir el ejercicio de los derechos y garantías cuando estimare que la persona no está en condiciones de ejercerlos.

Asimismo, tanto las medidas de seguridad interna como las de fuerza deberán ser autorizadas por el Director del Establecimiento Penitenciario, permitiéndole intervenir al Juez de Ejecución Penal solo indirectamente y en casos excepcionales. Lo mismo ocurre respecto de las sanciones disciplinarias.

Tampoco se contempla en dicho anteproyecto la posibilidad de que el Juez de Ejecución Penal visite a los internos, con el fin de observar directamente las condiciones en que se encontraren y así disponer a la autoridad administrativa las recomendaciones que fueren pertinentes.

No se entiende por qué las medidas de apoyo postpenitenciario se aplicarían exclusivamente a los adolescentes, sobre todo respecto de aquellos casos de edad límite.

En términos generales, se echa de menos una mayor incidencia del Juez de Ejecución Penal en lo que se refiere a los permisos de salida, a la remisión condicional de la pena, a la prisión preventiva y, sobre todo, al control del cumplimiento de los fines de la pena.

En este sentido, es importante recalcar lo consignado por el profesor Alberto Binder, en su conocida obra *Introducción al Derecho Penal*, en el sentido de que “los problemas que plantea la ejecución de las sentencias no son problemas menores. Muchas veces los sistemas judiciales se han desentendido de esos problemas, alegando que se trataba de problemas de índole administrativo y que la actividad de los jueces finaliza en el dictado del fallo. Por su puesto, esa es una perspectiva errónea, que

superficializa la tarea de los jueces y hace que ellos se desentiendan de las consecuencias de sus propias decisiones, con menoscabo de la propia actividad decisoria. Esa indiferencia, como veremos a continuación, es más grave en el caso de la ejecución de la pena de prisión”.

Más adelante agrega “el control sustancial sobre la pena de prisión implica diversas actividades. Entre ellas:

- 1) El control sobre la eficacia de la pena en relación con sus finalidades ¿Cumple el encierro alguna finalidad? ¿Sirve para su resocialización? ¿O estas son todas falsedades...?
- 2) El control del respeto de los derechos fundamentales de los condenados.
- 3) El control sobre las sanciones disciplinarias.
- 4) El control sobre la administración penitenciaria, para que ella cumpla con sus objetivos y no degrade la vida carcelaria...”.

En este punto, Binder expresa que esta judicialización de la ejecución permite que el condenado pueda defenderse, no ya de la imputación, sino de una ejecución descarriada de la pena.

Plantea también los problemas que genera la ejecución de la pena de multa, por que siempre existe la posibilidad de que, finalmente, se convierta en pena de prisión.

Por nuestra parte, quisiéramos añadir que concebimos la existencia de un juzgado de ejecución que se refiera a todas las penas que establece nuestro Código penal y en las cuales siempre es dable que se suscite algún problema inherente a su ejecución, como podrían ser los casos de las penas de relegación, confinamiento (es discutible su propia practicabilidad en la época actual), extrañamiento; en general, las referentes a las inhabilitaciones y suspensiones para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares; inhabilitaciones y suspensiones para conducir vehículos a tracción mecánica o animal; multa; comiso de los instrumentos y efectos del delito; e incomunicación con extraños al establecimiento penal.

De entre estas penas privativas de derechos diferentes a la libertad, es dable destacar que no son raros los casos en que la administración pública se plantea serías dudas acerca de si debe o no aplicar una suspensión de su cargo impuesta como accesoria a un condenado cuya pena principal de presidio ha sido remitida condicionalmente. Justamente a raíz de la ausencia en Chile de un Juzgado de Ejecución de penas, los jefes de los respectivos servicios suelen consultar sobre el interrogante planteado a la Contraloría General de la República, la cual al parecer ha declarado que de acuerdo a su Ley Orgánica no puede pronunciarse sobre situaciones que derivan de un acto emanado de la actividad jurisdiccional de los tribunales de justicia. He aquí una demostración de que un Juez de Ejecución de penas es necesario también en la aplicación de penas que no sean privativas de libertad y que a simple vista la falta de tribunales de ejecución de penas puede producir un vacío legal para solucionar una cuestión que podría ponderarse casi como doméstica dentro de la actividad de la Administración del Estado.

Con lo indicado por Binder respecto de la pena de multa y lo recientemente expuesto, en relación con las penas de inhabilitación o suspensión para cargos y oficios públicos, se grafica nuestra concepción de que cuando se plantea establecer juzgados de ejecución de penas, implícitamente se piensa en el cumplimiento de cualquiera

sanción de naturaleza penal, no obstante reconocer que, por razones obvias, son bastante más graves los casos que puedan suscitarse con respecto a la ejecución de las llamadas penas de encierro, en que el condenado pasa a vivir en un medio absolutamente distinto al habitual de la existencia en libertad, lo que implica innumerables problemas relacionados no solo con la forma, duración y beneficios del cumplimiento, sino también con los vigilantes de los centros de reclusión, así como con el resto de los presos.

Ahora bien, en nuestro país, no obstante la ausencia de normativas legales y jueces en esta materia, la posición de los autores pareciera inclinarse por la instauración de ambas instituciones, por considerarlo adecuado a una política criminal racional en la materia. A modo de ejemplo, el profesor Jean Pierre Matus, en el conocido *Texto y Comentario del Código Penal chileno*, Tomo I, piensa que “una adecuada política criminal en esta materia supone no solo la instalación del sistema de juzgados de ejecución penitenciaria y de una ley de ejecución penitenciaria que reúna y simplifique las instituciones actualmente dispersas en normas de distinta jerarquía...” (el destacado en el original)<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Ib. ídem, p. 414.



POLÍTICA CRIMINAL Y LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL  
 ADOLESCENTE. LA EXPERIENCIA CHILENA  
 EN JUSTICIA PENAL JUVENIL\*

ALEJANDRO CORDER TAPIA\*\*  
 Universidad Arturo Prat

RESUMEN

El presente trabajo da cuenta de un proceso de investigación en torno a la nueva ley de responsabilidad penal adolescente (Ley 20.084) cuya vigencia comenzó a regir a partir de junio de 2007 luego de un largo proceso de discusión parlamentaria y una vez aprobada en ambas cámaras su posterior postergación por un año, a fin de contar con las condiciones necesarias para una implementación ajustada las necesidades que dicho proceso requería.

Esta nueva ley no es solo un proceso de ajuste de la legislación nacional al ordenamiento jurídico internacional respecto a la protección de los derechos de la infancia y a la implementación de un sistema de justicia penal especial para adolescentes, sino que a su vez es parte de las transformaciones que han ido operando en nuestro país en materia de criminalidad y la respuesta del Estado frente a este tema, particularmente a partir de la década de los noventa.

El trabajo que se presenta a continuación constituye parte de la investigación señalada, en particular a la reflexión en torno a lo que define una política criminal, la estrategia de seguridad pública y sus vínculos con la Ley 20.084.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho penal, política criminal, responsabilidad penal adolescente, delincuencia, seguridad pública, seguridad ciudadana, justicia penal juvenil.

ABSTRACT

*This current report is about the investigation process on the new juvenile responsibility law (law 20.084) which starting date was June the 27th, 2007 and only after a long parliament argument. It was approved by both houses, senators and members of the parliament, but then it was postponed for a year in order to carry out all the implementation needs this process required*

*This law is not just an adjustment of the national legal code to the international code related to the childhood law protection and to the special juvenile legal code system, it is also part of the criminal changes that as a country we have experienced and the answer that government gives since early 1990's.*

*This report includes part of the research particularly a reflection on what defines criminal politics, public security strategy and its entitlements with law nº 20.084*

**KEY WORDS:** Criminal law, Criminal politics, Juvenile responsibility law, Delinquency, Public security, Citizen security, Juvenile justice.

\* El presente artículo es fruto de la investigación desarrollada para la tesina elaborada en el marco del Programa de Doctorado en Derecho que el autor sigue en la Universidad del País Vasco, España, en la Universidad Arturo Prat de Iquique, necesaria para obtener el Diploma de Estudios Avanzados (DEA).

\*\* Sociólogo, Dr. © en Derecho por la Universidad del País Vasco, Investigador del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad Arturo Prat; lcorder@unap.cl

## POLÍTICA CRIMINAL: DIMENSIONES Y DEFINICIONES

La formulación e implementación de una política criminal constituye la respuesta institucionalizada del Estado a los problemas de criminalidad, esto es, el conjunto de disposiciones que adopta el Estado para el control y prevención de la delincuencia (Garrido y Gómez, 1998). La anterior definición comprende no solo las iniciativas legales para el control y la penalización del delito, sino también, y para ser más efectiva, la intervención en ámbitos tan diversos como los servicios sociales, el sistema educativo, planificación urbana, etc. La política criminal requiere de un diálogo permanente con la política social y económica que implementen los gobiernos de turno (actores políticos), así también como con los especialistas investigadores de la criminalidad y de los sistemas de justicia penal (juristas, cientistas sociales, académicos, etc.). En el marco de estas interacciones de actores y sistemas, el modelo señala que debe(ría) configurarse una política criminal que responda adecuadamente a las demandas de la sociedad civil respecto a las formas más efectivas de penalización y de prevención del delito.

De aceptación general es la afirmación acerca del escaso diálogo entre los actores políticos y los especialistas (fundamentalmente criminólogos y cientistas sociales), acerca de las características y dinámicas del delito y la eficacia de las leyes penales y su relación con la efectividad y respeto de los derechos por parte de los sistemas de justicia penal.

Sin embargo, a pesar del consenso que es posible apreciar respecto al alcance de la política criminal como una herramienta de control y respuesta a la criminalidad, es fundamental, a nuestro juicio, situarla en un marco más general de los componentes de un sistema penal, que fija lo que es delito y su respectiva pena, al decir de Juan Bustos R., ambas son un problema de definición política, señalando explícitamente: “la política criminal traspasa todo el sistema penal” (1987: 34). Es bajo esta concepción más amplia que nos interesa analizar las características de la política criminal en Chile, poniendo especial atención en la definición de penas y delitos, pero también en la respuesta que el Estado y los distintos componentes del sistema penal y político social dan a esta problemática.

Esta última afirmación nos sitúa en un desafío respecto a la definición de nuestro nudo problemático (teórico), en tanto es posible apreciar que en nuestro país la discusión en torno a una política criminal está atravesada por la concepción de “política de seguridad ciudadana” (en el plano académico) o de seguridad pública (en el marco de las políticas públicas de gobierno). En este contexto, podemos afirmar (lo que constituye una opción analítica) que la política criminal en su definición clásica, ya señalada al comienzo de este apartado, constituye una dimensión de un entramado más general como es la política de seguridad pública.

Es importante señalar algunas precisiones conceptuales para analizar de mejor manera el diseño e implementación de una política criminal, en el marco de una política de seguridad pública. Sin embargo, lo anterior no es tarea fácil dado que tanto en el discurso académico como en el político no existe una diferenciación clara entre ambos términos (seguridad ciudadana y seguridad pública); por un lado está aquella definición que asocia la seguridad ciudadana con el derecho de los miembros de una

sociedad a vivir en un entorno libre de amenazas a su integridad personal (dentro de lo posible), sus derechos y el goce de sus bienes; mientras una segunda concepción se construye desde una delimitación problemática que parte haciendo alusión a la posibilidad de reducir los riesgos y ejercer control sobre el crimen organizado y el delito común, esto es, las preocupación concreta por la delincuencia. En la última concepción sobre seguridad ciudadana son varios los autores que parten de la asociación de la seguridad ciudadana con el crimen organizado y el delito común, así como de todos aquellos problemas derivados de aquella problemática como la violencia en sus distintas expresiones (doméstica, callejera, de género, etc.) En ese marco se encuentran investigadores en Chile como Lucía Dammert<sup>1</sup> e Ibán de Rementería<sup>2</sup>, quienes desde distintos enfoques abordan la problemática de la criminalidad y la respuesta y estrategias que operan en América Latina y en Chile en particular para enfrentar este fenómeno.

Hecha la precisión anterior, resulta de vital importancia identificar los elementos que caracterizan a una política criminal y cuáles son las relaciones disciplinarias que confluyen para su elaboración y puesta en práctica como política pública. En esta línea es posible afirmar que el trabajo desarrollado por académicos españoles en la última década ha alcanzado una precisión y consenso en relación al uso del concepto de política criminal, entendiéndolo como un mecanismo de política pública para enfrentar este tema. La característica principal a nuestro juicio es la opción por integrar un análisis científico acerca del delito (criminología en particular y otras ciencias sociales), junto con el aporte de juristas y de actores políticos. Lo anterior puede resultar un contrasentido si nos atenemos a las reflexiones actuales sobre la política criminal en España, que expresan académicos como Tamarit Sumalla en su artículo “Política criminal con bases empíricas en España”<sup>3</sup> y Díez Ripollés en “La nueva política criminal española”<sup>4</sup>; sin embargo, hay un acuerdo conceptual respecto a lo que implica una política criminal, cuáles son sus alcances y cuáles son los actores que deben entrar en juego en su definición. Es precisamente este aspecto el que nos debe permitir clarificar cuál es la política criminal del Gobierno de Chile y cómo ella se expresa en instrumento legal, como la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (en adelante LRPA).

La LRPA constituye a nuestro juicio un buen ejemplo de política criminal, porque responde a la preocupación<sup>5</sup> (inseguridad) instalada por los medios de comuni-

<sup>1</sup> Entre las obras más destacadas de Dammert figuran: *Perspectivas y dilemas de la seguridad ciudadana en América Latina*, FLACSO-Ecuador, Quito, 2007. *Seguridad y violencia: Desafíos para la ciudadanía*, FLACSO-Chile, Santiago, 2007.

<sup>2</sup> Véase por ejemplo: *El estado de la seguridad ciudadana en Chile*. En: *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*, 4, N° 11, 31.

<sup>3</sup> TAMARIT S., Josep M<sup>a</sup>. *Política criminal con bases empíricas en España*, en *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales [on line]* n° 3, 2007. A8, pp. 1-16. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_03/a\\_8\\_3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_8_3.pdf)

<sup>4</sup> Díez RIPOLLÉS, José Luis. 2003. La Nueva Política Criminal Española. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 06-03. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpe>

<sup>5</sup> Como referencia se puede revisar el estudio “Informe final. Nuevas realidades y paradigmas de la exclusión juvenil”, realizado por A&D a solicitud del Fondo de Solidaridad e Inversión Social. En dicho estudio se da cuenta de las imágenes que se contruyen de los jóvenes a través de la prensa (tres medios de prensa nacionales):

cación<sup>6</sup> respecto a la participación de menores de edad en el incremento de las tasas delictuales<sup>7</sup>, estadísticas que empíricamente no reflejan precisamente un crecimiento sustantivo que justifique tal preocupación, si se compara la proporción de menores de edad que se ven involucrados en delitos frente a la población adulta.

### LOS COMPONENTES CENTRALES DE LA POLÍTICA CRIMINAL: ORDEN SOCIAL, PODER POLÍTICO Y SISTEMA PENAL

Un primer aspecto que subyace a la política criminal, y al cual hacemos referencia a través de la concepción de orden social, tiene relación con la construcción u origen de la delincuencia, la identificación de los mecanismos estructurales e individuales que posibilitan o facilitan la emergencia de actos sancionados penalmente. En este ámbito las distintas explicaciones e interpretaciones que la criminología ha elaborado en su desarrollo histórico, tales como las teorías sociológicas de la anomia, la subcultura, la teoría del etiquetamiento, la teoría de la asociación diferencial, las teorías de la criminología crítica en base a las concepciones del conflicto, las teorías naturalistas, entre otras<sup>8</sup>, han constituido una base para entender la acción delictual y sus mecanismos de reproducción. En dichas teorías podemos encontrar elementos explicativos que aluden a aspectos estructurales del sistema social, a deficiencias en los procesos de socialización, mecanismos de exclusión social, frustración de expectativas

---

“De esta manera, en las Últimas Noticias existe una conversación que asocia a la juventud con problemas tales como la delincuencia, la deserción escolar y el consumo de drogas. Es importante destacar que el *dato* de la alta deserción escolar se utiliza como un ejemplo de que el problema está en la juventud, ya que al no tener proyectos esta abandona la escuela. Esta es la misma lógica que se utiliza para relacionar a la juventud con la delincuencia, se dice: no tienen intereses y por lo tanto se dedican a la delincuencia y al consumo de drogas y alcohol” (p. 173).

<sup>6</sup> El estudio “Diseño de una Política de Medios de Comunicación centrada en la Protección y Promoción de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”, de Condeza y Baeza (versión digital en: [http://www.subdere.gov.cl/1510/articulos-69779\\_recurso\\_3.pdf](http://www.subdere.gov.cl/1510/articulos-69779_recurso_3.pdf)), las autoras señalan: “En los informativos de TV, la representación de la infancia y adolescencia fue mayoritariamente negativa (entre 68,3% y 82,1% según el canal) y en un 80% de los casos versó sobre acciones cometidas por adultos” (p. 11).

Por otra parte, en un estudio de Duarte y Littrín (2002) es posible la tesis de la preocupación instalada por los medios de comunicación acerca de una juventud y adolescencia con creciente participación en los medios:

“En cuanto a las noticias que refieren a la temática de niñas, niños y jóvenes en conflicto con la Justicia, en que se incluyen categorías como delincuencia, pandillas, responsabilidad penal juvenil, entre otras, podría esperarse que sea ella la que más aporte a la creación de imágenes estigmatizadoras respecto de las y los jóvenes de sectores populares que llevan a la asociación de estos como potenciales delincuentes. Sin embargo, es la dimensión con menor frecuencia, lo que nos genera sorpresa dado el alto impacto que tiene en la población, ya que las imágenes sociales que más circulan son las que muestran a estos jóvenes como peligrosos y como problema social. La baja cantidad de información en este ámbito, aparece cubierta por la espectacularidad con que se informa a través de: la asignación de bastante espacio (más de la mitad del formato, en cerca del 70% de ellas en La Tercera) y ser permanentemente incorporadas en los titulares de ambos Medios (en El Mercurio fueron titulares en el 36,5% de las noticias)” (p. 39-40).

<sup>7</sup> Solo como referencia podemos señalar que el porcentaje de casos de jóvenes ingresados al Ministerio Público en el período comprendido entre enero y septiembre de 2008, corresponden a un 6,98% del total de casos ingresados. Dado que no hay estadísticas de años anteriores que permitan una comparación, es difícil sostener que hay un incremento sustantivo de la participación de menores de edad.

<sup>8</sup> Véase por ejemplo: TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J. *La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Amorrortu (Buenos Aires, 1977).

COOPER MAYR, D. *Delincuencia y desviación juvenil en Chile*. LOM (Santiago, 2005), primera edición.

de los actores por los escasos medios lícitos para alcanzar metas socialmente establecidas, etc. Pero lo que resulta más relevante para nuestro análisis, es que cada una de estas explicaciones ha repercutido (unas de manera más exitosas que otras) en una respuesta del Estado para enfrentar la criminalidad, tanto en los mecanismos de control como en las penas y tipificación de determinados delitos.

Como señala Garland<sup>9</sup>, quien sitúa históricamente las teorías criminológicas enunciadas con anterioridad en el marco de lo que distingue como Estado de Bienestar, la política criminal implementada fundamentalmente en el siglo XX se caracterizó por argumentos correccionalistas que abogaban, por ejemplo, por la rehabilitación del delincuente, una justicia penal racionalizada y retributiva, la pena de prisión como última alternativa de castigo, etc. Si bien cada una de estas concepciones han tenido mayor o menor preponderancia en la política criminal, todas ellas se sostienen a nuestro juicio en un acuerdo central respecto a que el delito es una desviación (individual o colectiva) que requiere de un marco normativo sustentado en la coacción y legitimado socialmente.

Pero la política criminal no se agota en la identificación de las explicaciones e interpretaciones del delito en base a un fundamento sociológico, psicológico o de otra disciplina de las ciencias sociales, sino que junto a lo anterior se suma también el componente del poder político, caracterizado por contenidos ideológicos y no necesariamente por consideraciones de operatividad de la política en tanto diseño de intervención social (política de Estado). Cabe distinguir en este punto, que entendemos por política de Estado “una propuesta intersectorial de tipo permanente que no se relaciona únicamente con las prioridades definidas por el gobierno de turno, sino más bien a un acuerdo político mayor que involucra a los partidos de oposición en el interés de lograr intervenciones de largo plazo”<sup>10</sup>. Es precisamente el acuerdo político al que hace mención Lucía Dammert, uno de los contenidos ideológicos idealmente consensuados respecto a la política criminal. El apego por los valores de la democracia liberal, la economía neoliberal de libre mercado, entre otros elementos son los aspectos que sustentan de manera variable, aunque en las últimas dos décadas sin mayores contrapesos, una política criminal de fundamento democrático.

Sin embargo, parece necesario distinguir que la dimensión del poder político en el ámbito que tratamos, no solo hace referencia a las élites políticas (partidos políticos), sino también de aquellos actores que ejercen poder político sin ser parte del sistema de administración del Poder Ejecutivo o Legislativo, esto es, representantes empresariales, medios de comunicación y otras organizaciones políticas o ciudadanas que se han posicionado frente al tema de la criminalidad, construyendo particulares cosmovisiones sobre la sociedad en su conjunto y el delito en particular. En el alineamiento señalada resultan muy claros los análisis de Garland en su libro *La cultura del control*<sup>11</sup>, Stippel con su trabajo sobre las cárceles en Chile<sup>12</sup> o Dammert y Paulsen en

<sup>9</sup> GARLAND, D. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (Barcelona, 2005) Gedisa Editores. Primera edición en español, Primera edición en inglés 2001.

<sup>10</sup> DAMMERT, L. *El gobierno de seguridad en Chile 1973-2003*. en VV.AA, DAMMERT, L. (Editor). *Seguridad ciudadana: Experiencias y desafíos*. Valparaíso: Red 14 “Seguridad Ciudadana en la Ciudad”; Programa URB-AL (Viña del Mar, 2004), Nota al pie N° 3, p. 259.

<sup>11</sup> GARLAND, D., cit. (n° 9).

<sup>12</sup> STIPPEL, J. A., 2006. *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*. LOM Ediciones, (Santiago, 2006), Primera edición.

*Ciudad y seguridad en América Latina*<sup>13</sup>, publicaciones en los que es posible apreciar cómo los actores políticos tradicionales (partidos políticos, empresarios y otros actores) se han posicionado discursiva y fácticamente sobre el tema de la seguridad ciudadana.

El tercer componente de la política criminal lo constituye el derecho penal y su relación con un sistema de justicia penal. Particularmente iluminador resulta la concepción de sistema penal descrito por Juan Bustos cuando señala que así como “un sistema penal democrático supone conceptualmente el bien jurídico como fundamento y límite material de la autoconstatación, también la imposición de la pena tiene un fundamento y límite material, que es el reconocimiento del sujeto como persona, esto es, la dignidad de la persona, su reconocimiento de actor social, de que es la base del sistema social de las relaciones sociales, sin él no se da el sistema social. Por eso mismo la imposición de la pena al reconocer esa dignidad de la persona necesariamente está unida a un fin, no es la pura imposición, sino que es una imposición final y ese fin no puede ir más allá de la persona, pues de otro modo significaría desconocerla”<sup>14</sup>.

De lo anterior se desprende, al analizar los cambios que han operado en las últimas tres décadas, que el sistema penal ha traspasado ese fin que es la persona, transformándose en una herramienta de control no solo de la criminalidad, sino del sistema social en su conjunto. Numerosas son las discusiones que actualmente tiene el derecho penal, donde para algunos se ha configurando en una herramienta que puede generar dividendos políticos, facilitando la reproducción de sistemas de exclusión social y una acentuada criminalización de las clases sociales más deprivadas.

Consideramos que un mecanismo de “control” de los alcances que puede llegar a tener el derecho penal como instrumento de la política criminal, está asociado a la concepción de bien jurídico. Siguiendo a Bustos, quien analiza la concepción de bien jurídico, es de vital importancia comprender que un bien jurídico no debe confundirse con sus presupuestos, “el bien jurídico es una fórmula sintética concreta de lo que se protege realmente, pero la génesis, significación y legitimidad de lo que se protege no surgen del bien jurídico sino de sus presupuestos: las relaciones sociales, las posiciones que en ellos ocupan los individuos, su intermediación con las cosas y otros entes, y la interacción que se produce entre ellos”<sup>15</sup>(1994: 81). Son precisamente los presupuestos del bien jurídico lo que nos pueden permitir resguardar un abuso o “expansión” del derecho penal, que traspase las fronteras de lo penal e intervenga en espacios de control político, económico, cultural o de otra índole.

La descripción que hace Silva Sánchez sobre la expansión del derecho penal, da cuenta claramente de las consecuencias que dicha expansión tiene para las sociedades postindustriales, particularmente en relación a la concepción de Estado Democrático de Derecho: “En mi opinión, la evolución social está refutando radicalmente la opinión de algunos autores que habían caracterizado la progresiva cristalización del Esta-

---

<sup>13</sup> DAMMERT, L. y PAULSEN, G. (Editores). *Ciudad y seguridad en América Latina*. FLACSO-Chile; Red 14 “Seguridad Ciudadana en la Ciudad”; I. Municipalidad de Valparaíso; UR-BAL (Viña del Mar, 2005).

<sup>14</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*. Promociones Publicaciones Universitarias, (Barcelona, 1987), Primera edición, p. 34.

<sup>15</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J., *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*. Jurídica ConoSur (Santiago, 1994), p. 84.

do democrático de Derecho (frente al Estado liberal o el Estado social) como un marco de ‘máximas prestaciones, máxima participación y máximas garantías’ (es decir, Estado del bienestar con Derecho penal mínimo). Más bien se pone de manifiesto que la pretensión de armonizar un Estado máximo y un Derecho penal mínimo constituye una ‘contradictio in terminis’. Aunque solo fuera por un motivo: la inseguridad en cuanto a la percepción de las prestaciones (en sentido amplio: comprensivas de la ordenación del territorio, medioambiente, consumo, orden económico; y no solo relativas a la cuestión de las prestaciones sociales educación, sanidad, desempleo, pensiones) provenientes directa o indirectamente del Estado conduce a que se promueva la instrumentalización del Derecho penal para (pretendidamente) garantizarlas”<sup>16</sup>.

De lo anterior también se desprende la necesidad de que el derecho penal y el sistema jurídico que se implementa para ello, incorpore las transformaciones de las sociedades actuales, las que se caracterizan por su inserción en un modelo económico neoliberal mundial, la influencia del proceso de globalización y el desdibujamiento de la concepción clásica de Estado-nación, transformaciones que, sin lugar a duda, han repercutido en las características de la criminalidad a finales del siglo XX y comienzos del XXI, impulsando a los ordenamientos jurídicos a elaborar respuestas pertinentes para los nuevos fenómenos sociales que se desprenden de los procesos mundiales señalados con anterioridad.

#### LA SEGURIDAD CIUDADANA Y LA SEGURIDAD PÚBLICA EN LA POLÍTICA CRIMINAL

Un reciente enfoque acerca de la política criminal es aquella que incorpora una concepción más amplia sobre la problemática de la criminalidad y se caracteriza por tener un marcado énfasis en el concepto de seguridad. La relevancia que esta perspectiva ha tomado, particularmente en Chile en los últimos diez años, se refleja en una agenda pública que no incorpora el concepto de política criminal para enfrentar este fenómeno, sino el de estrategia de seguridad ciudadana y política nacional de seguridad pública.

Es precisamente la noción de seguridad ciudadana la que se ha posicionado tanto en América Latina como en Chile, por tanto resulta fundamental para este trabajo poder caracterizar y dimensionar los alcances que dicha perspectiva tiene actualmente tanto en las políticas criminales implementadas por los gobiernos de la región, como en otros actores asociados a esta temática las ONG, centros académicos, etc.

Un primer escollo para encontrar claridad respecto al concepto de seguridad ciudadana, es precisamente que no hay una definición clara en el ámbito académico; más bien se hace una asociación directa de la seguridad ciudadana con la estrategia y diseño de los mecanismos de control de la delincuencia. Reflejo de lo anterior es la definición que emana del informe de desarrollo humano en Chile del año 1998, donde se señala que “estar seguro significa por sobre todo poder disfrutar de la privacidad del hogar sin miedo a ser asaltado y poder circular tranquilamente por las calles

---

<sup>16</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M.. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civita Editores, (2001), Primera edición, p. 55, nota al pie nº 55.

sin temer un robo u otra agresión”<sup>17</sup>. Y agrega más adelante que la seguridad ciudadana o pública implica una dimensión más amplia que la pura supervivencia física, de hecho la descripción que se hace en dicho documento abarca, históricamente, dimensiones que tienen que ver con la violencia política en Chile previa y posterior al golpe de Estado del año 1973. Sin embargo, hay un fuerte énfasis en una concepción de seguridad ligada a la delincuencia en general, los sentimientos de inseguridad asociados a ella y el rol que le cabe al Estado en su mantención.

En lo particular, nos parece que la ambigüedad que caracteriza al término genera más confusiones que certezas sobre sus alcances e implicaciones para la política criminal. Al respecto, Dammert y Zúñiga señalan claramente que “la presencia de enfoques diversos y especializados sobre la violencia y la criminalidad han generado un manejo inadecuado de estas categorías. Por lo que se tiende a confundir conflicto con violencia, violencia con criminalidad y esta última con sensación de inseguridad” (2007: 9).

Sin embargo, consideramos necesario hacer dos distinciones básicas en el concepto. Primero, que la seguridad ciudadana comprende el plano de la política pública, esto es, aquellas políticas sectoriales que pretenden crear las condiciones en que los individuos que interactúan en una sociedad se encuentren libres de riesgo y daño. En segundo lugar la denominación de ‘ciudadana’, refiere a la corresponsabilidad de la seguridad entre ciudadanos y Estado, específicamente en el aspecto de la participación (González, 2003).

A fin de tomar posiciones y encauzar nuestro análisis, abordaremos la seguridad ciudadana como aquella acción del Estado orientada a intervenir sobre las problemática del delito desde las acciones de control y prevención a través de las políticas públicas y de la coordinación del Estado con la ciudadanía para mejorar los niveles de seguridad asociadas a este fenómeno. Reconocemos que existen otras dimensiones sobre seguridad que intervienen en este plano de la acción concertada entre distintos actores, tales como los riesgos en materia ecológica, salud, empleo, entre otras; mas no nos parece pertinente para los fines de esta investigación involucrarnos en otro tipo de temáticas.

A fin de poder caracterizar los elementos centrales de la política criminal chilena, asumiremos como su homólogo conceptual el de ‘políticas de seguridad’. Es a partir de este concepto y los análisis que se han hecho al respecto, que a continuación entregamos las principales características en los últimos 15 años.

#### LAS POLÍTICAS DE SEGURIDAD CIUDADANA EN CHILE A PARTIR DE 1990

Un primer aspecto que resulta determinante para entender sus características se relaciona con el rango de tiempo que abarca esta descripción. El retorno a la democracia luego de un gobierno liderado por militares durante 17 años, implicaba un enorme desafío en términos de políticas de seguridad, puesto que la Doctrina de Seguridad

---

<sup>17</sup> PNUD. *Las paradojas de la modernización. informe de desarrollo humano en Chile*. Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD CHILE. (Santiago, 1998), p. 128.

Nacional del Estado había delimitado esta problemática a la concepción de un “enemigo interno” que ponía en peligro la estabilidad y viabilidad nacional<sup>18</sup>; hay en esta visión un énfasis en el control de expresiones políticas y sociales discordantes con el gobierno que ponían en tela de juicio su legitimidad; quedando relegada a un segundo plano la criminalidad asociada a delitos contra la propiedad (delitos comunes).

Con la llegada de la democracia en el año 1990, la política de seguridad debió efectuar un enorme esfuerzo por superar el discurso militarizado de las instituciones policiales (las cuales se habían involucrado en graves violaciones a los derechos humanos), situación que se sumaba a un aumento de ‘actos de terrorismo’ que el naciente gobierno debió enfrentar con la creación de una nueva institucionalidad orientada a resolver estos hechos. Se crea así el Consejo de Seguridad Pública, el que se transformará luego en la Dirección de Seguridad Pública e Información (DISPI). Esta primera etapa corresponde al gobierno de transición liderado por el presidente de la República, Sr. Patricio Aylwin Azócar y el apoyo de la Concertación de Partidos por la Democracia.

En el segundo gobierno de la Concertación (presidente Eduardo Frei R., 1994-1999), el énfasis está puesto en la delincuencia (común), por lo que se desecha el uso de la doctrina de seguridad interior, creándose así el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE) y la DISPI, ya mencionada. Nace un marco jurídico orientado a crear una nueva institucionalidad, dictar leyes específicas sobre la acción policial y una tercera iniciativa en que se endurecen las penas para los que comenten algún delito<sup>19</sup>.

El discurso político también sufre un cambio sustantivo, pues comienza a diseñarse en el año 1994 el primer Plan Nacional de Seguridad Ciudadana que, dada las condiciones políticas del país presionadas por las relaciones cívico-militares, impidió una discusión pública de dicho plan quedando solo en el ámbito de la comisión que lo diseñó.

Dentro de las iniciativas más concretas de este período presidencial está la fuerte inversión hecha en cinco comunas de Santiago, que estaban orientadas a implementar actividades deportivas y de carácter preventivo. En el año 1998 entra en vigencia el ‘Plan Cuadrante’, el cual consiste en “la división de Santiago en sectores para facilitar su vigilancia por parte de Carabineros y lograr una mayor interacción con la comunidad”<sup>20</sup>. Lo anterior se fortalece con un conjunto de medidas antidelinuencia que implicó proyectos de reforma constitucional y de ley, orientadas al fortalecimiento de una institucionalidad de seguridad ciudadana y a la vinculación de la comunidad para fortalecer la prevención de la delincuencia.

Durante el gobierno del residente Ricardo Lagos (2000-2006), la política de Estado se dirige a fortalecer tres áreas centrales: la participación comunitaria, las prioridades legislativas y la gestión policial. De esta forma se fortalece el trabajo

---

<sup>18</sup> Véase: DAMMERT, L. cit. (nº 10); CANDIA BAEZA, C. *Seguridad ciudadana y estado policíaco*. En *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana* (Santiago, 2001), 1, Nº 2. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=30500216>

<sup>19</sup> DAMMERT, L. cit. (nº 10).

<sup>20</sup> TORRES ROJAS, E. y DE LA PUENTE LAFOY, P., *Modelos Internacionales y Políticas Públicas de Seguridad Ciudadana en Chile durante la última década*, en *Revista Mad*, vol. Nº 4, mayo (Santiago, 2001). Disponible en: <http://rehue.csociales.uchile.cl/publicaciones/mad/04>

coordinado con los gobiernos locales (municipios), que adquieren relevancia como actores respecto a los cuales las iniciativas de control y prevención delictual, a través de programas de vigilancia pública y privada y el fortalecimiento de espacios comunitarios adquieren preponderancia. Así lo expresa un documento oficial citado por Dammert, el que en relación a la prevención afirma que esta permite definir “la seguridad ciudadana como el resultado de la acción de los diversos órganos del Estado y diversos sectores de la sociedad, en el marco de una política pública que necesariamente debe incluir la participación ciudadana”<sup>21</sup>.

Sumado a lo anterior, se implementa un cambio fundamental del procedimiento de justicia penal, esto es, la reforma del Sistema Procesal Penal que adquiere un rol central en la política de gobierno. Dicha reforma implica la introducción de juicios orales en la justicia penal, junto con la aparición de nuevos actores como el Ministerio Público, que coordina a las fiscalías y la Defensoría Penal Pública. Lo anterior se traduce en un proceso más expedito de la justicia penal y el aumento de la confianza ciudadana en este poder del Estado.

Otro aspecto relevante de este período es la discusión sobre el aumento de penas (a través de iniciativas legales) y, lo que es central para este trabajo, el inicio de la discusión sobre la rebaja de edad de imputabilidad legal, todo lo cual genera una discusión acerca del rol del Servicio Nacional de Menores respecto a esta temática de la infracción penal adolescente y del resguardo de los derechos del niño/a.

Sin pretender ser exhaustivos en la caracterización de las iniciativas de políticas públicas en los gobiernos democráticos desde el año 1990, hemos hecho una breve descripción que nos permita incorporar la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, aprobada durante el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, el cual consideramos como punto focal de nuestro análisis en tanto expresión de la política criminal, particularmente para jóvenes y adolescentes.

#### LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE (LEYES 20.084 Y 20.191)

A continuación analizaremos algunos aspectos que a nuestro juicio son relevantes en relación a la presente investigación, particularmente aquellos aspectos que nos permitan identificar los elementos que pertenecen al ámbito de la política criminal de nuestro país. Cabe hacer la salvedad de que abordaremos tan solo tres aspectos del señalado instrumento: las disposiciones generales (Título Preliminar), las consecuencias de la declaración de la responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (Título I), y los procedimientos (Título II). También se hará un análisis respecto al reglamento de la Ley 20.084.

##### *a) Disposiciones generales*

El interés superior del niño constituye el marco general que define todo el accionar judicial y administrativo relativo a los procedimientos, sanciones y medidas

---

<sup>21</sup> DAMMERT, cit. (nº 10), p. 271.

aplicables a los infractores de ley penal, lo que refleja el reconocimiento y respeto de sus derechos. Esta disposición responde evidentemente a la Convención de los Derechos del Niño (CDN)<sup>22</sup>.

Evidentemente, el “interés superior del niño” resulta un concepto difícil de acotar, pues más que remitirse a una condición concreta del accionar, aún se mantiene en un nivel de definición teórica un tanto abstracta, que no tiene una clara referencia a las dimensiones lingüísticas, históricas, jurídicas y de políticas sociales, razón por la cual, consideramos, es de vital importancia iniciar un proceso de discusión y análisis que permita delimitar la aplicación de este principio en el ámbito jurídico, a fin de no volver a caer en aquella práctica tutelar en que una medida de protección llegó a generar en sí vulneración de derechos confundida con la aplicación de sanciones.

La rebaja en la edad de imputabilidad penal constituye un aspecto central en la discusión que se dio sobre esta ley en el Parlamento chileno, pues el proyecto original del Ejecutivo consideraba como límite de responsabilidad penal los 16 años, sin embargo, la fuerte presión de la oposición generó un debate que asociado más a consideraciones ideológicas que a datos de la realidad, relacionaban la comisión de delitos cometidos por menores de edad concentradas en el tramo de 14 a 16 años de edad. Así por ejemplo, Joaquín Lavín, candidato de la derecha en las elecciones presidenciales del año 1999 y posterior alcalde de Santiago luego de su derrota electoral, afirmaba respecto a la aprobación de la ley de responsabilidad penal adolescente que “creo que también es tiempo de aprobar luego la ley de responsabilidad penal juvenil. Hoy día un joven de 17 años, un joven de 16 o uno de 15 años que agrede a otro, violentamente, con armas blancas como lo hemos visto el fin de semana, sabe perfectamente lo que está haciendo”. Es importante aclarar que esta posición de rebaja en la edad de responsabilidad penal no fue solo una posición de la derecha política de este país, también el oficialismo (que reúne a partidos de centro-izquierda) manifestó su aprobación acerca de la rebaja.

#### *b) El catálogo de sanciones*

El catálogo original de sanciones que contemplaba la Ley 20.084 fue modificada por una reforma de la ley promulgada el 30 de mayo de 2005, reforma que apuntaba precisamente a las sanciones disponibles, así como a la determinación de la extensión y naturaleza de las penas, las cuales también fueron modificadas.

Las alternativas de sanciones disponibles, sin la distinción original de penas y faltas, finalmente quedaron como sigue:

---

<sup>22</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) fue ratificada por Chile en el año 1990, convirtiéndose en ley de la República a través de la promulgación del Decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores. La aprobación de este instrumento constituye tanto una base para el proceso de reforma de la atención a niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos o infractores de ley penal, pero también es una exigencia para el Estado de Chile de velar por el respeto de los derechos allí señalados, lo que se traduce también en un mandato para los gobiernos de turno<sup>23</sup>: “*El Gobierno se ha propuesto, como un importante desafío, la completa reformulación de las leyes y políticas relativas a la infancia y la adolescencia de modo de adecuarlas a los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y demás normas internacionales vigentes en Chile*” (Ley 20.084: 3).

- “a) Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social;
- b) Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social;
- c) Libertad asistida especial;
- d) Libertad asistida;
- e) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad;
- f) Reparación del daño causado;
- g) Multa, y
- h) Amonestación.

Penas accesorias:

- a) Prohibición de conducción de vehículos motorizados, y
- b) Comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos según lo dispuesto en el Código penal, el Código procesal penal y las leyes complementarias” (Ley 20.191).

Como es posible apreciar, el catálogo de sanciones es bastante variado e incorpora una escala gradual de penas que están directamente relacionadas con las sanciones posibles de aplicar tanto a delitos como faltas, destacando la variedad de sanciones no privativas de libertad, que es la diferencia fundamental con el sistema penal de adultos. Podemos destacar que para penas por sobre los cinco años y un día, se contempla la internación en régimen cerrado o semicerrado con programas de reinserción social, mientras que para penas por sobre los tres años y un día a cinco años, a las sanciones señaladas se agrega la libertad asistida especial. Para cada una de las sanciones la ley establece una definición, fija el sentido, contenido y establece límites sobre su aplicación, entre otros aspectos.

Respecto a las sanciones de privación de libertad, estas resultan ser una de las más controvertidas, en particular por la extensión que ellas pueden alcanzar, puesto que el límite máximo de internación es de cinco años para jóvenes de catorce a dieciséis años y de diez años para los mayores de dieciséis. Esta situación evidentemente plantea un cuestionamiento respecto a los fines de las sanciones, pues ¿cómo se sostiene una sanción privativa de libertad cuyas finalidades son que “la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social (...) y la reintegración del adolescente al medio libre”? (Arts. 20 y 44). A todas luces resulta difícil suponer que se puedan generar procesos de integración efectivos de jóvenes que han pasado diez años de su vida privados de libertad, particularmente en una etapa de la vida donde se configuran proyectos personales, se internalizan habilidades y competencias para el desempeño laboral, entre otros aspectos relevantes para el desarrollo pleno de un adulto.

Una de las sanciones que resulta innovadora para el sistema de justicia penal juvenil es el referido a la aplicación de sanciones accesorias, por cuanto la ley señala en su artículo 7°, respecto a la sanción accesoria que “el juez estará facultado para establecer, como sanción accesoria a las previstas en el artículo 6° de esta ley y siempre que sea necesario en atención a las circunstancias del adolescente, la obligación de someterlo a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol”. Como señala Gonzalo Berríos en su análisis de este nuevo sistema de justicia penal adolescente, esta sanción accesoria vino a reemplazar en la discusión que se dio del proyecto en

el Parlamento, a la alternativa del arresto de fin de semana como forma menos intensa de la privación de libertad.

En relación a la administración de los centros privativos de libertad en régimen cerrado y de internación provisoria, estarán bajo la administración directa del SENAME, mientras que las demás sanciones, incluyendo la privación de libertad en régimen semicerrado, serán administradas por las instituciones colaboradoras del SENAME (fundaciones y las ONG, las que se vinculan al servicio a través de un aporte por medio de un sistema de subvenciones del Estado. Por ahora solo lo mencionamos tangencialmente, pues en un siguiente apartado abordaremos aquellos aspectos sobre las instituciones colaboradoras en tanto actores relevantes de esta reforma.

La sanción accesoria ha significado para la puesta en práctica de la ley un ajuste de los programas de tratamiento que el SENAME ya había implementado con anterioridad a la aprobación y puesta en marcha de la ley, pues los requerimientos técnicos y financieros para programas de este tipo son de un costo bastante elevado, asociado a un necesario proceso de sensibilización en fiscales y defensores penales acerca de la importancia de aprovechar este tipo de sanciones complementarias a las ya señaladas con anterioridad.

Es importante destacar que esta ley en tanto finalidad de la pena, como señala Gonzalo Berríos<sup>23</sup> (2005), se sitúa en una perspectiva preventivo-especial positiva, esto es, “la pena tiene un fin orientado al infractor al que se le impondrá, con el objeto de entregarle herramientas para que no vuelva a delinquir en el futuro” (Couso, 2008: 11). De este modo, sostiene Berríos, también es posible apreciar que en esta ley existen fines preventivos generales que, en sus dos versiones (negativa y positiva), envían un mensaje a la colectividad para inhibir la comisión de delitos, pero a su vez se entrega un mensaje simbólico que refuerza la confianza en la vigencia de las normas. Esto último podría explicar, entonces, la posibilidad de aplicar una sanción privativa de libertad de hasta 10 años, así como el deber que tiene el tribunal de aplicar la sanción de internación en régimen cerrado, exclusivamente, para aquellas penas que superen los 5 años.

En relación a los criterios de determinación de la pena, la Ley 20.084 en su artículo 24 incorpora un conjunto de aspectos que se relacionan con la gravedad del delito, la calidad del adolescente en la participación delictual, su edad, el mal causado, y la idoneidad del infractor para fortalecer a través de la sanción el respeto por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

Los aspectos señalados en los párrafos anteriores dan cuenta de la preocupación de los legisladores de limitar la intervención penal en contra de los adolescentes, lo que está relacionado con las garantías derivadas de sus propios derechos humanos<sup>24</sup>; lo que en definitiva se traduce en los objetivos político-criminales del sistema penal de adolescentes que actualmente se encuentra vigente.

---

<sup>23</sup> BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo. *El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes*. En *Revista de Estudios de la Justicia* (Santiago, 2005), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 161-174.

<sup>24</sup> COUSO SALAS, Jaime. 2008. *La política criminal para adolescentes y la ley 20.084*. Documento de Trabajo N° 12, Unidad de Defensa Penal Juvenil. Defensoría Penal Pública.

*c) Normas de procedimiento*

En relación a los procedimientos dispuestos en la ley, aquellos que nos parece relevante señalar son los relativos a una justicia especializada. La CDN establece de manera explícita la necesidad de que los sistemas de justicia penal para adolescente se sustenten en el principio de especialización, lo cual apunta fundamentalmente a que jueces de garantía, jueces de tribunal de juicio oral en lo penal, así como fiscales y defensores penales que intervienen en este tipo de procesos estén capacitados en aspectos relacionados con la criminología, la Convención de los Derechos del Niño, características de la etapa adolescente y el sistema de ejecución de sanciones que la propia ley establece (Art. 29)<sup>25</sup>.

En relación a la detención de los adolescente en una situación de flagrancia por parte de la policía, la ley establece (modificada por la Ley 20.191) que los jóvenes deben ser puestos “a disposición del juez de garantía, de manera directa y en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder de 24 horas” (Art. 31).

En relación con la internación provisoria en un centro cerrado, solo será precedente al tratarse de “las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituirían crímenes” (Art. 32, modificado por la Ley 20.191). Lo anterior refleja que la aplicación de esta medida está severamente restringida para situaciones muy particulares.

El principio de oportunidad incorporado en este cuerpo legal constituye un aspecto novedoso por cuanto permite a los fiscales resolver si la formalización de un adolescente (su judicialización) puede tener “en la vida futura del adolescente” un impacto más negativo que el ingreso al sistema de justicia penal. Es importante señalar al respecto que las estadísticas del Ministerio Público para el año 2007 (año en que comienza a operar la Ley 20.084), en el 37% de los adolescentes detenidos por delitos o faltas (7.145 casos) operó el principio de oportunidad aplicado por los fiscales como término de la acción penal. Lo anterior nos pone sobre alerta respecto a las causas que fundamentan tal decisión en más de un tercio de los términos de la acción penal.

*d) El reglamento de la ley*

Como señala el reglamento, la finalidad de este es regular la ejecución y cumplimiento de las medidas y sanciones contenidas en la Ley N° 20.084, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. En esta línea comentaremos algunos aspectos generales sobre la administración de las sanciones y el rol de los actores que intervienen en dichos procesos.

En relación a la función del SENAME, el reglamento establece que será el organismo competente para asegurar “la existencia en las distintas regiones del país de programas para la ejecución y control de las sanciones y medidas no privativas de libertad a que se refiere la Ley N° 20.084” (Art. 17). Lo anterior implica la continuidad del sistema de instituciones colaboradoras acreditadas del Sename que administran los programas para infractores, todas las cuales tienen el estatus legal de instituciones sin fines de lucro (principalmente fundaciones).

---

<sup>25</sup> Cabe señalar que también los policías deben incorporarse en procesos de capacitación en los aspectos ya indicados.

En cambio, para las medidas privativas de libertad, “la administración de los centros cerrados de privación de libertad y de los recintos donde se cumpla la medida de internación provisoria, corresponderá siempre y en forma directa al Servicio Nacional de Menores”.

Es precisamente esta última condición la que retrasó la entrada en vigencia de la ley y que en los últimos meses ha generado un conflicto abierto entre los funcionarios públicos de este servicio que trabajan en centros privativos de libertad y la Dirección Nacional del mismo<sup>26</sup>, pues los primeros reclamaban el “incumplimiento en la mantención de la mesa tripartita en la que participarían el Sename, el Ministerio de Justicia y del frente de trabajadores. Esta mesa tenía como objetivo el dar cumplimiento a un conjunto de demandas históricas que afectan a los funcionarios y en la cual estos piden tener injerencia en las decisiones que se vayan adoptando respecto a la implementación de ley penal juvenil”<sup>27</sup>. Lo anterior está enfocado puntualmente a que los centros de privación de libertad para adolescentes no reúnen las condiciones de seguridad que requieren tanto los jóvenes como los funcionarios<sup>28</sup>.

El reglamento también estipula que las orientaciones técnicas para el funcionamiento de los centros referidos serán entregadas por el SENAME, orientaciones que contendrán los lineamientos generales de la intervención y del trabajo de reinserción social. La supervisión técnica y financiera del cumplimiento de dichas orientaciones no varía en caso alguno respecto a lo que el Servicio venía desarrollando con anterioridad a la promulgación de la ley.

Lo que sí resulta diferenciador en relación a las prácticas anteriores a la ley, es el tratamiento de rehabilitación a las drogas y alcohol, pues a partir de la Ley 20.084 el acceso a un programa de tratamiento está condicionado por la aplicación de una sanción accesoria en el marco de un Plan de Intervención Individual aprobado judicialmente. Con anterioridad a la ley, los infractores con consumo problemático de drogas no tenían la obligatoriedad de incorporarse a un tratamiento, sino que dichos programas eran complementarios a centros que atendían infractores o adolescentes que tenían vulneración de derechos y asociado un consumo problemático de drogas; en estos casos la derivación para el tratamiento era una facultad del Servicio Nacional de Menores.

Otro aspecto relevante sobre el particular es que todos los programas de tratamiento estarán bajo la asesoría del Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE) y del Ministerio de Salud. Anteriormente, solo algunos programas contaban con la asesoría del CONACE.

---

<sup>26</sup> El conflicto anterior se vio agravado por la situación ocurrida en octubre de 2007, cuando diez adolescentes fallecieron en un centro de privación de libertad luego de iniciar un motín y un incendio en el recinto en la ciudad de Puerto Montt.

<sup>27</sup> Diario *La Tercera* 24 de abril 2008. Disponible en: [http://www.tercera.cl/contenido/25\\_6806\\_9.shtml](http://www.tercera.cl/contenido/25_6806_9.shtml)

<sup>28</sup> Las demandas efectuadas por la Asociación de Funcionarios del SENAME (AFUSE), aún no se ha resuelto, a pesar de que el conflicto perdió su presencia en los medios de comunicación, el conflicto continúa respecto a las condiciones que tienen los centros de privación de libertad. Sumada a esta demanda, la AFUSE sostiene que es necesario modificar la Ley Orgánica y de Planta del SENAME a fin de que se ajuste a la nueva orgánica que ha sufrido el servicio para enfrentar su proceso de reforma y la separación de vías de atención para la infancia y la adolescencia.

Asociado a lo anterior, está la nueva responsabilidad que adquieren estos centros al estar bajo control jurisdiccional por parte de los tribunales competentes. De esta forma adquiere singularidad respecto a lo ocurrido con anterioridad a la ley, por cuanto todo ingreso a estos programas se efectuará solo por resolución de tribunal competente que disponga de una medida o sanción.

Acerca de los centros que administren sanciones y medidas no privativas de libertad, el reglamento establece aspectos formales sobre el ingreso de adolescentes y los informes respectivos a los tribunales, el personal especializado que laborará, así como el marco de la intervención. Sobre este último aspecto el artículo 43 señala:

“La intervención deberá centrarse en la conducta infractora e intentará desplegar acciones socioeducativas orientadas a la responsabilización del adolescente, la reparación de sus derechos vulnerados y de los procesos de criminalización a que ha estado sometido, su habilitación mediante el fortalecimiento de competencias, habilidades y capacidades para el desarrollo de un proyecto de vida alternativo; y oportunidades para su inserción social, mediante actividades como capacitación laboral, inserción y reinserción escolar, empleabilidad juvenil y otros programas socioeducativos”.

Cabe señalar, que, con mayor o menor énfasis, los programas para infractores existentes antes de la ley incorporaban los aspectos señalados en el citado artículo, con la diferencia que ellos eran abordados en el marco de una legislación con un enfoque tutelar, aunque progresivamente, a partir de la reforma del Servicio Nacional de Menores, se incorporó la visión de la vulneración de derechos como componente de la situación de consumo problemático de drogas.

#### *e) Marco general de la política de gobierno sobre seguridad pública*

A fin de situar los análisis de las evaluaciones que se han efectuado sobre la puesta en marcha de la Ley 20.084 resulta necesario identificar los aspectos centrales que definen la política pública enunciada anteriormente y la estrategia de seguridad ciudadana que de ella se ha derivado. Como señalábamos al comienzo de este trabajo, las políticas de seguridad ciudadana en nuestro país son bastante recientes, en lo que respecta a órganos especializados en su diseño e implementación, y como definición explícita de política de Estado solo los últimos dos gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia han delineado una institucionalidad y un plan de trabajo sobre el particular.

En virtud de lo señalado en el párrafo anterior, a continuación describiremos los aspectos centrales de la política de seguridad ciudadana, publicada en el documento del mismo nombre por el Ministerio del Interior el año 2004, bajo el gobierno del presidente Ricardo Lagos Escobar.

El documento que concreta las definiciones centrales de una política de seguridad ciudadana, fue fruto de una mesa de trabajo compuesta por representantes de instituciones sectoriales del Estado, Justicia, parlamentarios miembros de la Comisión de Seguridad Ciudadana, Policía de Investigaciones, Carabineros y otros actores del mundo académico y de organizaciones no gubernamentales.

Uno de los aspectos centrales, para este trabajo y para el alcance de esta mesa que definió los principales acuerdos programáticos, se refiere a la concepción de seguridad ciudadana que la define “desde una perspectiva amplia, relacionada con el con-

junto de sistemas de protección de la vida y los bienes de los ciudadanos ante diferentes factores de riesgo o amenaza. La seguridad ciudadana está vinculada tanto a valores sociales de respeto a la vida, la integridad física y patrimonio de los otros, como con el libre ejercicio de las libertades económicas, políticas y sociales necesarias para el adecuado y normal funcionamiento de la comunidad”<sup>29</sup> (Gobierno de Chile, 2004: 7). Agregando a continuación que en relación a los desafíos programáticos establecidos en esta política esta se remitirá a “su alcance al fenómeno de la violencia y la delincuencia, así como al temor asociado a ambas”, aclarando a pie de página que “esta política no abordará las amenazas a la seguridad que puedan surgir debido a la falta de acceso a la salud, la educación o el trabajo, si es que estos no están asociadas al fenómeno de la criminalidad”<sup>30</sup>.

La definición anterior y los alcances que esta tiene constituyen la base sobre la cual se comprende el fenómeno de la criminalidad, sus causas y los fenómenos asociados a ellos como el temor o sensación de inseguridad que este causa en la ciudadanía, todo desde el ámbito de la política pública.

Definidas como horizonte estratégico, esta política se impone seis principios rectores por los que debe velar: garantizar seguridad ‘legítima’, esto es, evitar medidas desproporcionadas o discriminatorias; acceso a la seguridad y la justicia igualitario para todos los miembros de la sociedad; alcanzar mayores niveles de confianza en las instituciones del Estado; proyectar la seguridad más allá de inversión en policía y el sistema penal; hacerse cargo del temor promoviendo la acción y la organización social; favorecer la prevención; y, por último, promover cambios institucionales y sociales desde un enfoque integral y multisectorial.

En lo anterior existe un esfuerzo por abordar la criminalidad más allá del enfoque tradicional de control, sanción y prevención, incorporando dimensiones que requieren de la articulación de actores de la sociedad civil y el mejoramiento de la gestión de las instituciones de gobierno, asociado a esos dos objetivos tradicionales. Así también se expresa en los objetivos generales que la política persigue y que a continuación se comentan.

Esta política se articula en virtud de cinco dimensiones para las cuales se establecen objetivos generales y específicos para cada una de ellas. Las dimensiones son:

1. Prevención social: “pretende intervenir en los factores de riesgo que se han identificado como precursores del comportamiento violento o delictivo”<sup>31</sup>.
2. Prevención situacional: “pretende prevenir hechos violentos o delictivos y el temor a ellos mediante la modificación de la situación en que ocurren o se dan”<sup>32</sup>.
3. Control: “El subsistema control de la delincuencia está compuesto por los procesos desencadenados con posterioridad a la comisión de un delito”<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> GOBIERNO DE CHILE. *Política Nacional de Seguridad Ciudadana*, Ministerio del Interior (Santiago, 2004), p. 7.

<sup>30</sup> GOBIERNO DE CHILE, cit. (nº 29).

<sup>31</sup> GOBIERNO DE CHILE, *Política Nacional de Seguridad Ciudadana*, Ministerio del Interior (Santiago, 2004), p. 32.

<sup>32</sup> GOBIERNO DE CHILE, cit. (nº 31), p. 38.

<sup>33</sup> GOBIERNO DE CHILE, cit. (nº 31), p. 41.

4. Desarrollo institucional: “definir un marco general de políticas de seguridad ciudadana (es decir, prevención y control) y un conjunto de medidas de carácter sectorial claves y articular con los sectores involucrados en cada nivel territorial las modalidades de implementación y los recursos necesarios”<sup>34</sup>.
5. Información y tecnologías: se persigue incrementar y mejorar la información disponible sobre la violencia y criminalidad, homologar los sistemas de registro de información de instituciones del sistema de control –policías, sistema de justicia, Gendarmería–, sistematizar los registros para construir indicadores de evaluación, generar fondos de investigación y desarrollar estrategias comunicacionales, entre otros<sup>35</sup>.

Cabe señalar sobre la última dimensión, que los sistemas de información en nuestro país son muy deficientes, pero no por la inexistencia de los mismos, sino por la incapacidad para interrelacionarlos y establecer criterios comunes de acopio y sistematización.

Respecto a la estrategia de seguridad pública y el trabajo a desarrollar en la línea de infractores penales adolescentes, las metas se traducen exclusivamente en:

- Programa de tratamiento y rehabilitación a jóvenes infractores.
- Diseño de programas de tratamiento y rehabilitación de drogas en modalidades privativas y no privativas de libertad

Planteadas así las metas en esta estrategia, la política de seguridad pública queda remitida tan solo al tratamiento por adicciones en infractores adolescentes.

## CONCLUSIONES

Al comenzar a desarrollar este trabajo nos preguntábamos acerca de los componentes que definen o caracterizan a la política criminal en nuestro país, y señalábamos lo reciente que es la elaboración como tal de una política criminal, que en estricto rigor tampoco se asume como tal, pues para el gobierno de la presidenta Bachelet como para su antecesor (Pdte. Ricardo Lagos), más que una política criminal lo que se elabora es una política pública que aborda la problemática de la seguridad ciudadana y la delincuencia como un todo. Recordemos que la definición que asume la política de seguridad ciudadana, define a esta última como “el conjunto de sistemas de protección de la vida y los bienes de los ciudadanos ante diferentes factores de riesgo y amenaza”<sup>36</sup>.

A partir de lo anterior, entonces, una de las primeras conclusiones que se puede desprender de esta investigación es que una política criminal en nuestro país solo se puede extraer del marco general de una política de seguridad ciudadana, donde la criminalidad se constituye en uno de los factores que inciden en la seguridad de los ciudadanos. Apegándonos a la definición que concordábamos en el segundo capítulo, la política criminal en Chile no posee un estatus autónomo como herramienta de prevención y control de la criminalidad, sino que se configura como tal en la medida que integra otros componentes de intervención de la política pública.

<sup>34</sup> GOBIERNO DE CHILE, cit. (nº 31), p. 51.

<sup>35</sup> GOBIERNO DE CHILE, cit. (nº 31), pp. 55 ss.

<sup>36</sup> GOBIERNO DE CHILE, cit. (nº 31), p. 7.

Ante esta situación, cabe preguntarse cómo intervienen los componentes de poder político y los intereses económicos en la definición e implementación de estrategias sobre la seguridad. Al respecto podemos señalar que una de las instituciones no gubernamentales de mayor influencia en la formulación de las políticas de seguridad ciudadana es la Fundación Paz Ciudadana, creada a principios de la década de los 90 y cuya misión es “contribuir a la disminución de la delincuencia a través de la colaboración técnica para la formulación de políticas y del desarrollo y transferencia de herramientas de trabajo”<sup>37</sup>. En su directorio, asesores de este y consejo consultivo se encuentran representantes de importantes grupos económicos del país, dirigentes políticos de gobierno y de oposición, así como representantes del ámbito académico nacional. El discurso de la criminalidad que dicha fundación ha posicionado en los medios como en los espacios de gobierno, acentúa la preocupación por la sensación de inseguridad de los ciudadanos frente al ‘creciente aumento de la criminalidad’, el cual a su vez se asocia a falta de resguardo policial (insuficientes recursos humanos y materiales) así como a un sistema judicial poco estricto en relación al sistema de enjuiciamiento y penas aplicadas a los delinquentes.

Por otra parte, este discurso de la criminalidad y su progresivo incremento, ha redundado en una preocupación de la comunidad por elevar los estándares de seguridad de sus entornos más inmediatos (viviendas y barrios). Uno de los aspectos que mejor grafican esta situación es el incremento de la privatización de la seguridad, que para el caso de lugares residenciales (barrios, condominios, departamentos, etc.) se expresan o en casas completamente cercadas en el antejardín y con múltiples protecciones o guardias privados permanentes y complejos habitacionales cercados (e incluso a veces electrificados).

En el ámbito de la gestión de los gobiernos locales la política ha ido evolucionando desde los planes ‘Comuna Segura - Compromiso Cien’<sup>38</sup> implementados en alianza entre el Ministerio del Interior y los municipios, lo que se ha traducido en la elaboración de diagnósticos de seguridad ciudadana y sus respectivos planes comunales de seguridad. Dichas iniciativas se han concentrado en iniciativas de prevención (situacional) de la delincuencia incorporando a la comunidad en la gestión de las iniciativas, traspasando recursos para la ejecución de proyectos comunitarios que abordan temas relacionados con la seguridad.

Así, posicionado el discurso y análisis sobre la criminalidad, es evidente que se posiciona una mirada unívoca sobre la problemática del delito, donde surge una preocupación gubernamental y privada, por disminuir los índices de inseguridad, fundamentalmente a través del incremento de la dotación policial y la participación de la comunidad en planes e iniciativas que traspasan la responsabilidad por los estándares de seguridad a la comunidad organizada, esto es, las organizaciones sociales de base (juntas de vecinos, clubes deportivos, etc.).

---

<sup>37</sup> Fundación Paz Ciudadana. Disponible en: <http://www.pazciudadana.cl/fpc-mision.php>

<sup>38</sup> Plan preventivo que se inicia con la constitución del Consejo Comunal de Seguridad Ciudadana, organismo que cuenta con la asistencia permanente de un Secretario Técnico, que supervisa la realización de los Diagnósticos y Planes Comunales de seguridad ciudadana, como asimismo, la apertura del fondo concursable y el desarrollo de cada proyecto.

Un segundo aspecto que debemos responder en virtud de lo expuesto en este trabajo es la vinculación que tiene la política de seguridad pública con el diseño y puesta en marcha de un sistema de justicia penal adolescente. Al revisar la documentación oficial del SENAME en torno al diseño de la ley como a su implementación, se aprecia que su diseño inicial (el proyecto de ley enviado por el ejecutivo para su tramitación en el parlamento) había una orientación a la prevención y la protección de derechos, donde el sistema de sanciones para infractores era complementario a un proceso más integral de intervención a la población juvenil involucrada en procesos delictuales. Eso explica, por ejemplo, que en la propia Ley 20.084 se rompa el principio de *Interés Superior del Niño* cuando se gradúa diferencialmente las sanciones de acuerdo a los tramos de edad de 14 a 15 y 16 a 18 años. Esto da cuenta que la preocupación no está centrada en las posibilidades de reinserción social de los infractores, sino en relevar la aplicación de sanciones para que la comunidad afectada por la infracción de ley vea la efectividad del sistema punitivo, disminuyendo así la sensación de inseguridad.

Asociado a esta despreocupación de una política que desconoce que el sistema de justicia penal adolescente es un componente de la política criminal (política de seguridad pública en Chile), está el hecho de que la estrategia nacional de seguridad ciudadana solo incorpora en sus metas el implementar programas de tratamiento para la adicción a jóvenes judicializados por infracción penal, dejando en manos del Servicio Nacional de Menores la responsabilidad sobre la prevención y la inserción social.

Al evidenciar esta desconexión entre el sistema de justicia penal adolescente y la formulación de la política de seguridad pública, la conclusión sería que la segunda no integra a la primera; sin embargo, a nuestro juicio, es precisamente esa invisibilización del sistema de justicia penal adolescente el que caracteriza la política criminal de nuestro país en esta materia. La situación de los/as infractores penales, ajenos a una política pública de seguridad, es precisamente la expresión de cómo se configura dicha política, es decir, se relevan aspectos como la sensación de inseguridad, el aumento de las penas para los delincuentes, el incremento de las fuerzas policiales (recursos humanos y materiales), el traspaso de la responsabilidad de la seguridad a la comunidad organizada, entre otros elementos, quedando al margen la intervención integral de la política pública en las variables que potencian o facilitan la emergencia de la delincuencia juvenil, desligando sus causas de aspectos estructurales como la pobreza y su consiguiente criminalización, precariedad del empleo, escasa inserción en los procesos de producción y escasa movilidad social y, particularmente en Chile, la creciente concentración de la riqueza.

Otro aspecto que caracteriza a la política criminal en materia de delincuencia adolescente es el carácter populista que primó en su implementación. Comentamos en el desarrollo de este trabajo que la entrada en vigencia de esta ley fue postergada en un año porque el sistema de atención que requería no se encontraba en condiciones de asumir todos los desafíos que esta reforma implicaba, y que aún cuando la comisión de la Cámara de Diputados, conformada para evaluar la implementación luego de su postergación, aconsejó seguir retrasando su inicio, dicha recomendación fue desoída por la Cámara de Diputados. Sumado a esto, está el hecho de que la aprobación del proyecto de ley que norma un sistema de atención y protección de la infancia aún se encuentra en

tramitación en el Congreso. En resumen, terminan siendo los criterios políticos los que priman y no el resguardo de los derechos, condiciones mínimas para el cumplimiento de las penas y un sistema de reinserción social efectivo; todo lo cual debería ser parte de una política criminal en consonancia con una política social necesaria para reforzar la buena intervención en materia de delincuencia y seguridad pública.

Así entendida la política criminal de nuestro país, queda pendiente una evaluación concreta del impacto que ha tenido la implementación de la ley (en términos de metas y productos alcanzados) tanto en el mejoramiento de la judicialización y el cumplimiento de sanciones por parte de adolescentes, como las posibilidades de reinserción social que se entregan en el marco de los programas diseñados para este fin por el Servicio Nacional de Menores. En virtud del poco tiempo transcurrido desde que la LRPA entró en vigencia, no podremos pronunciarnos con elementos concretos respecto a sus resultados. Sin embargo, consideramos que esta primera aproximación a este importante proceso de reforma nos entrega un marco general que permitirá comprender y dimensionar de mejor manera los resultados en el momento que se haga la evaluación de dicho proceso.

#### BIBLIOGRAFÍA

- A&D ANÁLISIS y DESARROLLO (2002), *Nuevas realidades y paradigmas de la exclusión juvenil*, Estudio realizado a solicitud del Fondo de Solidaridad e Inversión Social [visitado el 02/04/09]. Disponible en: [http://www.fosis.cl/openfile/App/documentos/FrontEnd/DownFileUpload.asp?cod\\_nodo=43&strName='Nuevas\\_Realidades\\_y\\_Paradigmas\\_de\\_la\\_Exclusión\\_Juvenil.pdf'](http://www.fosis.cl/openfile/App/documentos/FrontEnd/DownFileUpload.asp?cod_nodo=43&strName='Nuevas_Realidades_y_Paradigmas_de_la_Exclusión_Juvenil.pdf')
- BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo, *El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes*. En Revista de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, (Universidad de Chile, 2005), pp. 161-174.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1987), *Control social y sistema penal*, (Barcelona, 1997).
- CANDIA BAEZA, C. (2001), *Seguridad ciudadana y estado policiaco*. *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*, 1, N° 2. [visitado el 15/03/08]. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=30500216>
- CONDEZA, Rayén y BAEZA, Gloria, “*Diseño de una Política de Medios de Comunicación centrada en la Protección y Promoción de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*” [visitado el 03/04/09]. Disponible en: [http://www.subdere.gov.cl/1510/articulos-69779\\_recurso\\_3.pdf](http://www.subdere.gov.cl/1510/articulos-69779_recurso_3.pdf)
- COOPER MAYR, D., *Delincuencia y desviación juvenil en Chile*, LOM (Santiago, 2005).
- COUSO SALAS, Jaime, *La política criminal para adolescentes y la ley 20.084*. Documento de Trabajo N° 12 Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública (2008).
- DAMMERT, L., 2004. El gobierno de seguridad en Chile 1973-2003. En: L. Dammert Ed. *Seguridad ciudadana: Experiencias y desafíos*. Valparaíso: Red 14 “Seguridad Ciudadana en la Ciudad”; Programa URB-AL, 259-282.
- DAMMERT, L., y PAULSEN, G. (editores) (2005), *Ciudad y seguridad en América Latina*. FLACSO-Chile; Red 14 Seguridad Ciudadana en la Ciudad; I. Municipalidad de Valparaíso; URB-AL.
- DAMMERT, L., y ZÚÑIGA, L. E. (2007), *Seguridad y violencia: Desafíos para la ciudadanía*. Santiago: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO-Chile.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2003), *La Nueva Política Criminal Española*. En: *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. N° 17, San Sebastián, España [visitado el 03/05/08]. Disponible en [http://www.ehu.es/p200-content/eu/contenidos/boletin\\_revista/ivckeie\\_guzkilore\\_numero17/es\\_numero17/adjuntos/Diez\\_Ripolles\\_17.pdf](http://www.ehu.es/p200-content/eu/contenidos/boletin_revista/ivckeie_guzkilore_numero17/es_numero17/adjuntos/Diez_Ripolles_17.pdf).

- DUARTE Q., Klaudio y LITTIN M., Catalina (2002), *Niñas, Niños y Jóvenes: Construyendo imágenes en la prensa escrita*. Publicación de la Asociación Chilena pro Naciones Unidas. LOM Ediciones, Chile.
- GARLAND, D. (2005), *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Primera edición en español, Primera edición en inglés 2001 ed. Barcelona, España: Gedisa Editores.
- GARRIDO GENOVÉS, V. y GÓMEZ PIÑANA, A. M. (1998), Diccionario de criminología, *Diccionario de criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GOBIERNO DE CHILE
- 2004. *Política Nacional de Seguridad Ciudadana*, Ministerio del Interior. Santiago, Chile.
  - 2006. Estrategia Nacional de Seguridad Pública. Ministerio del Interior. Santiago, Chile.
- GONZÁLEZ, Patricia (2003), Seguridad Ciudadana. Vol. N° 2, Cuadernos de seguridad y defensa. Guatemala: Flasco Guatemala,
- LEY 20.084. Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. 2006.
- LEY 20.191. Modifica la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. 2007.
- MINISTERIO PÚBLICO. *Boletín estadístico año 2007*. Fiscalía Nacional, Santiago de Chile.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
- 1985. *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores ("Reglas de Beijing")*.
  - 1990. *Convención de los Derechos del Niño*.
- PNUD (1998), *Las paradojas de la modernización. Informe de desarrollo humano en Chile*. Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD-CHILE.
- REGLAMENTO de la Ley 20.084. 2006
- REMENTERÍA, I. D. (2005), El estado de la seguridad ciudadana en Chile. *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*, 4, N° 11, 31.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2001), *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Primera ed.: Civita Editores.
- STIPPEL, J. A. (2006), *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*. Primera ed. Santiago: LOM Ediciones.
- TAMARIT S., Josep M<sup>a</sup>. *Política criminal con bases empíricas en España.*, en Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, N° 3, 2007. A8, pp. 1-16. [visitado el 03/05/08]. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_03/a\\_8\\_3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_8_3.pdf)
- TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J. (1977), *La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu.

## LOS DELITOS INFORMÁTICOS\*

HÉCTOR ÁLVAREZ FORTTE\*\*  
 Universidad Arturo Prat

### RESUMEN

El notorio avance de la informática, hasta los más recónditos aspectos de la vida moderna, lo hace un tema ineludible para el Derecho penal, por cuanto nuevas formas de cometer los viejos delitos han surgido al alero de la computación. El legislador, en su intento de amparar un nuevo bien jurídico, no ha hecho sino complicar la defensa misma de aquellos bienes jurídicos reconocidos de antaño, penando conductas sin daño y obviando análisis imprescindibles para punir conductas. El presente trabajo corresponde a un somero análisis desde la perspectiva del bien jurídico sobre la Ley N° 19.223, a la espera de una nueva legislación penal que englobe las figuras que dicha norma contempla.

**PALABRAS CLAVE:** Delitos informáticos; delitos cometidos por medios informáticos; perspectiva fenomenológica; bien jurídico protegido; Ley N° 19.223; cuasidelito de daños; “hacking” blanco; ajenitud y ánimo de lucro en los delitos informáticos.

**SUMARIO:** I.- Introducción. II.- Breve historia de la Ley 19.223. III.- Del concepto de “Delito informático” IV.- Del Bien Jurídico protegido. V.- De la competencia. VI.- Los tipos penales de la Ley N° 19.223. VII.- Temas de *Lege Ferenda*. VIII.- Conclusiones.

### ABSTRACT

*The increasing advance of computer technology in every little aspect of modern life becomes an unavoidable issue in the Criminal law, since computing has led to new ways of committing crime. Legislators, in trying to obtain new legal protection, have nothing but complicated the defence process of old legal rights, punishing harmless behaviours and ignoring the essential analysis in order to punish behaviours. This paper shows a partial analysis from the perspective of legal rights under Law N° 19.223, while awaiting a new legislation that incorporate every aspect that norm includes.*

**KEY WORDS:** *Cyber crime; computer crime; phenomenological perspective; protected legal right; Law 19.223; quasi-crime of damage; white “hacking”; ipseity and animus lucrandi in cyber crime.*

\* El presente trabajo corresponde a la exposición realizada por su autor en el Diplomado de Derecho Penal. Aspectos Sustantivos e Instrumentales, dictado por la Universidad Arturo Prat en el año 2006, encontrándose la totalidad del contenido de sus páginas, en las cuales se hace referencia en el presente manuscrito, vigentes, entre los meses de octubre de 2006 a enero de 2007.

\*\* Abogado. Profesor de Derecho Penal, Universidad Arturo Prat. Doctor © en Derecho de la Universidad del País Vasco, Euskal Herriko Unibersitatea.

## I. INTRODUCCIÓN

Dicen que la vida imita al arte, que imita a la vida. Ello parece ser bastante valedero respecto de películas como *War Games*<sup>1</sup> y *Hackers*<sup>2</sup>, donde por distintas razones jóvenes se ven involucrados en actividades ilícitas en las cuales los computadores juegan un rol vital. Entre ambos *films* median 12 años y es notoria la diferencia en la forma en que se desarrollan los acontecimientos, especialmente por la representación de los cambios en la tecnología; así también han cambiado las formas de comisión de ilícitos por medios informáticos, los llamados delitos informáticos.

Ahora bien, estos llamados delitos informáticos contenidos en dichos *films* no son pura ciencia ficción ni meditaciones sobre un futuro posible o probable, sino que son representaciones más o menos gráficas de diversas formas de comisión de ilícitos en los que la informática juega un papel esencial, que es de lo que trataremos someramente en los siguientes capítulos.

En primer término, debemos señalar que respecto de estos hechos se suele distinguir entre: 1° Delitos cometidos por medios informáticos y 2° Delitos Informáticos propiamente tales.

Dentro de los primeros se suele comprender aquellos en los que la informática solamente es un medio de ejecución del ilícito y no es el ilícito en sí, ya que la figura se encuentra contemplada para otros casos en que la informática puede o no concurrir. Aquí podemos incluir los delitos contra la propiedad intelectual, la tenencia y distribución de pornografía infantil, las amenazas, estafas y otros. Cada uno de estos hechos puede ser cometido en diversas formas, las cuales necesariamente conllevan la participación de un ordenador, por lo que no se trata de delitos informáticos propiamente tales. Respecto de estos hechos rigen todos y cada uno de los conceptos que se analiza en Derecho penal, respecto de la dogmática general.

En el segundo grupo se comprenden –esencialmente– aquellos hechos que se encuentran tipificados en leyes especiales y, en particular, en la Ley N° 19.223, que precisamente tipifica figuras penales relativas a la informática, respecto de lo cual nos abocaremos, analizando, en su oportunidad, la validez de la clasificación antes referida.

La recién mencionada distinción no hace sino reconocer el estado actual de las cosas, aun cuando considero que es errado concebir que existan delitos puramente informáticos, toda vez que aquellos que contempla nuestra legislación actual pueden quedar ciertamente comprendidos en los tipos tradicionales, con algunas actualizaciones de los mismos, según trataremos más adelante. En este sentido, me parece loable y bastante clara la obra de la Comisión Foro Penal<sup>3</sup>, encargada de la redacción del Anteproyecto de Nuevo Código Penal Chileno<sup>4</sup>, en adelante APNC PCh, donde precisamente se reconoce en diversas figuras, sin mayores inconvenientes dogmáticos o de técnica

---

<sup>1</sup> *Film* de 1983.

<sup>2</sup> *Film* de 1995.

<sup>3</sup> Si bien se puede no estar de acuerdo en todas y cada una de las configuraciones típicas, el APNC PCh ciertamente corresponde a un esfuerzo serio y concreto por actualizar nuestra legislación penal general, dejando de lado la tan acostumbrada práctica nacional de solamente “parchar” nuestro anacrónico Código Penal.

<sup>4</sup> El texto completo se encuentra disponible en World Wide Web: [www.politicacriminal.cl](http://www.politicacriminal.cl)

legislativa, la comisión de los mismos delitos de siempre, pero esta vez por la vía de la informática y las telecomunicaciones, sin perjuicio de construirse figuras típicas especiales, pero reconociendo que estos hechos atentan contra los bienes jurídicos tradicionales.

## II. BREVE HISTORIA DE LA LEY N° 19.223<sup>5</sup>

2.1. Esta Ley nace de la moción del honorable diputado don José Antonio Viera-Gallo, la cual ingresó a la Cámara de Diputados el 16 de julio de 1991<sup>6</sup>, siendo promulgada el 28 de mayo de 1993, convirtiéndose en ley al ser publicada en el D. O. el día 7 de junio del mismo año. Un periodo bastante corto, si consideramos que el anteproyecto de reforma a la misma ley ingresó a la Cámara Baja el 19 de junio de 2002<sup>7</sup> y a la fecha aún no ha sido aprobado. Valga señalar que también existe en el Congreso un ante proyecto para modificar el Código penal con el propósito de adecuarlo ante la comisión de delitos por medios informáticos y que de hecho se llama Proyecto que modifica el Código penal con el objeto de recepcionar, en los tipos penales tradicionales, nuevas formas delictivas surgidas a partir del desarrollo de la informática<sup>8</sup>. Este último anteproyecto ingresó al Congreso Nacional el día 2 de octubre de 2002, y a la fecha todavía espera su aprobación.

2.2. La norma actualmente vigente ciertamente significó un gran avance en nuestra legislación, sin embargo, cuando fue promulgada la ley, la informática no se había desarrollado a los niveles actuales. Prueba de ello es que el 4 de abril de 1994 sucede un hecho trascendental en la informática, y en los delitos informáticos el lanzamiento al mercado del navegador “Netscape”, el cual se convertiría en uno de los pilares fundamentales para el nacimiento de la llamada “World Wide Web”, es decir,

<sup>5</sup> La historia de la ley será desarrollada en particular con mayor atención en el análisis de los respectivos tipos penales.

<sup>6</sup> El proyecto original rezaba textualmente así:

Artículo 1º. El que indebidamente destruya, inutilice, obstaculice, impida o modifique el funcionamiento de un sistema automatizado de tratamiento de información sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo.

Si como consecuencia de estas conductas se afectaran los datos contenidos en el sistema, en algunas de las formas señaladas en el artículo cuarto, la pena será la indicada en este aumentada en un grado.

Artículo 2º. El que sin derecho intercepte, interfiera, o acceda a un sistema automatizado de tratamiento de información será castigado con presidio menor en su grado medio.

Artículo 3º. El que releve, transmita o se apodere indebidamente de la información contenida en un sistema automatizado de tratamiento de la misma, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado mínimo.

Si quien realiza estas conductas es el responsable del sistema la pena se incrementará en un grado.

Artículo 4º. El que indebidamente introduzca, transforme, desfigure, altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema automatizado de tratamiento de información será castigado con presidio mayor en su grado medio.

Artículo 5º. Si las conductas de los artículos anteriores son efectuadas con ánimo de lucro, la pena se aumentará en un grado.

En la sesión 20ª, en martes 28 de julio de 1992, se retiraron los artículos 3º y 5º, y se incorporó un artículo 4º, el cual entregaba al juez la facultad de cambiar las penas privativas de libertad por multa cuando las consecuencias del delito no fueren de especial gravedad.

<sup>7</sup> Moción 297-419 de los HH. diputados Sres. Paya Mira, Darío; Correa de la Cerda, Sergio; Escalona Medina, Camilo; Walker Prieto, Patricio; Norambuena Farías, Iván; Bustos Ramírez, Juan; Egaña Respaldiza, Andrés; Longueira Montes, Pablo; Moreira Bustos, Iván, y Martínez Labbé, Rosauro.

<sup>8</sup> Boletín N° 3083-07. Mensaje de su Excelencia el presidente de la República, Sr. Lagos Escobar, Ricardo; Proyecto de ley a cargo del Ministerio de Justicia y la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

las *www*. De lo anterior podemos concluir que a la fecha de promulgación de nuestra ley aún no existía Internet como hoy la conocemos.

Si bien a la época de la promulgación de la norma existían los computadores y diversas redes, estas eran de un carácter más bien restringido y para acceder a ellas era necesario contar con equipos especiales y los números telefónicos del computador de acceso<sup>9</sup>. Es por esta misma diferencia que algunas formas de comisión de estos ilícitos de aquella época hoy nos son del todo arcaicos e impracticables.

El desfase entre la ley y la creación de Internet ha producido además una serie de desfases en la legislación penal informática, especialmente respecto de la menor protección que tiene el ingreso a servidores respecto del ingreso y daño a un computador o equipo, además de otros a los cuales nos referiremos.

2.3. En la época en que se dictó la Ley N° 19.223 (y al día de hoy también) existían dos corrientes respecto del tratamiento de este tipo de delitos: por un lado una corriente postulaba en tratar los delitos informáticos como una nueva pequeña rama del Derecho penal, este es el modelo fenomenológico. La segunda corriente intenta integrar el tema de los delitos informáticos en el campo ya regulado por el Derecho penal, introduciendo solo las modificaciones o ampliaciones legislativas necesarias en los tipos penales tradicionales, de manera tal de poder comprender en ellos la ejecución de los tipos por medio de mecanismos informáticos. En síntesis, la primera opción se centra en el fenómeno criminal; la segunda, en el bien jurídico protegido.

En Francia hasta 1988, Australia, Canadá, Estados Unidos, Inglaterra y Japón se optó, por ejemplo, por sancionar determinadas conductas relativas a la actividad informática, sin considerar si tales conductas lesionan o ponen en peligro algún bien jurídico ya protegido por la legislación penal general, como la propiedad, el honor, la intimidad y otros. Podemos concluir, ciertamente, que nuestro legislador optó por este modelo, con los inconvenientes que luego señalaremos.

En Francia a partir de 1988, Italia, España, Alemania y Suiza, en cambio, las figuras penales relativas a la informática fueron comprendidos por la vía de introducir modificaciones en el ordenamiento penal general, de manera tal de abarcar aquellas conductas que, por vía de la informática, podían afectar bienes jurídicos ya protegidos en el ordenamiento penal general. Así ocurrió en Francia en el año 1988 con la llamada Ley Godfrain<sup>10</sup>; en Italia mediante la Ley 547, de 23 de diciembre de 1993; en España, con el nuevo Código penal de 23 de noviembre de 1995; en Alemania, mediante la Segunda Ley contra la Criminalidad Económica, de 15 de mayo de 1986<sup>11</sup>; y Suiza, mediante la Ley Federal de 17 de junio de 1994<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> En este contexto temporal se desarrolla precisamente la película *War Games*, donde se representa más gráficamente el sistema de conexión al computador de acceso, el cual llega a ser irrisorio para nuestros tiempos. Era una época en la que no existían los "módems".

<sup>10</sup> *Godfrain, Loi, Relative à la fraude informatique, texto [on line] loi n° 88-19 du 5 janvier 1988.* Disponible en World Wide Web: <http://www.spi.ens.fr/legal/188-19-text.html>

<sup>11</sup> Fuente: Mensaje N° 13-348 de fecha 25 de septiembre de 2002 de la H. Cámara de Diputados del Congreso Nacional.

<sup>12</sup> Sobre el particular: Javato Martín, Antonio M<sup>a</sup>, *La tutela Penal del consumidor en el comercio electrónico en el Derecho Suizo*, texto [on line] disponible en World Wide Web: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r2.pdf>

2.4. En la actualidad los dos proyectos en discusión en el Congreso Nacional discurren precisamente entre estas dos perspectivas y, por lo tanto, si se les considera desde un punto de vista de solución a un fenómeno criminológico, bastará con una simple actualización de la norma; en cambio, si se le considera desde una perspectiva global y desde la mirada del Derecho penal como medio de control social formal y de resguardo final de los bienes jurídicos, entonces no bastará hermoear la Ley N° 19.223, sino que será necesario incorporarla en el cúmulo de figuras que contempla nuestro Código penal<sup>13</sup>.

Ahora bien, la decisión de tratar estos hechos en una ley especial o dentro del mismo Código no fue un tema pacífico en la H. Cámara de Diputados, por cuanto en diversas sesiones<sup>14</sup> y en un oficio del gobierno se planteó la posibilidad de tratar el tema de los delitos informáticos de una manera orgánica<sup>15</sup>, contemplando estas figuras dentro del Código penal, lo que en definitiva fue rechazado, entendiendo que eso crearía problemas a la hora de determinar el bien jurídico protegido, además de inconvenientes de técnica legislativa, todo lo cual es errado y prueba de ello es la simpleza y claridad con que el Foro Penal del APNCPCh contempló dicha figuras sin mayores inconvenientes, y siempre respetando la idea de protección a bienes jurídicos.

### III. DEL CONCEPTO DE DELITO INFORMÁTICO

3.1. Si bien nuestra actual legislación no señala el concepto antes referido, sino que se refiere a figuras penales relativas a la informática, el concepto ha sido acuñado por la doctrina y ya casi ha adquirido carta de ciudadanía en la práctica nacional, además de que con ese nombre ingresó la moción contemplada en el Boletín N° 410-07. Sin embargo, dicha conceptualización corresponde a un yerro, porque en la actualidad me parece que no es posible comprender estos delitos informáticos, sino como especial forma de comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable.

En efecto, y tal como señala Herrera Bravo, no "... puede afirmarse que todo delito en el que interviene un ordenador como medio es un delito informático o un delito computacional<sup>16</sup>". Así las cosas, no será delito informático la destrucción de un disco duro –delito de daño–, ni la sustracción de un computador personal –hurto o robo, según el caso–, el copiar el contenido de un CD o un DVD –que podría ser constitutivo de un delito contra la propiedad intelectual– y otros similares.

3.2. Por lo mismo debo disentir con parte de lo expresado por el autor previamente citado, quien concluye que "...no se podrían cometer delitos patrimoniales de

<sup>13</sup> Como comentaba anteriormente, el incorporar las figuras relacionadas a la informática ha sido logrado por el Foro encargado de la redacción del APNCPCh sin mayor esfuerzo y sin necesidad de crear alguna figura típica revolucionaria, sumamente innovadora o desvinculada de nuestra tradición dogmática, por lo que ello no es solamente probable, sino también altamente necesario.

<sup>14</sup> Sesión 24ª, en martes 4 de agosto de 1992, y 33ª, en jueves 20 de agosto de 1992, ambas de la H. Cámara de Diputados; y 32ª, en jueves 11 de marzo de 1993, en el Senado.

<sup>15</sup> Contenido en el Segundo informe de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley sobre delito informático.

<sup>16</sup> HERRERA BRAVO, Rodolfo, *Reflexiones sobre la delincuencia vinculada con la tecnología digital (basadas en la experiencia chilena)* [on line], p. 4. Disponible en World Wide Web: <http://rodolfoherrera.galeon.com/refxdel.pdf>

hurto, robo o apropiación indebida al copiar ilegalmente un programa de ordenador, debido a que no sería una cosa corporal mueble susceptible de ser aprehendida físicamente. Solo una nueva figura delictiva, es decir, un delito informático, podría sancionar penalmente tales conductas<sup>17</sup>. Me parece correcto indicar que no se puede cometer un delito de hurto, robo o apropiación indebida respecto de un *software* –mas sí respecto de su soporte físico–, pero ellas no son las únicas formas de criminalidad respecto de delitos que atacan a la propiedad, razón por la que considero errado concluir que solamente la figura del delito informático es aquella que podría contemplar delitos contra la propiedad. Prueba de ello no es solo el hecho de que en el APNCPCh se encuentre la posibilidad de cometer –por medios informáticos– delitos contra la propiedad<sup>18</sup> o contra la intimidad<sup>19</sup>, sino porque en la actualidad la Ley sobre propiedad intelectual permite sancionar aquellas conductas que precisamente Herrera considera que solamente pueden ser sancionados al crear una nueva figura de delito informático.

Podríamos cuestionarnos si esto es solamente una cuestión de nomenclaturas y que, por lo mismo, carece de relevancia. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que la distinción tiene efectos tanto en lo dogmático como en lo práctico. Efectivamente, si debemos determinar la aplicación de alguna agravante de reincidencia, ¿cómo podemos determinar si la figura del artículo 3º de la Ley N° 19.223, relativa al daño o destrucción de datos, es de la misma especie del daño del 484 del Código penal?

En este sentido, y concordando con Cury<sup>20</sup>, serán delitos de la misma especie aquellos en los cuales los tipos penales protegen los mismos bienes jurídicos y la forma que adopte el ataque es similar en ambos casos. Entonces, si el bien jurídico protegido en la figura del artículo 3º, ya aludido, es la calidad, pureza e idoneidad de la información, mientras que el Bien Jurídico en el caso del artículo 484 es la propiedad, entonces tendríamos que concluir que entre ambos tipos no podría existir reincidencia específica. Un segundo análisis nos hará concluir que ambas figuras protegen el mismo bien jurídico y, por lo tanto, es posible la reincidencia específica entre ambos tipos.

Si consideramos acertada la perspectiva de Herrera y de otros autores en el orden a la creación de este nuevo delito, entonces resultaría ser que el concepto de delito informático se transformaría en un supraconcepto, por cuanto abarcaría diversos conceptos dentro de su nombre, es decir, abarcaría delitos contra la propiedad (sea por apropiación y por destrucción), delitos contra la fe pública, delitos contra la intimidad, delitos contra el honor de la personas y otros. Por estas razones, utilizar el concepto de delito informático no resulta ser unívoco, prestándose para yerros y ambigüedades.

Es por todo lo anteriormente expuesto que me parece bastante adecuado el concepto que utiliza Tiedemann, al referirse a la criminalidad mediante computado-

<sup>17</sup> HERRERA BRAVO, Rodolfo, cit. (n. 16), p. 6.

<sup>18</sup> Prueba de ello es el artículo 292 del APNCPCh.

<sup>19</sup> Artículos 135 y 137 del APNCPCh.

<sup>20</sup> CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. parte general*, (7ª edición), p. 512. El tema no es absoluto, ya que el autor reconoce que existen delitos que atacan a más de un bien jurídico, por lo que no existe una regla universal en esos casos.

ras<sup>21</sup>, pues deja del todo claro que solamente se trata de una nueva forma de cometer los delitos de siempre y no de figuras especiales.

3.3. Ahora bien, existen casos límites a este respecto, los cuales dicen relación con los hechos que ocurren como consecuencia de la intervención de *hackers*, *crakers*, que podrían quedar comprendidos dentro de los llamados delitos de espionaje informático y delitos de sabotaje informático, y finalmente los efectos de los virus informáticos, entre otros problemas actuales. Sin embargo, lo anterior, estos también son delitos que afectan la propiedad y/o la intimidad de las personas como podremos ver.

#### IV. DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO<sup>22</sup>

4.1. Dado que nuestro legislador optó por atender más al fenómeno de la delincuencia informática que a una nueva forma de protección de bienes jurídicos ya consagrados, debió constituir un nuevo bien jurídico para estas figuras, a saber, la calidad, pureza e idoneidad de la información contenida en un sistema automatizado de tratamiento de la misma y de los productos que de su operación se obtengan<sup>23</sup>.

La creación de este bien jurídico –artificial, según mi parecer– ha presentado variadas diferencias entre los legisladores en la actualidad, por cuanto se estima por algunos que el hecho de tratar estos hechos desde un punto de vista puramente fenomenológico “desvincula la nueva regulación del sistema de valoraciones subyacentes en el ordenamiento penal, dando lugar a problemas de legitimación y coherencia normativa, por cuanto se limita a aplicar sanciones a determinadas conductas que aparecen como típicas, prescindiendo de las razones que legitiman la incriminación”<sup>24</sup>.

Durante toda la tramitación del proyecto inexplicablemente se confundió el bien jurídico con el objeto –y a veces el medio– de ataque al bien jurídico. Tanto es así que precisamente en las actas de las sesiones se señaló por parte del autor de la

<sup>21</sup> TIEDEMANN, Klaus, *Criminalidad Mediante Computadoras*, en Nuevo Foro Penal N° 30, octubre-diciembre 1985, pp. 481-492, publicado y disponible en World Wide Web: <http://www.unifr.ch/derecho-penal/articulos/pdf/Tiedemann2.pdf>

<sup>22</sup> Sobre este punto, he preferido tratar lisa y llanamente el tema del bien jurídico protegido, precisamente porque durante gran parte de la tramitación de la ley se discutió sobre él, mas no sobre si el Derecho penal en realidad protege dichos bienes jurídicos o en realidad protege la vigencia de la norma. El cuestionamiento viene planteado en abstracto por JAKOBS, Günter, en sus diversas obras, pero especialmente en *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1ª reimpresión (2002). En este trabajo, el Dr. Jakobs concluye que en realidad el Derecho penal protege la vigencia de la norma, la autoconstatación del poder punitivo del Estado, la defensa de una infraestructura de expectativas. Valga reconocer que el Dr. Jakobs ha puesto nuevamente en el tapete un tema que se consideraba superado, por lo que la discusión del tópico resulta ser del todo necesario y valioso. Sobre el particular, considero que la discusión no está acabada sin conocer la obra de VÁSQUEZ ABANTO, Manuel, *Acerca de la teoría de los bienes jurídicos*, en *Revista Penal* 18 (julio - 2006), donde no solo critica la teoría normativista radical de Jakobs, sino que además concluye que un nuevo planteamiento de la teoría de los bienes jurídicos es necesaria y es capaz de responder a los cuestionamientos de Jakobs. También resulta del todo valioso el aporte a la discusión que entrega POLAINO, Miguel, en su obra *¿Por qué existe y para qué sirve la pena? La función actual del derecho penal: Bien Jurídico versus vigencia de la norma*.

<sup>23</sup> Fuentes: Boletín N° 412-07 de fecha 27 de enero de 1993; Informe de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley sobre delito informático; e Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia, y Reglamento recaído en el Proyecto de Ley de la Honorable Cámara de Diputados sobre Delito Informático, de fecha 27 de enero de 1993.

<sup>24</sup> Fuente: Boletín 3083-07 de 21 de enero de 2003.

moción: "...para la historia de la ley, deseo reiterar lo dicho por el diputado informante (el Sr. Espina), en el sentido de que el bien jurídico protegido con el proyecto es un sistema de almacenamiento de información, según la técnica de la informática y no un método para cometer otros delitos<sup>25</sup>", también se señaló por parte del diputado Espina que el *software*, en sí mismo, constituye un bien jurídico en el mundo moderno que requiere de protección jurídica<sup>26</sup>. Es decir, haciendo un parangón, se ha confundido el inmueble que es objeto del ataque del delito de robo en lugar no habitado, con el derecho de propiedad que contempla el dominio sobre dicho inmueble.

El tema del bien jurídico protegido no es menor, por cuanto la Moción 2974-19 pretende sancionar lo que se ha llamado el *hacking* blanco o mero acceso a información contenida en redes, soportes lógicos o sistemas de tratamiento automatizado de informaciones<sup>27</sup>, es decir, el ingreso no autorizado por parte de un *hacker* a una red o servidor, sin que de ello se produzca daño o menoscabo patrimonial alguno o sin violación de la intimidad de persona natural alguna<sup>28</sup>. Sancionar conductas que no producen daño alguno ciertamente vulnera el principio *nulla poena sine iniuria*, dando una mala señal respecto de este tipo de hechos como respecto de otros que se puedan tipificar a futuro<sup>29</sup>, dando pie a que se sancionen otras conductas sin daño.

Valga señalar, además, que precisamente se discutió en la Cámara de Diputados qué ocurriría en caso de una interceptación indebida sin daño, a lo cual en las actas se dejó constancia de la opinión del diputado Viera-Gallo, autor de la moción que se convirtió en la ley de delitos informáticos, que "...si una persona accede a un sistema automatizado de información o lo intercepta, sin ánimo de apoderarse de él y sin causar ningún daño, no veo por qué tendría que ser sancionado<sup>30</sup>". Es decir, precisamente se entendió que el ingresar indebidamente, sin apoderamiento, sin ánimo de lucro, sin daño alguno, no era punible.

El *hackeo* blanco solamente se introdujo sin discusión alguna en el Senado, donde no se analizaron la estructura típica ni las consecuencias de punir esta conducta. Por su parte, al volver el proyecto a la H. Cámara de Diputados tampoco se realizó un análisis de la norma, por lo que el tema pasó sin mayor análisis político criminal. Esto último puede haber sido consecuencia de que en múltiples oportunidades se tocó el tema en la H. Cámara de Diputados, dado que existían otros proyectos similares en los cuales se trataba el tema de la protección de la intimidad, la que se podría ver en entredicho con el tema de los delitos informáticos, especialmente con el llamado espionaje informático.

<sup>25</sup> Sesión 33ª, en jueves 20 de agosto de 1992.

<sup>26</sup> Sesión 33ª, en jueves 20 de agosto de 1992.

<sup>27</sup> Sobre el particular me parece sumamente interesante lo publicado en *Revista Chilena de Derecho Informático*, *El hacking no es (ni puede ser) delito* (Mayo de 2004), N° 4, aun cuando puede que no se compartan todas sus conclusiones. Disponible en World Wide Web: [www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der\\_informatico\\_index/index.html](http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_index/index.html)

<sup>28</sup> Resulta obvio que si de la conducta del *hacker* o *craker* se produce algún menoscabo patrimonial y/o moral, de ello puedan desprenderse consecuencias penales para su autor, tal como en cualquier otro caso que se encuentre tipificado en la ley.

<sup>29</sup> Ahora bien, podríamos entrar a discutir si el *hacking* blanco es un delito de peligro y, como tal, el tipo se satisfaga con la sola puesta en peligro y no requiera de daño alguno, cuestión que tendremos que debatir en su oportunidad y que no parece del todo zanjada.

<sup>30</sup> Sesión 33ª, en jueves 20 de agosto de 1992.

4.2. En un sistema que gira en torno a la protección de bienes jurídicos es más difícil que se sancionen conductas sin daño, y –ciertamente– es el mismo sistema que permite detectar los excesos que se cometan en la punición injustificada o desproporcionada y, por ende, da armonía al sistema, permitiendo que el principio de proporcionalidad pueda regular el *quantum* del injusto de la pena.

Efectivamente la defensa del bien jurídico otorga una base al sistema punitivo, la dota de sustento y permite que este realmente castigue a sus trasgresores cuando se han vulnerado derechos dignos de ser protegidos penalmente y que, en definitiva, el Derecho penal no se constituya en la ciencia del penar por penar.

4.3. Parte de la doctrina nacional suele clasificar los tipos penales contemplados en la Ley N° 19.223 en: a) delitos de espionaje informático, y b) delitos de sabotaje informático<sup>31</sup>, aun cuando podemos evidenciar que los primeros atacan a la intimidad, mientras que los últimos a la propiedad. Prueba de ello es que el artículo 197 del Código penal español, que precisamente contempla hechos que entendemos por *hackeo*, se encuentra comprendido en el Título X delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio y más específicamente en el capítulo primero, intitulado del descubrimiento y revelación de secretos.

Lo ya señalado será reforzado cuando analicemos los diversos tipos penales, tal como veremos en tal oportunidad.

## V. DE LA COMPETENCIA

En primer lugar debemos tratar de desenmarañar qué ocurre en especial con este tipo de delitos, donde el hechor puede encontrarse en un estado, la víctima en otro, el servidor en un tercero, el objetivo del ilícito en otro (como por ejemplo los fondos de una cuenta corriente) y así sucesivamente, incrementando casi hasta el infinito las posibles combinaciones de factores territoriales.

Queda de manifiesto que los límites territoriales no tiene relevancia, alguna para *hacker*, *crackers* o personas que utilizan Internet como un medio o implemento para cometer sus actos ilícitos, sea que se trate de estafas, hurtos, tenencia de pornografía infantil, injurias y muchos otros. Sin embargo, el lugar de comisión del hecho sí tiene relevancia para el derecho, especialmente para el penal.

Como primera cosa debemos recordar que es necesario determinar en qué lugar se ha cometido el delito. Para esto se han elaborado tres teorías, a saber:

a) Teoría del resultado: según ella, el delito debe entenderse cometido en el lugar en que su resultado se produjo, por cuanto es ahí donde se hacen sentir los efectos del ilícito y que la consumación del hecho es lo que en definitiva perfecciona la conducta punible. Es decir, para esta teoría lo realmente importante es el lugar donde se concreta el disvalor de resultado. Así parece recogerlo el artículo 302 del Código de Bustamante, que regula dar preferencia al lugar de consumación del hecho.

b) Teoría de la actividad: según esta, el delito se comete donde se ha dado principio a la ejecución de la conducta típica. Esta teoría sustenta su planteamiento al

---

<sup>31</sup> HUERTA M., Marcelo y LÍBANO M., Claudio, *Delitos Informáticos*, Editorial ConoSur Limitada (Santiago, 1996), p. 285.

entender que el disvalor delictivo radica en la acción del autor, es decir, es ahí donde este denota o manifiesta sus fines. Etcheberry considera aplicable a este respecto –por analogía– el artículo 157 del Código orgánico de tribunales, según el cual es competente para conocer de un delito el tribunal en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio y la norma considera que el delito se ha cometido en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución.

c) Teoría de la ubicuidad: según la cual es competente para conocer del hecho tanto aquel Estado donde se realizó la conducta como aquel en que se consumó el ilícito. Esta es la teoría que ha tenido mayor grado de apoyo por la doctrina nacional e, incluso, por un fallo de la Excm. Corte Suprema<sup>32</sup>.

Así las cosas, dado que esta es la tendencia actual, es posible comprender que cualquier tribunal es competente para conocer del hecho que podría ser constitutivo de delito, siendo indiferente si se trata de aquel donde se encuentre la víctima, el hechor, el servidor u otro elemento relevante.

En todo caso ello resulta lógico, toda vez que parece necesario admitir que, dado que esta forma delictual no reconoce fronteras, tampoco quede limitada la investigación a aspectos puramente formales de competencia cuando ello no vulnere garantías fundamentales de quien parece como responsable. En este sentido, valga señalar que considero que tiene plena validez el principio de doble incriminación referente a la extradición, de manera tal que si el hecho presuntamente delictual ha trasgredido las normas de dos países, si tal conducta no es constitutiva de delito en ambos (aquel correspondiente al que investiga el hecho como aquel en el que se encuentra el hechor), entonces no solo no sería procedente la extradición, sino que no podría sancionarse a este presunto hechor respecto de una conducta que no está tipificada.

## VI. LOS TIPOS PENALES DE LA LEY N° 19.223

La ley apenas contempla cuatro artículos, los cuales se explayan en las más diversas conductas, que someramente pasaremos a ver. Valga indicar que muchos de los análisis respecto del artículo 1° nos permiten entender también las demás figuras, por lo que el análisis no será repetido.

6.1. “Artículo 1°. El que maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

Si como consecuencia de estas conductas se afectaren los datos contenidos en el sistema, se aplicará la pena señalada en el inciso anterior, en su grado máximo”.

Este artículo contempla lo que se ha entendido como sabotaje informático, el cual se puede realizar al desplegar alguna de las conductas contenidas en los siguientes verbos rectores:

---

<sup>32</sup> Sobre el particular: POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ en *Lecciones de Derecho penal Chileno. Parte General*, pp. 120 y 121. CURY URZÚA, Enrique *Derecho penal. Parte General*, 7ª edición, pp. 212 y 213.

Destruir: (Del lat. *destru\_re*) 1. tr. Reducir a pedazos o a cenizas algo material u ocasionarle un grave daño. 2. tr. Deshacer, inutilizar algo no material<sup>33</sup>.

Inutilizar: Hacer inútil, vano o nulo algo.

Impedir: (Del lat. *imped\_re*). 1. tr. Estorbar, imposibilitar la ejecución de algo.

Obstaculizar: Impedir o dificultar la consecución de un propósito.

Modificar: (Del lat. *modific\_re*). 1. tr. Transformar o cambiar algo mudando alguno de sus accidentes. 2. Dar un nuevo modo de existir a la sustancia material.

Análisis de la norma:

6.1.1. Dada la época de promulgación de la norma, parece normal que para ella tuvieren más importancia los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información que el sistema en sí mismo, ello por cuanto no existía Internet ni mucho menos el concepto de servidor. En todo caso, la vaguedad y amplitud del concepto permiten incluir el concepto servidor dentro del concepto sistema de tratamiento de información. En la actualidad consideramos que un ataque a un servidor de Internet tiene mucho más repercusión que el borrar una receta almacenada en un computador<sup>34</sup>, por lo que parece de mayor reproche el atacar el servidor, por cuanto de ello se puede desprender nefastas e impensadas consecuencias.

6.1.2. Ahora bien, otro tema que no es menor dice relación con la calidad del sistema de tratamiento de datos, o más precisamente, con los datos que circulan por dicho sistema. Esto apunta a si es lo mismo atacar un servidor utilizado para juegos *on line* o para un *chat room*, que atacar el servidor de un servicio público donde se manejan datos de contribuyentes, pacientes, usuarios o –más relevante aún– donde se maneje información relativa a la defensa de un país.

Sobre el particular, considero que conlleva un reproche mayor el *crakear* una red como las recién señaladas que aquellas donde simplemente se juega o *chatea* ya que si bien el agente que ha realizado la conducta, puede no haberlo hecho con intención de obtener un beneficio, en la práctica su conducta ha desplegado un mal mayor, que puede no solamente afectar al servicio o empresa dueña de la web, sino que a quienes son usuarios del mismo y a la nación toda, como en el caso de los sistemas que regulen la defensa de un país. Parece que en nuestra legislación el mayor reproche es consecuencia de una mayor extensión del mal causado, de manera que por la vía del artículo 69 del Código penal es posible aplicar una pena mayor a quienes con su acción no solamente *crakearon* una página, sino que de su acción se derivaron consecuencias a terceras personas usuarias de la misma<sup>35</sup>.

Desde esa perspectiva adquiriría sentido y relevancia el artículo 4º incorporado en la sesión 20ª, en martes 28 de julio de 1992, el cual entregaba al juez la facultad de cambiar las penas privativas de libertad por multa cuando las consecuencias del delito no fueren de especial gravedad, que permitía establecer un mayor grado de amplitud de la pena en el caso de tratarse de hechos o sitios de baja importancia. Esta norma habría permitido realizar un distingo entre conductas que no acarreaban peligro o daño alguno, respecto de aquellas que sí lo contenían.

<sup>33</sup> Disponible en World Wide Web: [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>34</sup> Boletín 2974-19.

<sup>35</sup> Ciertamente el análisis de la extensión del mal causado es una cuestión de hecho, que queda entregada a la prudencia del juez y no solo a los dichos del *web master*.

6.1.3. Respecto del concepto maliciosamente: Los legisladores, al momento de discutir respecto del proyecto, señalaron expresamente que el concepto se refería de un dolo específico, es decir, que el tipo exige para su concurrencia un dolo específicamente encaminado a los verbos rectores y que se rechaza la posibilidad de un dolo genérico. Sin embargo, en la actualidad el concepto de dolo específico (*versus* dolo genérico) ha sido abandonado en general por la doctrina, por lo que entonces parece necesario el comprender en la actualidad el alcance de la expresión ya aludida<sup>36</sup>.

El problema no es menor, por cuanto la casuística da para mucho y podemos comprender un sinnúmero de situaciones en las cuales, por ejemplo, un *hacker* ingrese a un servidor con la sola intención de conocer su funcionamiento, sus accesos y sus fallas, y accidentalmente borre una parte de sus comandos, con lo cual deje de funcionar o lo haga de una manera inadecuada.

En la actualidad parte de la doctrina nacional<sup>37</sup> sostiene que, dado que el artículo 1º del Código penal contemplaría una presunción de dolo, el legislador, al exigir la concurrencia de malicia en la actividad ilícita, lo que ha hecho es destruir la presunción de dolo aludida, con el propósito de alterar el peso probatorio, estableciendo la regla de inocencia por sobre la presunción legal, de manera tal que el tipo solamente pueda concurrir en aquellos casos en que se ha podido probar el dolo del autor encaminado a la realización del tipo.

El presumir el dolo ciertamente trae aparejadas consecuencias que atentan principalmente contra el principio de culpabilidad y de presunción de inocencia, de manera tal que aceptar esta hipótesis traspasaría la carga de la prueba a quien debe acreditar su propia inocencia<sup>38</sup> y, por lo mismo, estimo que esta no puede ser la perspectiva correcta.

Ahora bien, estimo que el hecho de que el legislador haya utilizado el concepto maliciosamente no ha dicho relación con un dolo específico, concepto que se encuentra en desuso en la doctrina, sino que lo que ha exigido es un dolo directo, descartando que el tipo se satisfaga con un dolo eventual. Así parece recogerlo la jurisprudencia nacional que a propósito de un delito de esta misma ley señala ...la voz maliciosamente (...) tiene por objeto indicar exclusión del dolo eventual<sup>39</sup>. Por lo tanto, el tipo solamente se podría satisfacer con un dolo directo, sea de primer o de segundo grado.

<sup>36</sup> Sobre este punto resulta lamentable no solo el hecho de que los H. diputados y senadores dejaran expresa constancia de que se trataba de un dolo específico, sino que precisamente en la sesión 33ª, de fecha 20 de agosto de 1992, el diputado Sr. Campos señaló que esta distinción ya había caído en desuso y que “los penalistas en Chile, por ejemplo, Etcheberry, Alfredo y Cury, Enrique, no aceptan que se haga referencia al dolo específico; siempre han sostenido que la única clasificación de dolo que se admite es de dolo directo, dolo eventual y dolo de consecuencia necesaria”. El extenso comentario del diputado Sr. Campos, que fue aplaudido por sus colegas, quienes llegaron incluso a catalogarlo como “una clase de Penal (sic)”, pasó casi sin pena ni gloria, ya que se continuaron refiriendo en los términos ya señalados.

<sup>37</sup> POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, cit. (n.32), pp. 246 y ss. VERA QUILODRÁN, Alejandro, *Delito e Informática*, (1996), pp. 214 y ss.

<sup>38</sup> Sobre este particular resulta de lectura imprescindible la conocida obra de KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, *Culpabilidad y Pena*, Editorial Jurídica de Chile, pp. 250 y ss.

<sup>39</sup> Excma. Corte Suprema. 24 de junio de 2004. Rol N° 370-02. Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los ministros Sres. Chaigneau, Alberto del C.; Cury Urzúa, Enrique; Juica A. Milton; Segura P., Nibaldo y el abogado integrante Sr. Pfeffer P., Emilio, disponible en World Wide Web: <http://aucia.cl/jurisprudencia/2004/10/240604-rol-n-370-02.html>

Efectivamente, considero que el tipo se satisface con cualquiera de estas dos formas de dolo directo, tanto el de primer grado como el de segundo. Respecto del dolo directo de primer grado (también llamado intención o propósito), no existe duda alguna que el tipo se satisface con él. La duda podría nacer respecto de si el tipo se satisface con el dolo directo de segundo grado, es decir, aquel que existe en los casos en que ...el autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como seguro (o casi seguro) que su actuación dará lugar al delito<sup>40</sup>.

Si pudiéramos traspasar el famoso caso Thomas<sup>41</sup> a los delitos informáticos, podríamos encontrarnos precisamente en una situación tal en la que un *craker* que ataca un sistema, del cual pueden depender otros múltiples servidores, sistemas o unidades, prevé la caída de los sistemas o servidores que dependen de aquel que es su objetivo, pero que de todas maneras ataca. Esta previsión del agente hace que a su respecto se configure el dolo directo, aun cuando de segundo grado. En este caso, la previsión del hecho –distinta de su intención– hace que sea punible el hecho, al haber obrado con dolo directo.

Creo que aquí nos encontramos con la centenaria diferencia entre el espíritu de la ley y el espíritu del legislador, dado que ambos tienen planteamientos y consecuencias diversas, pero resulta necesario entender, a mi parecer, que el espíritu de la ley apunta a indicar que el concepto maliciosamente dice relación con la necesidad de existencia de un dolo directo para la satisfacción del tipo.

6.1.4. Otro punto que se discutió en múltiples oportunidades en el Congreso<sup>42</sup> fue relacionado con la posibilidad de establecer un tipo culposo de delito informático, de manera tal de sancionar al que ingresa con el solo propósito de mirar un sistema, pero que en forma negligente o descuidada, produce un daño al mismo, sea por su impericia o por su descuido, es decir, lisa y llanamente establecer un tipo de daño culposo.

El establecer tipos sin dolo ciertamente pudo ser la solución a lo difícil que es acreditar en un proceso criminal la existencia del dolo específico, especialmente en este tipo de delitos, por lo que eventualmente podrían quedar impunes unas series de hechos solo por falta de prueba<sup>43</sup> de los elementos constitutivos de la malicia, pero la punición no debe pasar por un elemento puramente probatorio, sino de configuración de todos y cada uno de los elementos del delito.

---

<sup>40</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*, 7ª edición, 2ª reimpresión. Editorial B de F, (2005), p. 265.

<sup>41</sup> MIR PUIG, Santiago, ídem. ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte General*, tomo I, Editorial Thompson Civitas (Madrid, 2003), p. 423.

<sup>42</sup> Sesión 32ª, en jueves 11 de marzo de 1993, del Senado, y Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el Proyecto de Ley de la Honorable Cámara de Diputados sobre Delito Informático, de fecha 14 de abril de 1993.

<sup>43</sup> Sobre este punto llama la atención del comentario del autor del proyecto, vertido en sesión 33ª del día jueves 20 de agosto de 1992, en donde señala “Por lo demás, no creo que la magistratura deje de aplicar la ley por dificultad de prueba, porque frente a un gran daño, sabotaje informático, estafa o espionaje, quiere decir que habrá concurrido aquel dolo específico de provocar daño, de obtener ese lucro o de interceptar esa información”. Ciertamente lo que el H. diputado concluye es que a grandes daños, grandes dolos, como si el daño causado fuere firme y fiel reflejo del dolo del agente y que, por lo mismo, aun cuando no se pudiese probar el dolo, dado el gran mal, cualquier juez debería condenar de todas maneras.

La discusión sobre configurar tipos culposos no prosperó en el Congreso, por cuanto se estimó que la figura de los cuasidelitos solo se encuentra contemplada en nuestra legislación para los delitos contra las personas y no sería aplicable en este caso, ya que se trataría en este caso de delitos contra la propiedad<sup>44</sup>, en segundo lugar, por las reglas que norman la responsabilidad extracontractual, según las cuales en caso de delito o cuasidelito, se responde de los perjuicios causados por una conducta negligente<sup>45</sup>.

De más está decir que estos argumentos me parecen carentes de peso, por cuanto es del todo reconocido que el artículo 333 del Código penal establece un cuasidelito de daños<sup>46</sup>, relativo a la interrupción del servicio telegráfico, que, dicho sea de paso, no se aleja tanto de la interrupción de un servicio de Internet, por lo que la figura del artículo 333 podría, con una pequeña modificación comprender un cuasidelito informático.

Además, sobre el tan controversial tema de configurar un cuasidelito informático (o mejor dicho, un tipo negligente informático), resulta extraño que a los legisladores les pareciera demasiado radical establecerlo, pero no el crear un bien jurídico artificial. Por lo demás, determinar qué tipos de conductas pueden ser configuradas en un tipo negligente es precisamente función de los legisladores y pudieron hacerlo sin mayores problemas de técnica legislativa<sup>47</sup>.

En todo caso, me parece adecuado que solamente se penen aquellas conductas que son realizadas con dolo directo y no con negligencia, cosa que puede ocurrir con frecuencia en este tipo de hechos donde se requiere de algún grado de conocimiento especial sobre computación<sup>48</sup>. Considero que las figuras negligentes deben estar reservadas a hechos de una gran relevancia, donde se lesionen bienes jurídicos esenciales para la convivencia social.

6.1.5. Ahora bien, tal como ya lo adelanté, de la simple lectura de la norma podemos concluir que los tipos establecidos no son otra cosa que un delito de daños. Estimar que el daño solo dice relación con la destrucción y el menoscabo es tener una visión sesgada y parcial del delito, ya que hace tiempo que la doctrina ha señalado respecto del delito de daños que “tanto la destrucción material y el deterioro físico del bien ajeno, como la pérdida de su valor de uso o de disposición constituyen daños

<sup>44</sup> De ello se dejó constancia en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el Proyecto de Ley de la Honorable Cámara de Diputados sobre Delito Informático, de fecha 14 de abril de 1993.

<sup>45</sup> Sesión 50ª, en martes 11 de mayo de 1993, del Senado.

<sup>46</sup> También el artículo 495 N° 21 del Código penal.

<sup>47</sup> Valga señalar que el artículo 267 del Código penal español se refiere a Los daños causados por imprudencia grave...

<sup>48</sup> La verdad es que los delitos informáticos, en su mayoría, no son cometidos por aquellos *hackers* íconos, sino que por personas con conocimientos básicos en computación, pero con acceso especial a servidores que le permite determinar la realización de delitos. Según cifras del FBI, más del 80% de los delitos informáticos son cometidos por personas internas de la empresa con bajo nivel de conocimiento computacional, que aprovechan la vulnerabilidad administrativa de la empresa para conseguir las claves de acceso y cometer delitos. Muchos de los que crean virus y *worms* son personas que simplemente ingresaron a una página donde se enseñaba a crearlos o consiguieron textos en su biblioteca local, pero en realidad carecen de conocimientos en informática, ingeniería u otros, ya que los conocimientos que poseen son más bien a nivel usuario que de un experto.

sancionados por el tipo penal<sup>49</sup>. Por lo mismo es que si un servidor ya no puede ser utilizado, se turba su uso o se altera de manera tal que ya no puede cumplir su uso que su propietario o *webmaster* le ha establecido, entonces se ha dañado el sistema y, por lo tanto, se ha configurado el tipo.

6.1.6. Un elemento importante que no se mencionó en las discusiones en el Congreso dice relación con la ajenitud del sistema<sup>50</sup>. Este tema parece ser de toda obviedad y quizás por ello ni siquiera fue mencionado en alguna de las sesiones en el Congreso. Efectivamente, a primera vista parece bastar para la existencia del delito que el objeto de la conducta recaiga sobre un sistema de tratamiento de datos, un servidor o computador, ajeno. La destrucción, inutilización, el daño –en definitiva– de la cosa propia no puede ser punible, ya que solo corresponde a las atribuciones del dueño.

Sin embargo, el tema requiere de una segunda lectura, ya que debemos esclarecer si el dueño del sistema informático es necesariamente el dueño de la información contenida en dicho sistema.

Sobre este punto recordemos que a la época de promulgación de la ley era fácilmente entendible que el dueño del sistema fuera el dueño de la información, dado que estos sistemas eran más bien cerrados o de acceso limitado a terceros. Lo anterior ya no necesariamente ocurre en la realidad actual, por lo que el tema no es menor. Efectivamente, existen sitios en los cuales cualquier persona puede almacenar información como un disco duro virtual, tener una página *web*, *blogs*, o simplemente mantener cuentas de correo, por lo que ahora se deberá hacer la distinción entre el dueño de dicha información y el dueño del sistema que contiene dicha información. Entonces, ahora el cuestionamiento dirá relación con aquellas hipótesis en que el dueño del sistema decida destruirlo o, más adecuadamente, dañarlo y con esa decisión se dañe (en el sentido amplio del concepto) la información mantenida en el sistema o servidor. Dado que el sistema le es propio y que nadie puede ser penado por la disposición de sus propios bienes, este hecho no podría ser punible por esta vía, mas sí por aplicación del artículo 3º, para cuyo caso no es necesario que quien destruye los datos sea el dueño de la información.

Otra controversia que es consecuencia del planteamiento anterior dice relación con las obligaciones que deben existir entre el prestador del servicio o del sistema y aquel que es dueño u ocupa el espacio virtual. Por ejemplo: ¿qué ocurre si aquel que gratuitamente mantiene páginas para el soporte de discos duros virtuales decide cerrar su espacio, con lo cual se ven perjudicados quienes mantenía información en dicho sistema? El tema no es menor, ya que es sumamente común que se mantengan este tipo de información en sitios gratuitos, incluso en sitios pagos. Aquí entonces habrá que distinguir si el dar de baja el servidor, espacio o sitio ha sido con la intención directa de dañar a los usuarios o su información. Si el hecho ha sido realizado con dolo directo, entonces se podrá configurar la figura penal, en caso contrario, de este

<sup>49</sup> GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Tomo IV, Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición (Santiago, 2005), p. 422.

<sup>50</sup> A manera de ejemplo podemos citar el § 303b del StGB (Strafgesetzbuch, Código penal alemán), que se tipifica el *Computersabotage*, penando a quien perturba un procesamiento de datos de una empresa ajena, una industria ajena o alguna autoridad de importancia substancial, ya sea para alterar datos, destruir, dañar, inutilizar u otros verbos que la norma indica.

hecho no doloso solamente se podrán derivar las consecuencias civiles provenientes de la responsabilidad contractual o extracontractual, en su caso.

6.1.7. Otra interrogante dice relación con quién tiene derecho sobre el sistema o servidor, por cuanto debemos distinguir entre el dueño y el responsable, debemos también clarificar quién materialmente se encuentra en una posición de determinar las acciones sobre el sistema. El punto ciertamente nos va a llevar a tocar –a lo menos tangencialmente– el tema de la autoría y participación en las organizaciones, especialmente.

Será dueño del sistema aquel a quien las normas civiles le reconozcan tal calidad. Por su parte, la calidad de responsable del sistema dista o –al menos– no necesariamente coincide con la del dueño, ya que en este caso es una situación que dirá mayor relación con aspectos laborales y/o contractuales, en virtud de los cuales una(s) persona(s) debe(n) velar por la correcta puesta en marcha del sistema, su funcionamiento, su actualización y resguardo, sea que le competan todas o solamente algunas de dichas funciones.

En aquel caso que es una persona natural quien es dueño del servidor y tiene en definitiva el dominio de la acción, respecto de él se aplicarán las reglas generales sobre autoría y participación.

El tema cuestionable dice relación con las organizaciones, es decir, con aquellos casos en que las cúpulas directivas han tomado la determinación de mandar a ejecutar por otros el delito. Este tema ha sido bastante desarrollado por el Dr. Klaus Roxin<sup>51</sup>, pero en este caso, donde el autor inmediato no es fungible –en los términos del célebre autor–, nos encontramos precisamente frente a una de las principales objeciones a su teoría del Dominio de la Organización. Ello precisamente porque en este caso nos encontramos con que la cúpula de la orden, pero quien ejecuta la acción no es fungible, ya que tiene el *know-how* necesario para la ejecución. En este caso no existe autoría inmediata, sino inducción<sup>52</sup>. Ahora bien, en nuestra legislación, dada la escasa o nula diferencia punitiva entre los diversos tipos de autores, parece que la discusión está de más, especialmente mientras no se modifiquen los criterios jurisprudenciales sobre imposición de penas a organizaciones.

6.1.8. Otro punto que debemos analizar respecto de este artículo dice relación con las consecuencias de la acción realizada por el hechor. En efecto, supongamos que el hechor decide crear un virus informático con el propósito de destruir un sistema, para lo cual inventa un *worm*<sup>53</sup>, el cual no solamente ataca el servidor o sistema que el

<sup>51</sup> ROXIN, Klaus, *La autoría mediata por dominio de la organización*, en *problemas actuales de dogmática penal* (Abanto Vázquez, Manuel, trad.), Ara Editores, 1ª edición (2004), p. 231. ROXIN, Klaus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, traducción de la 6ª edición alemana, año 1998.

Una visión diversa podemos encontrar en el Prof. Dr. Muñoz Conde, Francisco en *¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?*

<sup>52</sup> Ciertamente, el tema es de suyo complejo, ya que en nuestra legislación penal el irrestricto apego al carácter personalísimo del Derecho penal ha cerrado las puertas a comprender formas de participación criminal colectiva o, al menos, no ha permitido un desarrollo al nivel presentado en Alemania.

<sup>53</sup> Programa informático que se autoduplica y autopropaga. En contraste con los virus, los gusanos están especialmente escritos para redes. Los gusanos de redes fueron definidos por primera vez por *Shoch & Hupp*, de Xerox, en *ACM Communications* en marzo de 1982. El gusano más famoso fue el que en noviembre de 1988 se propagó por sí solo a más de 6.000 sistemas a lo largo de Internet. Definición y disponible en World Wide Web: [www.wilkinsonpc.com.co/free/glosario](http://www.wilkinsonpc.com.co/free/glosario).

autor se proponía dañar, sino que este se autopropaga a otros servidores, más allá de lo deseado por su autor, con lo que se ven afectadas las propiedades de terceros. Entonces aquí tendremos que plantearnos si es posible penar al *craker* por los daños causados a quienes él no se planteó como víctimas de su acción, pero que, dado el riesgo creado y su falta de previsión en el orden de evitar que su acción afectase a terceros, objetivamente sufrieron un daño. En este caso nos encontramos en presencia de un delito doloso de daño respecto del sistema atacado directamente, en conjunto (para no llamarlo concurso<sup>54</sup>) con un daño causado en forma negligente, respecto del sistema afectado por el *worm* en forma no directa. Dado que el legislador ex profeso decidió no penar las figuras negligentes de delito informático, no es posible el concurso de figuras dolosas y culposas al mismo tiempo, por lo que solamente podrán ser penadas aquellas conductas que fueron ejecutadas con dolo directo. Aquellas que fueron realizadas en forma negligente o con dolo eventual no podrán ser penadas, en apego al principio de legalidad.

6.1.9. Existe otro punto interesante de análisis general de la ley, el que dice relación con el ánimo de lucro, pero que me parece más prudente analizarlo a propósito de otras figuras de la ley, por lo que este punto será visto en su oportunidad.

6.2. “Artículo 2°. El que con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio”.

Este artículo contempla principalmente lo que se ha entendido como espionaje informático, el cual se puede realizar al desplegar alguna de las conductas contenidas en los siguientes verbos rectores:

Interceptar: (Del lat. *interceptus*, part. pas. de *intercip\_re*, quitar, interrumpir).

1. tr. Apoderarse de algo antes de que llegue a su destino. 2. tr. Detener algo en su camino. 3. tr. Interrumpir, obstruir una vía de comunicación.

Interferir: (Del ingl. *interfere*). 1. tr. Cruzar, interponer algo en el camino de otra cosa, o en una acción. 2. tr. *Fis.* Causar interferencia. 3. intr. *Telec.* Dicho de una señal: Introducirse en la recepción de otra y perturbarla.

Accesar: Neologismo, evolución del verbo acceder. Se aplica al lenguaje de Internet. Acción de ingresar a un servidor o red desde un punto de red o desde un punto distinto, de manera tal de subir, bajar o modificar datos.

Las conductas antes señaladas deben estar dirigidas a:

Apoderarse: Esto quiere decir ponerla bajo su poder, es decir, hacerse dueño de la cosa con ánimo de señor y dueño.

Usar: 1. tr. Hacer servir una cosa para algo. 2. tr. Dicho de una persona: Disfrutar algo.

Conocer: (Del lat. *cognosc\_re*). 1. tr. Averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas. 2. tr. Entender, advertir, saber, echar de ver.

<sup>54</sup> He preferido no utilizar el concepto concurso por cuanto entiendo que este no puede existir cuando uno de los hechos es atípico.

Análisis de la norma:

6.2.1. En primer lugar valga señalar –respecto del verbo apoderarse– que si el bien jurídico protegido es la pureza, calidad e idoneidad de la información, entonces la pura y simple copia del todo o parte de la información por sí solo no afecta dicha pureza, calidad e idoneidad. ¿Qué ocurre, por ejemplo, cuando alguien baja indebidamente música, imágenes o cualquier otro archivo o programa desde la red? ¿Podemos decir que esto ha afectado la pureza o la calidad del original que se encuentra en el servidor? La respuesta es un rotundo no, ya que el archivo sigue siendo el mismo. Quizás la duda pueda provenir respecto del concepto idoneidad, que proviene de idóneo, que precisamente quiere decir adecuado y apropiado para algo<sup>55</sup>. Y al decir adecuado nos referimos a apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo. Entonces, la nueva duda es por qué no es apropiado apropiarse de dicha información. ¿Afecta este hecho a la información en sí misma? La respuesta es nuevamente negativa. La respuesta es que el hecho de que dicha información llegue a manos de terceros distintos de sus dueños o de quienes se encuentra legítimamente autorizados, es porque afecta al patrimonio o a la intimidad de sus dueños, es decir, a los mismos bienes jurídicos de siempre.

Ahora bien, este apoderarse, para que sea punible, debe ser un apoderamiento indebido, por lo que debemos preguntarnos en qué casos una persona no puede apoderarse de la información, es decir, en qué casos ese apoderamiento es sin derecho o sin autorización, en palabras del legislador<sup>56</sup>. Respecto de este punto se señaló en la Cámara de Diputados que existen tres casos en los cuales el acceso puede ser sin derecho: “en el primer caso, el sistema de información al que, simplemente, el público no tiene acceso porque es privado y nadie puede tenerlo, salvo el propietario o personas que él autorice; en el segundo, puede haber sistemas de información en los que, para acceder, se cobre una determinada cuota o pago, y pudiera ocurrir que alguien ingresara al sistema burlando el pago correspondiente, y, en el tercero, existen –creo– sistemas de información que, además, están protegidos por ciertos resguardos de seguridad nacional, relacionados con sistemas de información de las Fuerzas Armadas o de los aparatos de inteligencia<sup>57</sup>”. La verdad es que en este punto debo coincidir plenamente con el legislador, ya que fue bastante claro al establecer hipótesis de ingreso indebido.

6.2.2. Un segundo tema que corresponde al análisis de la norma –y que me resulta altamente cuestionable– es la penalización del acceso para simplemente conocer información contenida en un sistema, especialmente cuando de ello no se acarrea consecuencia alguna. Este es lo que se llama *hackeo* blanco y penalizarlo parece atentar en principio *nulla poena sine injuria*.

Ahora bien, se ha señalado además que en el *hackeo* blanco es el presupuesto del *cracking* y, por ello, se justifica materialmente su punibilidad a título de delito de peligro<sup>58</sup>. El tratamiento de este tipo de conductas a título de delito de peligro nos

<sup>55</sup> Disponible en World Wide Web: [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>56</sup> Informe de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley sobre delito informático.

<sup>57</sup> H. Diputado Viera-Gallo en Sesión 24ª, en martes 4 de agosto de 1992.

<sup>58</sup> En *Revista de Derecho Informático*, ya citado, haciendo referencia a Morón Lerma, Esther, *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras Conductas Ilícitas en la Red*. 2a. edición., Editorial Aranzadi S.A. (Navarra, 1992), p. 75.

obliga a referirnos a la punición de tales hechos, tratando de comprender cuál ha sido el motivo que el legislador ha considerado para castigar conductas en las cuales no se ha concretado o materializado daño o lesión alguna<sup>59</sup> y si estos delitos informáticos se encontrarían dentro de estos parámetros que permitan su castigo. Sobre este punto tendríamos además que entrar a analizar si estos hechos, considerados como delitos de peligro, lo serían a título de peligro abstracto o de peligro concreto.

Si entendemos que en los delitos de peligro abstracto se protege un bien jurídico de nivel superior o de carácter colectivo, entonces tendríamos que preguntarnos si la calidad, pureza e idoneidad de la información tiene tal característica, es decir, si se trataría de un bien del cual dependa el orden mismo de la sociedad o, en palabras de Roxin, se pone en peligro "...la vida o la integridad de otro o cosas ajenas de considerable valor<sup>60</sup>". Ante tal pregunta la respuesta resulta ser negativa, máxime si nos encontramos frente a un bien jurídico de difícil o nula comprobación de su existencia.

Ahora bien, si consideramos que en este caso se trata de hechos que atentan esencialmente contra la propiedad y la intimidad, tal como otras figuras penales comunes, entonces tendríamos que obtener nuevamente una respuesta negativa, entendiendo que se trata de hechos comunes que solo atacan los mismos bienes jurídicos de siempre, pero ahora con un modo de acción diverso.

Sin embargo, no puedo dejar de admitir –y seguramente el lector ya debe haber realizado el mismo razonamiento– que existen casos en que un delito informático pueda afectar o constituir un peligro a bienes jurídicos relevantes o de una connotación mayor; ejemplo de ello sería el caso de que un *hacker* se introdujera en sistemas que resguardan la defensa o seguridad nacional, la banca nacional u otra similar. En estos casos no solo está en riesgo el patrimonio de unos cuantos, sino que el orden económico de la nación, su seguridad respecto de potencias extranjeras y, en definitiva, el orden público en si mismo. Pero, tal como ya lo había señalado antes, no puede ser lo mismo *crackear* un *chat room* que un sistema que tenga a su cargo parte de la defensa nacional, por lo que ambos hechos, de ser penados, no pueden serlo de la misma manera.

Desde esa perspectiva adquiriría sentido el artículo 4º incorporado en la sesión 20ª, en martes 28 de julio de 1992, el cual entregaba al juez la facultad de cambiar las penas privativas de libertad por multa cuando las consecuencias del delito no fueren de especial gravedad, que permitía establecer un mayor grado de amplitud de la pena en el caso de tratarse de hechos o sitios de baja importancia.

Así las cosas, estos delitos informáticos no pueden ser considerados sin más como delitos de peligro y en aquellos casos excepcionales en que recibieren tal tratamiento, su punición no debe estar establecida *per se*, sino en función del daño posible o probable. Ahora bien, esta última evaluación, relativa a la gravedad posible del daño, deberá estar entregada a los jueces, ya que la casuística de la norma solamente alcanza-

---

<sup>59</sup> Como primera cosa debemos recordar que este análisis tiene real importancia en el caso en que entendamos que el propósito del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, dado que si entendemos que su fin es la protección de la norma o de la expectativa de cumplimiento de la misma, entonces la discusión puede carecer de mayor sentido.

<sup>60</sup> ROXIN, KLAUS, *Derecho penal, Parte General*, tomo I, Editorial Thompson Civitas (Madrid, 2003), p. 404.

ría para establecer parámetros generales como la seguridad interior y exterior del Estado, el orden público económico u otra bien de similar naturaleza o relevancia<sup>61</sup>.

6.2.3 Otro punto interesante de análisis es que se estima que el tipo penal también contempla el llamado hurto de tiempo de computador, es decir, la utilización sin autorización de un computador por un tercero durante un tiempo determinado sin que implique la traslación física del aparato<sup>62</sup>. El tema resulta interesante porque significa punir explotación del computador de un tercero, aun cuando no exista apoderamiento del *hardware* ni del *software*. Entonces debemos preguntarnos si este hurto de tiempo no es en realidad un hurto de uso impute.

Se señala que un computador y sus *softwares* constituyen un bien valioso, explotable y que genera recursos económicos, por cuanto es una herramienta de trabajo tecnológicamente compleja y –a la vez– delicada, por lo que requiere de protección. Sin embargo, si consideramos que el computador no se ha movido de su lugar, que han permanecido indemnes tanto su *software* como su *hardware* y que si de esta actividad no se hubiere producido daño o perjuicio alguno, entonces estaríamos hablando a todas luces de un hurto de uso, por cuanto el agente no intenta ni desea apoderarse ni de las partes, piezas ni el *software*, solo usarlo para reportarse un beneficio propio<sup>63</sup>.

Etcheberry señala, a propósito del hurto, un fallo en que se estableció que el sentenciado había tomado, sin autorización del dueño, un automóvil, el cual condujo por varios kilómetros y luego dejó abandonado tras varias horas, condenando el tribunal al autor por el delito de hurto<sup>64</sup>. Etcheberry precisamente comenta: “podría sostenerse probablemente la falta de ánimo de apropiación en caso de que el vehículo hubiere sido dejado en el mismo sitio en que el reo lo tomó<sup>65</sup>”. En la misma obra del profesor Etcheberry se hace referencia a otro fallo, el cual concluye que “la sustracción de una especie ajena (...) con el solo propósito de usarla, y no de apropiarse definitivamente de ella, no constituye delito de hurto<sup>66</sup>”.

En todos estos casos no ha existido el ánimo de señor y dueño del autor respecto de la cosa, no se ha afectado la facultad de disposición del propietario del computador, de manera tal que lo único afectado es, precisamente, la facultad de usar, razón por la que debemos concluir que nos encontramos frente a un hurto de uso, el cual es impune en nuestra legislación.

6.2.4. Respecto del ánimo de lucro, valga señalar que en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley sobre delito

<sup>61</sup> Desde esa perspectiva no es difícil pensar en la posibilidad de que una persona se introduzca en un sistema que controle los procedimientos de tratamiento y vertido de sustancias peligrosas a lagos, ríos o al mar, y logre que estas sean derramadas en dichos medios acuáticos, situación en la cual se afectaría el medio ambiente como bien jurídico.

<sup>62</sup> TIEDEMANN, Klaus, *Poder Económico y Delito*, (1985), p. 129.

<sup>63</sup> Valga recordar que nos encontramos analizando una figura penal, por lo que nada obsta a que este hecho puede ser constitutivo de una falta al contrato de trabajo por parte del empleado, lo que eventualmente sería constitutivo de una causal de despido, pero no de un delito.

<sup>64</sup> Contra González Santana, José Carlos y otros, Iltma. Corte Apelaciones de Santiago (1959); RDJ LVI, 4-189.

<sup>65</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho penal en la Jurisprudencia*, año 1968, tomo II, p. 439.

<sup>66</sup> Contra Vergara, Luis, Corte Marcial, año 1948, RCP X, 199.

informático, correspondiente a la sesión 20ª, en martes 28 de julio de 1992, se dejó constancia que el artículo 4º del proyecto original fue retirado por su autor en atención a que todas las conductas descritas en el proyecto tienen incluido en el tipo penal el ánimo de lucro.

Este punto resulta interesante porque la norma se refiere exclusivamente a ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente, pero jamás al posible lucro. Es entendible que quien se apodere de algo lo haga con ánimo de lucro, cosa cuestionable respecto del uso, como en el hurto de uso, ya analizado, pero que genera serios problemas de aplicación respecto del conocer y de los verbos que utiliza el artículo 4º de la ley.

Consideremos que la intención primigenia de los *hacker* es precisamente conocer el funcionamiento de sistemas, servidores, sitios *web*, *softwares* y otros, sin que de ello se devenga un ánimo de lucro, sino la intención de satisfacer el deseo de conocimiento.

Si ese conocimiento es utilizado para crear nuevos sistemas, sitios *web* o *softwares*, entonces habrá un apoderamiento, ya que el *hacker* habrá hecho uso de la información obtenida. Si el *hacker* ha utilizado los procedimientos aprendidos sin pagar los derechos que de ellos se devengan, entonces estaremos en presencia de un apoderamiento indebido, pero si el *hacker* simplemente conoce y no utiliza la información, entonces deberíamos encontrarnos frente a un hecho impute, ya que carecería de lucro y de todo daño, razón por la que no podría ser penado.

6.2.5. Otro elemento de análisis de la norma dice relación con la existencia de causales de justificación, es decir, con hechos que constituyan en debido el conocer de la información contenida en el sistema de tratamiento de información, si es posible a un tercero acceder a dicha información sin que por ello se configure delito alguno.

Esta hipótesis nace como necesaria consecuencia del análisis del inciso segundo artículo 146 del Código penal y de lo discutido a propósito del proyecto que nace a raíz de la moción que modifica la Ley N° 19.223, de 1993, que tipifica figuras penales relativas a la informática, contenido en el boletín N° 2974-1967, en el cual precisamente se analizó respecto de modificar la precitada norma<sup>67</sup>.

6.3. “Artículo 3º. El que maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información, será castigado con presidio menor en su grado medio”.

---

<sup>67</sup> Según el Segundo Informe emitido por la Comisión de Ciencias y Tecnología, recaído en el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.223, que tipifica figuras penales relativas a la Informática 6 de septiembre de 2002 “Artículo 146. El que por cualquier medio abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad o, de igual forma, accediere a la información de otro contenida en redes, soportes lógicos o sistemas de tratamiento automatizado de información, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio. Si el autor divulgare o se aprovechara de los secretos que ellos contienen, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio a máximo. Esta disposición no es aplicable entre cónyuges, ni a los padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles, cartas o información contenida en redes, soportes lógicos o sistemas de tratamiento automatizado de información, de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia. Tampoco es aplicable a aquellas personas a quienes por ley, reglamento o contrato con el titular de la información les es lícito instruirse de comunicaciones o informaciones ajenas”.

<sup>68</sup> Otras discusiones respecto de la ley en la Sesión N° 42, Legislatura 347, de fecha 19 de septiembre de 2002.

Alterar: (Del lat. *alter\_re*, de *alter*, otro) 1. tr. Cambiar la esencia o forma de algo. 2. tr. Perturbar, trastornar, inquietar. 4. tr. Estropear, dañar, descomponer.

Dañar. (Del lat. *damn\_re*, condenar). 1. Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. 2. Maltratar o echar a perder algo.

Destruir: (Del lat. *Destru\_re*) 1. Reducir a pedazos o a cenizas algo material u ocasionarle un grave daño. 2. Deshacer, inutilizar algo no material.

Análisis de la norma:

6.3.1. Lo que este artículo contempla no es otra cosa que diversas formas de un delito de daño sobre la propiedad ajena. Así se desprende de los verbos utilizados por el legislador, que comprende –en definitiva– diversos grados de daño: desde la simple alteración (el menor de los daños) hasta la destrucción (el mayor de los daños), y lo ha hecho precisamente en ese orden.

6.3.1. Respecto de la calidad del sistema de tratamiento de información y del concepto maliciosamente, nos remitiremos a lo ya señalado en acápites anteriores.

6.3.3. Resulta interesante que los legisladores hayan pasado por alto el tema de la ajenitud de los datos contenidos en el sistema. Respecto de este punto también nos remitiremos a lo ya señalado respecto de la ajenitud de la información a que hiciéramos alusión anteriormente.

6.4. “Artículo 4°. El que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio. Si quien incurre en estas conductas es el responsable del sistema de información, la pena se aumentará en un grado”.

Revelar: (Del lat. *revel\_re*). 1. Descubrir o manifestar lo ignorado o secreto

Difundir: (Del lat. *Diffund\_re*) 1. Extender, esparcir, propagar físicamente. 4. Propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etc.

Análisis de la norma:

6.4.1. Respecto del concepto maliciosamente, nos remitiremos a lo señalado anteriormente.

6.4.2. Respecto del ánimo de lucro. Esta figura plantea una hipótesis totalmente ajena al ánimo de lucro, ya que en parte alguna de la norma se vislumbra la forma en la que este pudiere estar presente o ser un elemento propio del tipo<sup>69</sup>. Efectivamente, en este caso puede ocurrir que quien revele la información no espere ningún tipo de retribución, sino que puede hacerlo por motivos tales como satisfacción del ego o venganza, como en aquellos caso de los *hackers* que entregan los códigos fuente de un programa, para demostrarle al resto del mundo de lo que son capaces; u otros casos, en los cuales una persona hace públicas fotografías comprometedoras de su ex pareja, con el solo propósito de vengarse por la ruptura.

Así las cosas, debemos concluir que el ánimo de lucro no es un elemento del tipo, por cuanto la norma no señala aspecto económico alguno referente a la revelación o difusión del secreto y porque en la realidad actual este tipo de conductas suelen alejarse de las motivaciones económicas.

Obviamente, la revelación y/o difusión de secretos no excluyen la posibilidad de que su autor la hubiere realizado con un móvil de carácter patrimonial. En todo caso, es

<sup>69</sup> Sobre este punto, recordar lo señalado en el Congreso, a lo cual se hizo alusión en 6.2.4.

entendible que a la época en que los legisladores discutieron este tema se entendiere necesariamente que ese era el móvil, dado el tímido avance de la informática.

6.4.3. La norma contempla una calificante específica para este tipo y que dice relación con que el autor de la revelación o difusión del secreto sea el responsable del sistema de información. Esto es del todo entendible, dado que él se encuentra en una situación especial, tanto de confianza respecto de los dueños del sistema, como protección respecto de sistema en sí mismo.

Esta es una calificante subjetiva, la cual no se comunica a los terceros partícipes que no tuvieren la calidad de responsables del sistema.

Esta calificante solo es aplicable al tipo penal del artículo 4º, en caso alguno se podría aplicar a alguna de las otras figuras, aun cuando sí es posible entender que dichas conductas pudieren ser realizadas por el responsable del sistema de información. Aplicar esta calificante a los demás tipos de la ley sería hacer una aplicación expansiva de la norma, la que vulneraría el principio de legalidad.

## VII. TEMAS DE LA *LEGE FERENDA*<sup>70</sup>

De la lectura de los párrafos de este trabajo se puede concluir que existe una serie de temas pendientes que requieren de regulación, los cuales no forman parte de ninguno de los proyectos legislativos, por lo que los pasaremos a señalar someramente:

7.1. Respecto de los accesos por el sistema *bluetooth*<sup>71</sup>: Para nadie es un misterio que en la actualidad el sistema de conexión mediante *bluetooth* constituye una forma simple de conectar diversos implementos. Tampoco resulta un secreto que estos sistemas son vulnerables a las intromisiones de terceros que pueden introducirse en estos sistemas inalámbricos. El sistema *bluetooth* permite conectar, por ejemplo, un *notebook* con un celular, por lo que un tercero que interfiera en dicha conexión podría acceder a los datos contenidos en ambos equipos.

La pregunta entonces será si el hecho de utilizar este tipo de sistemas supone una autorización tácita para que terceros ingresen en él y accedan a la información contenida, especialmente dadas las múltiples formas de conformar comunidades virtuales.

La verdad es que esto no se restringe a elementos tales como el *bluetooth*, sino que también se aplica a programas como *Ares* y *Emule*, donde se comparte información, lo que permite el acceso de terceros a un computador o *notebook* que hace las veces de servidor.

Entonces, ¿por permitirse el ingreso a una parte de la información contenida en un sistema, se debe suponer la autorización para acceder al resto? Sobre el particular

<sup>70</sup> Los temas de *Lege Ferenda* aquí referidos son algunos de aquellos que no han sido contemplados en los proyectos actualmente existentes, de manera tal que he optado por no analizar, por ejemplo, las normas sobre la llamada clonación de tarjetas de crédito y de débito.

<sup>71</sup> *Bluetooth* es una tecnología inalámbrica de corto alcance que posibilita la comunicación entre dispositivos digitales como PC, teléfonos fijos o móviles, agendas electrónicas, auriculares, etc. La comunicación o conexión cifrada puede ser hasta 25 veces más rápida que una conexión con un módem a 28,8 Kbps. *Bluetooth*, que en español significa literalmente diente azul, era el apodo de un jefe vikingo del siglo IX d.C. Definición y disponible en World Wide Web: <http://www.mundopc.net/ginformatico/bluetooth.php>

estimo que cualquier forma de autorización de ingreso a información propia debe ser expresa y no tácita, de manera tal que cuando se autoriza el acceso a una parte de la información, no se autoriza el acceso al resto, por cuanto ello supone una situación en que una de las partes abusa de la confianza que se le ha entregado.

Así, el acceso a aquella información no expresamente cedida es un acceso indebido, especialmente en la esfera de la intimidad de su propietario.

7.2. Respecto de los *worm*: Tal como lo había anticipado en 6.1.7, este es un tema del todo relevante, ya que es necesario determinar algunos aspectos respecto de los *worm*, cuyos efectos incluso pueden ser diversos de aquel que se propuso su programador.

7.2.1. Como primera cosa, es necesario saber a qué título responde aquel que ha creado un *worm* que ataca otros sistemas. Lo anterior por cuanto la naturaleza misma del *worm* es la de infiltrarse en diversos sistemas incluso con independencia de las órdenes de su creador, por lo que este no necesariamente puede controlar el destino del *worm* una vez que ha infectado un sistema. Sin embargo, quien crea este algoritmo conoce o debe conocer su forma de funcionamiento, por lo que no podría alegar ignorancia al respecto, de manera que se configuraría el elemento cognitivo del dolo. Ahora bien, podría argumentarse que si su conocimiento es imperfecto, entonces este no podría –en principio– configurar el elemento intelectual, de manera que ello podría excluir toda forma de dolo<sup>72</sup>.

Ahora bien, como contrapartida a esta última hipótesis, debo indicar que considero que en caso de existir error, este es de aquellos definidos como evitables, de manera tal que el programador lo hubiese logrado evitar aplicando la debida diligencia, por cuanto quien crea un virus, un troyano<sup>73</sup>, un gusano, una bomba lógica o cualquier otra de estas categorías de este tipo de programas sabe o no puede menos que saber, que ellos habrán de causar algún impacto en uno o más equipos.

Un tema íntimamente relacionado dice relación con el error sobre el curso causal. A este respecto podríamos cuestionarnos el caso en cual el programador desconoce con certeza y precisión cuáles serán los pormenores de actuación de su virus, gusano, troyano o cualquier creación de esa índole, pero aun así lo crea y lo hace circular. En este caso ¿podríamos decir que ha existido un error en el curso causal, dado que el hechor no dominaba el curso causal de su obra, ya que ignoraba que atacaría a otros servidores distintos de los que había propuesto? La respuesta a este respecto deberá ser negativa, por cuanto ninguna persona conoce con plena certeza jamás todos y cada uno de los pormenores de su acción, por lo que en cada una de ellas es posible que existan desviaciones inesenciales que no tendrían el efecto de excluir el dolo, siempre que se mantengan “...dentro de los límites de lo previsible según la experiencia general de la vida y no justifican otra valoración del hecho”<sup>74</sup>. Por lo tanto, si la obra del *craker* afecta a otras unidades diversas de aquellas que él se propuso o de formas diversas a las que él se

<sup>72</sup> Valga recordar que la mayoría de los *hacker* y *craker* no corresponden al icono clásico que se tiene de ellos.

<sup>73</sup> Caballo de Troya (*Trojan horse*): Programa informático que lleva en su interior la lógica necesaria para que el creador del programa pueda acceder al interior del sistema que lo procesa. Definición y disponible en World Wide Web: [www.wilkinsonpc.com.co/free/glosario](http://www.wilkinsonpc.com.co/free/glosario)

<sup>74</sup> ROXIN, Klaus, cit. (n. 60), p. 487.

representó, esto será una cuestión de previsibilidad y si la desviación es esencial o inesencial, mas no un tema que diga relación con el error de tipo. En definitiva, y adhiriendo a las palabras de Roxin, “El conocimiento del curso causal no es por tanto presupuesto del dolo y su desconocimiento (se refiere a rasgos esenciales o inesenciales de este curso) no es un error de tipo...<sup>75</sup>”.

7.2.2. Siguiendo este mismo orden de ideas, podríamos preguntarnos si el autor quería atacar un sistema determinado o no, o si se representó que su creación atacase otros sistemas, si esto último se lo representó como solamente una mera posibilidad o una posibilidad cierta ante la cual simplemente optó por obrar, en definitiva, distinguir si nos encontramos en una situación en la que ha existido dolo directo, dolo indirecto o culpa con representación.

Recordemos que hemos señalado que el tipo, al indicar el concepto maliciosamente solo se satisface con un dolo directo, mas no un eventual ni culpa con representación. De manera tal que el creador de un *worm* que ataca sistemas diversos que aquellos que el programador se propuso atacar, solo podrá ser penado a título de autor por aquellos a los cuales su dolo apuntó en forma directa.

Ahora bien, de llegar contemplarse en nuestra legislación figuras culposas o negligentes de delitos cometidos por medios informáticos, entonces tendríamos que analizar de qué forma se penaría al autor de los daños causados a terceros en forma indirectas por un *worm* o algún tipo de virus de ataque similar.

El tema no es menor, por cuanto, dado que un *worm* puede autoduplicarse infinitamente, en el caso de llegar a punirse conductas culposas o negligentes tendríamos que preguntarnos cómo se penarían dichas conductas. Ciertamente, tendríamos un tipo doloso de daño junto a otro(s) culposo(s) de daño(s), pero tendríamos que cuestionarnos hasta qué punto se podría penar los daños culposos ¿Hasta el segundo sistema dañado, el tercero, el cuarto? Este caso no necesariamente se trataría de un delito preterintencional, donde culposamente se causa un hecho de mayor gravedad que aquel que dolosamente se propuso el hechor, sino todo lo contrario, ya que podría darse el caso de que el hecho culposo sea de menor gravedad que el doloso que se propuso el agente. Sin embargo, en ambos casos la norma que se debe aplicar es la del concurso ideal del artículo 75 del Código penal, toda vez que del mismo hecho nacen o se forman dos o más delitos distintos<sup>76</sup>.

7.2.3. Un tema que puede parecer extraño al neófito dice relación con los llamados computadores zombis, el cual puede tener una interesante consecuencia penal. Efectivamente, una práctica conocida de sabotaje informático dice relación con la creación de un *worm* que se autoduplica infectando gran cantidad de computadores, pero en este caso la intención del creador, del *craker*, dice relación con la creación de computadores zombis, los cuales obedecen al *craker* en funciones que no son visibles para el usuario del computador. Es decir, el *craker* lanza el *worm*, este infecta miles de computadores (se han detectados *worm* que han infectado 20.000 unidades) y estos, en su conjunto, atacan a un servidor de una manera subrepticia para su usuario, el cual ocupa su computador normalmente, sin darse cuenta que el equipo está realizan-

<sup>75</sup> ROXIN, Klaus, cit. (n. 60), p. 488.

<sup>76</sup> Sobre este punto debo coincidir con don CURY URZÚA, Enrique, cit. (n. 9) p. 350.

do tras funciones que han sido programadas por el *craker*. El ataque conjunto de todos estos computadores produce una demora en el servidor, la cual puede llegar a la caída del mismo. El propósito del *craker* es la caída del servidor, para lo cual el infectar computadores con un *worm* es solamente un medio.

En el caso antes señalado ocurre algo bastante interesante, por cuanto es posible distinguir claramente diversas etapas de desarrollo del delito de daños (dado que eso es el sabotaje informático), partiendo por la creación del *worm*, que sería un acto preparatorio impune en nuestra legislación actual. Ahora bien, el lanzamiento del gusano que crea un computador zombi, antes de que se produzca el daño al servidor objeto del ataque, constituye un principio de ejecución punible, el cual solo se podrá consumir después que el servidor objetivo sea efectivamente atacado por los computadores zombis. Determinar el computador objeto del ataque es una cuestión de prueba que permitirá esclarecer si es que efectivamente existió dicho computador –objetivo o si la idea del *craker* era simplemente infectar computadores, en cuyo caso el delito se consuma con esa sola acción.

7.3. Respecto de la tenencia de virus, programas para *hacking*, *cracking* y *keygen*: En los últimos años han tomado relevancia los llamados delitos de tenencia o delitos posesión, en los cuales se pena la posesión de elementos o implementos prohibidos, sea por su peligrosidad (armas), su destino como actos preparatorios (ganzúas) o porque favorecen o benefician la realización de otras conductas típicas (tenencia de pornografía infantil y receptación de especies hurtadas o robadas, entre otras)<sup>77</sup>. Desde esa perspectiva, nace la duda respecto de si, al igual que en España, es recomendable penar conductas como la tenencia de medios destinados a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de dispositivos técnicos utilizados para proteger *softwares* contenido en el artículo 270.3 del Código penal de España<sup>78 79</sup>.

Este tipo de figuras pena la tenencia o posesión de programas que permiten vulnerar los sistemas de protección de los programas computacionales u obtener sus códigos de acceso, como los llamados *keygen*<sup>80</sup>, pero también es posible para una

<sup>77</sup> Sobre los delitos de porte y tenencia me parecen destacables dos obras: STRUENSEE, Eberhard, *Los delitos de Tenencia*, en *Problemas Capitales del Derecho penal Moderno* (Fernando CÓRDOBA, trad.), Editorial Hammurabi, 1998, pp. 107 y ss. La otra, más actual, es de SCHROEDER, Friedrich-Christian, *La Posesión como hecho punible*, correspondiente a una conferencia magistral dictada por el autor en la Universidad de Sevilla en noviembre de 2003, y traducido por el profesor POLAINO-ORTS, Miguel.

<sup>78</sup> El artículo en comentario señala: “Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo”.

<sup>79</sup> Si bien la norma nos es lejana, no podemos reconocer que es un tema no menor, sobre el cual no existe mucha literatura, especialmente en nuestro país, por lo que me parece recomendable el texto de GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *El Delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos* (Art. 270, Párr. 3º CP), publicado y disponible en World Wide Web: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc04-16.pdf>

<sup>80</sup> Proviene de *generator of keys*, es decir, generador de llaves o claves. Se denominan así a los programas creados por *crackers*, los cuales son capaces de generar las claves de registro de un programa *shareware*. Estos generadores de registro, normalmente muestran el número de serie a introducir en la aplicación que se quiere registrar. Definición y disponible en World Wide Web: <http://www.dimensis.com/glosario-334.html> La verdad es que es posible encontrar más de un programa *keygen* para cada *software* que requiera clave de acceso, por lo que estos *keygen* son infinitos en cantidad como los programas mismos.

persona tener en un estado inactivo un virus, *worm*, troyanos, programas para *hacking*, *cracking* y otros, los cuales puede usar cuando y contra quien desee.

En la actualidad en nuestra legislación no se contemplan este tipo de figuras de tenencia o posesión de estos elementos, por lo que es necesario entrar a cuestionar cada uno de sus elementos antes de tipificar conducta alguna al respecto.

Ya a estas alturas del avance de las ciencias y del Derecho, me parece innecesario entrar a discutir si los *softwares* son o no bienes muebles y, por lo mismo, innecesario discutir también si por medio de estos bienes incorpóreos es posible la realización de delitos por medios informáticos.

Las dudas o cuestionamientos que se presentan en esta materia dicen relación con la tenencia misma, los cuales no solamente se plantean respecto de estas figuras de tenencia de elementos prohibidos o productos de ilícitos, sino sobre todas ellas en general. Struensee plantea precisamente como un problema el de la imprescriptibilidad de este tipo de delitos, ya que se les ha tratado como un delito continuado, al igual que el secuestro, de manera tal que se consuman día a día, por lo que en definitiva ellos no prescriben, a pesar de que podría tratarse de conductas de puro peligro, de una mínima incidencia criminal o corresponde a fases de agotamiento del delito.

Entonces debemos cuestionarnos si este tipo de figuras de porte y tenencia, especialmente en este tipo de delitos de peligro abstracto, es necesario –en primer lugar– penar estas conductas y –en segundo término– si es necesario darle una categoría prácticamente de imprescriptible a estas conductas.

Además, podríamos cuestionarnos si la existencia de delitos imprescriptibles, en general, está creando en definitiva una categoría especial de delincuentes y, consecuentemente, un Derecho penal del enemigo, por cuanto respecto de las personas que cometen los llamados delitos de *lesa humanidad* no corre término de prescripción alguno, se niegan algunas garantías procesales y la misma la irretroactividad penal, vulnerando así principios generalmente aceptados respecto de la prescripción de la generalidad de los delitos, con lo cual se crea un marco legal para quienes se ven involucrados en esa especie de hechos. Pero si el tema presenta algún grado de cuestionamiento respecto de los delitos de *lesa humanidad*, entonces debe presentar un mayor grado de crítica respecto de delitos comunes, máxime si se trata de figuras de mero peligro o hipótesis en las cuales se pena la tenencia como una forma de facilitación de prueba.

Efectivamente, en estos casos de tenencia de estos programas, no será necesario para el ente prosecutor que el tenedor hubiere hecho uso indebido de los mismos, ni que hubiere causado daño, ni intervenido comunicaciones o que hubiere realizado alguna otra acción similar, ya que lo único que deberá probar es que mantenía en su poder algún programa utilizado para *hacking*, *cracking*, *worm*, virus, *keygen* u otros. Ahora bien, dadas las capacidades de los computadores actuales, es posible para un tercero ocultar estos programas dentro de un archivo inocuo, especialmente en aquellos casos en que los computadores se ocupan en red por varias personas. Obviamente esto, al igual que cualquier otro caso, será materia de prueba, tanto de la tenencia, como de la tenencia culpable, con conocimiento de ella y de los fines de dichos programas.

Por lo anteriormente señalado, parece necesario establecer marcos claros y rígidos respecto de la tipificación de este tipo de conductas, máxime si se trata de penar la

tenencia, elementos que son conocidos o manejados por personas con algún grado de conocimiento más avanzado en computación<sup>81</sup>, estableciendo límites temporales a la persecución penal y precisión respecto de cuáles serían los tipos de programas de tenencia prohibida o cuya tenencia maliciosa se consideraría punible.

### VIII. CONCLUSIONES

Ciertamente las figuras en la ley vigente pudieron ser comprendidas en nuestro Código penal, para lo cual haber sido necesario solo unas pequeñas modificaciones, de manera tal de conciliar estas nuevas formas de comisión delictual en función de los bienes jurídicos y no simplemente desde una perspectiva fenomenológica.

En la actualidad, los dos proyectos que dicen relación con los delitos informáticos han rozado el tema de la derogación de la Ley 19.223 y, en definitiva, comprender las figuras tipificadas en este cuerpo legal en el Código penal.

El retardo en las modificaciones y/o en las actualizaciones legales ha ayudado solamente a sembrar dudas y desproteger la inviolabilidad de la correspondencia electrónica, la fidelidad de los datos magnéticos contenidos en una tarjeta electrónica no ha protegido la propiedad sobre el ancho de banda inalámbrico, así como tampoco ha solucionado problemas que se presentan en las estafas y defraudaciones cometidas por medios electrónicos.

Todos estos inconvenientes deberían llamar a los legisladores a comprender la necesidad de dar mayor celeridad al proceso legislativo, de manera tal que la norma pueda ser compresiva de una realidad, antes de que esta vuelva a cambiar.

Ciertamente la realidad nos plantea una serie de nuevos problemas que requieren de una solución integral, desde la perspectiva del bien jurídico, de manera armónica, que pueda conciliar la pena y el delito en una relación de proporcionalidad, lo cual solo se logrará con una reforma orgánica a nuestro añoso Código penal.

---

<sup>81</sup> Sobre este punto debo reconocer que no es necesario ser programador para crear un virus, ya que con conocimientos básicos en computación, existen páginas en Internet en las cuales el usuario puede crear virus, además de que existen otras tantas en las cuales se pueden encontrar programas para *hacking*, *cracking* y muchos *keygen*.

# DERECHOS HUMANOS



*Corpus Iuris Regionis.*  
*Revista Jurídica Regional y Subregional Andina 9*  
 (Iquique, Chile, 2009) pp. 131-137

## GLOBALIZACION, PROFECÍA Y EDUCACION EN DERECHOS HUMANOS\*

JUANA ROSA RÍOS MEZA\*\*  
 Universidad Arturo Prat

*“Cabe en historia la profecía. Más aún: la historia es una labor científica en la medida que sea posible la profecía... Cuando el sentido histórico se perfecciona, aumenta también la capacidad de previsión”*

José Ortega y Gasset  
 (El tema de Nuestro Tiempo. La Previsión del Futuro)

### RESUMEN

Las amenazas y riesgos que la globalización liberal entraña para la dignidad humana, sobre los que han alertado las voces de los profetas, desafían a enfrentarlos con una educación en derechos humanos y valores a partir de una propuesta curricular crítica que forme y potencie sujetos de derecho solidarios, constructores de un mundo mejor.

**PALABRAS CLAVE:** Educación en derechos humanos y valores; currículum crítico; peligros de la globalización; Informe Lugano.

### ABSTRACT

*Threats and risks, which prophets have advised, liberal globalization poses to human dignity dares us face them with a strong emphasis on education in human rights and values from a critical curricular proposal which form integral individuals capable of creating a better world.*

**KEY WORDS:** Education in human rights and values, critical curriculum, globalization hazards, Lugano Report.

### INTRODUCCIÓN

A fines del siglo XIX y principios del siglo XX, ¿previeron los intelectuales de Europa el fracaso de los Estados como plataforma ética generadora de normas jurídicas, debido a su transformación en Estados terroristas, que culminaron con los tristes sucesos del holocausto nazi, la devastación humana y material causada por las dos bombas atómicas sobre Japón, y la posterior división del mundo en dos ejes de poder que mantuvieron a la Humanidad en jaque durante cuarenta años?

---

\* Trabajo presentado por la autora dentro del Programa de Magíster en Educación Superior, Mención Docencia Universitaria cursado por ella, impartido por la Universidad Arturo Prat de Iquique, evaluado por el profesor Dr. Sergio González Miranda.

\*\* Profesora de Derechos Humanos en la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat de Iquique y actualmente Jueza del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique.

Si lo hicieron, ¿corrieron los premonitores la misma suerte de todos los profetas sociales desde que Jeremías se arrastraba denunciando y anunciando la invasión y exilio del pueblo judío en el siglo VI antes de Cristo?

Conocemos la respuesta.

La comunidad internacional no articuló una propuesta comunitaria defensiva ante la barbarie vaticinada y efectivamente experimentada, justificando la inacción en el principio (o dogma, entonces) de la soberanía nacional, que imponía la no intervención, haciendo impermeable al Estado frente a la violación de los derechos humanos.

Ante los nuevos peligros que hoy se ciernen sobre la Humanidad, ¿atenderemos la voz de los profetas?

La caída del muro de Berlín en 1989 y la reunificación alemana de 1990 marcaron el inicio del fin de la bipolaridad, celebrando Occidente el colapso del comunismo y lanzando un proyecto más ilusorio que este: el del libre mercado global que construido sobre una imagen de modernidad occidental, deformada, en el decir de John Gray, por una ideología de mercado tan alejada de la realidad humana como lo había estado el marxismo.

Sin embargo, esta ilusión se desvaneció con los atentados contra las Torres Gemelas de Estados Unidos, el 11 de septiembre de 2001, que dejaron sin sustento a la tesis de que había triunfado la ideología neoliberal, y demostraron que era hora de aceptar la búsqueda de caminos alternativos para alcanzar la modernidad.

En el nuevo escenario se han expandido las economías capitalistas, tanto las tradicionales como las emergentes de Asia que están dando grandes pasos en esa dirección, afianzadas por la profunda renovación de la tecnología, y la eliminación de fronteras arancelarias desde la constitución, en 1995, de la Organización Mundial del Comercio, economías en que el centro de acción ya no son las fábricas, sino las bolsas de valores con transacciones de cariz especulativo, produciéndose un proceso paralelo de regionalización auspiciado por los intereses de las grandes potencias, en el que los países con intereses comunes han creado o fortalecido organizaciones supranacionales, que adoptan medidas proteccionistas frente a otros mercados, como la Unión Europea y las asociaciones de Asia y América.

Pero tal unidad no se ha erigido en garante para la protección de los Derechos humanos, pues, si como ejemplo miramos el caso europeo, observaremos que la región no tuvo la voluntad de implicarse en los graves conflictos de la ex Yugoslavia, cuyos métodos de limpieza étnica y ejercicio del terror y exterminio reeditaron el genocidio y los demás crímenes de lesa humanidad del holocausto nazi.

En el ámbito social, observamos que en los países desarrollados se ha producido una regresión del Estado Social de Derecho, como ente garantizador de derechos esenciales para asegurar un nivel de vida digno; se ha generado el desempleo de la mano de obra menos calificada, tornándolo en un grave factor de discriminación y marginación social, agravado con el aumento de la población activa y la población inmigrante, y la reducción de la mano de obra industrial que las nuevas tecnologías han provocado.

El nuevo modelo está generando una macroestructura social internacional, conformada por tres tipos de actores: los globalizadores, los globalizados y los excluidos, siendo estos los que no tienen acceso a los conocimientos, ninguna importancia como consumidores y un papel insignificante en la producción.

En el aspecto político, se ha debilitado el poder del Estado a través de dos mecanismos, según advierte Zaki Laidi: la baja del poder adquisitivo de la democracia representativa y la ausencia de un dispositivo capaz de ofrecer a los Estados un “cerco” o “barrera simbólica”, causando que estos sean cada vez menos los representantes del interés colectivo.

En el aspecto cultural, la globalización pretende una homogeneización que tiende a la erosión y supresión de las tradiciones culturales locales e indígenas, reproduciendo el modelo occidental de masas, generando resistencia y reacciones violentas.

### ¿QUÉ DICEN LAS PROFECÍAS RESPECTO AL NUEVO ESCENARIO?

En *El Informe Lugano*, Susan George, a través de la ficción, plantea una profecía que invita a una reflexión urgente, seria y profunda, pues, aparte de mostrar las contradicciones de la nueva doctrina de dominio mundial, devela los riesgos y amenazas que entrañan para la dignidad humana y la sociedad democrática, concentrando su denuncia en el postulado de que el ultraliberalismo tiene en sí el germen de la destrucción que conlleva.

En el relato, un grupo de trabajo compuesto por expertos y apologistas del sistema de libre mercado globalizado elabora un informe confidencial a pedido de sus mandantes, para definir el destino del capitalismo y determinar los peligros a los que se verá expuesto en el contexto de la economía globalizada.

Entre los riesgos, incluyen la sobreexplotación de los recursos naturales, sugiriendo la racionalidad, para no provocar la quiebra del sector asegurador, evitar el aumento de los conflictos armados debido a problemas ecológicos y la falta de alimentos.

Como segundo peligro, señalan el desigual reparto de las riquezas que el sistema genera, a favor de los mejor situados y en desmedro de las masas de excluidos, lo que causa en estos ideas de venganza y descontento, haciéndoles más manipulables por quienes manejan los sentimientos de odio, lo que permite vaticinar el advenimiento de una “lucha de clases”, que sería un gran obstáculo para situar al capitalismo como el único sistema imperante en el mundo.

El tercer peligro, advierten, es la extensión de las economías ilegales, como el narcotráfico, el contrabando de todo tipo de bienes, como armas, drogas y personas, las que echarían por tierra la tranquilidad financiera del sistema.

Aconsejan, citando a Machiavello, eliminar la superpoblación de los excluidos, pues genera conflictos sociales, y citando a Platón, Aristóteles y al teólogo Tertuliano, descalifican cualquier ética, porque puede atentar contra los cimientos del mercado, señalando: “La prueba es que seguimos considerando éticamente correcto que personas analfabetas, sin posibilidad de encontrar empleo, superfluas y degeneradas, sigan proliferando y propagándose a placer”.

De una población estimativa de doce mil millones de personas para el año 2020, proponen reducirla a ocho mil millones, pero en realidad buscan llegar a los cuatro mil millones, como en 1975, que consideran la época dorada, centrandó toda la estrategia de exterminio en el mundo subdesarrollado, estableciendo sus fundamentos teóricos y filosóficos, entre los cuales está manipular la ideología dominante de los

occidentales mejor preparados centrada en el individuo, imbuidas del moralismo que tanto molesta a los autores del Informe, y centrarla en el conjunto de la Humanidad, construyendo una moral diferente que no contemple como punto de partida al individuo, ni mucho menos los derechos humanos universales, cuya armazón se construirá por pensadores patrocinados por los mandantes del Informe.

Como pilar político, recomiendan modificar el marco de las Naciones-Estado por un poder político supranacional, gestionado por instituciones transnacionales como el Fondo Monetario Internacional o la Organización Mundial del Comercio, sustituyendo las normas nacionales por otras más beneficiosas para las empresas transnacionales, sugiriendo que el Poder Ejecutivo mundial tenga como modelo la coalición europea y el Grupo de los Siete (G-7), sin dar cuenta a los Estados; que el sistema político no contemple la democracia parlamentaria, y que solo el Poder Judicial se mantenga en manos de los Estados, quedando la estructura militar en manos de organizaciones como la OTAN, debiendo darse a las masas la sensación de que aún cuentan para algo, aunque el poder seguiría estando lejos de sus manos, por su propio bien.

Como pilar psicológico, sugieren hacer crecer los sentimientos individuales de identidad y pertenencia a los grupos más pequeños posibles, alejando de las mentes la idea de ciudadanía o cualquier otra que resulte englobadora de distintas realidades. El extremismo y el fanatismo son vistas como armas para aumentar la división de la sociedad civil, haciéndola más manipulable.

En las conclusiones, el equipo sostiene que el sistema neoliberal global es selectivo y no puede dar cabida ni siquiera a todos los habitantes de las economías desarrolladas, y prevén que a medida que aumenten las desigualdades y el número de excluidos que el sistema genere, aumentarán sus protestas y luchas armadas.

De lo anterior, concluyen que es necesario diezmar la población a través de estrategias de reducción, que dividen en: preventivas, para disminuir las tasas de natalidad, y en curativas, para aumentar las de mortalidad.

Dentro de las curativas, ven en la dominación del otro un elemento clave para su política de reducción, bogando por métodos de control indirectos e invisibles, como los culturales y los basados en los ajustes estructurales y el debilitamiento del Estado. Sugieren también hacer proliferar las guerras entre poblaciones del Tercer Mundo propendiendo al extremismo en los países menos desarrollados, y aumentar los factores que desencadenan guerras civiles, dotando a todos los contendientes de armas modernas, escenario en que los contrincantes de los Estados desarrollados no serán los Estados subdesarrollados, sino grupos terroristas como representantes de los marginados y desfavorecidos, debiendo darse completa publicidad a sus acciones para favorecer los objetivos del Informe, y para predisponer a la opinión pública internacional contra cualquier medida integradora. Estiman que el hambre y las pestes, serán sus aliados en la estrategia de exterminio.

En las medidas preventivas, están por la reducción de la tasa de fertilidad del Tercer Mundo, a través de programas de esterilización voluntaria o atrayendo a las mujeres más pobres con regalos.

En este mismo sentido, saludan con entusiasmo la propagación del SIDA y otras pestes, como forma de diezmar la población y hacer crecer las tasas de mortan-

dad, pues no son partidarios de los sistemas de exterminio rápidos, como el genocidio, por ineficientes y burocráticos.

En el tema de los mercados ilícitos, concluyen que la legalización de las drogas sería sumamente positiva, puesto que ingresaría al mercado global un negocio millonario, cuyos actuales beneficiarios son las mafias y los gobiernos paralelos.

### ¿TIENE SUSTENTO LA TERRORÍFICA PROFECÍA ESBOZADA?

En la conflictiva historia del reconocimiento de la dignidad humana a través de la formulación positiva de los derechos humanos, el plan advertido en la novela de George, evidentemente significará una vuelta atrás.

¿Cómo enfrentar los perversos efectos anotados y la amenaza esbozada, impidiendo el retroceso en la conquista por la libertad y la dignidad humanas?

El tema es la urgencia del momento, y la educación en Derechos Humanos y valores tiene la palabra.

Una estrategia sólida de acción es la reforma de la educación de los pueblos, especialmente los menos desarrollados, que si bien debe adaptarse a los desafíos de la sociedad del conocimiento generada por la globalización, también deben oponer una barrera ideológica a todo el esfuerzo totalitario que en el fondo encierra la nueva propuesta, reforma que debe expresarse a través del diseño curricular, entendiendo a este como forma de influir intencionalmente en otros, modificar a otros, de moldear una conciencia y desarrollar una posición moral, para formar, producir saber, construir un sujeto desarrollando al máximo su potencial. Es decir, un poder ejercido en beneficio de sus destinatarios.

Como expresa el profesor Magendzo, todas las concepciones curriculares tienen posibilidad de incorporar la educación en derechos humanos como objetivo y contenido, aunque lo harán desde perspectivas e intenciones distintas, haciendo hincapié en propósitos diferentes, como ha sucedido con el currículum académico y el cognitivo, en boga en las reformas educacionales de la mayoría de los países latinoamericanos, que han incorporado los Derechos Humanos como contenido transversal, no creando, por regla general, una asignatura específica, sino incluyéndolos en otras, que ha enfrentado serios obstáculos y tensiones, por la marcada tendencia de dar mayor importancia a los contenidos disciplinarios que a la temática valórica.

Sostiene, que son las posturas curriculares críticas las que se apropian de la educación en derechos humanos de forma más integral, holística, y de manera más natural, porque la teoría crítica parte de la premisa de que las estructuras sociales no son tan racionales y justas como generalmente se piensa, lo que no se percibe, porque hemos llegado a considerarlas como naturales.

Con la adopción de tal teoría, la relación currículum-derechos humanos es aún más tensional, conflictiva y problemática, porque la torna una acción eminentemente política y transmisora de ideologías, y ello, porque significa incorporar en el proceso de selección, organización, transferencia y evaluación del conocimiento curricular, el sentido de compromiso liberador-emancipador, ético-moral, procurador de justicia social, de responsabilidad solidaria, de empoderamiento personal y colectivo, y de construcción de sujetos de derecho.

Intentando redefinir el sentido de la educación en derechos humanos, sostiene que ella debe constituirse en un factor de democratización y modernización de nuestras sociedades, y no solo del área de la democracia política, sino que también del área de la democracia cultural y educacional.

Dice, que estas son condiciones necesarias para la apertura al mundo globalizado, y sobre tal base es posible la construcción de una moderna ciudadanía, en la cual el sujeto es productor y no solamente consumidor de su experiencia y de su entorno social, en donde la modernidad, además del progreso económico, tecnológico y social, será sobre todo exigencia de libertad y defensa contra todo lo que transforma al ser humano en instrumento o en objeto.

La educación en derechos humanos adquiere su sentido más profundo cuando contribuye con decisión a erradicar la marginación y la exclusión de la vida ciudadana en la que se encuentra la mayor parte de la población, pues el ingreso y tránsito hacia una sociedad democrática exige el reconocimiento de que la dignidad humana es central.

Resulta sobrecogedora y convoca al acuerdo la postura del autor, en cuanto acentúa que la educación en derechos humanos es un vigilante del recuerdo para el nunca más, al transmitir a través de la memoria una ética de la atención, una actitud para que las jóvenes generaciones sean más atentas que sus mayores, rol que no es de control ni de censura, sino que de acogida, de hacer del aprendizaje de la memoria histórica un acontecimiento ético existencial, un acto de apertura hacia la historia de “los otros” en sus penas y sufrimientos.

Concita también la adhesión, cuando sostiene, fundamentado en la teoría del currículum crítico, que el sentido último de la educación en derechos humanos es la formación de un sujeto de derecho que adscribe a la educación para el empoderamiento, para el cambio personal y social, que debe tener como producto un sujeto que es capaz de hacer uso de su libertad respetando los límites de esta; que reivindica el ideal de la igualdad reconociendo la diversidad en actitud solidaria de respeto mutuo; que tiene conocimiento básico de los cuerpos normativos y de las instituciones llamadas a proteger sus derechos y el de los demás; que hace uso del poder de la palabra y no de la fuerza para defender y exigir el cumplimiento de sus derechos y los de otros, porque su interés es la persuasión y no el sometimiento; que tiene capacidad para fundar sus juicios asumiendo una postura crítica y flexible, con una clara visión de su poder de actuar en el mundo, en la capacidad de conferirle sentido y valor a su existencia, de tejer su futuro, de autoafirmarse y autoestimarse, y de comprometerse con lo público, con el bien común.

La reflexión realizada permite concluir que la formación de los sujetos de derecho capaces de afrontar con valor el tenebroso porvenir, es labor de los educadores y de la sociedad toda, desde el Estado poderoso hasta el ciudadano más humilde, y aunque se advierten los posibles conflictos y resistencias, quienes formamos parte del primer grupo tenemos la responsabilidad de producir una generación con una trayectoria vital determinada: construir un mundo mejor.

## BIBLIOGRAFÍA

1. *Historia del mundo contemporáneo*, Editorial EDEBE (Barcelona, 1998).
2. TRAVIESO, Juan Antonio, *Historia de los Derechos Humanos y Garantías*, Editorial Heliasta, 2ª edición (Buenos Aires, 1998).
3. GRAY, John, *El poder universal no existe*, en *Revista Tres Puntos* 236, enero de 2002, en: [www.globalizacion.org](http://www.globalizacion.org);
4. MAGENDZO, Abraham, *Currículum y cultura en América Latina*, 2ª edición (agosto de 1991); *Derechos humanos y currículum escolar; gatillando conversaciones en torno a las ciencias sociales y la educación ciudadana*.
5. GEORGE, Susan, *El informe Lugano. Cómo preservar el capitalismo en el siglo XXI*.
6. LAIDI, Zaki, *El Desafío de la hipermundialización*.



## REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO A LA VIDA Y AL DERECHO A MORIR

JAIME RODRIGO BRAVO COBB\*  
 Abogado

### RESUMEN

En el presente artículo intentaremos aproximarnos, desde una perspectiva jurídico-filosófica, a dos conceptos que han generado una interesante controversia jurídica en las últimas décadas, nos referimos al “derecho a la vida” y el “derecho a morir”. Con el objetivo de abordar el tema de manera didáctica, plantaremos algunas interrogantes, a saber: ¿existe el “derecho a la vida” y en qué consiste?, ¿cuál es su objeto?, ¿cuáles son sus límites?, ¿cuál es la obligación correlativa a este derecho?; si existe el derecho a la vida, ¿existe también un “derecho a morir”?; ¿es factible alegar o hacer exigible el “derecho a morir”? Estas interrogantes intentaremos responder –o al menos comprender los fundamentos básicos de la discusión– durante el curso del presente artículo; procuraremos, además, pronunciarnos respecto a la cuestión relativa a las facultades que le competen a los titulares de los derechos mencionados, especialmente en lo relativo a la disposición de estos, e intentaremos profundizar en las doctrinas representativas de las corrientes de pensamiento mayoritarias que se pronuncian respecto de la existencia, fundamentos y contenido de ellos. Finalizaremos mencionando algunos casos reales que impactaron a la opinión pública mundial y cuyo contenido y alcance resulta interesante desde el punto de vista de las ciencias jurídicas.

Derecho a la vida, derecho a morir, suicidio, bioética, bioderecho.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a morir, derecho a la vida, suicidio, Bioética y Derecho.

### ABSTRACT

*In the present article I will try to come closer, from a juridical and philosophical perspective, two concepts that have generated an interesting juridical controversy in the last decades, I refer to the “right to the life” and “right to die”. With this aim to approach the topic, it will raise some questions, namely: does a “right to the life” exist and what it consists?, which is its object?, which are its limits?, which is the correlative obligation to this right?; if the right to the life exists there’s exists also a “right to die”?; is it feasible to invoke or to do exigible the “right to die”? Will try to answer these questions –or at least understand the foundations of the discussion– in the present article; trying to declare, in addition, with regard to the question relative at the powers that correspond to the holders of these rights, specially its disposition, and will try to penetrate into the most representative doctrines of the majority currents of thought that they declare respect of the existence, foundations and content of these rights. I will finish mentioning some real cases that hit to the world public opinion and whose content and scope is interesting from the point of view of the juridical sciences.*

**KEY WORDS:** *Right to the life, right to die, suicide, bioethics, bioright.*

\* Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Escuela Regional de Gobierno, Universidad Arturo Prat, Iquique - Chile. Correo electrónico: jbravo.cobb@vtr.net; jbravoo@uc.cl

## INTRODUCCIÓN

El 31 de marzo de 2005 y al cabo de dos semanas de habersele retirado, por orden de un tribunal estatal, las sondas que le alimentaban y le hidrataban, fallecía de inanición y deshidratación, en una institución de salud del estado de Florida en EE.UU., Theresa Marie Schiavo (Terri Schiavo), mujer norteamericana de cuarenta y años, que se encontraba en estado vegetativo persistente desde el año 1990.

Finalizaba, con este triste epílogo, una contienda judicial de más de una década entre Michael Schiavo, quien, en su calidad de tutor legal, había solicitado el retiro de las sondas de alimentación para provocar la muerte de la que fuera su cónyuge, y los padres de esta que se oponían tenazmente a ello, habiendo logrado, inclusive, que el gobernador del estado de Florida dictara una ley especial para impedir el retiro de las sondas. Finalmente, todo fue resuelto por un juez estatal, quien hizo primar la voluntad presunta de Theresa –de no continuar “viviendo” en ese estado semihumano– y ordenó el retiro de las sondas de alimentación e hidratación provocando, en un plazo de dos semanas, la muerte de esta mujer.

### I. EL DERECHO A LA VIDA Y EL DERECHO A MORIR (CONCEPTOS, LÍMITES, ALCANCES)

En el inicio de este artículo nos haremos cargo, de inmediato, de la interrogante referida a la existencia de un derecho subjetivo denominado “derecho a la vida”. En este punto, y como premisa inicial, podemos señalar con claridad que, a estas alturas de la historia humana, existe unanimidad en la doctrina –tanto jurídica como filosófica– respecto de la existencia del derecho a la vida o derecho a vivir. Sin embargo, esta gratificante unanimidad se esfuma en el momento mismo de tener que identificar tanto los principios que sustentan este derecho como el dilema de sus límites o alcances y la cuestión relativa a las potestades que confiere la titularidad de este.

A pesar de ello, citaré como punto de inicio el concepto que, a este efecto, propone el profesor Ugarte cuando señala que: “El derecho a la vida –la vida personal– consiste en el derecho de mantenerla o conservarla como un bien fundamental frente a los demás hombres, o si se quiere, es el derecho a que nadie nos la quite. Es un derecho natural”<sup>1</sup>.

Aunque aborda un elemento central en la estructura del derecho a la vida, el concepto anterior se limita apenas a caracterizarlo, pues una parte importante de la doctrina considera que este es bastante más que el solo derecho a vivir, a que no nos maten o no nos quiten la vida; dicho de otra manera, el derecho a la vida es mucho más que simplemente existir y sobrevivir. Lo anterior, como efecto y producto del desarrollo de las ciencias políticas y del reconocimiento universal de una serie o catálogo de derechos denominados por la doctrina y las legislaciones como: *derechos humanos* o *derechos esenciales*; estos derechos –tanto individuales como colectivos– se sostiene

---

<sup>1</sup> UGARTE GODOY, José, *El derecho de la vida: el derecho a la vida, bioética y derecho*, Ed. Jurídica de Chile, (Santiago, 2006) p. 117.

ne que emanan, directa e inmediatamente, de la dignidad que en calidad de individuo integrante de la especie humana le compete a toda persona.

Ahora bien, estos derechos, a los que me referiré como derechos esenciales –a mi juicio la expresión *derechos humanos* resulta ser un pleonasma innecesario, pues por definición los derechos solo le corresponden a los seres humanos– han recibido consagración positiva, prácticamente en la unanimidad de las legislaciones modernas de la cultura occidental. El proceso mediante el cual estos derechos esenciales han ido adquiriendo reconocimiento positivo permite identificar distintas etapas, lo que conlleva a una distinción de diferentes conjuntos de derechos esenciales, es así como la doctrina distingue entre derechos esenciales –o humanos– de primera, segunda y tercera generación.

Es preciso hacer notar que estos derechos no son nuevos en tanto su creación o formulación doctrinal, sino en cuanto a su reconocimiento positivo pues, a nuestro juicio, un derecho solo adquiere dicho *status* en la medida que es reconocido como tal por la colectividad y sancionado por el ente político, antes de ello, podrá ser considerado un principio de justicia, una norma de conducta social, inclusive, revestir el carácter de norma moral, pero la categoría de “derecho” solo se adquiere en tanto el ente social esté dispuesto a proteger su ejercicio o a garantizar su acceso, obligando para ello a los miembros de la colectividad, incluso coactivamente, a respetarlo y cumplirlo.

El constitucionalismo moderno identifica una serie de derechos esenciales –individuales y sociales– cuya protección y acceso se encuentra garantizado por el Estado y cuyo contenido se vincula de una manera u otra al derecho a la vida, principalmente en lo que dice relación con el desarrollo de esta en condiciones de bienestar, es decir, no es vida solamente, es vida con realización personal.

La mayoría de estos derechos están recogidos en nuestra Carta Fundamental. Así por ejemplo, nuestra Constitución garantiza, como complemento y correlato inmediato del derecho a la vida, el derecho a la integridad física y psíquica del ser humano –también denominado derecho a la salud–, el derecho a un tratamiento igualitario y a no ser discriminado arbitrariamente –producto de la igualdad esencial de los individuos–, al derecho a la honra y la vida privada, al derecho a la libertad de conciencia –libertad de culto–, al derecho a la libertad personal y a la seguridad individual –la intangibilidad del individuo frente al *jus puniendi* del Estado– al derecho a la educación –cuyo objeto final es el desarrollo pleno del individuo– el derecho a acceder, libre e igualitariamente, a las acciones de salud, sean estas de promoción, protección, recuperación o rehabilitación, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el derecho a la libertad de trabajo y el derecho a la seguridad social y algunos otros derechos que consagra nuestra Constitución en su artículo 19.

El proceso que conduce al reconocimiento de estos derechos humanos esenciales, lleva a constituir lo que la ciencia política moderna denomina el “Estado Social de Derecho”, estableciendo como pilar fundamental de estas garantías el que “la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, porque ellos son superiores al Estado y a sus órganos, como asimismo a toda autoridad, asociación o individuo”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> CEA EGAÑA, José, *Tratado de la Constitución de 1980*, Ed. Jurídica de Chile (Santiago, 1988), p.

De lo anteriormente dicho podemos extraer dos conclusiones relevantes: en primer lugar, la preeminencia de la persona –individuo de la especie humana– toda vez que su dignidad y calidad son inalienables e inviolables y prevalecen por sobre cualquier consideración, sea que esta corresponda a una proposición racional derivada del orden natural de las cosas o que se refiera al orden moral, o sea, de aquellas que responden al carácter de verdad revelada.

En segundo lugar, del conjunto de derechos y libertades garantidos por la constitución, es razonable concluir que la vida humana no es pura existencia y supervivencia, sino que esta –por su naturaleza intrínseca– aspira y se orienta hacia un desarrollo que considera una serie de condiciones necesarias –bienestar– para el adecuado cumplimiento de sus fines propios. Es así, entonces, como todo este catálogo de derechos, libertades y garantías –individuales y colectivas– pretende garantizar, a todos los individuos, la posibilidad de tener una vida plena cuya realización personal sea congruente con la dignidad del ser humano, esto es, una “vida con bienestar”.

En concordancia con lo expuesto podemos ensayar una definición más amplia de derecho a la vida diciendo que este es un derecho de doble faz que, por una parte, comprende el de mantener y conservar la vida corporal como bien primigenio, fundamental y –por la otra– es el derecho fundacional de todo individuo, por el cual nos reconocemos como seres humanos con dignidad y libertad, aptos de ser titulares de otros derechos humanos esenciales, destinados a asegurar las condiciones mínimas requeridas para vivir una vida con integridad, dignidad y realización.

Con relación a este derecho innato, algunos autores, fundamentalmente, cristianos y católicos, consideran que existe una obligación correlativa al derecho a la vida –en cuanto a la primera faz enunciada–, esta obligación consistiría en el deber de conservar la vida. En efecto, Ugarte propone que “siendo ilícitos el suicidio y el homicidio, no solo existe el deber de no causarlos por acción, sino también el de no causarlos por omisión, el cual se traduce en el de poner los medios necesarios para conservar la vida”<sup>3</sup>. Más adelante me referiré con detención sobre esta premisa.

Llegados a este punto y con el objeto de ir delimitando el alcance del derecho a la vida, es menester abocarnos a determinar los límites de este “derecho a la vida”. A nuestro juicio, en este apartado es necesario distinguir entre límites materiales y límites formales.

Cuando hablamos de límites materiales hacemos alusión a aquellos que se refieren a la dimensión corpórea temporal de la vida y que estarían constituidos por el nacimiento –inicio– y la muerte –término–; por su parte, la fórmula utilizada, de límites formales, se refiere a las limitaciones normativas, impuestas como medio de protección y constituidas, fundamentalmente, por el principio general de derecho de no causar daño a otros seres humanos, el cual se consagra en el ordenamiento positivo mediante las figuras por las cuales la ley punitiva sanciona los atentados contra la vida y la integridad corporal. Dicho en otras palabras, el límite formal al ejercicio del derecho a la vida está determinado por el deber jurídico de respetar el ejercicio que, de este mismo derecho, le corresponde a cualquier otro individuo de la especie humana.

---

<sup>3</sup> UGARTE, José, cit. (n. 1), p. 189.

En cuanto a la determinación de los *límites materiales*, no es una cuestión pacífica ni exenta de polémica, por el contrario, es un punto ultrasensible que divide a los autores –en posiciones encontradas– entre aquellos que, atendiendo a los principios en que sustentan sus propias convicciones jurídicas, filosóficas y aquellas propias del orden moral, defienden los límites señalados por los dogmas derivados de una “verdad revelada” –de índole religiosa– y aquellos que sustentan posiciones fundadas en los principios del conocimiento científico, con una interesante variedad de posturas eclécticas entre una y otra sobre el particular nos referiremos en extenso en el numeral III.

Entre los que se pronuncian respecto del inicio –¿nacimiento?– del *derecho a la vida*, como derecho subjetivo, esto es, aquel atribuible a un “sujeto” determinado que goza de “personalidad jurídica”, entendemos por ella la facultad o capacidad de ser titular de derechos, deberes y obligaciones. Solo es posible concluir que este inicio no puede sino identificarse con el comienzo de la existencia legal de la persona humana, momento que, para nuestro derecho positivo, se produce al nacer, esto es, al separarse una criatura completamente de su madre y sobrevivir a dicha separación al menos un instante –principio de la vitalidad–. Sin perjuicio de esta regla, nuestro ordenamiento positivo reconoce la existencia de aquel ser que está por nacer –que por ende carece de personalidad jurídica– y acude en su protección, estableciendo para ello un especialísimo estatuto que, por medio de una ficción jurídica, atribuye derechos a un ser que jurídicamente no existe, bajo la condición suspensiva que llegue a existir, esto es, que se verifique la existencia legal del *nasciturus*, teniendo presente que si no se configura el denominado “principio de existencia”, esto es, si la criatura muere en el vientre materno o no sobrevive a la separación ni siquiera un momento, se considera que dicho ser jamás existió.

Esta figura, excepcionalísima, esta ficción de nuestro ordenamiento, queda de manifiesto en varias normas legales, a saber: en la propia Constitución, que señala que la ley protege la vida del que está por nacer –otro tanto ocurre en la ley civil y en el código punitivo–; el Código civil se refiere a los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno si hubiese nacido y viviese.

Teniendo presente, entonces, esta situación de excepción podemos señalar que, si bien como regla general, es posible y necesario declarar que el “derecho a la vida” principia o se adquiere con el inicio de la existencia legal de la persona, existen normas positivas que reconocen derechos al que está por nacer, lo que se denomina por la doctrina “el estatuto de derechos del no nacido” –*nasciturus*, según su denominación en la doctrina española–, entre los cuales hay algunos cuya disponibilidad se encuentra sometida a la condición suspensiva que se verifique la existencia legal del que está por nacer y otros cuyo objeto es, precisamente, la protección de la existencia natural del que está por nacer, pudiendo hacerse efectiva incluso antes del nacimiento; así, por ejemplo, nuestro derecho penal tipifica distintas conductas, cuando estas tienen como finalidad provocar un aborto. A este respecto, el profesor Ugarte se refiere, *in extenso*, a los conflictos y desencuentros provocados por el tema del inicio de la vida humana y las consecuencias que dichas definiciones pueden tener respecto de los derechos reproductivos y al dilema del aborto<sup>4</sup>. Para nosotros, valga lo dicho en la regla general, en cuanto al momento en que entendemos que “nace” o se inicia el derecho a la vida.

---

<sup>4</sup> UGARTE, José, cit. (n. 1), pp. 225-524

Ahora bien, si en referencia al derecho a la vida señalamos que existe, virtualmente, unanimidad, en la doctrina en cuanto a su reconocimiento; es menester reconocer que respecto del “derecho a morir” la cuestión es bastante controvertida. Efectivamente, una parte importante de la doctrina jurídica tradicional –ligada fuertemente a la moral cristiana– entiende que la vida es un don o valor sagrado e inviolable y cuya disposición no es una facultad que le corresponda al titular del derecho, “la vida es obra de Dios: Él da la vida espiritual y corporal: solo él tiene poder para hacerlo, y Él quita la vida corporal con la muerte; Él solo es pues Él señor y el árbitro de la vida”<sup>5</sup>. Así por ejemplo, en referencia al suicidio, figura que comprende una disposición voluntaria de la propia vida, ya desde fines del siglo decimonónico los pensadores cercanos a la doctrina católica sostenían que esta disposición no le estaba permitida a quien profesaba la fe cristiana<sup>6</sup>.

En contraposición a la postura anteriormente expuesta, que denominaremos doctrina tradicional cristiana, con el advenimiento de la Ilustración el desarrollo de las ciencias políticas, la secularización de las instituciones sociales y a la luz de la proclamación y el reconocimiento de los, denominados, “derechos esenciales”, lentamente han ido surgiendo voces que preconizan la preeminencia de la libertad humana, de la autodeterminación –producto del principio de la autonomía de la voluntad– en cuanto a la propia vida y desde esa perspectiva defienden la existencia de un “derecho a morir” o, más propiamente, a elegir la propia muerte, cuyo sentido es, precisamente, el disponer de la vida. Esta evolución del pensamiento no solo se ha dado en las ciencias jurídicas; en estas se ha avanzado, por ejemplo, hacia una despenalización progresiva de las figuras típicas de participación en el suicidio y al reconocimiento de los denominados derechos reproductivos de la mujer, respecto de la situación del término de los embarazos no deseados-arrojando señales muy potentes de una evolución desde un Derecho penal con un contenido fuertemente marcado por la moral cristiana tradicional, hacia un Derecho penal moderno que se preocupa de proteger los bienes jurídicos de atentados con connotaciones jurídicas y socialmente relevantes<sup>7</sup>.

No se limita la aparición de estas nuevas visiones solo al ámbito jurídico; también en el estudio de la filosofía y la teología han surgido voces que, reconociendo el valor intrínseco y sagrado de la vida humana, hacen constar la importancia de la libertad y la responsabilidad del hombre respecto de las decisiones que afectan su propia vida; así por ejemplo el teólogo Hans Küng sostiene que tanto en el inicio como en el fin de la vida es preciso reconocer que Dios entrega esta responsabilidad a los propios hombres: “Con la libertad, Dios ha confiado a los hombres el derecho a la plena autonomía. ¡Autonomía no equivale a arbitrariedad, sino a decisión de conciencia!”<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> UGARTE, José, cit. (n. 1), p. 117.

<sup>6</sup> A este respecto, Ugarte cita en su obra a Fernández Concha, quien sostenía ya a fines del siglo XIX: “El que no admite la existencia de un Ser Supremo, autor de la vida y regulador de las acciones humanas; el que no cree en una vida futura e inmortal, conforme a los méritos o desméritos de la presente; el que de este modo valora al hombre fuera de todo orden moral y de toda ley de justicia, ha de estimar la vida actual como un bien meramente útil, y ha de considerarse autorizado para disponer de ella a su arbitrio”, UGARTE, José, cit. (n. 1), p. 188.

<sup>7</sup> JAKOBS, Günther, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Edit. Tirant lo Blanch (Valencia, 1999), p. 70.

<sup>8</sup> KÜNG, Hans y JENS, Walter, *Morir con Dignidad*, Edit. Trotta (1997, trad. cast. Madrid, 1997), pp. 44-45.

Claramente, el proceso de secularización ha sido determinante en el cambio de mirada frente al derecho a morir, imponiéndose una moral social por sobre una moral basada en una verdad revelada, así lo sostiene Dworkin, quien señala que “ahora creemos que es una a forma terrible de tiranía, destructora de la responsabilidad moral, que la comunidad imponga a los individuos artículos de fe espiritual o de convicción”<sup>9</sup>. Del mismo modo, Lolás sostiene que “en la contemporaneidad democrática, lo justo y lo bueno lo son porque la mayoría así lo quiere. El principio de mayoría se convierte en justificación causal de bondad y justicia”<sup>10</sup>.

Es preciso apuntar, en todo caso, que en un plano doctrinal estrictamente jurídico, las voces que sostienen la existencia de un eventual derecho a morir no son mayoritarias; sin perjuicio de ello, enfrentados a la tarea de conceptualizar el “derecho a morir” podemos sostener que entendemos que este es aquel derecho que le asiste a toda persona de elegir la forma y el momento de su muerte, fundado en los principios de: autonomía de la voluntad, libertad individual y responsabilidad personal y social.

En este caso, y afectando en forma definitiva el ejercicio de este derecho –tan especial y personalísimo–, el bien fundamental y primigenio de todo individuo como es su propia vida, nos parece imprescindible dejar, claramente, asentados los principios en los que creemos que este derecho se funda, pues si bien es efectivo que consideramos que la libertad del individuo es, entre todos los derechos esenciales, el primordial, también creemos y valoramos la vida como un bien fundamental y desde esa perspectiva sostenemos que cada persona tiene no solo derecho a ella, sino que esta misma trae aparejados deberes y obligaciones, sociales e individuales, que resultan ineludibles e insoslayables para todo individuo, aun aquellos que careciendo de vínculos familiares efectivos –por ejemplo el huérfano de padre y madre, también huérfanos– tienen deberes innatos para con la colectividad.

Es en virtud de este razonamiento que sostenemos que sería pura ligereza y arbitrariedad el respaldar y justificar el accionar de una persona adulta que, sin considerar su situación familiar o conyugal, por un tropiezo personal o sentimental, profesional o laboral, decida poner término a su vida, desconociendo los deberes y obligaciones, superiores, que le corresponden como esposo/a y/o padre/madre de familia o como ciudadano miembro de un cuerpo social.

Teniendo entonces presentes los postulados enunciados, sostenemos que el *derecho a morir* comprende, en cuanto a su contenido, el elegir –en la medida de lo posible– “el tiempo y la forma de la propia muerte” –*tempus et conformatio mors*– pues como acertadamente se ha sostenido, la muerte es el único hecho inevitable y cierto que nos regala la vida, cada día nos aproximamos a su encuentro de manera inexorable. Es por ello que, a nuestro juicio, yerran quienes sostienen que el suicidio o la eutanasia son actos no naturales, pues en ellos los hombres eligen la muerte en lugar de la vida, el juicio falso contenido en dicha premisa es que, precisamente, nadie puede evitar la muerte; enfrentados al devenir irremediable de esta, los avances de la ciencia solo permiten retardarla mas no eludirla; por ello, lo único posible es elegir el

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida*, Edit. Ariel (1993, trad. cast. Barcelona, 1994), pp. 24-25.

<sup>10</sup> LOLÁS, Fernando, *Bioética: El diálogo moral en las ciencias de la vida*, Edit. Mediterráneo (Santiago, 2006), p. 57.

tiempo y la forma de morir. “Disponer de la propia muerte significa darle una apariencia acorde con lo que uno cree ser o una dignidad correlativa a su valor”<sup>11</sup>.

## II. DE LA TITULARIDAD Y LAS POTESTADES EN EL DERECHO A LA VIDA Y EL DERECHO A MORIR

Aclarado –desde nuestro punto de vista– el dilema sobre la existencia del derecho a la vida y del derecho a morir, se discute en la doctrina tanto respecto a la titularidad de estos derechos como a las facultades que respecto de ellos le corresponden al titular, entendiendo que entre estas facultades la principal es el poder de ejercer el derecho y disponer de él, soberanamente, sin respecto de otras personas o instituciones.

En cuanto a nuestra posición y previo a entrar en la discusión, valga aclarar que sostenemos que estos derechos tienen el carácter de *personalísimos* y que, en consideración a su especial naturaleza, en ocasiones tiende a confundirse el objeto del derecho con el titular de este –el sujeto–.

Otros derechos que comparten el carácter de personalísimos son: el derecho a la libertad individual (tanto corporal como de conciencia), el derecho a la nacionalidad, el derecho al honor, derecho a la intimidad y el derecho a la imagen; todos estos derechos, en principio y atendido su especial naturaleza, solo pueden ser ejercidos y reclamados por su titular, no admitiendo, por regla general, y salvo situaciones totalmente excepcionales delegación o mandato en su ejercicio.

En efecto, nuestro derecho positivo consagra algunas figuras en las que se puede advertir la concurrencia de conductas en las que el legislador permite que en el ejercicio de estos derechos personalísimos participen activamente terceros extraños al sujeto, nos referimos, en concreto, a la figura de la legítima defensa privilegiada de terceros –eximente de responsabilidad criminal– que se configura cuando una persona protege y defiende la vida de otro hasta el límite de ocasionar la muerte del agresor, todo ello bajo estrictos y determinados supuestos expresamente previstos en la ley penal<sup>12</sup>.

Sin embargo, la regla general es que por su calidad de derechos personalísimos estos solo puedan ser ejercidos por el propio individuo, teniendo siempre presente las especiales excepciones ya mencionadas.

Adoptando un modelo clásico para caracterizar los elementos relativos a todo derecho –sujeto activo, sujeto pasivo y objeto–, sostenemos que todo ser humano es sujeto activo –titular– de su propio derecho a la vida y de su derecho a morir –tal como los hemos conceptualizado anteriormente– y son sujetos pasivos de dichos derechos todos los otros individuos de la especie humana, en concreto, toda la humanidad –por el carácter absoluto y universal de estos derechos–.

En el caso particular del derecho a morir, es claro que la disposición de la vida por propia mano –suicidio– es la regla general en materia de disposición de este; situación que se encuentra reconocida en la gran mayoría de las legislaciones que, en consecuencia, han despenalizado las conductas suicidas imperfectas. Sin perjuicio de ello, los autores que sostienen posturas cercanas a la moral cristiana consideran que

<sup>11</sup> LOLAS, Fernando, cit. (n. 10), p. 79.

<sup>12</sup> CÓDIGO PENAL CHILENO, art. 10 n° 5 y 6.

todo individuo tiene el *deber de conservar la vida*, aun en circunstancias en que el vivir se transforma en una carga de dolor y sufrimiento, todo ello a partir de la concepción de este derecho como un derecho natural –un don o regalo divino– o más estrictamente una especie de participación que a cada individuo le corresponde por gracia del “alma” y/o del plan del Creador; con base en este razonamiento, para estos autores, Dios es una especie de *titular supremo y universal* respecto del bien vida –y por ende un “cotitular” del derecho a la vida– que a cada individuo humano compete. A pesar de la subsistencia de estas posiciones doctrinales, en muchas legislaciones modernas cada vez surgen, con mayor fuerza, posiciones doctrinales de corte liberal y humanista que anteponen como valor y bien supremo de todo individuo a la autonomía individual aun por sobre el bien vida.

Cosa muy distinta ocurre, sin embargo, respecto de la participación de terceros en la disposición de la propia vida, ya sea bajo la forma de colaboración o de auxilio en el procurarse la propia muerte; situación que, por el contrario, se encuentra penalizada en la mayoría de las legislaciones. En este sentido no podemos dejar de considerar la enorme casuística que se presenta cuando un individuo se encuentra incapacitado –temporal o permanentemente– de disponer de la propia vida. En efecto, ¿qué ocurre en el caso del herido grave, a causa de un accidente, cuya muerte es inevitable aunque no inminente y que solicita auxilio para morir?, debemos ignorar sus ruegos y esperar que se someta a sufrimientos indescriptibles, pues no es posible para un tercero alegar que ha representado al titular en el ejercicio del derecho a morir –aunque este mismo lo solicite y lo ordene–. Existe, también, la situación del enfermo postrado que, sin ninguna esperanza de mejorar y cuya condición y calidad de vida se encuentra reducida al mínimo, no le es posible procurarse la muerte a sí mismo, pues carece de la movilidad corporal requerida para ello, ¿no hemos de asistirlo en el ejercicio de su derecho: sea porque el derecho a morir no admite que sea ejecutado por un tercero o porque este debe someterse a la voluntad divina en cuanto la condición penosa de su vida, o ambas?, más adelante volveremos a referirnos a este problema.

### III. EL DERECHO A LA VIDA Y EL DERECHO A MORIR, VISIONES DOCTRINARIAS

Sin duda hemos ya esbozado algunos de los argumentos a los cuales recurren los autores en esta materia tan peliaguda, por ello este es el momento preciso para exponer nuestra posición respecto de los derechos esenciales a los que nos hemos referido, concentrándonos en aquellos que son materia de este artículo. Para ello es menester dejar asentado que, sin perjuicio de las profundas transformaciones que han de significar a nuestras sociedades fenómenos como la transculturización y la globalidad de la información y el conocimiento, hemos acotado nuestro campo de estudio a los principios, ideas y valores que han guiado e iluminado el desarrollo del pensamiento en el marco de lo que denominamos la cultura occidental.

A partir de la premisa expuesta, dejaremos asentado que, desde Constantino I –primer emperador romano en profesar el cristianismo– hasta nuestros días, el ideario –y el dogma– cristiano ha sido compatibilizado con los postulados racionalistas de la filosofía griega clásica –en una simbiosis no exenta de importantes contrariedades–

des— por una serie de hombre notables, quizás el mayor de todos ellos, el padre de la filosofía escolástica, el Doctor de Aquino que, además, ostenta la calidad de santo de la Iglesia romana.

Es por lo anterior que resulta imposible soslayar que, ya en su génesis —en su ADN—, el Derecho europeo —tanto público como privado; el continental como el de matriz anglosajona— ha estado fuertemente marcado por la concurrencia de principios y declaraciones de orden moral y de *ética cristiana* provenientes, fundamentalmente, del dogma católico. En efecto, durante más de un milenio todo el pensamiento y la creación intelectual de Occidente se desarrolló al amparo —y el férreo control— del *Poder Espiritual* representado por la figura del Sumo Pontífice Vaticano, sostenido por el *Poder Temporal o Secular* radicado en la figura del emperador.

Recién a partir del inicio de la Ilustración y del desarrollo de los postulados de la ciencia política moderna, es que surgen las primeras teorías que comienzan a desplazar la idea de un poder fundado en la divinidad, para ser reemplazadas por la noción de un poder temporal de dimensión humana, sustentado en el impulso transformador y reformador del hombre, dando lugar a posiciones que ubican como principal centro de interés y estudio al ser humano como ente individual y social.

En el mundo contemporáneo y sin perjuicio de las distintas posiciones que los Estados adopten frente al poder religioso —confesionales o seculares— es posible advertir la impronta moral de las doctrinas eclesiales, aun en países que reconocen la preeminencia del individuo y sus libertades por sobre cualquier entidad o poder. Un ejemplo paradigmático de lo señalado lo constituye EE.UU., país precursor y baluarte de las libertades individuales, entre otras, la libertad de conciencia y culto —que tiene implícitas las alternativas de agnosticismo y ateísmo— y que, sin embargo, está marcado a fuego por una fuerte moral religiosa; es por lo anterior que, en nuestra exposición sobre las diversas corrientes de pensamiento que se pronuncian respecto de los límites y alcances del derecho a la vida y de la existencia misma del derecho a morir, iniciaremos refiriéndonos a la corriente más tradicional que denominamos *doctrina moral cristiana*<sup>13</sup>.

a.) *Doctrina moral cristiana*: al iniciar la referencia a esta *doctrina* baste señalar, sucintamente, que ella se sostiene en los fundamentos filosóficos aportados por la escolástica tradicional y es avalada, además, por la teología moral de la Iglesia católica.

El primer postulado de esta doctrina dice relación con el carácter de bien fundamental e inicial de la vida, como supuesto necesario para adquirir y gozar de todos los otros bienes; esta premisa corresponde, de acuerdo con esta postura, a un principio de ley natural de carácter primario. Esta afirmación se complementa con la premisa teológica que la vida, además, es un don o regalo de Dios y a raíz de esto tiene un carácter sagrado. La vida del hombre es pues un don de la divinidad y le ha sido entregada al hombre para su perfección, por lo que este solo puede “conformar su vida con el designio de Dios”<sup>14</sup>, es decir —en palabras de Ugarte—, Dios es el árbitro de la vida, la da y la quita a su antojo.

<sup>13</sup> NIÑO, Luis, *Eutanasia, Morir con Dignidad*, Edit. Universidad (Buenos Aires, 1994), pp. 37-40.

<sup>14</sup> SAGRADA CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Declaración sobre la Eutanasia*, Ediciones Paulinas (Santiago, 1988), p. 5.

Una segunda premisa que sostiene la doctrina aludida, es la negación de la existencia del *derecho a morir*, pues, congruente con lo que ya se ha dicho, la vida es un regalo divino y como tal solo Dios puede disponer de ella a su arbitrio, por lo tanto, el hombre no tiene la posibilidad de decidir, lícitamente, sobre su muerte ya que “la muerte voluntaria o sea el suicidio es, por consiguiente, tan inaceptable como el homicidio: semejante acción constituye, en efecto, por parte del hombre, el rechazo de la soberanía de Dios y de su designio de amor”<sup>15</sup>.

En consecuencia, habida consideración de su naturaleza de don –regalo– divino y atendiendo la circunstancia que –de acuerdo con la dogmática cristiana– el hombre es creado a imagen y semejanza de Dios y, por ende, la especie humana comparte una dignidad superior a todo el resto de las criaturas, la vida humana es sagrada, inalienable e indisponible para el hombre. Correlativamente, existe el deber de conservar la vida, esto es, cuidar de ella, evitar que nos la quiten y no atentar en su contra.

Este deber de conservar la vida al que ya nos habíamos referido anteriormente, contiene la exigencia de no causar menoscabo a la vida propia y la ajena no solo por acción, sino también por omisión, esto significa poner todos los medios necesarios para conservar la vida, tanto la propia como la de los que de nosotros dependen, en términos de tener la obligación de cuidar su vida, como ocurre con los hijos menores, o los hijos respecto de sus padres ancianos o enfermos<sup>16</sup>.

Si bien es cierto que la doctrina expuesta fue delineada por la filosofía escolástica y refrendada por la teología moral hace siglos, es recién en mayo de 1980 –a raíz del avance de la ciencias médicas y de su impacto en el tratamiento de los pacientes terminales y por la creciente presión de grupos civiles organizados bajo la consigna del derecho a una muerte digna– que la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe –de la Iglesia católica– emite el documento titulado *Declaración sobre la Eutanasia* en el que, brevemente, expone los principales principios e ideas referidos al derecho a la vida y su negación al derecho a morir.

En una aproximación crítica a la doctrina expuesta, en primer lugar podemos señalar que esta postura tradicional que hemos denominado *moral cristiana*, reconoce la existencia del derecho a la vida, pero entendida esta como un regalo de la divinidad no como un derecho subjetivo del hombre en cuanto tal, limitando, por ende, su posibilidades de disposición respecto de ella. Sin embargo, y producto de las numerosas concesiones que el poder eclesial debió hacer al temporal en pos de su protección y supervivencia, esta doctrina que, inicialmente, parece tan nítida y unívoca en cuanto a la intangibilidad de la vida, no es tal, pues, a renglón seguido y sin una coherente solución de continuidad, se consagran una serie de situaciones excepcionales que relativizan el principio expuesto y le restan el carácter de absoluto con el que se plantea inicialmente.

En efecto, la muerte dada al enemigo en virtud de una *guerra justa*, la infligida al criminal a título de pena de muerte, por designio de autoridad judicial y la provocada en virtud de una legítima defensa “componen la tríada de más rancio abolengo en este elenco se situaciones excepcionales”<sup>17</sup>, estas son las circunstancias de excepción al

<sup>15</sup> SAGRADA CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, cit. (n. 14), p. 6.

<sup>16</sup> UGARTE, José, cit. (n. 1), pp. 189-201.

<sup>17</sup> NIÑO, Luis, cit. (n. 13), p. 41; en extenso, justificación para el uso de la legítima defensa y la licitud de la pena de muerte, UGARTE, José, cit. (n. 1), pp. 131-181.

principio de *indisponibilidad de la vida por parte del hombre* de más antigua data; sin embargo, no son las únicas, pues a poco andar el cristianismo, este comienza a justificar el tiranicidio –solo cuando el tirano ha usurpado el poder; pues el tirano legítimamente ungido es, por ende, un designio de Dios que el hombre debe soportar– y el suicidio indirecto, sea que en este se ofrezca la vida por la fe –martirio– o por salvar otras vidas humanas.

Actualmente esta doctrina acepta, en plenitud, las llamadas eutanasia pasiva y eutanasia indirecta –muerte indirecta u homicidio indirecto–. En la primera de ellas, la muerte deviene en virtud de la omisión deliberada de un determinado tratamiento médico en pacientes terminales o por la suspensión del tratamiento ya iniciado –a esta situación se equipara la desconexión de un respirador o de cualquier otro artefacto que proporcione algún tratamiento médico, esto es, excluye la situación del retiro de las sondas de alimentación e hidratación–; en el caso de la eutanasia indirecta, generalmente, se provoca la muerte al aplicar un analgésico u otro narcótico con el objeto de aliviar el dolor, sabiendo que dicha acción, necesariamente, acelerará la muerte; en este caso los moralistas cristianos aplican lo que denominan el *principio del doble efecto* que es aquel en virtud del cual es lícito hacer un acto que en principio no es malo y del cual fluyen dos efectos, uno bueno y otro malo, con tal que el efecto buscado sea el bueno y el malo solo sea tolerado, que exista proporcionalidad entre el bien que se busca y el mal que se provoca y que el efecto bueno no se obtenga del malo<sup>18</sup>; a nuestro juicio, y tal como se refrendará más adelante, no hay a la vista ni a la razón diferencias sustantivas en el juicio moral que, por un lado, permite y acepta la eutanasia pasiva e indirecta y, por otro, reprocha y prohíbe la eutanasia activa y directa.

Finalmente, y desde el punto de vista del paciente, existe otra excepción vinculada a nuestro estudio que tiene que ver con la omisión en la aplicación de *medios desproporcionados* –otra especie del género *eutanasia pasiva*–, pues no se puede obligar a nadie a recurrir a un tipo de tratamiento, aunque ya esté en uso, si este es demasiado *oneroso* o peligroso, pues su rechazo no equivale al suicidio, “significa más bien o simple aceptación de la condición humana...o bien una voluntad de no imponer gastos excesivamente pesados a la familia o la colectividad”<sup>19</sup>; este argumento, llevado a un límite absurdo, permitiría sostener que, encontrándonos en un estado de suplicio, no podemos autodeterminarnos a morir porque libremente lo deseemos o lo queramos o porque el dolor y el sufrimiento sean intolerables, pero sí podemos optar por morir si así lo aconseja la economía familiar o nacional.

Para la doctrina moral cristiana más conservadora, el argumento del dolor y del sufrimiento y el actuar movido por la piedad, resultan febles e insostenibles; en primer lugar, pues los que sostienen esta postura arguyen que el dolor y el sufrimiento físico son parte de la vida humana, incluso atribuyen al dolor físico un efecto purificador y

<sup>18</sup> UGARTE, José, cit. (n. 1), p. 135; el mismo Ugarte sostiene, a propósito de la muerte provocada en legítima defensa, consagración positiva del principio de doble efecto “*se trata de distinguir la acción física de la acción moral: los efectos son ambos intrínsecos a la acción, uno de ellos, la subsistencia del bien que se defiende, solo puede obtenerse de ese modo, y puede lícitamente buscarse pues constituye ello ejercicio de un derecho que la agresión no puede abolir ni suspender; el otro efecto, la muerte del agredido, no es lo que se intenta objetiva ni subjetivamente*”.

<sup>19</sup> SAGRADA CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, cit. (n. 14), p. 11.

liberador, pues acercaría al hombre común a la pasión de Cristo; algunos teólogos moralistas incluso califican, derechamente, como producto de la cultura hedonista al intento del hombre de procurarse alcanzar bienestar y calidad de vida y, en definitiva, evitar dolor y sufrimiento<sup>20</sup>. En cuanto al argumento del actuar movido por la virtud de la piedad, estos lisa y llanamente califican este argumento como una fachada respetable puesta sobre un gesto reprochable y reprobable, lo que a nuestro entender resulta ser un juicio prepotente, injusto y antojadizo, pues no se acompaña de ningún argumento de fondo que lo sostenga<sup>21</sup>.

Como es posible advertir, el supuesto carácter inviolable, inalienable e indisponible de la vida humana, inicialmente propugnado y sostenido por la doctrina moral cristiana, a poco andar resulta no ser tal, pues es esta propia doctrina la que contempla un número importante de excepciones a esta intangibilidad que, a la postre, seguir planteándose en términos absolutos resulta no solo absurdo sino, derechamente, hipócrita. En efecto, de acuerdo con la postura expuesta podemos concluir –citando a Niño– que “es lícito y hasta encomiable autodeterminarse a matar o morir por Dios, la patria y las instituciones. Pero deviene contrario al orden moral, al todo social y al poder divino, aun cuando la vida se reduzca a un irremediable sufrimiento, el ejercicio de lo que Nietzsche llamara, desde los antípodas del pensamiento filosófico, la suprema expresión de la libertad humana, consistente en elegir el momento de la propia muerte”<sup>22</sup>.

Finalmente, solo podemos agregar que, sin duda, existen elementos rescatables e incluso valiosos en esta doctrina, como es el reconocimiento del derecho a la vida y el respeto a ella. Del mismo modo, la esperanza de una vida trascendente –que la muerte no es el fin de la vida– y que la única perfección se alcanzará en la vida eterna, constituye un compromiso ineluctable con el crecimiento del individuo que deviene en un esfuerzo encomiable por el perfeccionamiento moral, con el consiguiente beneficio social.

b.) *Doctrina humanista liberal*: en la vereda del frente de la moral cristiana identificamos una doctrina que hemos denominado “humanista liberal”. Esta se sustenta y fundamenta en los principios de libertad, igualdad y dignidad de la persona humana, plasmados en los instrumentos de derecho público internacional que reconocen y declaran la universalidad y preeminencia de los derechos esenciales de la persona humana o “derechos humanos”. Podemos decir que esta doctrina tiene sus orígenes en la declaración de derechos del hombre y del ciudadano, en el marco de la revolución gala de fines del siglo XVIII en conjunto con el proceso de independencia de los EE.UU. y el consiguiente establecimiento, paulatino, del Estado liberal. Pero, sin lugar a duda, es con la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1948, y los posteriores pactos y convenciones internacionales que versaron sobre estas materias –convención europea de derechos humanos de 1953, convención

---

<sup>20</sup> CICCONE, Lino, *Eutanasia ¿problema católico o problema de todos?*, Edit. Ciudad Nueva (1991, trad. cast. Buenos Aires, 1994), pp. 24-30.

<sup>21</sup> CICCONE, Lino, cit. (n. 20), p. 54.

<sup>22</sup> NIÑO, Luis, cit. (n. 13), p. 44.

interamericana de derechos humanos en 1969– que se consagran, a título de derechos, deberes y garantías universales e inalienables, los principios que sostiene esta doctrina.

En efecto, esta escuela sostiene, en primer lugar –al amparo de la declaración universal de derechos del hombre– el reconocimiento de la preeminencia del individuo y su libertad por encima de cualquiera otra institución u organización o grupo. Reconoce, además, el carácter de esenciales e inalienables que le corresponden al derecho a la vida, a la libertad y la igualdad esencial de todos los seres humanos. Esto implica reconocer que la vida humana tiene el doble carácter, de *derecho* y *bien* superior de todo individuo; que esta tiene un valor, esencialmente, idéntico respecto de todos los seres de la especie humana sin perjuicio de su nacionalidad, raza, edad, sexo o condición social y que cada persona puede *vivir su vida* de la forma que estime más conveniente a sus intereses, teniendo derecho, además, a no sufrir torturas ni tratos crueles o degradantes –lo que denominamos dignidad e integridad del individuo–<sup>23</sup>. En el reconocimiento de estos derechos esenciales –llamados por la doctrina derechos humanos de *primera generación*– descansa la facultad del hombre de disponer de su vida, hasta las últimas consecuencias si así lo determina, libremente.

Es preciso apuntar que cuando hablamos de derecho a la libertad, nos referimos en términos generales a todos los ámbitos de la vida de una persona donde esta ejerce autónomamente su autodeterminación, tanto en el plano corpóreo como en el espiritual; es así como se refiere, igualmente, a la libertad individual o física; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; de opinión y de expresión; de reunión y de asociación pacífica<sup>24</sup>. Este derecho primario y esencial le permite a cada hombre optar por someterse a las normas de la moral iluminada y sostenidas por la verdad revelada por la divinidad, o actuar en virtud de una moral secular y social impuesta por el respeto a los derechos, libertades y garantías de todos los seres humanos y subordinado al cumplimiento de los deberes que dichos derechos y libertades traen aparejados. Efectivamente, los derechos esenciales no solo los constituyen garantías y libertades, sino, también, deberes y obligaciones, así por ejemplo, el deber primigenio de solidaridad humana, previsto en el artículo 1° de la ya citada Declaración, se expresa según el siguiente tenor: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”<sup>25</sup>.

Esta doctrina reconoce, además, que la dignidad de la vida humana exige disponer de condiciones mínimas para su adecuado y completo desarrollo –vivir con bienestar–, así también se encuentra consagrado en la declaración ya aludida, la que en su artículo 25° se refiere al derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure a él y a su familia el *bienestar*, concepto que comprende: alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, etc. (estos son los derechos esenciales de tercera generación).

Es en virtud del reconocimiento y respeto de estos derechos y deberes –derecho a la vida, igualdad y dignidad esencial de los seres humanos, libertad innata e inaliena-

<sup>23</sup> Artículo 5, *Declaración Universal de Derechos del Hombre*.

<sup>24</sup> Artículos 3, 18, 19 y 20, *Declaración Universal de Derechos del Hombre*.

<sup>25</sup> Artículo 1, *Declaración Universal de Derechos del Hombre*.

ble, calidad de vida, solidaridad humana y derecho a no sufrir tratos crueles o degradantes— que esta doctrina reconoce, en cada individuo, el derecho a morir, expresando así en un grado superlativo su libertad y dignidad, la negación a vivir una vida inicua o degradante y el derecho de buscar alivio al dolor y al sufrimiento.

Esta doctrina, cuyos postulados compartimos y suscribimos en lo esencial, puede llevar a experiencias límites no deseadas, como son el surgimiento de grupos o sectas que, alegando la autodeterminación de sus miembros, puedan generar situaciones de alienación voluntaria —socialmente indeseada—, además, esta postura tiene aparejado el riesgo de confundir el derecho a morir —a nuestro juicio, el derecho a elegir la forma y el momento de la muerte, en determinadas circunstancias de la vida de un individuo y fundado en los principios que ya expusimos— con una relativización total del valor de la vida, vinculando este derecho a nuestros impulsos o afanes más fútiles.

En cuanto a las críticas que esta doctrina despierta entre los que sostienen la escuela moral cristiana, podemos señalar como relevantes las siguientes: en primer lugar, estos sostienen que el hecho que un individuo no crea en la existencia de Dios no afecta la moral objetiva del acto; en segundo lugar, sustentan que el hecho que la vida no tenga las cualidades deseadas de bienestar —sea por enfermedad, nacimiento o accidente— no le resta valor en sí misma, pues el valor de la vida está en sí y no en sus facultades o en las operaciones del cuerpo que le son accidentales; una tercera crítica dice relación con que resulta absurdo sostener que el hombre tiene derecho a controlar su vida física corporal pues no es posible desdoblarse al hombre y concebirlo separado de su vida biológica —para los seres vivientes su ser es vivir, por lo que la vida es parte del sujeto y no es posible concebirla como un objeto disponible distinto del sujeto—; otra crítica que se formula, ya en un plano netamente filosófico, dice relación con que no puede superarse el desvalor negativo de la conducta de disponer de la vida —matar, ya sea a otro o a sí mismo— por un fin bueno como el evitar sufrimientos o dolor, pues ningún fin por bueno que sea justifica realizar un acto malo; finalmente, sostienen que no puede superponerse la dignidad, la integridad y la autodeterminación del hombre como valores superiores a su vida física y corporal, pues el hombre se identifica con su vida y, por ende, sostener lo anterior devendría en el absurdo de considerar al hombre superior a sí mismo<sup>26</sup>.

c.) *Doctrina humanista cristiana*: en este apartado nos referiremos a dos posiciones de aquellas que suelen denominarse eclécticas. En esta situación identificamos, en primer lugar, al *Humanismo Cristiano*, doctrina que intenta armonizar los dogmas de la fe cristiana de manera de darle una dimensión humana a la discusión casuística del derecho a morir dignamente, intentando aproximar a esta los conceptos de ser humano, divinidad, libertad y conciencia. A esta discusión han efectuado importantes aportes teólogos y moralistas cristianos —católicos y evangélicos— tales como Marciano Vidal, Hans Küng, W. Neidhart.

La posición aquí sostenida es la que, brillante y concisamente, expresa el teólogo Küng cuando señala que “Con la libertad, Dios ha confiado a los hombres el derecho a la plena autonomía. ¡Autonomía no equivale a arbitrariedad, sino a decisión

---

<sup>26</sup> UGARTE, José, cit. (n. 1), pp. 216-221, desarrolla en extenso otras posturas críticas.

en conciencia! La autonomía incluye siempre responsabilidad propia, y esta, a su vez, tiene un componente social (respeto a los demás), además del individual<sup>27</sup>; es decir, la postura de los que adhieren a esta doctrina sostiene, por un lado, el carácter sagrado de la vida humana como el bien –dado por Dios– y el derecho máspreciado que el hombre posee y, por otro, la valorización de esta misma vida por la autonomía –autodeterminación, libertad, libre albedrío– y la conciencia entregada por Dios al hombre desde el comienzo de la vida y hasta el fin de esta.

En suma, estos autores sostienen como ideas matrices de su postura: en primer lugar, un respeto irrestricto de la autodeterminación y la conciencia del paciente, esto conlleva a la negación del paternalismo médico y a la arbitrariedad que este trae aparejada y, finalmente, al deber moral de actuar motivado por la solidaridad humana y la caridad, misericordia y piedad cristiana (virtudes teologales). Sobre este punto se ilustra con un ejemplo: la interrupción de una medida médica que mantiene la vida, como la desconexión de un respirador artificial, ¿es solo eutanasia pasiva y por tanto permitida? No es posible, acaso, considerar esta desconexión una intervención médica absolutamente activa y, por ende, prohibida. Desde el punto de vista del resultado, que es la muerte, ¿tiene un valor moral distinto una intervención *pasiva* como la desconexión de un respirador (eutanasia pasiva permitida por la moral cristiana) que una intervención activa como es el suministrar una dosis letal de morfina (eutanasia activa prohibida por la moral cristiana)?, a la luz del análisis de la moralidad del acto no pareciera haber una gran diferencia entre uno y otro caso<sup>28</sup>.

En general, estos teólogos cristianos profesan un profundo respeto por el hombre, su libertad y dignidad por sobre postulados y juicios morales dogmáticos, formulando sus reparos ante la sofisticación de la técnica y la tecnología médica que deja a pacientes terminales aislados del calor y el consuelo que significa la compañía y el apoyo de sus seres queridos y de un médico cercano que sea receptivo y sensible a las necesidades y requerimientos concretos de su paciente.

d.) *Bioética y bioderecho*: para finalizar nuestra referencia a las posiciones doctrinarias, consignaremos la perspectiva que desde el mundo científico nos aporta una nueva disciplina –pluralista e integrada– que el médico norteamericano Van Rensselaer Potter bautizó en 1971 como Bioética –así como estrecha vinculación que existe entre esta y la novel disciplina denominada Bioderecho–.

Esta nueva área del conocimiento se ha desarrollado fuertemente durante los últimos treinta años y aporta una mirada nueva respecto de los dilemas morales que plantea el misterio de la vida humana y sus límites –concepción, nacimiento y muerte–. Del mismo modo, y al amparo del desarrollo de la Bioética, surge el bioderecho como una nueva área de estudio en la ciencia jurídica.

La bioética ha pretendido realizar un aporte al juicio ético sobre las ciencias de la vida desde la óptica científica, pero integrando en su estudio disciplinas diversas, tanto del mundo de las ciencias naturales como de las ciencias sociales –a saber, biología, genética, medicina, derecho, teología, filosofía, etc.–. A pesar de esto y

<sup>27</sup> KÜNG, Hans y JENS, Walter, cit. (n. 8), pp. 44-45.

<sup>28</sup> KÜNG, Hans y JENS, Walter, cit. (n. 8), p. 42.

debido al ámbito en el que se generan los dilemas que intenta resolver y atendida su propia naturaleza práctica –sin perjuicio de su interés multidisciplinario–, el mayor desarrollo de la bioética se ha dado, primordialmente, en el área médica.

Dada la complejidad de la vida y de sus misterios, la bioética ha intentado crecer a la luz del diálogo como método, elemento y mecanismo integrador e iluminador de las distintas cosmovisiones que los seres humanos sostienen. Sin perjuicio de ello, y en un intento de sistematizar el estudio de casos que deslindan en áreas difusas y oscuras, en las que no es fácil determinar aquellos límites que conceptualmente nos parecen tan nítidos, los primeros estudiosos de esta disciplina delinearon tres principios fundamentales en torno a los cuales esta nueva rama del pensamiento se sustenta y a la luz de los que han de plantearse e intentar resolverse los conflictos que día a día esta enfrenta.

El primero de estos principios es el denominado principio de autonomía; este sostiene que una persona puede actuar autónomamente solo “cuando tiene independencia respecto de controles externos y capacidad para obrar de acuerdo a su elección propia”. Lo anterior implica que una persona debe tener –para actuar autónomamente– información suficiente y adecuada respecto del asunto a que se refiera; también significa que, si alguien decide ceñirse a las directrices de una iglesia o culto o partido político, está ejerciendo su autonomía, al optar por acotarla en virtud de una creencia o una causa a la que libremente se adhiere<sup>29</sup>.

Un segundo principio es el llamado principio de beneficencia, en virtud del cual se impone al facultativo el deber de actuar en beneficio del otro, de causar un bien –algunos autores incluyen como un cuarto principio el de no maleficencia, esto es, no causar un mal, aunque la mayoría se inclina por considerarlo, simplemente, como la faz negativa del principio de beneficencia–. Es así como la ciencia médica actual llama “paternalismo” a la beneficencia sin autonomía. En ciertas ocasiones podrá existir un conflicto entre autonomía y beneficencia, en estos casos no existen pautas, dogmas o jerarquías a priori respecto de la aplicabilidad de los principios, empero la bioética propone el diálogo como método para solucionar estos conflictos o controversias<sup>30</sup>.

Finalmente, está el principio de justicia, esto es, la equidad en el trato a las personas; Peter Singer –filósofo y teólogo australiano– señala que la única igualdad posible es el respeto de los intereses del otro. Junto con el principio de justicia existen otros principios menores que deben considerarse al momento de resolver los dilemas de la vida, esto son: la sacralidad de la vida, la dignidad humana, el permiso necesario –solo actuar con autorización– y la igualdad de intereses.

Es en base a este conjunto de principios que la bioética propone la discusión de los dilemas referidos al derecho a la vida y del derecho a elegir el momento y la forma de la propia muerte, tomando para ello una prudente distancia de la rigidez de ciertos dogmas y de la exaltación de los fundamentalismos que exhiben algunas doctrinas cuando abordan estos temas.

<sup>29</sup> LOLAS, Fernando, cit. (n. 10), p. 64.

<sup>30</sup> LOLAS, Fernando, cit. (n. 10), pp. 65-66.

Es, precisamente, el elemento casuístico el que diferencia al bioderecho con la bioética; pues si bien esta se ocupa del caso específico, al primero le corresponde, por su naturaleza, generar normas jurídicas que sean soluciones generales útiles y, por ende, no necesariamente la solución más justa en un caso concreto. Sin ninguna duda, creemos que el aporte más relevante de bioética, respecto de la discusión que hemos expuesto en el presente artículo, dice relación con el reconocimiento pleno de la autonomía del individuo –a nivel de principio– en la toma de las decisiones –hecha en forma libre, responsable e informada– respecto del derecho a la vida y del derecho a morir, pudiendo incluso elegir acciones que comprometerán de manera definitiva e irrevocable estos derechos.

#### IV. ALGUNOS CASOS RELEVANTES

Finalmente, para concluir este artículo mencionaremos tres casos en los que se alegó la existencia y preeminencia, tanto del derecho a la vida como del derecho a morir, con resultados diversos.

El primero se refiere a Theresa Marie Schiavo –conocida como Terri Schiavo–, mujer estadounidense de 27 años, quien sufrió un ataque cardíaco el 25 de febrero de 1990 –probablemente producido por una deficiente alimentación a causa de una bulimia grave y a falta de proteínas en su dieta–, lo que le provocó un daño cerebral grave e irreversible debido a una prolongada falta de oxígeno, manteniéndose desde esa fecha conectada a un respirador artificial y recibiendo alimentación por sondas; posteriormente fue desconectada del respirador mecánico. Se inicia una larga batalla judicial entre su cónyuge Michael Schiavo y los padres de Terri; el primero solicitó autorización para desconectarla de los medios que le permitían la vida. Este caso se resolvió aplicando la voluntad presunta de Terri, tesis sostenida por su esposo. Luego de permanecer quince años en un estado denominado Vegetativo Persistente, Terri fue desconectada de las sondas que le proporcionaban alimentación e hidratación, el 18 de marzo de 2005, por orden de un juez distrital del estado de Florida, EE.UU.; el 31 de enero de 2005 Terri Schiavo murió de inanición y deshidratación en una silenciosa y terrible agonía de trece de días<sup>31</sup>.

Lo interesante en este caso es la aplicación judicial del principio la voluntad presunta y que aun bajo dicha hipótesis de presunción, se atienda dicha voluntad y se permita la disposición de la propia vida –suicidio–, y yendo aún más lejos, en este caso por sus especiales circunstancias, la disposición de la propia vida solo puede cumplirse por medio de la colaboración de terceros –¿homicidio?–.

El segundo caso trata de Diane Pretty, mujer inglesa de 43 años que falleció el 11 de mayo de 2002, luego de sufrir grandes padecimientos producto de una enfermedad degenerativa e incurable que le provocaba pérdida progresiva de la tonicidad muscular, hasta llegar a inmovilizar los músculos que permiten la respiración. Diane Pretty solicita al director de la fiscalía pública que no se persiguiera criminalmente a su esposo por ayudarla a suicidarse de acuerdo a sus deseos; ante la negativa de la autoridad policial, recurre de apelación ante la Corte Divisional, luego ante la *House of Lords* y, finalmente, ante la Corte Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo,

<sup>31</sup> BBCMUNDO.COM, *Caso Terri Schiavo: Cronología*, disponible en World Wide Web: [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid\\_4370000/4370339.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4370000/4370339.stm) (fecha consulta: octubre 2007).

arguyendo su derecho a morir de conformidad al Suicide Act –ley de 1961 que despenaliza el suicidio en el Reino Unido– y a lo dispuesto en los artículos 2, 3, 8, 9 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En el caso de Diane Pretty, la solución judicial fue absolutamente contraria a lo visto en el caso Schiavo. En efecto, en este caso se rechaza la voluntad claramente manifestada de una persona en orden a permitirle disponer de la propia vida con la colaboración de terceros; en todo caso, debe tenerse presente que la justicia inglesa reconoce la autodeterminación del individuo en las decisiones respecto de su vida y su muerte y se aleja de las posturas más tradicionales que condenan el suicidio como un acto antijurídico aunque atípico; sin perjuicio de ello, consigna el principio de no intervención de terceros para provocar la propia muerte<sup>32</sup>.

Finalmente, mencionaremos el caso de Ramón Sampedro, hombre español que en 1968, a la edad de 25 años, sufre un accidente nadando, lo que le origina una lesión en la zona alta de la espina –produciéndole una tetraplegia–, lo que lo deja inmovilizado desde el cuello. Sampedro recurrió a la judicatura española, la que le negó la autorización de ser asistido para morir, aun cuando este manifiesta claramente su voluntad; el 12 de enero de 1998, a los 55 años, Ramón Sampedro se suicida con la colaboración de varias personas, que le colaboran en implementar un plan que le permite suicidarse, luego de vivir 30 años una vida que él estimaba indigna.

En el caso de Ramón Sampedro los tribunales españoles rechazan una voluntad claramente manifestada de permitir disponer de la propia vida con el auxilio de terceros, lo que el penalista alemán Jakobs denomina, en una de sus tesis, suicidio con “división del trabajo”<sup>33 34</sup>.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Partiendo de los elementos y conceptos que hemos expuesto en este artículo, y a la luz del análisis de los casos citados y aun considerando la distinta tradición jurídica que nutre a las legislaciones continentales respecto de aquellas de raíz anglosajona, podemos identificar a lo menos dos elementos centrales en relación con los conceptos expresados en este apartado; por una parte, el reconocimiento del derecho a morir –en los términos en los que ha sido planteado– y la aplicación a este de ciertos y determinados principios jurídicos que permiten ir delineando su identidad propia. En efecto, en los casos citados directa e indirectamente está presente el reconocimiento judicial de la autodeterminación individual en la disposición sobre la propia vida, validando de esta forma el principio de la autonomía individual respecto de la disposición de la propia vida.

<sup>32</sup> BBCMUNDO.COM, *Diane, Libre al fin*, disponible en World Wide Web: [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/misc/newsid\\_1984000/1984647.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/misc/newsid_1984000/1984647.stm) (fecha consulta: octubre 2007); además: VIVANCO, Ángela, *La Autonomía de la persona frente al derecho a la vida no incluye el derecho a ser muerto por un tercero: La solicitud de asistencia al suicidio y el caso de Diane Pretty*, en *Acta Bioética*, Año VIII n° 2 (Santiago, 2002), pp. 299-313.

<sup>33</sup> JAKOBS, Günther, cit. (n. 7), pp. 44 y 45.

<sup>34</sup> BBCMUNDO.COM, *La Historia detrás de Mar Adentro*, disponible en World Wide Web: [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/newsid\\_4268000/4268373.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/newsid_4268000/4268373.stm) (fecha consulta: octubre 2007).

En segundo lugar, del estudio de los casos citados se puede concluir que la voluntad para disponer de la vida propia puede ser establecida tanto en forma expresa como de manera presunta, esto es, no requiriéndose para ello una declaración actual, sino pudiendo obrarse por declaraciones o instrucciones pasadas debidamente acreditadas.

Finalmente, se reafirma la doctrina que la disposición de la vida propia ha de hacerse por la propia mano, no admitiéndose, en estos casos, la participación activa de terceros.

Ahora bien, en lo que atañe directamente a nuestro ordenamiento jurídico positivo no podemos sino concluir señalando que, a pesar del supuesto carácter no confesional de nuestra República, es imposible soslayar la fuerte influencia, en nuestras instituciones públicas, políticas y sociales, de la doctrina moral cristiana –tanto en el plano legislativo y judicial como también en el doctrinal–.

Es en virtud de este conflicto dialéctico –jurídico, filosófico y, ciertamente, político– que podemos caracterizar a nuestro legislador, al menos en estos tópicos, como ambiguo y vacilante, lo que trae como consecuencia una dogmática deficiente, para la cual lo único determinante es el no reconocimiento explícito de la existencia del derecho a morir –disponer de la propia vida eligiendo el momento y la forma de la muerte–, pero que tampoco sanciona las conductas suicidas imperfectas –tentativas o frustradas–, aunque, por otro lado, se tipifica y sanciona la participación de terceros en la figura del suicidio; pero, aun en este caso, solo bajo la forma de conductas de colaboración o auxilio siendo atípica la inducción al suicidio. A mayor abundamiento, y como si esta confusión dogmática no fuera suficiente, el legislador penal remata estableciendo una condición objetiva de punibilidad para las conductas de auxilio al suicida, esto es, que se produzca la muerte, es legítimo entonces preguntarnos que si acaso la muerte no se verifica, entonces ¿no hay disvalor en la conducta del auxiliador?

Si bien los ejemplos citados pueden y debieran ser materia de otro apartado, sirven para graficar con claridad el dilema y la lucha interna que subyace nuestro ordenamiento jurídico positivo y, en el fondo, el alma del legislador, pues enfrenta a premisas tomadas directamente de la doctrina moral cristiana –de carácter eclesial– con principios propios del humanismo liberal, los que, a nuestro juicio, con mayor propiedad corresponden a la naturaleza de una organización política republicana de carácter laico, que es como se declara la República de Chile. A partir de esto último, podemos concluir que la pretendida separación entre la Iglesia y el Estado en Chile es aún un proceso pendiente a más de 80 años de su declaración constitucional, siendo esta situación la que afecta de manera directa el reconocimiento positivo de derechos cuya estricta formulación jurídica se aparta de la línea seguida por el modelo iusnaturalista clásico: derecho divino-derecho natural-derecho positivo. En lo personal, sostengo la opinión que ya es hora de desterrar de nuestra dogmática jurídica nacional aquellos resabios de ese derecho natural eterno e inmutable –producto de la verdad revelada– y hacer efectivo un “derecho justo”<sup>35</sup> y moderno que responda, adecuadamente, a las exigencias de mayor equidad, justicia y participación, acorde con las demandas de un cuerpo social informado y autónomo, de manera de darle a nuestro ordenamiento jurídico la legitimidad social, política y jurídica que exige este nuevo siglo.

---

<sup>35</sup> LARENZ, *Derecho justo, Fundamentos de Ética jurídica*, Edit. Civitas (1985, trad. cast. Madrid, 2002), pp. 220.

# DERECHO CIVIL



LA CLÁUSULA PENAL, REDUCCIÓN DE LA MISMA EN EL  
 CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL.  
 LA CLÁUSULA PENAL ENORME.  
 INTERPRETACIÓN DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO  
 1544 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

JORGE CARMONA FISTONIC\*  
 Universidad Arturo Prat

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto establecer los criterios doctrinarios y jurisprudenciales para determinar la procedencia de la reducción de la cláusula penal en aquellos casos en que la parte se vea enfrentada a esta circunstancia, especialmente en todo aquello que se refiere a la aplicación del alambicado y muchas veces hermético artículo 1544 del Código civil chileno, en cuanto a la cláusula penal enorme. A su vez ha sido necesario recurrir a la Ley 18.010, sobre Operaciones de Crédito y otras Obligaciones de Dinero, ya que a propósito del contrato de mutuo es necesaria su referencia.

Palabras clave: Cláusula penal, evaluación convencional de perjuicios, cauciones personales.

ABSTRACT

*This work aims to establish the doctrinal and jurisprudential criterion to determine the reason for the reduction of the criminal clause in the cases in which a lawyer or a part needs to do it, especially when it comes to applying the complicated and usually secretive Article 1544 from the Civil Code, concerning the criminal clause. At the same time, it has been necessary to turn to Law 18.010 about Credit operations and other Duties of Money, because of mutuum.*

*Key words: Criminal clause, Conventional damage evaluation, Personal security.*

INTRODUCCIÓN

La cláusula penal, como es sabido, es una evaluación convencional y anticipada de los perjuicios. Teniendo el carácter convencional, porque la evaluación la efectúan las partes; y anticipada ya que el monto de los perjuicios se determina antes que ellos ocurran, es decir, antes que se incumpla la obligación principal.

Son en consecuencia las partes que en ejercicio de su libertad para contratar, determinan la cuantía de estos. Y es justamente esta libertad la que puede llevar a

---

\* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Concepción-Chile. Profesor de Derecho romano y Derecho civil en la Universidad Arturo Prat, Iquique. Correo electrónico: jorgecarmonaabogados@gmail.com;

situaciones abusivas que el legislador no está dispuesto a tolerar. Por lo tanto contempla una serie de situaciones que permiten moderar el monto de la pena y que constituyen una excepción al principio de la inmutabilidad de la pena convencional.

#### I. MODERACIÓN DE LA PENA, EN CASO DE CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL

Esta situación se encuentra contemplada en el artículo 1539 del Código civil que señala: “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal”.

A su vez, el artículo 1591 del mismo Código se refiere al pago diciendo: “El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales”.

Por lo tanto el pago debe efectuarse de manera íntegra. Respecto del acreedor no se le puede obligar a aceptar un pago parcial de lo que se le deba, pero es perfectamente dable que lo reciba, situación que dependerá de su exclusiva voluntad.

Ahora, en conformidad al artículo 1539 del Código civil, si el deudor ha ejecutado en parte de la obligación principal y esta situación es aceptada por el acreedor, tendrá derecho el deudor a una rebaja de la pena convencional. Teniendo la disposición su fundamento en el carácter indemnizatorio de la cláusula penal. Toda vez que si el acreedor recibiera parte de la obligación principal y a su vez el monto total de la pena, habría un pago doble, una acumulación de la pena y la obligación principal, situación que el artículo 1537 del Código civil no tolera.

El artículo 1539 del Código civil chileno tuvo su precedente en el artículo 1231 del Código civil francés que estatuye: “La pena puede ser modificada por el juez, cuando la obligación principal ha sido ejecutada en parte”. Comparando las disposiciones se puede observar algunas diferencias entre ellas. En primer lugar, en el precepto patrio la moderación de la pena se debe hacer en proporción a lo que se hubiere pagado. En el francés queda entregado enteramente al juez la cuantía de su moderación.

En segundo lugar, el precepto chileno establece que cumplidos los requisitos que él señala, es una obligación del juez moderar la pena. En cambio en el francés, hacer o no la moderación de la pena, es una facultad de exclusiva incumbencia del juez.

Aquí se puede ver que el legislador nacional siguió el criterio francés, pero haciendo algunas modificaciones que estimó convenientes.

Otro punto interesante se refiere a que el artículo 1539 dice: “el acreedor tendrá derecho a que se rebaje *proporcionalmente* la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”. Surge inmediatamente la interrogante ¿proporcionalmente a qué? La respuesta es que la rebaja es proporcional a la parte en que la obligación principal ha sido cumplida. Así se puede deducir de la parte del artículo transcrito. De manera que si la obligación principal ha sido cumplida en una tercera parte, y el total de la pena asciende a \$6.000.000, se procederá a rebajar también la pena en una tercera parte, o sea, en \$2.000.000.

Esta es la opinión mayoritaria dentro de los autores nacionales, sin embargo, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción no lo entendió así y aplicó el

criterio seguido por el Código civil francés, toda vez que resolvió “habiendo cumplimiento parcial de la obligación principal, se rebaja la multa en la forma discrecional que indica el tribunal”. Así, el ministro Risopatrón en un voto disidente de la opinión de los demás ministros del tribunal, expone con toda claridad la forma en que debe efectuarse la rebaja en los términos siguientes: “...en cuanto a la reducción de la multa, habiendo resultado falta de parte del arrendatario en cuanto las mejoras estipuladas, la condenación a pagar la multa solo puede ser en el todo de ésta, si la falta ha sido total; o para que sea parcial, es necesario que reúna los dos requisitos del artículo 1539 del Código civil, a saber: que el deudor haya cumplido en parte la obligación principal y que el acreedor acepte esa parte. Unzueta tiene a su favor ambos requisitos, atendidas las conclusiones de Cox, detallados en la sentencia. En este caso dispone el mencionado artículo que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada, y esto indica que la rebaja no sea a discreción del tribunal sino en proporción a la parte en que la obligación principal ha sido cumplida”<sup>1</sup>.

Por último, esta facultad el juez no la puede ejercitar de oficio, sino a petición de parte interesada, ya que la ley no lo faculta para actuar oficiosamente.

## II. MODERACIÓN DE LA PENA CONVENCIONAL EXCESIVA (CLAUSULA PENAL ENORME)

A. *Marco general*: Existen en la doctrina y en la legislación comparada distintos sistemas tendientes a resolver el problema si existe o no libertad entre las partes en la determinación de la cuantía de las penas y si existe o no inmutabilidad de las penas convencionales, según se expone a continuación:

1) Un primer sistema es el de la libertad plena de la cláusula penal y que trae como consecuencia la inmutabilidad de las penas que hayan estipulado las partes. Esta posición tiene su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, es decir que si algo es convenido por las partes, solo puede ser modificado por el consentimiento de estas. A su vez sirve de argumento la seguridad jurídica y la coacción psicológica de las partes a cumplir la obligación principal, toda vez que no podrán modificar la cláusula penal que consta en el contrato que garantiza.

2) Otra posición contrapuesta a la primera es la que sustenta la mutabilidad, es decir, la modificación de las penas. Encontrando en esta dos corrientes: a) La de la reducción de las penas excesivas, y b) La del aumento de las penas insuficientes. Teniendo el juez en ambas corrientes la facultad discrecional de modificarlas. Con lo cual se argumenta, se salvarían una serie de injusticias a la que se podría ver enfrentada una de las partes que en razón del estado de necesidad que sufría, pactó una cláusula penal excesiva o una pena de un valor insignificante en relación a la obligación principal que garantiza.

3) Una última teoría denominada del límite legal, fija un máximo legal para las penas convencionales, con lo cual no queda entregado a la discrecionalidad del juez la disminución de la pena excesiva. Esta solución que tiene el carácter ecléctico ve cómo

---

<sup>1</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de marzo de 1878, en *Gaceta Jurídica*, N° 814, p. 322.

la teoría de la inmutabilidad en muchos casos puede ser excesivamente rigurosa. Y la teoría de la mutabilidad puede llevar a una serie de injusticias, al entregar la disminución de la pena al arbitrio judicial. Con lo cual se crea un sistema intermedio que tiende a salvar estas dificultades.

En el Derecho chileno a diferencia de lo que ocurre en la Legislación francesa se permite la moderación de la pena cuando reviste los caracteres de enorme, estableciendo un régimen legal que el juez ha de seguir para la moderación de la pena excesiva.

B. *Cuantía enorme de la pena*: El Código civil chileno ha dado algunas reglas tendientes a armonizar la cláusula penal con la obligación principal, de manera tal que haya entre ellas una cierta proporcionalidad, y para lo cual distingue según sea la naturaleza de la obligación principal.

Esta materia se encuentra regulada por el artículo 1544 del Código civil que estatuye: “Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al *maximum* del interés que es permitido estipular. En la segunda se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme”.

El legislador ha reglamentado en el inciso primero las obligaciones en que se trata de pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte se debe a su vez. En los siguientes incisos se preocupa del contrato de mutuo y de las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. A continuación se analizarán cada uno de los tres casos por separado.

1. *Reducción de la pena en los contratos conmutativos, consistiendo la obligación principal y la pena en cantidades determinadas*: Esta situación se encuentra regulada en el inciso primero del artículo 1544 del Código civil y de él se desprende que deben concurrir los siguientes requisitos copulativos para que tenga aplicación:

A. Debe tratarse de un contrato oneroso conmutativo, es decir, de un contrato en que cada una de las partes se obliga a dar una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar a su vez, artículo 1441 del Código civil. Esto se deduce de la siguiente frase del artículo 1544: “...como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse...”. En consecuencia no procede la reducción de la pena en los contratos gratuitos o de beneficencia, ya que estos solo tienen por objeto la utilidad de una de las partes, artículo 1440 del Código civil, y por lo tanto no existen prestaciones equivalentes entre ellas<sup>2</sup>. Se debe a su vez hacer referencia a que el Código habla de dar, con lo cual quedarían excluidas las obligaciones de hacer, es

---

<sup>2</sup> CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, citado por DEL CAMPO WIFF, Mario, *Estudio Crítico de la Jurisprudencia de la Cláusula Penal*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile (Santiago, 1960), p. 44.

decir, no todo contrato oneroso conmutativo sería susceptible de que se le aplicara la regla del inciso primero en estudio, ya que estos también pueden comprender obligaciones de hacer,

B. La obligación principal tenga por objeto el pago de una cantidad determinada,

C. Que la pena estipulada sea asimismo de una cantidad determinada, pero excesiva según lo dispone el inciso primero. Algunos autores, entre ellos Sergio Gatica Pacheco en cuanto al objeto de la obligación principal y de la pena, hablaban del pago de una cierta suma de dinero<sup>3</sup>, situación que no parece correcta toda vez que excluiría ciertos contratos en donde la obligación principal tiene por objeto una cantidad determinada, pero no de dinero. Así por ejemplo la entrega de 1.000 cajones de manzanas y como contraprestación la entrega de un vehículo y una pena convencional de 3.000 cajones en caso de incumplimiento de la obligación principal. Con lo cual quedaría con la interpretación del Sr. Pacheco en la imposibilidad de reducir la pena excesiva en conformidad a este inciso.

Si el contrato reúne estas características y la pena resulta excesiva, podrá demandarse la reducción de la pena *en todo lo que exceda el duplo de la primera, incluyéndose ésta en él*, como lo señala la frase del inciso primero del artículo 1544.

La respectiva frase genera un problema de interpretación, porque aplicándola en términos literales, nos lleva a la conclusión de que la pena, para que se le considere enorme, tendría que exceder al duplo de la cantidad que una de las partes se obligó a entregar como equivalente a lo que la otra debe dar a su vez, más esta misma cantidad. Por lo tanto el valor de la pena tendría que sobrepasar el triple de la obligación principal. Así por ejemplo, si Juan se compromete a vender un caballo en \$300.000 y en caso contrario me entregará en calidad de pena una suma equivalente a \$950.000. Esta cláusula penal tendría el carácter de enorme, toda vez que sobrepasa en \$50.000 el triple de la obligación principal. Esta interpretación a todas luces no es la correcta, toda vez que para que la pena sea enorme, tendría que ser exageradamente desmesurada.

Rechazada la posición recién expuesta, corresponde referirnos a la interpretación que mayoritariamente sigue la doctrina nacional. En virtud de la cual la pena pactada en un contrato de estas características no debe exceder el duplo de la obligación principal. Y cuando el legislador dice *incluyéndose ésta en él* quiere decir que en el duplo está considerada a su vez la pena, de manera que será enorme toda pena que exceda el duplo de la obligación principal. Así en el ejemplo antes citado solo basta que la pena exceda los \$600.000 para que se le considere enorme.

Así, Arturo Alessandri dice: “la frase *incluyéndose ésta en él*”, es decir, incluyéndose la obligación principal en el duplo, ha dado origen a ciertas dificultades. Algunos creen que lo que este artículo permite que se estipule es que el acreedor tenga derecho a exigir además de la obligación principal una cantidad a título de pena igual al doble de la obligación principal, es decir, puede el acreedor exigir a título de pena, tres veces la obligación principal. Esta interpretación no cuadra dentro de los términos del artículo 1544, ni mucho menos con la historia fidedigna de su establecimiento, porque este artículo dice que se podrá pedir que se rebaje de la pena todo lo que

<sup>3</sup> GATICA PACHECO, Sergio, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1959), p. 487.

exceda al duplo de la obligación principal, incluyéndose ésta en él, es decir, incluyéndose la obligación principal en el duplo; ¿qué quiere decir esta reducción? Que la pena debe formarse por la obligación principal y por otra cantidad necesaria para formar otra cantidad que equivalga al duplo de la obligación principal, o sea, el acreedor solo tiene derecho a una cantidad en total al doble de la obligación principal, pero no a la obligación principal multiplicada por tres. La historia fidedigna corrobora ampliamente esta interpretación...”<sup>4</sup>.

En conclusión se puede rebajar del monto de la pena enorme todo lo que exceda al doble de lo que el deudor debería haber pagado en cumplimiento de la obligación principal.

2. *El contrato de mutuo y los intereses excesivos*: El contrato de mutuo o préstamo de consumo en conformidad al artículo 2196 del Código civil, es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.

En el contrato de mutuo se pueden pactar los intereses vigentes durante el mutuo, es decir, intereses ordinarios del mutuo, llamados retributivos o remuneratorios y que se pactan en razón del servicio que el mutuante le presta al mutuario, y también encontramos los intereses penales, que se fijan en caso de mora por parte del mutuario. Estos dos tipos de intereses, en lo relativo a su reducción al ser excesivos, se hayan sujetos a reglas distintas, que se estudiarán a continuación.

Previamente corresponde referirnos a las clases de intereses que reconoce la Ley N° 18.010 sobre Operaciones de Crédito y otras Obligaciones de dinero, que rige el mutuo relativo a los intereses. En esta materia la Ley 18.010 es innovadora en relación al Decreto Ley N° 455, de 1974, que regía con anterioridad. Es la nueva normativa la que reduce a dos las clases de intereses, eliminando el concepto de interés legal consagrado en el artículo 2207 inciso segundo del Código civil, regla que se encuentra en la actualidad derogada<sup>5</sup>.

Los dos tipos de interés que contempla la Ley en comento son:

a) *Interés corriente*. Lo define el artículo 6° de la Ley N° 18.010 de la siguiente manera: “Es el interés promedio cobrado por los bancos y las sociedades financieras establecidas en Chile en las operaciones que se realicen en el país”. La determinación del interés corriente corresponde a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

b) *Interés máximo convencional*. Referido en el inciso penúltimo del artículo 6° citado, que se puede conceptualizar de la siguiente forma: es el interés corriente que rija al momento de la convención, aumentado hasta en un 50% ese mismo interés”.

Hecha la siguiente precisión, se debe señalar que en lo referente a los intereses penales en el contrato de mutuo rige el artículo 1544 del Código civil en sus incisos

<sup>4</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Teoría de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1988), p. 140.

<sup>5</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Comercial, Contratos Mercantiles, Títulos de Crédito, Operaciones Bancarias y Mercado de Capitales*, Tercera edición actualizada, tomo II, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1990), p. 493.

segundo y tercero que expresan, inciso segundo: “La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado”. Inciso tercero “En el primero –es decir en el contrato de mutuo– se podrá rebajar la pena en lo que exceda al *maximum* del interés que es permitido estipular”.

Por lo tanto en el caso que se estipulen intereses penales en el contrato de mutuo y ellos excedan al máximo de interés que es permitido estipular, se podrá rebajar los intereses penales hasta el monto máximo cuya estipulación es permitida. Ahora, en conformidad al artículo 6° inciso penúltimo de la Ley 18.010 que se ha visto, el interés máximo que se puede estipular, es el interés máximo convencional, que corresponde al interés corriente que rija en el momento de la convención, aumentado hasta en un 50% el mismo. En lo que lo exceda a esa cantidad se puede rebajar hasta dicho monto. Así por ejemplo el Banco de Chile presta \$1.000.000 fijando un determinado interés ordinario y además un interés penal de un 4% en caso de incurrir en mora el deudor. Estableciéndose como supuesto del ejemplo que la Superintendencia había fijado un interés corriente del 1% vigente a la fecha de celebración del contrato de mutuo. En el ejemplo el interés máximo convencional asciende a 1,5%, con lo cual el interés penal del 4% es enorme, de manera tal que debe rebajarse en un 2,5%, hasta el 1,5% que corresponde al interés máximo permitido estipular.

En relación a los intereses ordinarios del mutuo rige el artículo 2206 del Código civil en relación con el artículo 6° de la Ley N° 18.010. El primero instituye “El interés convencional no tiene más límite que los que fueren designados por ley especial; salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso ser reducido por el juez a dicho interés corriente.

El artículo se refiere al interés convencional y este tiene el límite fijado por la ley, por lo tanto rige la primera parte del precepto, en caso contrario rige lo que reza a continuación del artículo, pero como se ha señalado el límite se encuentra expresamente instituido en el artículo 6° penúltimo de la Ley 18.010, es decir al interés máximo convencional.

Por otra parte el artículo 8° inciso primero de la Ley 18.010 expresa “Se tendrá por no escrito todo pacto de intereses que exceda al máximo convencional, y en tal caso los intereses se reducirán al interés corriente que rija al momento de la convención”. En consecuencia puedo concluir que si el interés ordinario excede el interés máximo convencional estos se tendrán por no escritos y se reducirán al interés corriente. A diferencia de lo que ocurría con los intereses penales, que en conformidad al artículo 1544 inciso tercero se reducían hasta el interés máximo convencional vigente al momento de la convención. Así en el ejemplo anterior si el interés ordinario del mutuo ascendía al 2%. Este se tiene por no escrito y se reducir al interés corriente, que en el ejemplo equivalía al 1%.

### 3. Reducción de la pena en las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado:

En esta especie de obligaciones se deja a la prudencia del juez moderar la pena, cuando según las circunstancias pareciere enorme, en conformidad al inciso final del artículo 1544 del Código civil.

En este tercer caso a diferencia de los anteriores no es el legislador el que fija reglas para determinar la cláusula penal enorme, aquí es discrecionalidad del juez establecer si la pena es excesiva o no, y de hecho no puede ser de otra manera, toda vez que al ser la obligación principal de valor inapreciable o indeterminado, no ha podido la ley fijar un monto máximo de la pena, ya que no tiene un referente válido y son tantas las circunstancias que en el caso concreto se pueden presentar, que ha dejado entregado al tribunal su determinación.

De manera que el juez tiene plena libertad para determinar si la obligación principal es de valor inapreciable o indeterminado, si la pena estipulada por las partes es enorme, consecuentemente sí puede reducirse y en qué monto.

Todos estos asuntos son cuestiones de hecho de manera que su conocimiento es exclusivo y excluyente de los jueces de fondo, con lo cual no serían susceptibles de recurso de casación. En consecuencia el juez al analizar el asunto sometido a su conocimiento y en el que se solicita la reducción de la pena, considera los perjuicios realmente sufridos por el acreedor, las ventajas que habría obtenido este de haberse cumplido la obligación principal, la situación de desproporción que podría haber existido entre el acreedor y el deudor al momento de la celebración del contrato, el estado de necesidad del deudor, el ánimo de aprovechamiento, etc.

En las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado sirven como ejemplo los siguientes: un empresario contrató un actor para que realice representaciones en un teatro determinado, con prohibición de representar en otro, y en caso de violar tal prohibición incurrir en una multa de \$3.000.000, y se estipula que el actor ganará según el contrato \$200.000 mensuales. En el ejemplo corresponder al juez rebajar la pena, porque el actor con el sueldo mensual que tiene no puede pagar semejante pena. También es común la aplicación del inciso final del artículo 1544 en el caso de contratación de una determinada persona como empleada en el extranjero con prohibición de que preste el mismo servicio con otro empleador<sup>6</sup>.

La jurisprudencia nacional ha resuelto que es aplicable el inciso final del artículo 1544 en los contratos de arrendamiento, donde se estipula una pena por cada día de atraso en la restitución del inmueble. Así la Corte Suprema en sentencia de 2 de octubre de 1990 señala en la parte pertinente “Que del atento examen del proceso N° 15.441 del Tercer Juzgado Civil de Antofagasta, caratulado “Sánchez Antonio con Sociedad Guillermina Andrade e Hijos Ltda.”, sobre desahucio de contrato de arrendamiento, y particularmente del contrato que rola a fojas 31, se desprende que la disposición en su punto cuarto contiene una cláusula penal enorme, lo que se pone mayormente de manifiesto si se considera que mientras la renta mensual del arrendamiento quedó fijada en \$300.000, la multa por cada día de atraso en la restitución del inmueble se estableció, a partir del sexto día, en \$160.000, sin perjuicio de continuarse con el pago de aquella. Que una cláusula como la referida, por su naturaleza no puede ser aceptada conforme a nuestro ordenamiento jurídico, siendo procedente aplicar a su respecto la norma del artículo 1544 del Código civil, que permite al Tribunal morigerar sus efectos, moderándola prudencialmente y dejando salvada la

---

<sup>6</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, cit. (n. 4), p. 141.

existencia de una sanción que las partes quisieron establecer, para el evento de retardo en la restitución del inmueble arrendado”<sup>7</sup>.

La jurisprudencia también hace aplicable el inciso final del artículo 1544 en los contratos de promesa de compraventa, en que se estipula una pena para el caso de no cumplimiento de la obligación de celebrar el contrato de compraventa. Así la Corte Suprema resolviendo un recurso de queja en sentencia de 1 de agosto de 1986 expresa:

4) Que, respecto de la cláusula penal acordada en el contrato de promesa y a que efectivamente, en principio, tiene derecho a cobrar el demandante, como promitente comprador, se convino en ese contrato una multa equivalente al valor que tengan 520 unidades de fomento, al día de su pago efectivo, con más los intereses del 6% mensual a partir de la mora en la celebración del contrato prometido;

5) Que en relación con los intereses convencionales pactados, fluye de diversas disposiciones legales como principio de orden público, que estos no pueden sobrepasar al 50% del interés corriente que corresponda; así, el artículo 2206 del Código civil, relativo al mutuo, dispone que el interés convencional no puede exceder en una mitad al interés corriente al tiempo de la convención, salvo que alguna ley especial disponga otra cosa; así el inciso penúltimo del artículo 6° de la Ley N° 18.010 sobre Operaciones de Crédito en Dinero, estatuye por su parte, que no puede estipularse un interés que exceda en más del 50% al interés corriente que rija al momento de la convención, y por último, el Código penal en su artículo 472 sanciona al que suministra valores, de cualquiera manera que sea, a un interés que exceda del máximo que la ley permite estipular. Pues bien, el interés del 6% mensual convenido como cláusula penal en la promesa, notoriamente excede del 50% del interés corriente que regía en el momento de la convención, calculado por la autoridad para créditos reajustables, como lo son las unidades de fomento.

6°) Que el Tribunal recurrido no pudo, en consecuencia, aceptar la demanda en lo que toca a los intereses penales, en una suma superior a la permitida como intereses convencionales, y el exceso cobrado debió rebajarse. Pero hay más todavía: tales intereses forman parte de la cláusula penal, de suerte que no solo estos intereses sino el valor de lo acordado como pena: 520 unidades de fomento, al valor que tengan a la fecha de pago, forman, en conjunto esa cláusula, y si se comparan con lo \$520.000 acordados como precio de la compraventa del sitio que le fue entregado al demandante como promitente al celebrarse la promesa, resulta excesiva la multa estipulada, por lo que era procedente, dada la naturaleza del contrato, que se hubiese reducido de acuerdo con el inciso último del artículo 1544 del Código civil, que faculta a los jueces a hacer una rebaja prudencial cuando la pena parezca que es enorme. Lo prudente y justo es rebajar dicha pena solo a 200 unidades de fomento, al valor que tenga a la fecha de pago, con más intereses corrientes a la fecha de la convención determinados para las sumas reajustables”<sup>8</sup>.

En el respectivo fallo la Corte Suprema va más allá y señala algunos criterios para determinar el carácter excesivo de la pena, en un contrato en donde la obliga-

<sup>7</sup> Corte Suprema, 2 de octubre de 1990, en *Revista Fallos del Mes*, N° 385, Sentencia 11, p. 757.

<sup>8</sup> Corte Suprema 1 de agosto de 1986, en *Revista Fallos del Mes*, N° 333, Sentencia 17, p. 514.

ción principal es inapreciable o indeterminada, ya que tratándose de un contrato de promesa de compraventa en la cual la obligación principal consiste en celebrar el contrato de compraventa, considera para establecer el carácter excesivo de la pena, el precio que se había estipulado en el contrato de compraventa, es decir, en el contrato a ejecutar.

También hace aplicable la normativa del inciso penúltimo del artículo 6° de la Ley 18.010 para determinar el interés excesivo estipulado como cláusula penal y por último al momento de rebajar estos intereses lo hace al interés corriente.

En nuestra opinión al ser la obligación principal –la ejecución del contrato de compraventa– de valor inapreciable o indeterminado, el Tribunal tenía libertad para determinar la reducción de la pena, sin tener que recurrir a los artículos 2206 del Código civil, ni al artículo 6° inciso penúltimo de la Ley N° 18.010, que son aplicables a los intereses corrientes excesivos en el contrato de mutuo. Debiendo haber resuelto el caso prudencialmente aplicando los principios en que descansa la desproporción, el estado de necesidad, el ánimo de aprovechamiento, etc.

4. *Algunos aspectos generales relativos al artículo 1544 del Código civil:* Se debe señalar que el derecho a pedir la moderación de la cláusula penal es irrenunciable, toda vez que la ley al consagrar esta facultad ha tenido en cuenta el interés general de mantener el equilibrio de las prestaciones recíprocas de las partes. Con lo cual permitir la renunciabilidad a esta prerrogativa significaría que el acreedor podría burlar el sentido del artículo 1544 del Código civil. Estableciéndose penas convencionales con caracteres de ruinosas para su deudor, instituyéndose como cláusula de estilo de los contratos con cláusula penal la renuncia a pedir la moderación de la pena enorme.

Por lo demás así lo consagra una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que en su considerando 6° expresa “No es renunciable el derecho para pedir la rebaja de la pena en conformidad al inciso tercero del artículo 1544 porque la ley, al otorgar este derecho no ha tenido en mira consultar el interés individual de los deudores, sino proveer a un objeto de conveniencia pública, evitando en los casos que ella contempla las convenciones ruinosas que pueden llevarse a efecto mediante la estipulación de una pena”<sup>9</sup>.

Por último, la moderación de la pena excesiva, solo puede decretarla el juez a petición de parte, atendido nuestro sistema procesal, exclusivamente autoriza a los Tribunales para actuar de oficio, cuando así han sido expresamente facultados por la ley, artículo 10 del Código orgánico de tribunales.

Sin embargo, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso no lo entendió así, al expresar en la parte pertinente “Si la pena es enorme en concepto del Tribunal, puede este moderarla prudencialmente y aún sin petición de parte, aplicando los incisos 2° y 4° del artículo 1544”<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de noviembre de 1886, en *Gaceta de los Tribunales*, Sentencia N° 1241, año 1887, p. 743.

<sup>10</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de julio de 1907, en *Revista de Derecho*, Tomo 5, secc.1ª, p. 238.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Teoría de las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1988).
- DEL CAMPO WIFF, Mario, *Estudio crítico de la jurisprudencia de la cláusula penal*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile (Santiago, 1960).
- GATICA PACHECO, Sergio, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1959).
- PEIRANO FACIO, Jorge, *La Cláusula Penal*, Editorial TEMIS (Bogotá, 1982).
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Comercial. Contratos Mercantiles, Títulos de Crédito y Operaciones Bancarias y Mercado de Capitales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1990).



# TEORÍA DEL DERECHO



## UNA LECTURA DE LA ANALOGÍA DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO

HANS MUNDACA ASSMUSSEN\*  
 Universidad Arturo Prat

### RESUMEN

En este trabajo se entrega una visión panorámica, y pretendidamente actualizada, respecto de la analogía, en cuanto es un instrumento útil para el jurista en su trabajo con el Derecho vigente (en el proceso estático-dinámico que se presenta en él). Así el estudio se enfoca desde la noción de plenitud del ordenamiento jurídico, para luego analizar la estructura de la figura, su aplicación y limitaciones, para concluir con la distinción de esta con otras figuras que se estiman similares y que pueden generar confusión al momento de utilizarse.

PALABRAS CLAVE: Teoría del Derecho, plenitud del ordenamiento jurídico, *ratio legis*, integración del Derecho, principio de legalidad.

### ABSTRACT

*This work gives a Wide and updated view of Analogy since it is a useful tool the legal expert uses when working on the current Law (the static and dynamic process he undergoes). In this respect, this paper focuses on the whole legal system, and then moves to the analysis of its structure, its application and limitations. Finally, it concludes by showing the difference it possesses when compared with other elements which are considered to be similar and can create confusion when using it.*

KEY WORDS: *Theory of Law, Totality of the Legal System, Ratio legis, Integration of Law, Legality principle.*

### INTRODUCCIÓN

Los fenómenos posibles de entender a través de los procedimientos causal-explicativos resultan ser muy ricos en su variedad y características, su cotidianeidad hace que se presenten nuevos y diversos fenómenos imposibles de subsumir en categorías ideales estáticas como la norma jurídica. En efecto, cualquier tipología será constantemente modificada por nuevos descubrimientos o enfoques de los procesos anteriores, con los cuales se irá acumulando y ampliando con ello la necesidad de que el Derecho responda a estas nuevas realidades del saber del ser humano. Se trata de un proceso dialéctico, en cuanto el saber alcanzado hoy será el punto de partida para desarrollar uno posterior que puede, incluso, dejar de obsoleto el anterior o bien demostrar los errores de aquel.

---

\* Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo en la Escuela de Derecho en la Universidad Arturo Prat, Iquique. Doctorando en Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: hmundaca@unap.cl

Dentro del contexto anterior, y como fenómeno asociado a una estructura meramente descriptiva; las relaciones entre los seres humanos presentan estas características de multiplicidad y diversidad tanto en sus formas como en su contenido.

Frente a esta constatación, encontramos que el Derecho de antiguo ha intentado regular o modelar estas relaciones a través de diversas valoraciones según la época en que se trate de explicar. Pero dichas regulaciones han resultado ser insuficientes ya que los acontecimientos producidos en el plano del ser han superado esas regulaciones presentándose con ello casos en los cuales el sistema no tiene prevista ninguna regulación o solución.

En tal evento, para poder encontrar una adecuada respuesta al asunto que se haya presentado y manteniendo una continuidad de ese entramado de normas y valores, se han diseñado diversos procedimientos de solución, y uno de ellos ha sido recurrir a otro caso regulado, cuyo supuesto de hecho presenta similitudes con aquel otro que no se encuentra modulado, atribuyéndole las consecuencias del segundo al primero. Este procedimiento recibe el nombre de analogía, cuyo análisis se intentará realizar en las siguientes líneas.

Así, el objeto de este trabajo es poder reflexionar en torno a este argumento de integración, que probablemente sea el más recurrido, particularmente por la judicatura, lo que justifica el interés de un tema semejante.

El uso de esta figura presenta resultados más bien disímiles, partiendo desde aquellos que la entienden en plenitud, hasta aquellos casos que evidencian un uso más intuitivo que científico de la figura, empobreciendo la argumentación jurídica.

El contar con una argumentación jurídica con un nivel adecuado permite, no solo considerarlo científicamente deseable y con esto otorgando una validación de la técnica, sino que, y quizá con mayor importancia que el argumento anterior, presentar la decisión de la cuestión controvertida por parte del juez con mayor fundamento; y por ella de forma más cercana a la verdad.

Por ello, dedicaré las dos primeras partes de esta monografía a contextualizar el argumento analógico, para tal efecto se pasará revista al principio de plenitud del ordenamiento y sus interpretaciones vinculadas al positivismo legalista, para posteriormente avanzar en un somero análisis de las lagunas legales, a manera de sentar la base de la necesidad de la integración. Posteriormente, y enfrentados ya al objeto de esta monografía, se analiza la analogía en su concepto y estructura, centrándose en sus dos componentes; la *ratio legis* y los criterios de identidad y semejanza.

Finalmente, y a manera de concluir esta contextualización, se contraponen algunos tipos de argumentación que son considerados similares a la analogía, no obstante que un análisis permitirá determinar los perfiles diferenciadores entre cada uno de ellos y la figura principal de análisis.

## § I. EL POSTULADO DE LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

*El dogma de la plenitud:* Una de las expresiones de la modernidad desarrolladas en el plano jurídico ha sido el postulado de la plenitud del ordenamiento jurídico, el cual expresa que cualquier situación que se produzca en el mundo real ha de tener su correspondencia en el Derecho, se trata –a decir de Capella– que “en

cualquier caso (el ordenamiento) es suficiente para decidir todos los supuestos imaginables”<sup>1</sup>.

Lo que interesa de esta definición es la referencia a la expresión supuestos imaginables, puesto que conduce a entender la plenitud del ordenamiento jurídico no como un todo indeterminado, sino que por el contrario este se haya acotado a un margen dado por aquello que se ha pretendido regular, es decir lo imaginable, en palabras del citado autor, no sería sino que el plan de la ley.

Dicha precisión tiene una importancia particular, la que se deberá tener en cuenta al momento de precisar el concepto de laguna, que más adelante se analizará.

Pues bien, el desarrollo posterior del dogma tiene que ver con la vinculación del derecho positivo como Derecho del Estado, expresado principalmente a través de la codificación; al extremo de entender que el único Derecho y todo el Derecho es el contenido en los códigos, al contener estos los únicos preceptos elaborados racionalmente.

La exigencia de la plenitud –según Carnelutti– estriba en la posibilidad de que el ordenamiento jurídico disponga de un mandato idóneo para la solución de cualquier conflicto de intereses que se plantee en una sociedad jurídicamente ordenada.

Lo que fluye del postulado en examen es que aquel deviene en una necesidad absoluta y un principio esencial, conforme al que, todo aquello que se ha pretendido regular se encuentre suficientemente cubierto, de manera que pueda regular todos los supuestos que se produzcan en la vida.

Como se ha expresado, la idea de la plenitud se vincula fuertemente con el Racionalismo, del cual deriva el positivismo legalista, y dentro de la que se han desarrollado distintas ópticas para el principio de la plenitud. Entre ellas podemos encontrar: a) la teoría del espacio jurídico vacío; b) la regla general excluyente; y c) la interdefinibilidad de los operadores deónticos.

a) *La teoría de los espacios jurídicos vacíos*. Esta teoría distingue dos ámbitos diferentes, pero conectados entre sí, un espacio lleno y otro vacío de Derecho. Así postula que el ordenamiento jurídico es una totalidad sin lagunas, que nunca requerirá ser llenado desde afuera por cuanto nos encontramos ante un espacio jurídico colmado de normas; de modo que cualquier situación se encuentra resuelta por las normas en él contenidas. Si se llegara a encontrar una situación no cubierta por normas, ello carecería de relevancia y no importaría el reconocimiento de una laguna. Por el contrario nos hallaríamos en el espacio vacío de Derecho, en cuyo seno todas las conductas son consideradas como permitidas, y en todo caso como carentes de relevancia para el Derecho.

b) *La regla general excluyente*. Esta tesis postula que el ordenamiento es un entramado pleno y coherente, puesto que si un comportamiento no se encuentra prohibido ha de entenderse permitido, y por ende no es posible reconocer la existencia de vacíos o lagunas al interior del ordenamiento jurídico. Solo es admisible la laguna axiológica, que como veremos más adelante, es aquella en que existe una norma

---

<sup>1</sup> CAPELLA, Juan, *Elementos de análisis jurídico*, Editorial Trotta (Madrid, 1999), p. 109.

jurídica que resuelve el caso, pero resulta inaplicable al ser injusta en la solución. Su propia existencia como laguna será cuestionable, desde el momento que ella tiene como base de su existencia un juicio de valor respecto de la conveniencia o no de aplicar la norma acorde a un patrón de justicia.

c) *La interdefinibilidad de los operadores deónticos.* La tercera teoría, se aproxima a la plenitud del ordenamiento sobre la base de que el orden jurídico es un sistema normativo cerrado al estar toda acción deónticamente determinada en él, es decir encuentra la conducta o permitida o prohibida, ello genera la inexistencia de lagunas legales, producto de dicha regulación que se conoce como interdefinibilidad recíproca de los operadores deónticos.

De esta forma, es posible apreciar la existencia de un principio dentro del ordenamiento jurídico que le atribuye la característica de tener una solución para cada situación o problema que se presente, esta aspiración en ocasiones se ve afectada, si no truncada, al existir en los hechos situaciones en las que no es posible encontrar una norma que le permita dar solución acorde a los fines que ordenamiento jurídico se presente. Tal situación se conoce como laguna, cuyo análisis se realiza a continuación.

## § II. LAS LAGUNAS LEGALES Y LAGUNAS DE DERECHO

a. *Concepto:* La exigencia de la plenitud del ordenamiento no obsta a que al interior del entramado normativo puedan existir vacíos, los que se conocen como lagunas; de modo que para satisfacer el dogma antes indicado el sistema deberá entregar los elementos necesarios para poder superar dicha carencia de solución.

Para emprender una tarea de la naturaleza que se viene expresando resulta conveniente, en primer lugar, verificar aquello que se ha pretendido regular, es decir, y como ya lo señaláramos, cuáles son los supuestos imaginables acorde el plan de la ley, ello permitirá marcar el campo de acción de la misma norma, en otras palabras. Este procedimiento necesariamente ha de partir por vía de la interpretación ya que será precisamente este mecanismo el cual nos dará luces en torno a los supuestos a los que resulta aplicable la norma.

Por consiguiente, la laguna no se expone como un simple silencio de la ley, sino que dicho silencio se debe traducir en una falta de regulación que contradiga su sentido y finalidad, puesto que si el legislador no estimó atingente regular determinada cuestión, no podrá estimarse que ese silencio sea una laguna.

Este proceso no es meramente causal. Por el contrario, se traduce en una instancia valorativa que ha de partir en la interpretación de las normas, de manera que si acabado dicho procedimiento se llega a la conclusión que la norma no entrega una solución al caso, y que debió hacerlo acorde a su plan, entonces, estaremos frente a una laguna<sup>2</sup>.

Pues bien, un paso más allá dentro de este procedimiento inicial nos revela otro aspecto útil para entender la noción de analogía. En efecto, si es a través de la inter-

---

<sup>2</sup> Las diferencias entre interpretación y los argumentos para colmar las lagunas serán analizadas al final de este trabajo.

pretación que daremos cuenta de la existencia de la laguna legal, ello parece ser indicativo, además, que los procedimientos que permitan colmarla o integrarla irán más allá de los mecanismos interpretativos. Pero una tal afirmación no deberá llevarnos a confusión. Un tal planteamiento nos conduce a que solo a través de un proceso interpretativo previo será posible la determinación de las lagunas legales, y asimismo, que los procesos en cuya virtud estas sean superadas, forzosamente, van más allá de la interpretación.

La laguna designa un estado de cosas en el que el derecho existente no contiene norma alguna para la decisión de un determinado caso, es –a decir de Engisch– una insuficiencia no remediada dentro del todo jurídico<sup>3</sup>. Para dar forma al concepto, según el mismo autor, habrá que averiguar el contenido que se le entregue a la noción de lo jurídico.

Así, si lo jurídico se conforma solo por la ley, expresión tomada en sentido formal, nos enfrentaríamos a una laguna cada vez que ella faltara. Por el contrario, y a nuestro entender de manera correcta, si se estima al derecho compuesto por la totalidad del derecho positivo, el que abarca no solo la ley sino que además el derecho consuetudinario, nos hallaremos frente a una laguna cada vez que utilizados ambos recursos no exista una solución al caso propuesto debiendo esperarse que así fuera.

En conjunto con lo anterior, Alchourron y Bulygin han analizado este concepto y determinado la existencia de varias acepciones de la expresión laguna. Así –según estos autores– se puede hablar de laguna del derecho para referirse al problema de la aplicación de normas generales a casos particulares, lo que se conoce como subsunción.

Se habla de lagunas normativas para referirse a los casos en no existe una norma aplicable al caso. Y finalmente nos hallamos ante una laguna de Derecho cada vez que existiendo una norma que resuelva un caso.

El criterio para determinar la existencia de una laguna no es uniforme, para Alf Ross “la ley contiene una laguna cuando el caso concreto no puede ser resuelto con referencia a esta”<sup>4</sup>. El análisis propuesto bajo esta formulación supone la existencia de un juicio *ex ante*, el cual se encuentra a cargo del juez quien a través de un procedimiento cognoscitivo, en concepto de este autor, pueda identificar la laguna y colmarla también de manera cognoscitiva. El postulado de Ross establece la laguna como un concepto absoluto.

En cambio para Alchourron y Bulygin<sup>5</sup> la laguna se puede explicar de manera relacional restándole el carácter de propiedad dentro del sistema, y por ende negándole el carácter de absoluto, de esta manera las lagunas van a ser determinadas sobre la base de las relaciones de normas que conforman el sistema.

Ahora bien, y como señaláramos con anterioridad, el proceso de determinación de una laguna no es meramente causal sino que lleva implícito una valoración, y

<sup>3</sup> ENGISCH, Carl, *Introducción al Pensamiento Jurídico* (Ernesto Garzón Valdés, trad.), Título original: *Einführung in das juristische denken*, Editorial Comares (Granada, 2001), p. 162.

<sup>4</sup> ROSS, Alf, *Teoría de las Fuentes del Derecho: una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico dogmáticas* (José Muñoz de Baena, Aurelio de Prado García, Pablo López Pietsch, trads.), Título original: *Theorie der Rechtsquellen*, edición traducida al castellano, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, 1999), p. 435.

<sup>5</sup> ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, 1991), p. 405.

dentro de ello no podemos atribuirle una propiedad absoluta, sino que ante todo se da a través de un mecanismo valorativo y relacional. Este procedimiento implica asumir que el juez es también creador del derecho ya que no solo se trata de conocer cuáles son esos vacíos, sino que por sobre ello se hace necesario determinar procedimientos que permitan salvar la falta de regulación.

*b. Tipos de lagunas:* Que la laguna represente una falta de completitud del Derecho no quiere insinuar que estas se presenten siempre de la misma manera. En efecto, es posible advertir diversos tipos de lagunas dependiendo del momento en que se advierte su presencia (lagunas iniciales o posteriores), o aun dependiendo de su autenticidad, lo cual da pie a un desarrollo jurisprudencial diverso al que la propia norma ha indicado, este procedimiento se encuentra vinculado a las costumbres imperantes en el momento de la aplicación de la norma, y que según ya vimos se conoce como laguna axiológica.

En primer término se ha distinguido el tipo de laguna de Ley, que corresponde precisamente a la falta de una norma que contraría el plan de la ley, lo cual se determina por vía de interpretación en especial con el método histórico y teleológico<sup>6</sup>, se trata de la laguna más reconocida. En este punto resulta importante distinguir la laguna de lo que Larenz<sup>7</sup> ha llamado silencio elocuente de la ley, y que corresponde a una actitud deliberada del legislador en orden a no normar o no regular un determinado espacio. Junto a la laguna de ley algunos autores<sup>8</sup> reconocen la existencia de la laguna de Derecho que corresponde a aquella en que una ley particular no es incompleta comparada con su plan regulativo, pero sí el orden jurídico respectivo, en cuanto deja de regular todo un sector del ordenamiento, o bien no contiene una determinada institución que las necesidades sociales o de tráfico jurídico exigen.

Es nuestro parecer no estamos en presencia de una verdadera laguna, sino que de una ausencia de regulación por estimar irrelevante hacerlo al momento de dictarse la norma. Recordemos que al inicio de este trabajo hablamos de las lagunas como la carencia de una norma para regular un caso imaginable, y lo concreto es que al momento de dictarse la norma, dicha situación no se encontraba dentro del imaginario legislativo. En todo caso, lo anterior no le quita el carácter de laguna a esta falta de regulación, pero ella habrá de ser calificada como laguna posterior, concepto que se analizará en seguida.

Por otro lado, debemos distinguir entre lagunas manifiestas y ocultas, y entre lagunas iniciales y posteriores. Se entiende por laguna manifiesta en el evento que la ley no ha contemplado una norma que debió hacerlo conforme su plan, es la laguna tradicionalmente reconocida. En cambio laguna oculta, es aquella que a primera vista no se percibe, puesto que existe una regulación aparente para un grupo de casos que en realidad no resulta aplicable atendido su sentido y fin; lagunas iniciales son aquellas que se generan de manera consciente por parte del legislador dejando *ex professo* de

---

<sup>6</sup> LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Manuel Rodríguez Molinero, trad.), título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlín-Heidelberg 1979), Editorial Ariel (España, 2001), p. 366.

<sup>7</sup> LARENZ, cit. (n. 6), p. 370.

<sup>8</sup> ENGISCH, cit. (n. 3), p. 162.

regular una materia, entregando conscientemente su solución a la ciencia y jurisprudencia. Normalmente –a decir de Larenz– se trata de una imprecisión terminológica<sup>9</sup> En verdad no se trata de una verdadera laguna desde el momento que se resuelve por vía de la interpretación. Finalmente encontramos las lagunas posteriores que son aquellas que nacerán producto de la evolución social, tecnológica, económica que hará necesario integrar la norma atendido al plan de la ley.

Al decir de Bobbio, existe otro sentido más de laguna, y a su juicio, de carácter menos controvertido en su reconocimiento, la laguna axiológica. Aquí no se trata ya de una ausencia de norma, de hecho ella existe, sino que la solución que se presenta no es satisfactoria o, en otras palabras, la solución no es justa<sup>10</sup>. En este caso nos hallamos ante una contradicción de lo que es el ordenamiento jurídico y aquello que debiera ser acorde a ciertos valores. Ahora bien, y a nuestro entender, todo ordenamiento jurídico es perfectible en sus contenidos y fines, pero dicho argumento no es suficiente para considerar la existencia de una laguna con este carácter, toda vez que se vincula más bien a una falla de la legislación al no considerar cierto valor, o ponderarlo de manera defectuosa. Así con lo que se viene diciendo, nos parece que la fórmula para superar una situación de esta naturaleza será necesario que el legislador perfeccione la norma. Dicho en otras palabras; se trata más bien de un problema legislativo antes que de integración del derecho.

## LA ANALOGÍA COMO MECANISMO DE INTEGRACIÓN DEL DERECHO

### A. LA ANALOGÍA<sup>11</sup>

*a. Concepto:* La noción de analogía fue desarrollada inicialmente por los postglosadores y comentarista medievales, estos la denominaron argumento a *simile* o a *paris*. El fundamento que le atribuyeron fue la identidad de la cualidad o una *identitas rationis*. Con posterioridad fue expandida por la escuela de la Exégesis, bajo la idea que el derecho responde a un sistema de fines, y así se entendió la analogía como un procedimiento que extiende a un caso no previsto por la norma una solución normativa que el legislador previó para un caso semejante.

Este proceso implica reconocer una igualdad en las razones de uno y otro caso, lo que justifica la aplicación de la normativa jurídica del segundo caso al primero.

Los dos ejes de la analogía se ubican en las ideas de la proporción y comparación por semejanza, los cuales se traducen en el problema de lo igual y de lo distinto, y de lo que es proporcionalmente igual pero no idéntico.

De esta manera, se establecen grados de participación en común entre dos figuras inicialmente diversas, en las que efectuado un proceso de identificación de

<sup>9</sup> LARENZ, cit. (n. 6), p. 370.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho* (Eduardo Rozo Acuña, trad.), Título original: *Teoria della norma giuridica y Teoria dell' ordinamento giuridico* (Turín, 1958 y 1960), Editorial Temis (Colombia, 1987), p. 226.

<sup>11</sup> Al referirnos a la analogía excluimos la noción que se entrega en biología, donde se distinguen dos tipos de analogía, la analogía en estricto sentido y la homología. Esta diferencia se emplea, sobre todo, para comparar organismos en la anatomía comparada. Allí análogo significa que en este caso es lo mismo que equivalente en funcionamiento. Y homólogo es lo equivalente morfológicamente, es decir en su estructura.

elementos esenciales o más relevantes; y por los cuales se concluye que existe una identidad entre ambos, o dicho de otro modo; que en cierto grado o medida uno se ve en el otro.

La fórmula de pensamiento analógico no ha sido privativa del derecho. En efecto, y como observa Salguero; la creatividad humana progresa mediante el método analógico, este permite discernir nuevos repertorios de estructuras de semejanza y similitud, y enfatizar similitudes y no dar preeminencia a lo diferente, con lo que constituye una de las claves más elementales de este tipo de pensamiento<sup>12</sup>.

Para Kaufmann<sup>13</sup>, todo el proceso normal de creación del derecho es un procedimiento analógico, en particular la llamada “interpretación teleológica”, agrega que la subsunción “corriente” es una analogía, fundamenta el planteamiento en la circunstancia que no existe una frontera lógica entre igualdad y similitud, puesto que siempre igualdad material es similitud, dejando de lado el concepto de igualdad formal, puesto que solo se presenta en el campo de las matemáticas, de esta manera; la propia prohibición de la analogía es un problema que se produce dentro de la analogía<sup>14</sup>. Señala que nos encontramos ante un “abrirse” en la inducción y la deducción lo que se produce en una simultaneidad, en un ir y venir de la norma a los hechos y viceversa que marcha sin interrupción, y precisamente en este “abrirse” radica la verdadera extensión de la analogía.

Diez Picazo entiende por analogía “aplicar a un caso dado (H), que no aparece contemplado de una manera directa y especial por ninguna norma jurídica, una norma prevista para un supuesto hecho distinto, pero con el cual el caso dado guarda semejanza”<sup>15</sup>.

Si el sistema jurídico –dice Reale– constituye un todo que obedece a determinadas finalidades fundamentales, es preciso suponer que, habiendo identidad de razón jurídica en los casos análogos, haya también identidad de disposición o precepto jurídico<sup>16</sup>.

Para Larenz, “la analogía es el traslado de una regla dada en la ley para el supuesto de hecho (A), o para varios supuestos de hecho similares (B) una regulada en la ley”<sup>17</sup>. Ihering, entiende por analogía aquella “operación por medio de la cual la jurisprudencia cumple esta función de abstracción”; Geny la conceptualizó como: “el procedimiento lógico que tiende a inducir de soluciones particulares el principio íntimo que las explica para buscar enseguida las mismas condiciones en otras hipótesis y adjudicarlas por vía de inducción”; Unger la definió como: “complemento orgánico del derecho positivo”, para Castro se trata de la: “afirmación de la existencia de una nueva regla jurídica, que se apoya en la misma regla anteriormente reconocida de semejante objeto y finalidad”; en fin Legaz señaló que analogía es la: “Extensión de los

<sup>12</sup> SALGUERO, Manuel, *Argumentación jurídica por analogía*, Editorial Marcial Pons (Madrid, 2002), p. 11.

<sup>13</sup> KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho* (Villar Borda, Ana María Montoya, trads.), título original: *c.h. beck verlogsbchhanlung* (Munich, 1999), Universidad Externado de Colombia, p. 136.

<sup>14</sup> KAUFMANN, cit. (n. 13), p. 248.

<sup>15</sup> DIEZ PICAZO, Luis, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Editorial Ariel (Barcelona, 1973), p. 251.

<sup>16</sup> REALE, Miguel, *Introducción al Derecho*, Editorial Pirámide S.A. (Madrid, 1993), p. 242.

<sup>17</sup> LARENZ, cit. (n. 6), p. 374.

principios de la ley a casos cuya divergencia respecto a los decididos en la ley no es esencial”<sup>18</sup>.

De las definiciones dadas en lo precedente, es posible entender gráficamente a la analogía del siguiente modo: si existen cinco casos con los mismos elementos comunes y surge un sexto no previsto, parece lógico suponer que los atributos en cuya virtud se resuelven los otros cinco se extiendan en la aplicación de este último.

La nota definitoria en la analogía se encuentra en la existencia de un caso similar, no se exige identidad, puesto que en tal evento lo que derechamente corresponde es la aplicación de la norma y no un traslado vía analogía. La similitud se traduce en la existencia de aspectos esenciales compartidos por ambos casos, acarreado como consecuencia una valoración similar, así es que el argumento por analogía concluye de individual a individual, con lo cual se diferencia de los procesos inductivos y deductivos<sup>19</sup>.

Los elementos esenciales que configuran la analogía se encuentran en el establecimiento de la justicia de igualdad, de manera que las propiedades más relevantes de una norma se trasladan a solucionar una situación diversa respecto de la cual no hay ninguna norma que la regule.

Cossio se ha preocupado de desarrollar la noción de analogía en su obra: *La plenitud del ordenamiento jurídico*<sup>20</sup>, en ella plantea que la analogía jurídica no radica en la identidad de razón y la afinidad de hecho a los términos relacionados, ni del ascenso de lo singular a su género, para luego descender de este a otro singular; ello sería lógica formal, precisa que al establecer una justicia de la igualdad, donde se tratan dos casos similares, conlleva la noción de un proceso valorativo tanto de las situaciones como de la norma a aplicar<sup>21</sup>.

Esta valoración se podrá efectuar en primer lugar por categorías lógicas de identidad o no identidad. Este proceso no es un mecanismo lógico-formal, sino que se inserta en un proceso mayor de contenido axiológico y teleológico, resultando esencial reconocer que la vinculación no es por consecuencia formal de semejanza, sino que se encuentra vinculado a la estructura de la experiencia, siendo para tal efecto necesario determinarse los fines que se buscan con la regulación.

Con lo dicho, creemos que la analogía no es solo un mecanismo lógico-formal, sino que se inserta en un proceso mayor de contenido axiológico y teleológico del sistema normativo. Así, un planteamiento de esta naturaleza conlleva desarrollar siempre un proceso valorativo, que no solo vincula por consecuencia formal de semejanza a los elementos sino que se encuentra ligado a la estructura de la experiencia<sup>22</sup>. En efecto, los aspectos importantes de la regulación deben volver a los fines e ideas fundamentales de la regulación legal.

<sup>18</sup> SALGUERO, cit. (n. 12), p. 81.

<sup>19</sup> En el proceso deductivo se concluye de lo universal a lo particular, mientras que en la inducción, al revés, se concluye de lo singular a lo universal.

<sup>20</sup> Se ha tenido a la vista la Segunda Edición, Editorial Losada S. A. (Buenos Aires, 1947).

<sup>21</sup> Por su parte, PUCHTA, para enfrentar la analogía como mecanismo de integración del derecho, la coloca en una relación funcional con la “naturaleza de la cosa”, y señala que: “*la naturaleza de la cosa sirve simultáneamente como medio y criterio de la aplicación jurídico analógica*”, citado por KAUFMAN en: *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, título original: *Analogie un “Natur der Sache”. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus* (1965, trad. castellana 1976), p. 35.

<sup>22</sup> REALE, cit. (n. 16), p. 243.

De esta manera el punto de partida de la analogía se halla a medio camino entre la interpretación y el *argumentum* a contrario, por ello es que debiera previamente haberse agotado el proceso de interpretación<sup>23</sup>.

### § III ESTRUCTURA DE LA ANALOGÍA

Sobre el conjunto de las definiciones señaladas en el acápite anterior podemos determinar los elementos que estructuran la analogía; así nos encontramos, en primer término, ante un supuesto de hecho que no se encuentra regulado por ninguna norma explícita y de la que no se establece consecuencia jurídica alguna. Ello permite constatar la existencia de una laguna; en segundo lugar encontramos una norma que asigna a otro supuesto de hecho una consecuencia jurídica determinada. Acto seguido podemos determinar que entre el primer y segundo supuesto de hecho hay una semejanza relevante y esencial; como también una identidad de razón que es común en ambos hechos, de modo que es posible atribuir la consecuencia jurídica del supuesto de hecho regulado al supuesto de hecho no regulado.

La justificación en el uso de la analogía parte de la base de presuponer —en términos de Larenz—<sup>24</sup> que el legislador habría regulado el segundo caso de la misma manera que el primero, y la base de esta presunción se encuentra en la idea que el legislador tiene la voluntad de crear una regulación justa<sup>25</sup>.

Ahora bien, dada la estructura anterior es posible percibir que hay dos notas distintivas dentro de la noción de analogía, a saber; la identidad de razón (a) y el criterio de semejanza de casos (b). Dicho de otra forma los elementos que configuran la analogía son estructura lógico-formal y la decisión fáctica.

a) *La Ratio Legis*: Hay autores (como Bobbio, Castán y M. Atienza)<sup>26</sup> que estiman que lo esencial de la estructura de la analogía es la identidad de razón y no es necesario recurrir a la presunción de relaciones jurídicas justas como orientación general de la voluntad del legislador. En verdad, podemos situarnos en un nivel intermedio de ambas posiciones ya que estimamos que ambos aspectos resultan gravitantes y se hayan fusionados en: *La Ratio Legis*, elemento que nos permite entender por qué la analogía no es un procedimiento meramente *lógico formal*.

<sup>23</sup> ENGISCH señala que la interpretación encuentra sus límites allí donde el posible sentido literal no coincide con una decisión jurídica, más allá de este límite comienza actuar el razonamiento por analogía, cit. (n. 3), p. 176.

<sup>24</sup> LARENZ (n. 6), p. 374.

<sup>25</sup> En general en SAVIGNY podemos observar dos momentos en su obra, y por ende dos concepciones diversas de la analogía en concordancia a la evolución de sus postulados. Así, en lo que nos interesa por un lado los escritos del año 1805 entiende que la analogía opera en la ley como una regla especial que regule un caso similar, aquí se reduce esta ley a una regla superior y con posterioridad se resuelva acorde a dicha regla superior el caso no regulado. Una visión diversa nos ofrece en 1815 cuando aparece la idea de recurrir a la contemplación total del instituto jurídico, distinguiendo dos casos. El primero donde aparece una nueva revelación jurídica, hasta ese momento desconocida, siendo una creación que en cuanto sea posible deberá enlazarse con la ya existente. Un segundo caso es que surja una cuestión particular en un instituto ya conocido, situación que es más frecuente y que ha de ser entendida según la afinidad interna de las normas de ese instituto jurídico.

<sup>26</sup> SALGUERO, cit. (n. 12), p. 86.

2. La *Ratio Legis*, es la razón de la ley, el sentido objetivo del fin de la ley –como observa Larenz<sup>27</sup> y para conocer los elementos del supuesto de hecho legalmente regulado son importantes para la valoración legal debemos conocer adecuadamente el sentido y finalidad de la ley hasta permitir la aplicación de esta otra ley.

La *Ratio Legis* es el principio unificador entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, así como observa Salguero<sup>28</sup>; “la *ratio* es la causa *legis*, es el motivo o fin que se persigue con la norma, es el sentido y fin de la norma”. Ahora bien, para poder llegar a determinar el sentido y fin de la norma es necesario previamente interpretarla usando al efecto todos los elementos que se contemplan para ello; generando un círculo al momento de su determinación.

Se podría intentar determinar la *ratio legis* a través de un criterio sustancialista sirviendo de guía en su determinación al presuponer que existe un orden natural, y a dicho orden se debe ajustar el legislador, pero ello escaparía con creces a una teoría del derecho y situaría este problema en el campo de la filosofía.

En conjunto con lo anterior, tanto el hecho regulado como el no regulado deben tener un término común expresado, según este autor, como una razón suficiente tanto de su existencia como de su verdad. Así la razón suficiente de su existencia se traduce en entender una causalidad eficiente de la norma, y ello se traduce en que la norma tiene un origen histórico expresado en una intención y voluntad racional. Así, se puede concluir que la norma es consecuencia de un principio.

*b) Los elementos de relevancia e identidad:* Según lo visto en lo precedente, la analogía se presenta como un tratamiento igualitario<sup>29</sup>, y la determinación de esta igualdad se basa en la selección de los elementos fácticos tanto en el primero como segundo supuesto de hecho. Decíamos que se trata de una igualdad relativa no absoluta, o más precisamente de rescatar los elementos más sobresalientes o relevantes de cada uno de ellos, lo que nos lleva a estudiar lo que se ha denominado como *círculo de la identidad*, el cual hace referencia al conjunto de notas en las cosas o supuestos que son comunes, siendo algunos de estas notas similares en esencia. Al efecto Kaufmann señaló: “Este punto medio, esta analogicidad del ser, constituye un presupuesto para que podamos llegar a poseer un orden en nuestro saber y en nuestras relaciones”. Agrega: “Si todo fuera uno, si no hubiera diferencias, todo sería carente de sentido. Si por otro lado, no hubiera absolutamente ninguna vinculación, ninguna comunidad entre las cosas, debiéramos tener para cada cosa un nombre particular y para acción humana una norma especial”<sup>30</sup>.

De esta forma podemos evidenciar que la argumentación analógica se sitúa en un punto medio entre los conceptos unívocos y los conceptos equívocos. La determinación de estos elementos esenciales no es exacta, por el contrario implica una valoración; de esta forma es necesario distinguir siguiendo a Klug<sup>31</sup>; entre el círculo de

<sup>27</sup> LARENZ, cit. (n. 6), p. 375.

<sup>28</sup> SALGUERO, cit. (n.12), p. 86.

<sup>29</sup> Sobre el particular, Aristóteles señaló que lo justo, no es una igualdad formal sino una igualdad de las relaciones, un proporcional, un correspondiente, un punto medio.

<sup>30</sup> KAUFMANN, cit. (n. 21), pp. 72-73.

<sup>31</sup> KLUG, Ulrich, *Lógica Jurídica* (Juan David García, trad.), Título original: *Juristische logik* (Berlín, 1966), (Universidad Central, Venezuela), pp. 184-186.

semejanza creado por la analogía, al círculo de semejanza producido en el plano ideal racional. Así la adscripción de uno u otro grupo supone que un elemento cualquiera de esa clase no puede pertenecer a más de un círculo de igualdad. En el otro extremo, en el círculo de semejanza, es posible que un elemento pueda pertenecer a más de un círculo de semejanza.

Este criterio de semejanza está relacionado con la identidad de razón y la semejanza de casos, ellos se fusionan en la idea de *ratio legis* ya analizada. Aquí lo relevante no deviene en *cuantificar* los rasgos semejantes y los diversos –es más estos últimos serán ignorados–. Por el contrario estos elementos deberán ser valorados a fin de poder concluir en la analogía.

Estimamos, siguiendo a Klug, que lo más importante en este proceso es poder detectar los elementos particulares de cada uno de los hechos, ello permitirá construir las razones prácticas para el caso las que permitirán configurar la relevancia del hecho similar y determinarán la procedencia o no de la analogía.

En la misma línea, no existe un procedimiento estandarizado u objetivo de racionalidad media que permita señalar los elementos relevantes para la determinación de la similitud. Una pretensión de tal naturaleza implicaría desconocer las diversidades culturales e ideológicas.

De esta manera, podemos considerar que el proceso por el que se configura la analogía supone reconocer las características particulares y propias del hecho. Este procedimiento se verifica a través de una racionalidad no estandarizada, que deberá atender las particulares del mismo y la realidad del propio interprete, lo que expresa la simultaneidad en el proceso analógico, dándole a su vez un carácter dinámico; cuyo resultado se fusionará con la *ratio legis* completando de esa forma el proceso analógico.

#### § IV TIPOS DE ANALOGÍA

El concebir la analogía como un proceso valorativo, permitió a Cossio<sup>32</sup> distinguir entre analogía lógico formal y analogía jurídica. La primera expresión alude a un raciocinio “en la dialéctica formal del pensamiento”, en cambio la analogía jurídica se basa en un contenido axiológico, que a nuestro entender, busca los mismos resultados y no el procedimiento en sí. En todo evento, siempre el procedimiento estará regulado por una norma previa que se dará por el caso en sí. Con ello la analogía jurídica tendrá un componente dado por la experiencia. Asumir un caso contrario se debe asumir que carecería de importancia la distinción formulada por Cossio. Siguiendo un procedimiento de esta naturaleza se evita la falsificación metodológica que constituiría el uso de la analogía frente a las fallas de la legislación, o bien la sustitución de la aplicación de una norma para un caso previsto por la analogía. Dicha aseveración nos parece del todo válida, aun en el evento que no exista una norma formal habilitante para el proceso analógico dado que este mecanismo resulta ser un imperativo acorde a la regla de inexcusabilidad de los tribunales que conlleva la autorización para proceder en este sentido.

---

<sup>32</sup> COSSIO, cit. (n. 20), p. 219.

Por otro lado, y según el apoyo normativo en que se fundamenta este tipo de argumentación se ha distinguido entre dos tipos principales de analogía, a saber; analogía *legis* o individual (a) y, analogía *iuris* o conjunta (b).

a) La analogía *legis* o individual toma como punto de partida una disposición concreta de la ley para aplicarla a casos idénticos, en esta hipótesis se parte de lo particular y se soluciona un caso particular que presenta identidad relevante en sus aspectos esenciales, su pretensión no va más allá de del caso propuesto, y no acarrearía otra consecuencia que la solución del caso que se haya presentado.

b) La analogía *iuris* o conjunta, es aquella que arranca de una pluralidad de normas o disposiciones singulares, y por medio de ellas se procura inducir de ellas un principio, sobre el que se articula la identidad de razón. A diferencia del modelo anterior, en este caso se plantea un viraje desde lo individual (cada una de las disposiciones ha considerar) hacia lo general, donde se produce la *extracción* del principio el cual posee las características de relevancia e identidad, lo que permite descender hasta el caso que se pretende resolver.

Asimismo, cabe destacar, como se ha dejado entrever, en la analogía *legis* el caso a decidir no es igual al supuesto de hecho normativo sino que es semejante. Por su parte, en la analogía *iuris*, aunque tampoco es idéntico a ninguno de los supuestos normativos, en este caso será igual al supuesto de hecho que configura el principio inducido del conjunto de las normas usadas<sup>33</sup>.

Pero aun hay otra distinción de la analogía, y podemos distinguir entre analogía completa e incompleta.

La analogía completa se encontraría tomada de las matemáticas y se podría graficar de la siguiente forma: el hombre (1) y el animal (2) son organismos animados (g), la diferencia específica del hombre es la razón (a), la del animal el instinto (b). En virtud del género común les conviene el predicado *poder obrar* (c), pero al hombre, modificado por su racionalidad, le conviene obrar racionalmente, de lo que se seguirá por analogía exacta que al animal le corresponde obrar instintivamente. El establecer un procedimiento de analogía exacta es de suyo complejo en cuanto será siempre necesario buscar diferencias destacadas entre los conceptos y sus relaciones, lo cual no sucede de ordinario<sup>34</sup>.

Por otro lado, la analogía incompleta es expresada buscando el predicado que conviene a uno de los sujetos que se presenten (por ejemplo: A y B), pero no se conoce el predicado de uno de los sujetos sino que de manera imperfecta de modo que es insegura que ese predicado pueda estar condicionando al otro sujeto. De esta forma será dudoso si el predicado corresponde exclusivamente a uno de los sujetos o ambos.

<sup>33</sup> KLUG citando a ENNECERUS describe la diferencia entre ambos tipo de analogía de la siguiente forma: “descartando todos los presupuestos inesenciales; y, una vez así purificada, la aplica a los casos que caigan en la ley en aspectos innesenciales; en puntos que en rigor no tocan la regla”... “la analogía jurídica parte de muchas normas jurídicas en que sin duda se apoya, pero ascendiendo a principios más generales, mediante inducción, y estos son los que se aplican a casos que de suyo no caerían bajo ninguna de las normas jurídicas establecidas”, KLUG, cit. (n. 31), p. 150.

<sup>34</sup> En la práctica no suele encontrarse una analogía de este tipo, muy por el contrario. Incluso pareciera que Kaufmann derechamente rechaza este tipo de argumentación específico cuando señala que: “En esto no hay nada que discutir: la así llamada conclusión analógica conduce solo a un juicio problemático y jamás puede arrojar resultados seguros”. KAUFMANN, cit. (n. 21), p. 43.

El problema tiende a resolverse cuando existen varios predicados asociados a cada sujeto, de manera que si en mayor número tienden a ser semejantes entre ellos es más probable que convengan los restantes en esos atributos, existe una probabilidad y no certeza que sean semejantes<sup>35</sup>. De esta manera, es posible entender ambos tipos de analogía sobre la base de la contraposición la analogía pierde el carácter de problemática puesto que se conocen todas las propiedades de cada uno de los sujetos. Por el contrario en la analogía incompleta se concluye partiendo de la concordancia en propiedades conocidas a la concordancia en otra u otras desconocidas.

#### § V. LIMITACIONES O RESTRICCIONES AL USO DE LA ANALOGÍA

No ha de sorprender al lector que se reconozcan limitaciones al uso de la técnica de la analogía. En efecto, estos límites los vamos a poder examinar desde dos perspectivas; tanto desde el ámbito del Derecho civil (a), como en el terreno del Derecho penal (b), para estos efectos; dable es consignar que bajo la idea de Derecho civil ubicaremos todas las áreas y materias que conforman el derecho distintas a la penal, que es por lo demás la forma de distinción que nuestra Constitución Política, en su artículo 73, ha asumido al momento de referirse a la jurisdicción<sup>36</sup>.

a) En materia civil; el uso de la analogía importa ciertas restricciones limitaciones vinculadas principalmente a situaciones de excepción o bien de restricción de derechos. En tal sentido podemos nombrar al menos tres grupos de casos, a saber: a) Las leyes prohibitivas y las leyes sancionadoras. Respecto de las cuales se debe proceder en una interpretación restrictiva<sup>37</sup>; a su vez, las normas limitativas de la capacidad de las personas o de los derechos subjetivos deben considerarse como odiosas y por ello de interpretación restringida; y c) Normas especiales, que por su propia naturaleza de excepcionalidad<sup>38</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible efectuar una distinción que nos entregue una mayor definición al límite del uso de la analogía. En efecto; no es posible aplicar una norma especial a casos no contemplados dentro de ella ya que habría una falta de supuestos para un tal proceder, pero una cosa diferente, y que se permite, es que dentro del mismo campo de esta situación especial, y marcado por la idea fundamental

<sup>35</sup> Normalmente se trata de buscar varios predicados en común como la rotación del eje, estaciones del año, atmósfera, agua, de manera que se concluye, por ejemplo, que si la tierra tiene vegetación, tiene que tenerla Marte, aquí a diferencia de la analogía completa se evidencia el juicio de probabilidad, y por ende lo problemático que resulta el empleo de la analogía.

<sup>36</sup> Según KLUG, cit. (n. 31), pp. 151-153, “una indicación, en apariencia más orientadora a primera vista, para las posibilidades de aplicación del argumento por analogía, se halla en la prescripción de que la analogía no es generalmente aplicable en casos singulares, o como se dice, contra la regla”, pero esta distinción solo es válida en apariencia “preguntémonos entonces si tal indicación, prescindiendo de la limitación introducida, nos proporciona un criterio definido. Hay que negarlo; lo cual resulta sin más de la formulación dada, ya que dijimos que las prescripciones singulares no son aptas para una aplicación general de la analogía. Y no tan solo, según se afirma en la teoría científica del Derecho, por que cada una de las prescripciones singulares, resulte de nuevo, prescripción general, de modo que una vez más se plantea la misma cuestión en el dominio restringido señalado, sobre todo, porque prescindiendo de las normas jurídicas supremas cualquier otra prescripción tiene carácter singular”.

<sup>37</sup> Ello respondería a los antiguos principios “*indubio pro reo, indubio por libertate y odiosa sunt restringenda*”.

<sup>38</sup> Lo que se conoce como “*non sunt procedendum at consequentias*”.

de su regulación se pueda realizar la analogía, respetando con ello la interdicción de la analogía de una analogía; pero entregando la suficiente flexibilidad al encontrar un cúmulo de soluciones necesarias que se presenten dentro de dicho acotado campo<sup>39</sup>.

b) En materia penal; para enfrentar este aspecto debemos tener en consideración que uno de los pilares fundamentales en esta materia es el *principio de legalidad* (1), el cual trae aparejado cuatro consecuencias (2), siendo una ellas precisamente la institución a la que nos hemos referido constantemente (3).

El principio de legalidad en el Derecho penal; el postulado que debemos utilizar en esta materia nos indica que no hay crimen o delito sin ley (*nullum crimen sine lege*) y no hay pena sin ley, y lo explica Roxin de la siguiente forma: “Ello quiere decir que no solo la circunstancia de que una determinada conducta sea ya punible, sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho...”<sup>40</sup>.

Ello quiere decir que no existe una conducta que vaya a ser sancionada penalmente si es que no se encuentra tasada legalmente con anterioridad a su perpetración, y dicha tasación requiere la descripción de la conducta y la sanción específica que le ha de corresponder.

El principio en estudio acarrea cuatro consecuencias que restringen fuertemente la aplicación de las sanciones contenidas en dicho sistema, a saber: la prohibición del uso del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de las leyes penales indeterminadas, la irretroactividad de la ley penal, y la prohibición de la analogía.

Esta última consecuencia es la que nos interesa para efectos de este trabajo, razón por la que respecto de las otras tres nos conformaremos con el enunciado precedente.

La aplicación del principio de legalidad implica prohibir la analogía en la aplicación de las leyes en materia penal. Sin perjuicio de la excepción que más adelante se indicará. El fundamento para una tal restricción se encuentra en la excepcionalidad de la herramienta punitiva, como también en la violencia que representa su uso para la persona que recibe el castigo; que representa una disminución de la esfera de sus derechos personalísimos, como en muchos casos la libertad ambulatoria, o incluso la vida. Desde esa perspectiva la función del Estado será proteger a la sociedad a través del Derecho penal, pero a la vez proteger a las personas del Derecho penal.

Por dichas razones se entiende que no es posible utilizar la analogía para sancionar conductas o bien determinar penas. Estas mismas razones han motivado una

---

<sup>39</sup> ENGISCH cita un caso de la jurisprudencia alemana; una testigo, a quien el acusado había intentado violar, sufría, en el proceso y en presencia del mismo, convulsiones que le impedían formular declaración alguna, frente a ello, el tribunal estimó que: “la idea fundamental de la disposición del artículo 247, párrafo 1º del Código de procedimientos penales es que en la presencia del acusado, cuando un testigo preste declaración, no debe constituir obstáculo para una exhaustiva investigación de la verdad”, de esta forma la actitud de la testigo producto de la actuación del acusado no le permite prestar declaración en su presencia lo que: “es igual a la preocupación de que el testigo no declare la verdad, caso previsto en el artículo 247”, en ENGISCH, cit. (n. 3), p. 180.

<sup>40</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2. Auflage Beck* (Munich, 1994), traducción al español de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas (Madrid, 1997), p. 138.

distinción entre una analogía que extienda los tipos o las penas, a la que ya hicimos alusión, la cual se encuentra vedada como ya sabemos y en nuestro sistema la prohibición es a nivel constitucional (artículo 19 N° 3); y otra que es aceptada, en cuanto es favorable y que busca extender circunstancias beneficiosas para el acusado. Ello se dimensiona en distintos aspectos como en las circunstancias atenuantes, eximentes, imputación de tiempo de cumplimiento, entre otras. La primera recibe el nombre de analogía in *malam partem* y la segunda analogía en *bonam partem*<sup>41</sup>.

Kaufmann<sup>42</sup> ha observado que en materia penal no existen argumentos sólidos para desterrar el uso de la analogía. Estima que el principio *nullum crimen sine lege* no es obstáculo para la aplicación de esta figura ya que la idea expresada en ese principio de una descripción exacta de las conductas se agota en una pretensión, agrega que: “No hay ningún hecho delictuoso cuyos contornos estén fijados en la ley; por todos lados las fronteras están abiertas. Esto se sabe pero se rehúsa sacar las consecuencias que corresponden”. Y es que para este autor hay dos argumentos que considerar a la hora de explicar tal prohibición. El primero, que concibe como un “tabú”, y no sin razón, se halla en “el reproche (que debe hacerse cargo quien postule la analogía en sede penal) de que está todavía poseído por el espíritu pérfido de la Ley modificatoria de 28 de junio de 1935” –agregando que– “los años funestos de la dictadura pesan en nuestra discusión científica aun hoy”<sup>43</sup>.

El segundo argumento es, a su juicio, más profundo y es “la sospecha lógica de ella proveniente del positivismo”. En cuanto se trata solo de un juicio problemático y que atenta contra la seguridad jurídica, y es que la equiparación del Estado al Derecho positivo tiene como resultante al Estado de Derecho en su concepción legalista, y de allí resulta ser, en definitiva, que el uso de la analogía es un atentado contra el propio Estado de Derecho<sup>44</sup>.

Finalmente, en la actualidad, hemos podido observar que el uso del recurso analógico no es aceptable de manera uniforme dentro de los distintos sectores del ordenamiento jurídico. Existen una serie de limitaciones vinculadas a situaciones de excepcionalidad y restricción o privación de derechos entre las cuales, genéricamente, podemos ubicar el Derecho penal<sup>45</sup>. Pero de igual forma, aparece que en este ámbito particular es aceptable en la medida que reduzca el rigor de la sanción.

<sup>41</sup> ROXIN, cit. (n. 40), pp. 147-158.

<sup>42</sup> KAUFMANN, cit. (n. 21), p. 43.

<sup>43</sup> La citada ley modificó el Código penal alemán, insertando en su inciso segundo el siguiente enunciado: “Será sancionado quien realice un hecho penado por la ley o que merezca sanción de acuerdo con los fundamentos de una ley y con el sano sentimiento popular. De no encontrarse una ley penal determinada que sea inmediatamente aplicable al caso, este será castigado de acuerdo con la ley cuyo fundamento le sea más exactamente aplicable”, este artículo fue derogado en 1946, por el Consejo Contralor, entidad compuesta por representantes de los países ocupantes.

<sup>44</sup> Finalmente, KAUFMANN, señala que pese a todo ello no debemos caer en el error de creer que solo existen dos opciones o la del positivismo legalista y la de iusnaturalismo, planteando que ambas opciones y sus secuelas como Estado judicial, normativismo, decisionismo, etc., son falsas; cit. (n. 19) p. 45.

<sup>45</sup> A pesar de los argumentos expresados por el maestro Kaufmann, y es que humildemente, nos permitimos discrepar de su posición, particularmente del primer argumento esbozado, y que se refiere a la modificación del Código penal alemán en el año 35. y es que a nuestro entender el carácter práctico de la ciencia del Derecho nos exige reconocer que el modelo de Estado de Derecho se vinculó necesariamente a una limitación del poder del monarca en resguardo a las libertades de las personas. En ese plano, una de las herramientas más fuertes que posee el Estado para afectar la libertad y propiedad de las personas es el

## § VI. LA ANALOGÍA Y FIGURAS AFINES

Puede facilitar la comprensión de la técnica en estudio el someter su estructura y elementos a una comparación con figuras conceptuales similares dentro de la teoría del derecho tales como: la interpretación extensiva (a), el argumento *afortiori* (b), el argumento a contrario (c) y, la remisión normativa (d). Todas estas figuras y su correspondiente relación pasamos a explicar a continuación en el mismo orden del enunciado:

a) *Analogía e interpretación extensiva*. La diferencia conceptual entre ambas técnicas se debe a la Escuela Histórica del Derecho, pero es posible aseverar una cercanía entre ambas, por un lado, son expresiones del principio que los casos similares deben ser tratados de igual manera, y en ambas hay una *ratio* subyacente.

Las diferencias que se pueden observar se refieren más bien a una cuestión de grados que de sustancia. En efecto; mientras la analogía se configura de la reunión de uno o varios preceptos, la interpretación extensiva “extiende el campo de sus operaciones de una ley a un caso fronterizo que está muy cerca del núcleo del caso tipo”<sup>46</sup>.

Por otro, la analogía requiere de una laguna que colmar, requisito que no se presenta en la interpretación extensiva.

A decir de Klug, “la interpretación extensiva hace notar cómo el pensamiento o idea de la ley desborda su estrecha expresión; mientras que la analogía desarrolla la idea misma de la ley; es una especie de progreso del Derecho, solo que en la dirección indicada por la ley”<sup>47</sup>.

En la analogía hay un silencio de la ley contrario a su plan, en cambio, en la interpretación extensiva se hace patente solo una oscuridad del texto. Finalmente, la interpretación extensiva se mueve siempre en el plano de las normas, y la analogía se plantea frente un hecho, un *factum*.

b) *Analogía y argumento afortiori*. Esta técnica es conocida también como *argumentum a maiore and minus*, y se puede expresar de sí un determinado supuesto posee una determinada consecuencia jurídica, entonces esa misma consecuencia se tiene que presentar para otro supuesto que similar al primero, en atención a que la *ratio legis* del primero se da con mayor razón en el segundo, o dicho de otra forma “por lo menos en igual medida”<sup>48</sup>. Para algunos, este argumento constituiría una extensión de la analogía, no a través de una identidad de razón, sino que una mayor razón<sup>49</sup>.

Entre ambas podemos observar elementos comunes y diferentes:

i) En ambos casos existe una laguna, o un caso regulado y otro no, en ambos casos se presenta una función integradora, en las dos figuras se presenta un mismo tratamiento jurídico al caso regulado o no regulado.

---

Derecho penal, y en tal sentido admitir la analogía directamente en los tipos penales es sencillamente renunciar a esas libertades en un área tremendamente sensible y el ejemplo de sus consecuencias, está dado justamente en Alemania con la modificación transcrita al Código penal. Y es como hemos dicho antes, que la argumentación analógica no es puramente lógica formal conlleva una cierta valoración, misma que nos dice que no se ha de entregar dicha posibilidad al jerarca.

<sup>46</sup> SALGUERO, cit. (n.12), p. 220.

<sup>47</sup> KLUG, cit. (n. 31), p. 149.

<sup>48</sup> LARENZ, cit. (n. 6), p. 383.

<sup>49</sup> SALGUERO, cit. (n. 12), p. 223.

ii) Pero se diferencian en varios aspectos; la analogía utiliza la identidad de razón y la *ratio legis*, en cambio, el argumento *a fortiori* utiliza una mayor razón; la analogía utiliza una relación de equivalencia, en cambio en el argumento planteado es ordenadora de esta mayor razón.

c) *Analogía y argumento a contrario*. Este argumento es una inferencia por inversión, se basa en la presunción de que si el legislador ha pretendido regular de una determinada forma una materia, se ha de entender que regulará de manera diversa la hipótesis contraria.

De esta manera, entre analogía y argumento a contrario, podemos observar una serie de relaciones por contraposición:

i) En la analogía, lo esencial es la semejanza y la diferencia resulta ser accidental. En cambio, en el argumento a contrario, lo esencial es la diferencia y lo accidental la semejanza.

ii) En la analogía se parte de la similitud de los hechos, a diferencia del argumento en examen, que va desde la diferencia de los supuestos a las diferencias de las consecuencias jurídicas.

iii) En la analogía hay identidad de razón, y en el argumento a contrario hay ausencia de identidad.

iv) El argumento a contrario hay una presunción de voluntad del legislador, presunción de la que se carece en la analogía.

d) *Analogía y remisión normativa*; En ocasiones la ley utiliza expresiones que parecieran resolver la regulación normativa sobre la base de la analogía. Así se hacen presentes frases como “a casos que la propia ley les considere análogos”. Pero no ha de sorprender una redacción en tal sentido, ya que no es analogía, sino que la remisión a otra u otras “normas específicas”, se hace asimilable a decir “asimismo regirán para”, es una asimilación expresa de normas. No se presenta en estos casos una laguna, sino que solo es un proceso de “economía legislativa”<sup>50</sup>.

## CONCLUSIONES

1. En el estado actual del desarrollo de la ciencia del Derecho, no es posible entender el principio de plenitud con la extensión concebida por el racionalismo. Por el contrario, debemos entenderlo como una aspiración del sistema jurídico, lo que conlleva reconocer la existencia de vacíos dentro del mismo, a los cuales se les denomina lagunas.

2. La laguna es la ausencia de regulación respecto de una materia que conforme el sentido y finalidad de la ley debía estar resuelto por ella, esto es lo que se conoce como lagunas de ley. No compartimos el criterio de distinguir entre lagunas de la ley y lagunas de Derecho, en cuanto estas últimas se trata una falta de regulación que al momento de dictarse la norma no se consideró como necesaria, por ende quedó fuera

---

<sup>50</sup> SALGUERO, cit. (n. 12), p. 236.

del plan de la ley, pero posteriormente el avance social la hizo necesaria. Ello hace que la laguna de derecho en realidad corresponda a la tipología de la laguna posterior.

3. Para poder determinar la existencia de una laguna es necesario previamente agotar todos los procedimientos que conlleva la interpretación, de manera que para asumir la necesidad de integrar el ordenamiento jurídico se ha de ir más allá de la interpretación, lo que diferencia los procedimientos interpretativos de la analogía.

4. La analogía es la traslación de las consecuencias jurídicas previstas para un determinado supuesto a otro no previsto en el orden normativo, pero que posee una similitud tanto en la razón de la ley como en su identidad y semejanza generando un proceso valorativo que el operador jurídico deberá utilizar, y fundamentar en su análisis. También constituye analogía la determinación de un principio extraído de un conjunto de normas del ordenamiento, y con él aplicarlo a una situación no prevista en el ordenamiento, la primera es una analogía *legis* o singular y la segunda analogía *iuris* o de derecho.

5. La analogía se estructura sobre dos elementos: la identidad de la razón de la ley y, lo que se ha denominado el círculo de semejanza e identidad, en el cual lo que nos interesa es tomar los elementos similares de una y otra situación de manera de situarlos en un punto medio, se trata de conjugar dos tipos de conceptos equívocos, pero que tienen un tipo de igualdad que representa colocarlo en medio de uno y otro, con lo que la analogía no es verdaderamente un traspaso o vaciado de una situación a otra, sino que a través de la analogía se crea una nueva situación equidistante de las dos primeras (la regulada y no regulada). Con esto a su vez queda establecido que la función del juez en esta materia no es meramente cognoscitiva sino que creadora del Derecho, se establece una nueva situación diferente a las anteriores.

6. La analogía presenta limitaciones en su uso vinculadas a las situaciones de regulación excepcionales, las de restricción de derechos, tal como acontece en el Derecho penal, o bien en las que establecen limitación a la capacidad de los derechos subjetivos o de capacidad de las personas. Y es aquí donde se vislumbra con mayor fuerza que este tipo de argumentación no es meramente lógico formal, sino que expresa una perspectiva fuertemente valorativa.

a) Pero todavía dentro de este margen de restricción, en materia civil es posible proceder de manera analógica respetando la idea fundamental de su regulación, otorgando a las normas suficiente flexibilidad en su aplicación, y respetando a la vez la interdicción de la analogía de la analogía.

b) En materia penal, la analogía se ha excluido en todas aquellas circunstancias que implican un agravamiento de la responsabilidad. Ya lo habíamos anticipado en la conclusión anterior, puesto que se trata de establecer una nueva situación ajena a las iniciales, y por tanto que desbordan los márgenes de garantía que representa la ley penal. Por el contrario, en todas aquellas situaciones que beneficien al acusado, resulta absolutamente procedente y además deseable como manera de mitigar el poder estatal.

7. La analogía presenta similitudes y diferencias con otros tipos de argumentación jurídica.

a) con algunas como el argumento a contrario, y *a fortiori*, se diferencian en más que una cuestión de grado, en el hecho de que en estos dos tipos de argumentación no existe una laguna a diferencia de la analogía.

b) La analogía se diferencia de la interpretación extensiva por el hecho que en la primera existe una laguna, una ausencia de regulación, en cambio, en la segunda existe una norma, solo que su texto es oscuro.

c) Entre la remisión normativa y la analogía hay una diferencia sustancial en cuanto la primera es una expresión que la propia ley utiliza para aplicar otras normas existentes. En cambio en la analogía, no existe ninguna norma que aplicar se trata de un vacío que se llenado al existir similitud del hecho, similitud que no interesa en la remisión normativa, puesto que es la misma ley la que indica que ha de aplicarse.

### BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1991).
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Temis (Bogotá, 1987).
- COSSIO, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Losada (Buenos Aires, 1947).
- CAPELLA, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Trotta (Madrid, 1999).
- ENGISCH, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, Comares (Granada, 2001).
- KAUFMANN, Arthur, *Analogía y naturaleza de la cosa*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1976).
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia (Bogotá, 1999).
- KLUG, Ulrich, *Lógica Jurídica*, Universidad Central (Caracas, 1961).
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel (Madrid, 2001).
- MARTÍNEZ, Miguel y FERNÁNDEZ, Jesús, *Curso de teoría del Derecho*, Ariel (Barcelona, 1999).
- REALE, Miguel, *Introducción al Derecho*, Pirámide (Madrid, 1993).
- ROSS, Alf, *Teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, 1999).
- ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, Civitas (Madrid, 1997).
- SQUELLA, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2000).

## EL CRITERIO LITERAL COMO PUNTO DE VISTA DIRECTIVO DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL

HUGO VILCHES FUENTES\*  
 Universidad Arturo Prat

### RESUMEN

En este trabajo el autor reflexiona sobre el papel que la cabe a la literalidad en la conformación de la norma escrita, como base textual de su construcción y formulación por el legislador y su importancia en el juego de elementos que confluyen al proceso hermenéutico que deba hacer el jurista o el juez, según la necesidad de la tarea que le es propia. De ahí la importancia del lenguaje, vehículo principal del quehacer teórico y práctico de lo jurídico, con el cual se manifiesta "originariamente" el Derecho escrito; no obstante postularse que el texto no debe desconocer, ni mucho menos distraer, el contexto del cual lo normativo es parte, en su forma y en su esencia.

**PALABRAS CLAVE:** Literalidad en la ley, literalidad y hermenéutica, Derecho y lenguaje, texto y contexto en la interpretación legal.

### ABSTRACT

*In this paper the author reflects on the role literalism plays when writing a norm, as a textual basis for the legislator and its importance among the elements involved in the process of hermeneutics the judge or the legal expert goes through according to the needs. There the importance of language, an essential channel for the theoretical and practical aspect of legal matters; the element with which written Law is "originally" expressed. However, the text must not fail to recognise, and far from it, distract from context which holds the norm, its form and essence.*

**KEY WORDS:** *Literalism in law, Literalism and hermeneutics, Law and language, Text and context in legal interpretation.*

## INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas más complejos y perennes del Derecho es el de la interpretación de la ley, de donde resulta que la teorización a su respecto, en la búsqueda de soluciones probables a sus múltiples problemas, es una exigencia científica de primer orden.

En este trabajo abordamos uno de los aspectos de este desafío teórico: la literalidad, el texto de la ley y las dificultades que nos genera. Se intenta encontrar las herramientas metodológicas que permitan adentrarnos en la comprensión del lenguaje, de la palabra, a través de la cual se expresa, generalmente, la normatividad positiva.

---

\* Profesor de Historia del Derecho. Magíster en Ciencia Jurídica y Doctorando en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Es una opinión corriente que frente al texto, a la letra de la ley, no sería necesario interpretar. Mas, nos parece que lo acertado es la idea inversa. La constatación del significado más evidente de un texto ha implicado ya haber ejecutado una labor interpretativa. La historia de la hermenéutica tiene origen en esta situación.

Buscamos desentrañar las relaciones que existen entre la literalidad y el sentido de la ley, en primer lugar, puesto que ambos serían los polos opuestos del fenómeno hermenéutico, como asimismo las vinculaciones con los demás criterios de interpretación. Más allá de tales criterios se intentan establecer factores u otras circunstancias, que se adentran en la búsqueda del sentido textual. Ahí el problema más complejo aún: la armonización de todos los factores concurrentes necesarios para el intelecto del intérprete, particularmente el juez, quién debe aplicar el Derecho a un caso concreto, sin tener que renunciar a la aspiración de una solución justa.

### I. EL TENOR LITERAL COMO PROBLEMA INTERPRETATIVO

Se ha señalado que interpretar es “un hacer mediador, por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático”<sup>1</sup>.

El significado de una palabra o texto se nos presenta como un problema en cuanto siempre es necesario indagar acerca del significado de ella, saber qué nos dice, cómo la entendemos, en sí mismas, o vinculada con otra u otras en una frase, o en relación con un contexto aún mayor.

En el otorgamiento de la ley hay un acto de comunicar, de dar a entender sus mandatos a los destinatarios naturales y el lenguaje es el vehículo, o el más idóneo, de entablar esa comunicación. La ley se publica en una inserción en un diario, gaceta o publicación oficial, por lo que se hace en forma de texto o lenguaje escrito<sup>2</sup>.

El lenguaje es un sistema de signos, establecido por tácita convención para darnos a entender mutuamente bajo la existencia de determinados supuestos culturales obvios. No siendo la única forma, es probablemente la más sofisticada en el sentido que más claramente, o más objetivamente, en ella se puede contener el mensaje a transmitir. Se podría decir que tiene fijeza y por lo tanto certeza de su contenido como de su vigencia.

El lenguaje se torna de primera importancia para el Derecho porque a través de él se materializa la normatividad y podemos conocerla objetivamente en tanto está a la vista de todos. Pero esto no significa que no tendremos que desentrañar los significados que están cifrados al lado de su aparente claridad, ni que tendremos que consultar a alguien acerca de su contenido, como podría suceder con la costumbre, en los sistemas de derecho consuetudinario.

---

<sup>1</sup> LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, 2ª Edición en castellano (Barcelona, 2001), pp. 192 y 308.

<sup>2</sup> En Chile el artículo 7º del Código civil establece la forma cómo se materializa tal comunicación, la certeza de la entrada en vigencia, la presunción de su conocimiento. Este Derecho, en su momento republicano y liberal, conformado esencialmente por mandatos escritos, que se publican oficialmente, es calificable como Derecho Legal.

Parece que el primer paso interpretativo es atender la literalidad de la ley<sup>3</sup>. Para llegar a aprehender el significado necesitamos distinguir cuándo se ha utilizado el lenguaje general o corriente y en qué momento el especial lenguaje jurídico.

Este, que si bien es técnico, un lenguaje propio, una terminología especial, no se aleja tan drásticamente del alcance a que el común de las personas puede aspirar. Por demás, todos los lenguajes propios de una ciencia o arte son relativamente comprensibles dado que están fundados sobre el lenguaje general, de manera que no nos resultará muy extraño a la comprensión general.

Lo propio de la interpretación, en suma, es discernir el significado de las palabras usadas por el legislador. Las normas que contienen criterios de interpretación en nuestro Código civil son muy precisas a este respecto<sup>4</sup>.

Estas normas legales separan los ámbitos en que deben buscarse los significados: el uso general o el propio de una ciencia o arte. Dentro de estas últimas está el “significado legal” que pasa a engrosar la lista terminológica y de significado privativos del Derecho. Es al jurista al que corresponde el análisis y disección del lenguaje jurídico contenido en las normas y con él elabora respuestas posibles acerca de su sentido.

## II. LA LITERALIDAD Y EL SENTIDO DE LA LEY

El artículo 19 del Código civil chileno ofrece un problema de cierta complejidad hermenéutica cuando señala que siendo claro el sentido de la ley no debe desatenderse su tenor literal.

Nos preguntamos si hay una contraposición entre sentido y literalidad para comprender el significado de la ley (o de una palabra utilizada por la ley).

Aparentemente no. Lo que existiría en la fórmula legal es que el sentido coincida con la palabra o texto. La pregunta que surge es qué sucede cuando no coinciden, sea más o menos amplio que el sentido que tendría la ley.

La existencia de problemas se hace mayor, estimo, puesto que al parecer nada habría que interpretar cuando el sentido coincide con el texto. Esta conclusión nace de la redacción que toma el inciso segundo del artículo en comentario al indicar que no habiendo correspondencia entre texto y sentido la ley se torna oscura, por lo tanto en ese caso sí hay que interpretar.

Esta distinción entre sentido y literalidad vendría a anclarse a nuestro Derecho desde el romano por la vía de glosadores y comentaristas, primeros juristas del devenir del *ius commune*, quienes planteaban que en la ley deben distinguirse dos partes, “... por un lado, su tenor literal –*littera, verba, o scriptura legis*–; por otro su sentido –*sensus, mens, sententia, intellectus legis*–. La primera corresponde al conjun-

<sup>3</sup> El Código civil en su artículo 19 inciso primero señala que el primer paso para dar con el sentido claro de la ley es no apartarse de su tenor literal.

<sup>4</sup> En artículo 20 se establece que “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”. El artículo 21 señala que “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den, los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en un sentido diverso”.

to organizado de palabras escritas con que la ley se manifiesta externamente; la segunda, al pensamiento expresado por medio de esas palabras...<sup>5</sup>”.

De ambas lo propio y constitutivo de la ley estaría en el sentido, lo cual deja subsistente la idea que las palabras serían solo un continente y no su contenido. Pero si hay coincidencia entre las palabras y el sentido no importa a cuál se da más valor puesto que referirse a una significa hablar de la otra, automáticamente, en tanto se identificarían recíprocamente.

Los problemas surgirían entonces cuando no hay coincidencia entre ambas, cuestión que se vincula con lo restrictivo y extensivo que puede (y debe en muchos casos) resultar el trabajo interpretativo.

En todo caso, sobre esto, la extensión de significados de la ley debe ser preterida en beneficio de la interpretación restrictiva, salvo cuando sea realmente necesario. El margen de arbitrariedad del intérprete aumenta en la medida que, so pretexto de buscar una mejor o más justa decisión, se omite la significación directa e inmediata del texto para recurrir a lo relacionado, pero vago y lejano.

Nos parece que la solución que da nuestro Código, con interpretación reglada, restringe las posibilidades de interpretar desde la búsqueda de significado de las palabras, del sentido literal<sup>6</sup> para arribar al sentido de la ley, a su significado como un todo considerando otras conexiones.

Larenz no deja, por cierto, entregado todo a la búsqueda del significado del texto, “la primera delimitación interpretativa”, pues indica que ese es el comienzo del *iter* interpretativo desde la literalidad y sus posibles significados y variantes a la “... conexión del discurso, de la cosa de que se trata y de las circunstancias acompañantes. A estos criterios responden, con respecto a la interpretación de la ley, la conexión de significado, la intención reguladora del legislador y el fin cognoscible de la ley”<sup>7</sup>.

Este autor no separa la pura literalidad con el sentido, más bien cree que el sentido hay que buscarlo en las palabras del legislador y no en un supuesto sentido desprendido de la literalidad, del pensamiento de la palabra y no lo que dicen las palabras por sí mismas conforme a lo que ellas objetivamente nos informan.

### III. LA CIENCIA DEL DERECHO Y LA COMPRESIÓN TEXTUAL

La Ciencia del Derecho, como problematización sobre los textos jurídicos, es una labor del jurista mientras busca la interpretación exacta y justa dentro de muchas posibilidades de interpretación. El juez, generalmente apremiado por el tiempo, frente al caso concreto que le toca resolver, debe encontrar también la interpretación adecuada en un marco de diversas posibilidades, ya ayudado por el jurista o por la búsqueda propia sobre un estudio concienzudo de la o las leyes que le sirven para su resolución.

No pudiendo el juez prescindir de resolver tendrá, frente al texto legal (que siempre será problemático, a pesar de una eventual aparente simplicidad), que tomar

<sup>5</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código civil de Chile*, en VV. AA., *Interpretación, integración y razonamiento jurídico*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1992), p. 48.

<sup>6</sup> LARENZ, Karl, cit. (n. 1). p. 316 y ss.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 317.

decisiones que le permitan dar una solución. Debe partir dejando de lado sus convicciones y atenerse a la ley o leyes, conjugar los diversos criterios y partir haciendo una mirada objetiva de lo que le “propone” el texto.

Pero su trabajo de objetivación debe buscar los significados de las palabras aisladamente y luego del texto y finalmente del contexto, esto es, las demás normas, discernir de su jerarquía y finalmente de los principios. Su esfuerzo debe ser el comprender para luego aplicar y hacer justicia diciendo lo que es recto (lo justo), lo adecuado.

Sobre este proceso se ha presentado la expresión “círculo hermenéutico” como modo de explicar en qué consiste la operación de entender, la idea del significado y el comprender, cuya aplicación plena al Derecho es evidente.

La Ciencia del Derecho tiene como actividad central el saber qué es el Derecho vigente, comprender lo normativo. Para el desarrollo de su más importante tarea, que posibilita la aplicación concreta de las normas, ha propuesto esta herramienta metodológica que expresa cómo ejecutar o bien cómo se puede o debe ejecutar la labor hermenéutica para obtener mayores precisiones y por ende definiciones más adecuadas.

Con la expresión “círculo hermenéutico” se quiere decir lo siguiente, “... puesto que el significado de las palabras en cada caso solo puede inferirse de la conexión de sentido del texto y este, a su vez, definitivamente solo del significado –aquí pertinente– de las palabras que lo forman y de la combinación de las palabras, el intérprete –y en absoluto todo el que quiere comprender un texto coherente o un discurso– tiene, ya en cada una de las palabras, que volver antes la mirada previamente al sentido de la frase por él esperado y al sentido del texto en conjunto; y de este, al menos cuando surjan dudas, al significado primeramente aceptado por él y, dado el caso, rectificar o bien este o bien su ulterior comprensión del texto tanto cuanto sea preciso hasta que resulte una concordancia continua”<sup>8</sup>.

Parece ser que la idea o imagen del círculo no es muy aproximada al fenómeno que se desea caracterizar, en tanto el movimiento de retorno al punto de partida del proceso de comprensión no debiera implicar se llegue a dicho punto, estrictamente hablando, a su real inicio.

Más bien habría una figura más cercana al espiral, donde la vuelta al comienzo o inicio del proceso interpretativo no significa sino pasar por un punto un poco más elevado. Es decir, el proceso de retorno no significa llegar al mismo momento comprensivo desde el que partió, sino que volverá a él, más bien a constatar que el significado inicial atribuido a la palabra se ha conformado al resto del texto.

Este proceso puede repetirse una y otra vez para la verificar la última *ratio* en la comprensión del texto, ya que la insistencia de volver al texto va a permitir comprender más profundamente evitando los alcances limitados de la primera mirada.

El proceso de interpretar, entonces, es una búsqueda leal del significado contenido en lo escrito, es decir, en sus signos que conocemos sensiblemente: la palabra en conjunto con otras que conforman una frase, un texto, un discurso completo y, por último, este en el contexto de su ámbito propio y natural, su ciencia o arte, sin el cual no es posible completar la búsqueda del comprender. En suma, deberá también final-

---

<sup>8</sup> LARENZ, Karl, cit. (n. 1), p. 195. *Vid.* también p. 317.

mente ver la vida, esforzarse por comprender la totalidad, si con las herramientas previas no arriba a conclusiones.

Ahora, se habla de la *precomprensión* como un acto previo, casi conjetural del significado de lo que se examina. Parece ser que esta forma de “comprensión previa” no sea sino una primera interpretación, y no una simple y vaga idea del texto.

Como en el expresivo lenguaje de Engisch del “ir y venir de la mirada” no sería sino la primera mirada o antes que la primera mirada, la idea previa. Pero solo como punto de partida, porque lo propio de este vaivén, metodológicamente considerado, es profundizar más y más en cada uno (y en su repetición) de los movimientos del esfuerzo comprensivo para extraer lo esencial.

Esto es relevante cuando se intenta comprender un hablante. Si el interlocutor es conocido –al menos relativamente– y tengo datos e *ideas previas* de quién es, ya tendré a la mano una *precomprensión* de lo que se hablará posteriormente, de lo que se dirá y habrá que buscar denodadamente de hacer calzar sus significados con lo conocido previamente. Hay que ser cuidadoso, pensamos, porque nuestras precomprensiones pueden fallar, es decir, no coincidir con la comprensión. Es suma, es una herramienta que hay que usar críticamente.

Si nos preguntamos qué es el Derecho, ello hay que contestarlo con los resultados del interpretar, se llega a través de un proceso de comprender. Betti indica que “Como hecho de conocimiento el proceso interpretativo responde al problema epistemológico del entender”<sup>9</sup>. El entender es el resultado de la acción de interpretar que se opera a través del examen del lenguaje. Pero hay que tener conciencia que no es un simple examen.

Para la comprensión textual se necesita saber qué viene incorporado en el mensaje establecido en los signos, qué dice y la provocación a buscarlo y encontrarlo, “... el lenguaje utilizado por los demás no puede ser recibido por nosotros, lisa y llanamente, como si fuese algo material, sino que debe ser acogido como un reclamo o como una incitación a nuestra inteligencia, como algo que nos exige reconstruir por dentro, traducir o volver a expresar por nosotros, con nuestras categorías mentales, la idea que aquello representa y nos sugiere”<sup>10</sup>.

#### IV. EL DERECHO Y EL LENGUAJE

Siendo el lenguaje el más vital de los instrumentos de conocimiento, estudio, divulgación y práctica del Derecho, este se puede definir como una ciencia de libros<sup>11</sup>, que se desarrolla sobre la base de los textos normativos que le proporciona el orden interno.

<sup>9</sup> BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editorial de Derecho Reunidas (Madrid, 1975), p. 71.

<sup>10</sup> *Idem*. A este propósito el profesor Alejandro VERGARA BLANCO en sus clases del Curso *Dogmática y Sistemática del Derecho Vigente* del Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile nos decía, parafraseando a BETTI que las leyes, “esos bicharracos que emanan del Parlamento”, son o deben ser “un grito a nuestra inteligencia”.

<sup>11</sup> D’ORS, Alvaro, *Una introducción al estudio del Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, 3ª Edición, Ediciones Universitarias (Valparaíso, 1989), señala, en p. 13, que “El estudio del derecho es un estudio de libros y no de cosas, fenómenos o números; no necesita aparatos ni laboratorios”.

Una ciencia cuyo estudio son los libros no puede sino vivir del y para el lenguaje. Hipotéticamente se puede postular que el lenguaje hace su aparición definitiva a la especie humana para zanjar racionalmente las controversias, individuales y colectivas, mediante decisiones justas: De ahí que sea la única y la última razón de la comprensión de lo jurídico, la forma de conocer lo recto y de expresarlo<sup>12</sup>.

El lenguaje –diálogo y acuerdo– es la superación de la guerra y el inicio del Derecho y de aquí que sea su instrumento más básico de transmisión de su contenido y teleología. Por ello es que resulta relevante que el tratamiento del idioma y sus diversas implicancias sea un problema teórico de primer orden para el Derecho<sup>13</sup>. El manejo adecuado del lenguaje general, al que no se ha prodigado la debida atención, es una exigencia científica previa al estudio del Derecho, lo que debe ser profundizado luego en su lenguaje técnico propio.

Betti repite su idea que el proceso hermenéutico es parte del fenómeno del entender que sin dudas parte como una mera comprensión lingüística. La interpretación forma parte de la cognición realizada por un sujeto frente a un objeto, pero no es cualquier objeto: se trata de uno producido por el espíritu humano y por tanto complejo y lleno de categorías de lenguaje que hay que descifrar<sup>14</sup>.

Pero hay que tener presente que el proceso interpretativo legal no puede considerarse como un quehacer que se ejecuta de manera anárquica, de modo caprichoso, es decir, a la manera como el intérprete lo entienda, de la misma forma como se hace la lectura y comprensión de una obra del espíritu no propia, cuyo mejor ejemplo lo constituyen las manifestaciones artísticas, como la poesía.

El lenguaje tiene reglas propias que desarrolla sentido para las palabras a las que otorgamos reconocimiento y valor convencionalmente.

La interpretación debe ser metódica, bajo ciertos presupuestos y bajo un orden, cuyos rudimentos idiomáticos más básicos se deben proporcionar a la Ciencia del Derecho y de aquí al juez como guía teórica natural de su resolución acertada.

La interpretación de la ley es una búsqueda de significado y sentido de lo expresado por el legislador, bajo ciertos parámetros que se pueden encontrar expresados, imperativamente observables y obligatorios, como en un régimen de interpretación reglada o no, pero en cuya base siempre está la ciencia de las palabras. Es su presupuesto elemental.

Sin embargo, el hecho que un sistema legal no contemple normas expresas relativas al *iter* del proceso, ello no implica que no existan dentro del mismo determinados criterios, esquemas lógicos o cierta correspondencia que deben observarse.

---

<sup>12</sup> Hipotéticamente es posible postular que el tránsito del derecho consuetudinario al escrito en Roma (probablemente con las *Doce Tablas*) posibilita el desarrollo del lenguaje y por consecuencia de la conformación y fijación más precisa de su idioma, con su mayor escrituración.

<sup>13</sup> Es de sumo interés lo que pensaba Bello a este respecto, que lo llevó a convertirse en un destacado filólogo. Para el estudio del Derecho preconizaba el conocimiento más cabal del idioma. Sobre el particular, ver el artículo *Latín y el Derecho Romano*, en *Andrés Bello. Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios*, Selección y Prólogo por Agustín Squella Narducci, Edeval (Valparaíso, 1979), p. 117-123.

<sup>14</sup> BETTI, Emilio, *Las categorías civilistas de la interpretación*. Apuntes de Doctorado en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, traducidos al castellano por el Profesor Alejandro Vergara Blanco, 2003.

Teniendo presente este presupuesto lingüístico fundamental, podemos observar que la libertad relativa del proceso hermenéutico puede resultar más provechoso, o más *exacto*, o más justo para el juez en tanto puede recorrer toda la escala de criterios y factores que determinarán una solución más acertada y conforme al Derecho que rige.

Lo anterior implica que este proceso no puede comprenderse ni ejecutarse sin tener un conocimiento amplio, en primer lugar, de su Derecho vigente, el cómo está expresado y es conocido por la comunidad, y el universo del orden jurídico propio en conexión con sus principios, valores, su tradición jurídica y las necesidades de su presente.

#### V. EL PUNTO DE VISTA LITERAL Y LOS DEMÁS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN LEGAL

Teniendo la ley, generalmente, el carácter de remedio urgente de alguna necesidad social, ella se integra a una totalidad y va a actuar en consonancia con ese universo, sin que sea apropiado desatender el transcurso del tiempo y los cambios que trae aparejado.

Es posible visualizar que el legislador inserto en un determinado contexto cultural no pueda sino prever una cierta probable evolución bajo una mirada prospectiva de su entorno inmediato y mediato y dictar normas en consecuencia a ello.

El legislador –sabio y poderoso, aunque generalmente más poderoso que sabio– no puede sino establecer parcialmente su mirada y su proyección ideal siempre fatalmente va a estrellarse contra lo impensado, lo imprevisible o lo casual. Resulta así un desafío teórico para el intérprete responder hasta dónde es posible extender la aplicación de las normas cuando las circunstancias han variado. Debe examinarse que esa variación también podrá tener sus matices y grados y cómo a una cierta entidad de variación ya no resulte adecuado, apropiado o coherente su aplicación o, al menos, en armonía con otros criterios o principios.

La literalidad de lo normativo no debe despreciarse en beneficio de otros puntos de vista directivos del proceso hermenéutico, amparado en que no responde a determinadas necesidades que habría que atender con rapidez. Ello significa el comienzo de un desconocer la primigenia importancia del texto.

No es lícito desconocer lo estatuido por el legislador, pero tampoco se trata que el juez y el jurista se amparen en lo textual con demasiada estrictez sin considerar lo contextual. El Derecho es un sistema<sup>15</sup>, compuesto de varias partes, que forman una unidad coherente, los cuales deben operar armónicamente en vistas de soluciones justas en la vida real.

La literalidad como punto de partida del proceso hermenéutico debe considerar que, junto a otros criterios y factores, completan el cuadro metodológico interpretativo de la ley<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> COING, Helmut, *Historia y significado de la idea de sistema en la Jurisprudencia*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, Robert S. Hartman y José Luis González trads., 1ª Edición, (México, 1959), p. 21 y ss; CANARIS, Claus-Wilhelm, *El sistema en la Jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Juan Antonio García Amado, trad. (Madrid, 1998).

<sup>16</sup> LARENZ, Karl, cit. (n. 1), p. 341 ss.

Todos importan en un grado que el propio intérprete, en cada caso, debe ponderar atendido el derecho en juego, partiendo de la premisa que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana son los más relevantes dentro del orden jurídico y, en el evento de colisión, valorar jerárquicamente conforme a lo que establece la Constitución Política

Este es la tarea siempre eterna del ejercicio intelectual, volitivo y práctico del Derecho, en la cual hay hombres consagrados a su *veneración y culto*, dedicando su vida, con el objeto de colaborar en obtener la paz, la certeza y seguridad jurídicas, el orden y la justicia, fines último del Derecho.

### CONCLUSIONES

Las herramientas metodológicas de la hermenéutica legal son un referente o parámetro obligado de la Ciencia del Derecho en aras de ejecutar su labor de modo riguroso y sistemático.

Entre ellas encontramos el criterio literal como primer paso del camino interpretativo, el primer *encuadramiento*, la delimitación primigenia en el acercamiento al sentido de la ley.

Conceptualmente es una teorización del ejercicio idiomático de uso general o especial, para obtener medios de acceso al significado de las palabras y del texto legal, en una primera mirada.

Este *punto de vista directivo* de la interpretación implica un análisis lingüístico de la literalidad en consonancia con la profundización del mismo en la búsqueda de la significación que el legislador le dio, considerando siempre el resto del orden jurídico como referente vital.

Luego, considerado el lenguaje un sistema de signos, la primera labor interpretativa parte de una disección y análisis puramente *semántico textual*, para tornarse luego *semántico contextual*, con la omnipresencia permanente de los principios que informan y sostienen el Derecho, so riesgo de desviar la tarea.

En una primera etapa del quehacer hermenéutico no resulta clara la supuesta distancia conceptual entre literalidad y sentido. Ambas no aluden a un mismo campo de significación teórica, sino a situaciones que perteneciendo a un mismo proceso de comprensión de la ley, se preocupan de momentos perfectamente separables que hay que distinguir.

Concluimos que el sentido se desprende de la literalidad y hay que buscarlo en el uso del lenguaje, sus giros y en los significados de la partícula textual en relación con las demás y sobre la existencia de la evidente armonía y coherencia del sistema jurídico.

No hay un *pensamiento de la ley* como algo distante y distinto del vocablo en que se expresa: no podemos olvidar que el lenguaje es la vía por la que se expresa el pensamiento. Hay una correspondencia y directa proporcionalidad entre ambas.

Pero considerando que la literalidad es el primer paso del *iter* hermenéutico, no por eso es el menos importante. Su mayor o menor importancia dependerá del grado de valor que se le asigne al resto de los elementos, criterios, factores y principios que

confluyen en este proceso interpretativo para darle significado a lo *que dice la ley* y comprender sus finalidad.

La teleología del Derecho no radica en el solo purismo interpretativo (aunque es una herramienta vital para lograr los fines), sino en la aplicación correcta de las normas jurídicas para regular la vida social, resolver las controversias, obtener seguridad, orden, paz y justicia, sin las cuales la vida humana sería difícilmente realizable.

# FILOSOFÍA DEL DERECHO



## CONCEPCIONES Y SISTEMAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO (O ACERCA DE LAS VARIADAS FORMAS DE HACER IUSFILOSOFÍA)

MARÍA ISOLINA DABOVE\*  
 Universidad Nacional de Rosario

*El contenido de una noción se adquiere siempre,  
 necesariamente, en contacto con la vida...*

Rudolf STAMMLER<sup>1</sup>

### RESUMEN

La Filosofía del Derecho es una filosofía regional, que procura un conocimiento totalizador del Derecho, es decir de lo que este tiene de universal y necesario. Por ello, vale afirmar también que es una disciplina problema, doblemente problemática: por ser un saber filosófico y por ser un saber jurídico. La perspectiva de la complejidad permite acercarnos a esta doble problematicidad, mediante el análisis y la síntesis de sus componentes. En este trabajo se indaga acerca del origen de esta materia, sobre sus diversas definiciones y, particularmente, respecto de los componentes de este carácter problemático de la Filosofía del Derecho. Tres factores se han podido identificar en este sentido: su objeto doble; el perfil del sujeto que desarrolla este campo y la materia prima sobre la cual se va construyendo este saber. Muchas concepciones y sistemas han pretendido dar cuenta de esta complejidad. Pero en esta investigación, se ofrece una aproximación sistemática integrativa y reflexiva de nuestra disciplina.

**PALABRAS CLAVE:** Filosofía, Derecho, Filosofía del Derecho, historia, concepciones, sistemas, integrativismo, teoría trialista del Derecho.

### ABSTRACT

*Legal Philosophy is a regional philosophy, which secures a total knowledge of Law, in other words, of what Law has as universal and necessary. Therefore, it is worth stating that law is a problematic discipline, moreover, a double problematic discipline since it involves philosophical knowledge and legal knowledge. The perspective of complexity allows us tackle this duplicity by analysing and synthesising each of their components. This paper tries to find out about the origins of this subject, its varied definitions, and especially, about the components that make Legal Philosophy a problem. In this sense, three factors have been identified: the duplicity; the profile of the individual who develops such field, and the basis upon which this knowledge is built. Many ideas and systems have tried to report this complexity. However, this research attempts to offer a systematic, inclusive and reflective approach of this discipline.*

**KEY WORDS:** Philosophy, Law, Legal Philosophy, History, Ideas, Systems, Integrativism, Legal Trialism.

\* Abogada por la Universidad Nacional de Rosario. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario –CIUNR–. Profesora del Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y de la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires –UNICEN– Azul. Correo electrónico: mdabove@sede.unr.edu.ar

<sup>1</sup> V. STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Editora Nacional (1938, trad. W. Roces Buenos Aires, 1980) p. 7 cita 6.

SUMARIO: I- Introducción. II- Concepciones y sistemas de la iusfilosofía: su proyección en los conceptos y horizontes del Derecho. III- Perspectiva integrativista del Derecho y sus horizontes: el sistema de la teoría trialista. IV- Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

La Filosofía del Derecho es una filosofía regional (o disciplina filosófica), cuya autonomía se consolida recién en el siglo XIX, junto a la Ciencia del Derecho o Dogmática Jurídica. Sus orígenes, sin embargo, se remontan a la Antigüedad, con el advenimiento de la filosofía general. Las obras de sus precursores designaban a nuestro objeto de estudio con la orientación de sus doctrinas; o bien, le adscribían como tema simplemente, el Derecho Natural<sup>2</sup>. *La metafísica de las costumbres* de I. Kant<sup>3</sup> es uno de los textos más representativos de nuestra disciplina, dentro de este proceso inicial.

La Filosofía del Derecho se la debemos a Gustav Hugo. En 1797 utiliza este término por primera vez, en la II Parte de su *Curso de Derecho civil* denominada: “Tratado de Derecho natural o Filosofía del Derecho Positivo”<sup>4</sup>. Entre sus fundadores, por otra parte, es importante destacar de manera especial los aportes de G. F. J. Hegel, por su libro *Filosofía del Derecho*; de Windscheid, por su *Tratado del Derecho de Pandectas*; a E. Lask y su *Filosofía Jurídica* y a R. Stammler, gracias a su *Tratado de Filosofía del Derecho*.

En Argentina, las primeras cátedras universitarias de esta asignatura comenzaron a desarrollarse en los inicios del siglo XX. Durante ese tiempo, la influencia de la obra de Stammler fue muy notable, sobre todo en Buenos Aires, como reacción al iusnaturalismo tradicional y al positivismo decimonónico. Mas, a partir de la Segunda Guerra Mundial, la Filosofía del Derecho nacional se enriquecerá notablemente, gracias a la inmigración postbélica y a la convivencia de cultores neotomistas, fenomenólogos, analíticos, materialistas y tridimensionales, de argentinos por nacimiento o adopción<sup>5</sup>.

La Filosofía del Derecho es una Filosofía Especial que procura un conocimiento totalizar del Derecho; es decir –como dice Stammler–, “de lo que este tiene de universal y necesario”<sup>6</sup>. Por ello, bien vale afirmar también que es una disciplina problema, doblemente problemática: por ser un saber filosófico y por ser un saber jurídico. En efecto, por un lado se trata de un saber filosófico y en cuanto tal, es un saber que se pretende sin supuestos, totalizador, un saber básico e interrogador. Es un saber en permanente

<sup>2</sup> V. STAMMLER, R; cit. (n. 1), p. 1 y ss. Y también: BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Debate (1998, trad. R. de Asís y A. Greppi, Madrid, 1998); DÍAZ, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus (Madrid, 1992) p. 256 y ss.; 286 y ss.; VILANOVA, José, *Elementos de Filosofía del Derecho*, Depalma (Buenos Aires, 1984) p. 71 y ss.

<sup>3</sup> V. KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Tecnos (1989, trad. y notas de Adela Cortina y Jesús Conill Sancho, Madrid, 1989).

<sup>4</sup> V. STAMMLER, R., cit. (n. 1), p. 2 y ss.; BROEKMAN, Jan M., *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*, Temis (1997, trad. H. Lindahl y P. Burgos Checa, Bogotá, 1997), p. 6.

<sup>5</sup> V. FILLIPPI, Alberto y LAFER, Celso, *El pensamiento de Bobbio en la cultura iberoamericana*, Fondo de Cultura Económica (2006, trad. A. Solari, México, 2006), p. 13 y ss.; ATIENZA, M., *La Filosofía del Derecho Argentina Actual*, Depalma (Buenos Aires, 1984) p. 2 y ss.

<sup>6</sup> V. STAMMLER, R., cit. (n. 1), p. 5 y ss. En sentido similar: VILANOVA, J., cit. (n. 2), p. 63.

construcción, porque siempre sabe, en definitiva, que no sabe. Es pues, como advierte Ferrater Mora, un saber ambivalente, complejo, plástico, de “doble condición”<sup>7</sup>.

La etimología de la Filosofía expresa muy claramente estos rasgos, al mostrar-nos que es también una actitud humana, es amor a la sabiduría, tarea, búsqueda de explicaciones racionales del mundo y no posesión de su saber. Es, por ello, anhelo del conocimiento por y para la vida. Es, en suma, saber teórico y práctico, a un tiempo. Sin embargo, nuestro campo está referido además, a un objeto particular, el propio Derecho. Razón por la cual, como señala Ciuro Caldani, su desarrollo expresará siempre una tensión primordial: el intento de saberlo todo, de comprender el mundo –propio del filósofo– y el deseo de aprehender con precisión un segmento, tan solo, de aquel infinito universo –específico del jurista–<sup>8</sup>.

La Filosofía del Derecho, en suma, es un tipo de conocimiento, caracterizado por la relación dialéctica de sus partes, por su relación sistémica y caleidoscópica. La definición de cualquiera de sus componentes condiciona la de los otros. Al tiempo que, a su vez, todas ellas se presuponen y retroalimentan entre sí, dando lugar a un circuito interpretativo autónomo, de profunda dinámica.

Así, pues, el objeto de esta disciplina es doble: el Derecho en su conjunto y la propia Filosofía, vista desde este espejo jurídico. La indagación sobre el Derecho abarca sus supuestos, su fundamentación, su estructura, los problemas generales transversales a las ramas particulares y el sentido de sus prácticas. Se ocupa también por ello, de su Ciencia, analizando el contenido de sus teorías y de los caminos abordados para su justificación<sup>9</sup>.

Las investigaciones filosóficas, por su parte, se detienen en el análisis de los aspectos ontológicos (es decir, vinculados al ser, a su materialidad), gnoseológicos (o del conocimiento), lógicos (respecto del razonamiento y la argumentación) y éticos del Derecho (en cuanto a la discusión sobre Derecho y Moral). De modo tal que, de su conjunción se derivarán múltiples maneras de hacer iusfilosofía. Pero también, variadas propuestas acerca de lo que puede llegar comprenderse por “esa cosa llamada Derecho” y sus horizontes. En breve, nos detendremos en este punto.

Por último, la Filosofía del Derecho es también posible gracias a la existencia de una materia prima peculiar: nuestro lenguaje<sup>10</sup>. Sin él, difícilmente podríamos percibir de un modo consciente la vida, pensar, generar ideas, ordenarlas o comunicarlas. Incluso nuestros campos de acción se verían claramente empobrecidos, sin el habla. En este sentido, mucho es lo que podemos aprovechar de las enseñanzas de la lingüística y de las filosofías del lenguaje del siglo XX. No obstante, también vale señalar que para la perspectiva integrativista que aquí se referencia, el lenguaje no será

<sup>7</sup> FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Ariel (Barcelona, 1994), tomo II, pp. 1271-1272.

<sup>8</sup> V. CIURO CALDANI, M. A., *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (Rosario, 1989-92), t. I.

<sup>9</sup> V. CIURO CALDANI, M. A., cit. (n. 8); STAMMLER, R., cit. (n. 1), p. V; VILANOVA, J., cit. (n. 2), p. 21 y ss.

<sup>10</sup> V. PATTARO, Enrico, *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia Jurídica*, Reus (1980, trad. J. Iturmendi Morales, Madrid, 1980); ALVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de Filosofía del Derecho*; Juris (Rosario, 1998), p. 25 y ss.; KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia (1997, trad. L. Villar Borda y A. M. Montoya, Colombia, 1999), p. 48 y ss.

un fin en sí, sino solo un instrumento, un vehículo, un indicador, de nuestras reflexiones filosóficas en torno al Derecho vivo.

Dentro de estas perspectivas, dos fines básicos pueden ser propuestos para el desarrollo de cualquier iusfilosofía: saber saber Derecho. Pero también, saber hacerlo. La primera meta pertenece al campo de la filosofía teórica. La segunda, en cambio, es relativa a la filosofía práctica. Ahora bien, este saber no es producto, o posesión. Es actitud, tarea, búsqueda; construcción dialéctica, ensayo-error. Es, en suma, racionalidad, puesta al servicio de la comprensión integral del mundo jurídico.

En la iusfilosofía, a mi juicio, la racionalidad se expresa de tres formas distintas: como razón teórica (analítica-comprensiva), como razón comunicativa (discursiva-justificante) y como razón práctica (decisoria-ejecutiva-consecuencialista)<sup>11</sup>. Las tres son constitutivas de la vida jurídica y las tres son, asimismo, necesarias para ser jurista, para ser quien a sabiendas reparta con justicia<sup>12</sup>.

## II. CONCEPCIONES Y SISTEMAS DE LA IUSFILOSOFÍA: SU PROYECCIÓN EN LOS CONCEPTOS Y HORIZONTES DEL DERECHO

La Filosofía del Derecho es una disciplina que intenta saber: ¿qué es el derecho?; ¿cuáles son sus componentes y su funcionamiento?; ¿cuáles, sus horizontes? Pero también se pregunta por el tipo de relaciones que el Derecho establece con el resto del universo –natural o cultural–. O bien, se cuestiona por la legitimidad de los criterios de demarcación de lo jurídico, considerados válidos por la comunidad científica.

Ahora bien, el pasado y el presente de nuestra disciplina muestran que el intento de responder a estas cuestiones ha dado origen a corrientes muy diversas entre sí, por su complejidad, por sus métodos y sus contenidos. A veces, estas posturas han planteado problemáticas complementarias; otras, contradictorias; al tiempo que, con frecuencia, suelen presentarse inconmensurables al espectador<sup>13</sup>.

Cada tipo de iusfilosofía propone interrogantes y respuestas personales, gracias a las cuales se sostendrán definiciones específicas del Derecho, de sus horizontes y del propio campo de la Filosofía Jurídica. La revista francesa *Archives de Philosophie du Droit*, N° 7 de 1962<sup>14</sup>, y la española *DOXA*, N° 1, de 1984<sup>15</sup> dan, por ejemplo, buena

<sup>11</sup> V. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta (1998, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, 2001), en especial p. 263 y ss.

<sup>12</sup> V. GOLDSCHIMDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, Depalma (Buenos Aires, 1986), p. 8.

<sup>13</sup> V. KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*; Fondo de Cultura Económica (1990, trad. Agustín Contin, México, 1990).

<sup>14</sup> En *Archives de Philosophie du Droit*, N° 7, 1962, se recogen las opiniones de: BAGOLINI, BATIFFOL, BETANCUR, BOBBIO, BRËTHE DE LA GRESSAYE, BRIMO, COSSIO, DABIN, DARBELLAY, DEL VECCHIO, GARDIÉS, HÉRAUD, HUSSON, KALINOWSKI, KELSEN, LEGAZ Y LACAMBRA, LEVY-BRUHL, MASPETIOL, ORESTANO, PARAIN-VIAL, PERELMAN, PIOVANI, REALE, RECASENS FICHES, ROUBIER, TREVES, TSATSOS, VILLEY Y VIRALLY.

<sup>15</sup> En *Doxa*, se recopilan las posturas de: AARNIO, ALEXY, ALMOGUERA, ARNAUD, ATIENZA, BARRATTA, BECKER, CALSAMIGLIA, CARRIÓ, CARRIÓN-WAN, CASTAÑEDA, CERRONI, CONTE, DÍAZ, DREIER, DWORKIN, FERNÁNDEZ, GADIES, GARZÓN VALDÉS, GIANFORMAGGIO, GIL CREMADES, GUIBOURG, HOERSTER, KALINOWSKI, KLIEMT, KLUG, LAPORTA, SAN MIGUEL, LOSANO, DE LUCAS, LYRA, MARÍ, MIRÓ QUESADA, MÜLLER, NINO, DE PÁRAMO, PATTARO, PECES-BARBA, PECZENICK, PÉREZ LUÑO, ROBLES, RUIZ MANERO, RUIZ MIGUEL, SCHMILL ORDÓÑEZ, SOUTO, SQUELLA, TREVES, TROPER, VER- NENGO, WEINBERGER, VON WRIGHT, WROBLEWSKI, KRAWIETZ.

cuenta de ello. En estos números se recogen opiniones de científicos y filósofos del Derecho de diversas extracciones acerca del alcance de la iusfilosofía, sin que pueda extraerse una conclusión uniforme de sus dichos<sup>16</sup>. La historia y la actualidad de nuestra disciplina nos permiten inferir que no hay una única forma de hacer iusfilosofía. Como tampoco es posible sostener, en consecuencia, un concepto unívoco del derecho y de sus horizontes.

Ahora bien, en este complejo entramado de la iusfilosofía es posible distinguir aún, dos tipos de teorías. Siguiendo las enseñanzas de Goldschmidt, a un grupo las denominaremos concepciones y al otro, sistemas<sup>17</sup>. Las primeras están más cerca de la Filosofía general; las segundas, de la ciencia jurídica.

Llamaremos concepciones a las teorías filosóficas abiertas, conformadas por proposiciones programáticas, descriptivas de cualquier campo de estudio. Así, estas teorías enuncian los rasgos fundamentales del campo elegido y los caracterizan. Pero, no postulan metodologías eficaces para interpretarlo, explicarlo o comprenderlo de manera precisa y autorreferencial.

Son, en cambio, sistemas, las teorías cerradas; es decir, los conjuntos de proposiciones relacionadas entre sí, de modo tal que cada uno de sus elementos es función de algún otro, no habiendo por ello ningún elemento que quede aislado o en fuga<sup>18</sup>. Son pues, paquetes autosuficientes de ideas, referidos a objetos determinados, que cuentan con alguna metodología explicativa de sus propiedades y su funcionamiento. Por esa razón, los sistemas suelen ser muy útiles para el desarrollo de investigaciones científico-jurídicas. Veamos ahora, ejemplos ilustrativos de esta clasificación.

Tres son, a mi juicio, los tipos de concepciones que pueden reconocerse en el vasto mundo de la iusfilosofía. De acuerdo al punto de vista adoptado por sus cultores, hay concepciones panorámicas o focales. Según su objeto, las concepciones se definen complejas o simplificadoras. En atención a sus fines, las concepciones son comprensivas o dogmáticas.

A modo ilustrativo cabe mencionar las siguientes. Son Panorámicas: el estoicismo, patrística, las escuelas críticas. Focales: el historicismo, el tridimensionalismo de Lask y Reale y el positivismo incluyente. Complejas: el estoicismo, la patrística, el estructuralismo o el funcionalismo. Simplificadoras: el positivismo de Austin, pragmatismo norteamericano. Comprensivas: el historicismo, el realismo norteamericano y escandinavo o la perspectiva de Dworkin. Por último, son Dogmáticas: el socialismo utópico y el positivismo ideológico, entre otros.

Los sistemas iusfilosóficos, por su parte, pueden clasificarse de cuatro maneras distintas. De acuerdo al punto de vista adoptado, los sistemas pueden ser macro o microiusfilosóficos. Según su objeto, analíticos o sintéticos. En atención a sus fines, los sistemas son reflexivos o activistas. Con miras a sus métodos, canónicos (conforme a reglas) o dialécticos.

Los macrosistemas son aquellos que adoptan el punto de vista externo, propio del espectador, para el desarrollo de sus teorías. Como dice Guastini, en nuestro caso,

<sup>16</sup> V. DÍAZ, E., cit. (n. 2), p. 235 y ss.; PATTARO, E., cit. (n. 10), p. 15 y ss.

<sup>17</sup> V. GOLDSCHMIDT, W., cit. (n. 12), p. 35 y ss.

<sup>18</sup> V. FERRATER MORA, J., cit. (n. 7), t. IV, p. 3305.

se trata de la iusfilosofía que hacen los filósofos; en contraposición a los microsistemas, iusfilosofías propuestas por juristas, desde una óptica interna o disciplinar<sup>19</sup>. A las primeras se las suele denominar Filosofía del Derecho (en sentido estricto); en tanto que, a las segundas, Teoría General.

Ejemplos ilustrativos de macrosistemas lo constituyen los aportes iusnaturalistas de Aristóteles, Santo Tomás, Villey, Maritain y Finnis; y los del iusnaturalismo racional protestante, como el de Kant. El idealismo de Hegel, el materialismo histórico de Marx, el criticismo de Habermas, las escuelas analíticas –Russell, Wittgenstein– o la nueva retórica de Perelman, entre muchos otros.

Como se advertirá, en todos ellos están presentes concepciones globales del mundo, dentro de las cuales es posible ubicar al Derecho, establecer sus horizontes y precisar su significación cultural. Son pues, como diría Morin, filosofías de la complejidad<sup>20</sup>. Filosofías conectivas y asociativas, que definen al Derecho por su vinculación con el mundo, como totalidad. En suma, se preguntan básicamente, ¿con quién se vincula el Derecho –con la ciencia, con la técnica, con el arte, con la política, con la economía, historia, etc., con la vida misma–? ¿Cómo moldean, definen y recortan esas relaciones, al derecho? ¿Cuáles son, por ende sus fronteras y horizontes?

La filosofía del los juristas, en tanto, se desenvuelve como filosofía de composición, en la medida en que se ocupa de dar forma al concepto del derecho, apelando a la comprensión de su estructura y su función. Sus interrogantes giran, pues, en torno al costado pasivo –principios y reglas– y activo –funcionamiento– que, al decir de Alexy, constituyen el Derecho<sup>21</sup>. Dos versiones de microsistemas caben reconocer en este marco: iusfilosofías sistémicas –Teorías del derecho propiamente dichas–; o bien, iusfilosofías propedéuticas, incluidas en los programas de Introducción al Derecho.

En general, las corrientes iuspositivistas (exegéticas o dogmáticas) pueden ser catalogadas como filosofías sistémicas, representativas de la Teoría del Derecho. También es menester incluir en este grupo a las teorías neokantianas de Marburgo, especialmente, a los planteos de Stammler, a Kelsen, a la Egología de Cossio, al positivismo analítico de Hart, Bobbio, Wroblewski, Alchourron o Buligyn, tanto como a las teorías integrativistas de Goldschmidt o Alexy<sup>22</sup>. Las iusfilosofías propedéuticas, por su parte, se encuentran bastante representadas en la mayoría de los textos destinados a la enseñanza universitaria de grado.

Al segundo grupo de sistemas filosóficos los hemos denominado analíticos o sintéticos, en atención al carácter simplificador o integrativo de sus postulados y

<sup>19</sup> V. GOLDSCHMIDT, W., cit. (n. 12), p. 5; GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo Estudios de teoría y metateoría del derecho* Gedisa (1999, trad de Jordi Ferrer i Beltrán, Barcelona, 1999), p. 17; PATTARO, E., cit. (n. 10), p. 15 y ss.

<sup>20</sup> V. MORIN, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Gedisa (2007, trad. M Pakman, Barcelona, 2007).

<sup>21</sup> V. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa (1997, trad. J. M. Seña, Barcelona, 1997).

<sup>22</sup> V. GOLDSCHMIDT, W., cit. (n. 12), p. 17 y ss.; BOBBIO, N., *El positivismo...* cit. (n. 2); GUASTINI, R., cit. (n. 19), p. 17; PATTARO, E., cit. (n. 10), p. 15 y ss.

<sup>23</sup> V. GOLDSCHMIDT, W., cit. (n. 12), p. 33 y ss.

métodos de indagación, respectivamente. Así, verbigracia, son sistemas analíticos, por su afán desarticulador, las corrientes infradimensionales del Derecho<sup>23</sup>. Entre ellas cabe mencionar: a las escuelas positivistas normativas: Exégesis, Kelsen, Positivismo lógico. Al positivismo sociológico: de Pound, Olivecrona, Ross o Hart. A las corrientes axiológicas o metaéticas: Fuller, Finnis, Rawls, que hacen de la Filosofía del Derecho un problema de moral y de justicia.

En el marco de las corrientes sintéticas o integrativas urge incluir a todas las posiciones tridimensionales. La libre investigación científica de F. Geny, el neokantismo de Lask, la Escuela del Derecho libre de G. Kantorowicz, el integrativismo de Jerome Hall, la Egología, las teorías de Recasens Siches, Legaz y Lacambra y Miguel Reale. La Teoría trialista de Goldschmidt y la escuela no positivista de Robert Alexy.

En atención a sus fines, los sistemas pueden ser reflexivos o activistas. La perspectiva iusfilosófica de Hegel es una muestra representativa del primer caso, junto a Finnis, o Goldschmidt. Marx, lo es del segundo, en compañía más discreta de Habermas, Perelman y Alexy, por sus teorías del discurso y la argumentación.

Por último con miras a sus métodos, es posible reconocer sistemas iusfilosóficos canónicos o dialécticos. Los canónicos desarrollan su búsqueda, conforme a reglas previamente establecidas –generalmente, reglas lógicas, lingüísticas, pragmáticas, o valorativas–. Así parecen operar, verbigracias, tanto los filósofos aristotélico-tomistas como los analíticos. Los filósofos dialécticos lo hacen, en cambio, con ayuda de conjeturas y refutaciones, con el mayéutico planteo y replanteo de cada afirmación, tal es el caso, por ejemplo, de las posiciones constructivistas, críticas o hermenéuticas, en torno al Derecho.

### III. PERSPECTIVA INTEGRATIVISTA DEL DERECHO Y SUS HORIZONTES: EL SISTEMA DE LA TEORÍA TRIALISTA

La perspectiva integrativista que aquí se sustenta requiere previamente, definir el punto de vista filosófico general que adoptaremos para esta tarea. En este trabajo, intentaré esbozar los lineamientos para el desarrollo de una Filosofía del Derecho de filósofos, esto es: macrosistemática, sintética, reflexiva y dialéctica. En una palabra, trataré de sustentar un sistema, acudiendo al marco teórico de la filosofía jurídica trialista. Pero, para ello, necesario será también comprender su contenido sobre la articulación de tres cuestiones diversas entre sí. De un lado, habremos de averiguar la definición misma del Derecho que puede proporcionarnos la Filosofía como disciplina general. En segundo lugar, será menester señalar algún concepto de Derecho que nos muestre sus componentes y su dinámica. Para ello acudiremos a una Teoría general del Derecho, o microfilosofía, derivada de la teoría trialista. En tanto que, por último, se impone la tarea de determinar las líneas de investigación particular que se derivan en consecuencia, para la concreción de una Filosofía Jurídica mayor, sistémica. Veamos ahora, algunos de los rasgos que integran estas cuestiones, en el marco de nuestra iusfilosofía.

Desde una Filosofía general de la complejidad es posible afirmar que el Derecho es un objeto cultural, un producto del hombre, histórico y político, no natural. Es un objeto comunicativo, un sistema de signos-sentidos-mensajes que se expresan para

la acción<sup>24</sup>. De modo tal que por ello, el Derecho puede ser incluso concebido como discurso; como lenguaje en construcción. Pero también es un objeto plurignoseológico, pues su estructura y funcionamiento se derivan de la interacción del conocimiento científico, la filosofía, la tecnología y el saber popular. Es, en definitiva, un fenómeno de complejidad alta y creciente.

La Teoría del Derecho trialista nos advierte además que el Derecho es un objeto tridimensional, constituido por adjudicaciones, normas y valores, entre los cuales destaca a la justicia como referente principal. Esta triangularidad hace que la iusfilosofía menor que nos ocupa, se articule con los interrogantes derivados de la facticidad (adjudicaciones), validez (normatividad) y legitimidad (justicia) del mundo jurídico<sup>25</sup>. Así como también permite adelantarnos en la precisión de los horizontes que pesan sobre su composición y funcionamiento. Desde este enfoque, pues, la Naturaleza y la Cultura; la historia pública (instituciones) y privada (vida cotidiana) y la Política, constituyen las fronteras de la problemática jurídica del Estado, la Sociedad y la Economía. La Antropología y la Psicología son los horizontes de la comprensión de la persona; la Lingüística y la Teoría de la Comunicación, respecto de la temática normativa. La Ciencia, la Tecnología y el Arte son, a su vez, límites básicos del mundo valorativo del Derecho visto desde afuera; es decir, de la macrofilosofía. Pero, la Sociología, la Lógica, la Moral y la Ética son, en cambio, los microhorizontes, las fronteras que le demarca la Teoría General que ahora nos ocupa.

Dentro de este contexto de componentes y horizontes, el paradigma iusfilosófico integrativista afirma que el Derecho es un fenómeno sistémico y complejo, constituido por adjudicaciones, descritas por normas, que atienden a la realización de la justicia. Por ello, su estudio puede ser abordado desde una perspectiva estática y otra dinámica. En este sentido recordemos que, “...*en su centro*, escribe Goldschmidt, *se halla el orden de repartos –jurística sociológica–, descrito e integrado por el ordenamiento normativo –jurística normológica–, y por encima advertimos la justicia que valora conjuntamente el uno como el otro –jurística dikelógica–*”<sup>26</sup>.

Desde la perspectiva estática el Derecho es, pues, un sistema, un campo homogéneo tejido por componentes heterogéneos<sup>27</sup>. Un todo, una entidad completa, resultante de las relaciones que se establecen entre elementos diversos: específicos, por sus propiedades; y determinados, por sus funciones<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> V. ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1997), pp. 203-204; *Derecho y Argumentación*, Universidad Externado de Colombia (Cartagena, 1997), pp. 31-37; *El Derecho como argumentación*, Ariel (Barcelona, 2007), p. 181 y ss.; WROBLESKY, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial (1989, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas, San Sebastián, 1989), p. 65.

<sup>25</sup> V. HABERMAS, J., cit. (n. 11), p. 63 y ss.; BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate (1999, trad. E. Roza Acuña, Madrid, 1999), p. 33 y ss.

<sup>26</sup> Acerca de la Teoría Trialista básicamente puede verse: GOLDSCHMIDT, W., *Introducción...* cit. (n. 12); CIURO CALDANI, M. A., *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (Rosario, 2000); *Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Zeus (Rosario, 2007).

<sup>27</sup> V. WAGENSBERG, Jorge, *Ideas sobre la complejidad del mundo*, Tusquet (Barcelona, 1994); LEWIN, Roger, *Complejidad. El caos como generador del orden*, Tusquet (1995, trad. J.G. López Giux, Barcelona, 1995); MORIN, Edgar, *Introducción...* cit. (n. 20).

<sup>28</sup> V. GRÜN, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Dunken (Buenos Aires, 2004).

En este marco, la jurística sociológica no se ocupa de todos los fenómenos sociales (objeto de la Sociología). Solo aborda una clase de ellos: las adjudicaciones; hechos –situaciones o acciones–, que resultan relevantes para el mundo jurídico por su afectación a la vida del hombre. Entre ellas, un lugar importante lo ocupan los repartos, las adjudicaciones que provienen de personas determinadas. Las situaciones, en cambio, hacen referencia a las distribuciones que son causadas por la naturaleza, el azar o las llamadas fuerzas humanas difusas. Ya se trate de repartos, ya de distribuciones, lo cierto es que de ambos surgirá una modificación en el estado de cosas anterior. Cambio que se traduce en la circulación, flujo o conquista eficaz de ventajas o desventajas –potencia o impotencia–, para el desarrollo de la vida<sup>29</sup>.

La jurística normativa, por su parte, desarrolla la problemática de la Lógica, aplicada al estudio del costado pasivo del Derecho (sus componentes, principios y reglas) y a su costado activo: constituido por el reconocimiento, interpretación, determinación o elaboración, aplicación y argumentación de las normas y del Sistema jurídico.

Las normas, en particular, configuran la base del plano normológico del mundo jurídico. Se trata de verdaderos constructos formales acerca de todo lo que sucede –o sucedería– cada vez que se efectúa alguna adjudicación. Sin embargo, para elaborarlas hace falta identificar, primero, las fuentes que se refieran a ellas. Se requiere establecer cuáles son las reglas, principios, costumbres, o doctrinas jurídicas vinculadas que pueden utilizarse; para establecer, luego, el tipo legal y las consecuencias formales que se derivarían con su aplicación. Así, pues, en este ámbito, la teoría trialista propone abocarnos al estudio de los elementos que componen la legalidad y validez del mundo jurídico, tanto como a la comprensión de su costado activo o funcionamiento sistémico<sup>30</sup>.

La Moral, por su parte, constituye el horizonte de la dimensión valorativa del Derecho. Pero solo una parte de ella se integra al Derecho, a través de la justicia formalizada en las normas y realizada a través de los repartos. Así por ejemplo, al Derecho no le interesa en particular la satisfacción del bien o la búsqueda de la felicidad. Aun cuando ellos puedan contribuir a su realización.

Para el trialismo, la justicia es el valor prevaleciente del Derecho. Actúa como criterio ordenador de las adjudicaciones y de las normas que elaboramos en consecuencia. Pero en este marco, su contenido exige el respeto de una esfera de libertad para cada cual, de modo que cada individuo pueda desarrollar sus planes de vida, personalizarse, sin afectar la esfera de los demás. La comprensión de la justicia supone, por último, la aceptación de la exigencia de corrección como parámetro de legitimidad de los hechos y del sistema jurídico. Por ello, es propio de esta esfera, el estudio de los criterios de justicia requeridos en el caso; de las relaciones valorativas –entre justicia y verdad, justicia y utilidad, justicia, poder, cooperación u orden–. Al tiempo que también se analizan, los medios requeridos para la construcción de un Derecho Humanista<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> V. GOLDSCHMIDT, W.; *Introducción...* cit. (n. 12), pp. 47-114; CIURO CALDANI, M. A., *Metodología jurídica...* cit. (n. 26), pp. 21-28.

<sup>30</sup> V. GOLDSCHMIDT, W., cit. (n. 12), pp. 193-343; CIURO CALDANI, M. A., cit. (n. 26), pp. 29-37.

<sup>31</sup> V. GOLDSCHMIDT, W., cit. (n. 12), pp. 369-454; CIURO CALDANI, M. A., cit. (n. 26), pp. 37-48.

Por último, desde el punto de vista dinámico a su vez, puede afirmarse que el Derecho es un sistema abierto, un espacio fluctuante y homeostático, que funciona en un entorno real determinado. Por ello, sus componentes se desenvuelven de manera simultánea, dialéctica y complementaria<sup>32</sup>, en dos planos diversos. De un lado, interactúan entre sí, conformando el complejo jurídico –socio-normo-dikelógico–, a través de un proceso operativo, de estabilización. Pero de otro, lo hacen también con el orden ecológico, social, político, artístico y cultural, constitutivos de lo real, mediante un proceso adaptativo, de cambio e integración. De ellos reciben, en particular, recursos y problemas, embates y herramientas, que lo colocan ante permanentes desafíos de supervivencia. De manera tal que, cada respuesta que el Derecho genera, indica el nivel y calidad de la evolución que logra asumir en su interior, en relación con el entorno<sup>33</sup>.

La Filosofía del Derecho o iusfilosofía mayor<sup>34</sup>, macrosistemática, sintética, reflexiva y dialéctica, por su parte, bien puede desarrollarse en clave integrativista e histórica<sup>35</sup>. Pero, para lograrlo, urge ahora modificar el orden de estudio de las tres problemáticas constitutivas de lo jurídico. Así, pues, en este contexto resulta conveniente comenzar esta iusfilosofía por el análisis de la Justicia. La Filosofía general nace, precisamente, de la mano de la problemática de los valores, en cuyo epicentro se hallan las primeras aproximaciones referidas a la dikelogía. He aquí, pues, la razón fundamental para aceptar este cambio. Pero a continuación se impone la necesidad de tratar los aspectos normativos del Derecho, en consonancia con las preocupaciones de la medievallidad y la modernidad por la sistematización jurídica. Agotada esta dimensión, se requiere luego reflexionar acerca de los planteos sociológicos del mundo jurídico, cuyos orígenes se remontan a la contemporaneidad. El debate posterior nos obliga abordar asimismo, las posibilidades conceptuales de lograr o no, la integración de los elementos estudiados, dentro del campo jurídico<sup>36</sup>. Así, pues, en esta iusfilosofía, el derecho debe ser estudiado en atención a la legitimidad de sus fines; a su validez y a sus fronteras; tanto como respecto de sus funciones y eficacia, como un sistema.

Por último, desde esta Filosofía del Derecho mayor es posible incluso preguntarse también, acerca de los fines, las fronteras y funciones constitutivos de este objeto llamado Derecho, en referencia a la propia vida<sup>37</sup>. De modo tal que esta iusfilosofía bien puede ser comprendida como una invitación a hacer de la vida jurídica un campo

<sup>32</sup> Como advierte el profesor CIURO CALDANI, M. A., todas las tareas son necesarias para el cabal funcionamiento del Derecho, en tanto todas se “*alimentan recíprocamente, en lo que podría llamarse una dialéctica de la complementariedad*”, en *La complejidad del funcionamiento de las normas*, en La Ley, <http://www.laleyonline.com.ar/app/laley/laley/main>, 27-2-08.

<sup>33</sup> V. GRÜN, E., cit. (n. 28), p. 61 y ss.; CANARIS, Claus-Wilhelm, *El sistema en la jurisprudencia*, Fondo Cultural del Notariado (1998, trad de Juan Antonio García Amado, Madrid, 1998); LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales (1983, trad. Ignacio de Otto Pardo, Madrid, 1983).

<sup>34</sup> V. GOLDSCHMIDT, W., *Introducción...* cit. (n. 12), p. 5-8.

<sup>35</sup> Acerca de la enseñanza iusfilosófica basada en problemas puede verse: GOLDSCHMIDT, Werner., *Justicia y verdad.*, La Ley (Buenos Aires, 1978), pp. 24-38.

<sup>36</sup> En la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (Argentina), la asignatura de grado “Filosofía del Derecho”, a mi cargo, se desarrolla sobre las base de las características planteadas en este trabajo.

<sup>37</sup> V. GOLDSCHMIDT, W., *Justicia y verdad...* cit. (n. 35), pp. 437-445.

propicio para el cultivo de la propia filosofía; a hacer de la Filosofía Jurídica, un terreno fértil para la autobiografía<sup>38</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Este trabajo ha tenido el propósito de observar el contenido y los alcances de la Filosofía del Derecho en este tiempo. Para ello, hemos observado que la Filosofía del Derecho es una Filosofía regional, en búsqueda de un conocimiento totalizador del Derecho, es decir “de lo que este tiene de universal y necesario”<sup>39</sup>. Por ello, vale afirmar también que es una disciplina problema, doblemente problemática: por ser un saber filosófico y por ser un saber jurídico. Así, tres elementos se han podido identificar como factores de este carácter: su objeto doble; el perfil del sujeto que desarrolla este campo y la materia prima sobre la cual se va construyendo este saber. Muchas concepciones y sistemas han pretendido dar cuenta de esta problemática, pero no todas lograr superar con éxito los desafíos que ella impone. En esta investigación se ofrece una aproximación sistemática integrativista y reflexiva de nuestra disciplina. Pero, en este entramado, cabe aún distinguir dos tipos de teorías, como respuestas a esta problemática. Siguiendo las enseñanzas de Goldschmidt, a un grupo las he denominado concepciones y al otro, sistemas<sup>40</sup>. Las primeras están más cerca de la Filosofía general; las segundas, de la ciencia jurídica.

Las concepciones, según vimos, son teorías filosóficas abiertas, conformadas por proposiciones programáticas, descriptivas de cualquier campo de estudio. Así, estas teorías enuncian los rasgos fundamentales del campo elegido y los caracterizan. Pero no postulan metodologías eficaces para interpretarlo, explicarlo o comprenderlo de manera precisa y autorreferencial. Hay tres tipos de concepciones en este vasto mundo de la iusfilosofía. Son panorámicas o focales, de acuerdo al punto de vista adoptado por sus cultores. Complejas o simplificadoras, según su objeto. Comprensivas o dogmáticas, en atención a sus fines.

Por su parte, los sistemas son teorías cerradas; conjuntos de proposiciones relacionadas entre sí, de modo tal que cada uno de sus elementos es función de algún otro, no habiendo por ello ningún elemento que quede aislado o en fuga<sup>41</sup>. Son pues, paquetes autosuficientes de ideas, referidos a objetos determinados, que cuentan con alguna metodología explicativa de sus propiedades y su funcionamiento. Por esa razón, los sistemas suelen ser muy útiles para el desarrollo de investigaciones científico-jurídicas. En este trabajo reconocimos también cuatro tipos de sistemas iusfilosóficos. Existen macro (Filosofías del Derecho) o microiusfilosofías (Teoría del Derecho), de acuerdo al punto de vista adoptado respecto al Derecho y el universo. Según su objeto, pueden ser analíticos o sintéticos. En atención a sus fines, reflexivos o activistas. Con miras a sus métodos, canónicos (conforme a reglas) o dialécticos.

En este trabajo se intentó sentar las bases de una Filosofía del Derecho mayor, que respecto enfoques macrosistemáticos, sintéticos, reflexivos y dialécticos. Desde

<sup>38</sup> V. GOLDSCHMIDT, W., cit. (n. 35), p. 437.

<sup>39</sup> V. STAMMLER, Rudolf, *Tratado...* cit. (n. 1), p. 5 y ss.

<sup>40</sup> V. GOLDSCHMIDT, W., cit. (n. 35), p. 35 y ss.

<sup>41</sup> V. FERRATER MORA, J., cit. (n. 7), t. IV, p. 3305.

esta filosofía particular, vimos que el Derecho puede ser comprendido como un objeto cultural, producto del hombre, histórico y político, no natural. Observamos que el Derecho es también un objeto comunicativo, un sistema de signos-sentidos-mensajes que se expresan para la acción<sup>42</sup>. Es por ello, discurso; lenguaje en construcción. Al tiempo que afirmamos que el Derecho es un objeto plurignoseológico, pues su estructura y funcionamiento se derivan de la interacción del conocimiento científico, la filosofía, la tecnología y el saber popular. Es, en definitiva, un fenómeno de complejidad alta y creciente.

Desde la Teoría del Derecho trialista, advertimos además, que el Derecho es un objeto tridimensional, constituido por adjudicaciones, normas y valores, entre los cuales destaca a la justicia como referente principal. Esta triangularidad hace que la Filosofía del Derecho se articule con los interrogantes derivados de la facticidad (adjudicaciones), validez (normatividad) y legitimidad (justicia) del mundo jurídico<sup>43</sup>.

Así, pues, dentro de este marco interpretativo, la Filosofía del Derecho mayor<sup>44</sup>, que sustentamos solo puede derivarse de la integración plena de la teoría del Derecho con su historia<sup>45</sup>. Mas, para lograrlo, urge modificar el orden de estudio propuesto por el integrativismo, de las tres problemáticas constitutivas de lo jurídico. Esta Filosofía del Derecho debería comenzar por el análisis de la Justicia. La Filosofía general nace, precisamente, de la mano de la problemática de los valores, en cuyo epicentro se hallan las primeras aproximaciones referidas a la dikelogía. Este estudio de la justicia debe contrastarse después, con el tratamiento de los aspectos normativos del Derecho. De modo tal que, para ello habrá que considerar las preocupaciones de la medievalidad y la modernidad por la sistematización jurídica. Por otra parte, necesario será además, reflexionar acerca de los planteos sociológicos del mundo jurídico, que se derivan de propia la Edad Contemporánea. Pero también en esta Filosofía se deberán incluir los debates referidos a las posibilidades conceptuales de lograr o no, la integración de los elementos estudiados, dentro del campo jurídico<sup>46</sup>. Así, pues, en esta iusfilosofía, el derecho debe ser estudiado en atención a la legitimidad de sus fines; a su validez y a sus fronteras; tanto como respecto de sus funciones y eficacia.

<sup>42</sup> V. ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1997), pp. 203-204; *Derecho y Argumentación*, Universidad Externado de Colombia (Cartagena, 1997), pp. 31-37; *El Derecho como argumentación*, Ariel (Barcelona, 2007), p. 181 y ss.; WROBLESKY, J., cit. (n. 24), p. 65.

<sup>43</sup> V. HABERMAS, J., cit. (n. 11), p. 63 y ss.; BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate (1999, trad. E. Roza Acuña, Madrid, 1999), p. 33 y ss.

<sup>44</sup> V. GOLDSCHMIDT, W., *Introducción...* cit. (n. 12), pp. 5-8.

<sup>45</sup> Acerca de la enseñanza iusfilosófica basada en problemas puede verse: GOLDSCHMIDT, Werner, *Justicia...* cit. (n. 35), pp. 24-38.

<sup>46</sup> En la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (Argentina), la asignatura de grado "Filosofía del Derecho", a mi cargo, se desarrolla sobre las base de las características planteadas en este trabajo.

# DERECHO Y EDUCACIÓN



## VISIÓN CRÍTICA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DESDE UN ENFOQUE INSTRUCCIONAL

GONZALO BRIGNARDELLO CRUZ\*  
 Licenciado en Ciencias Jurídicas

### RESUMEN

La educación del Derecho en Chile se encuentra en crisis debido al divorcio entre el contenido de la misma, la metodología con que es entregado y el objetivo primordial de la formación del futuro abogado. Si bien ello es reconocido ampliamente por todos los sectores, poco o nada se ha hecho para obtener un cambio en el sistema actual de enseñanza del Derecho. En efecto, el análisis de los métodos de enseñanza utilizados, así como del currículo, solo permite concluir que dicha enseñanza está destinada a fomentar la adquisición de conocimientos de tipo teórico del sistema legal imperante, lo que trae aparejado la nula participación del educando en la obtención de dicho conocimiento, limitando en definitiva la formación de otras habilidades importantísimas que debe poseer el futuro abogado. Así, se ve la necesidad de obtener un cambio de paradigma en la enseñanza del Derecho, transformando la educación tradicional del mismo a una –que si bien debe contener elementos de tipo teórico– en que la problematización de los contenidos debe ser lo primordial, de modo de crear en el alumno las competencias necesarias destinadas a la formación de habilidades analíticas, habilidades básicas de trabajo y primordialmente la creación de criterio jurídico, siendo este último la principal herramienta del abogado en la obtención de soluciones creativas al caso concreto.

**PALABRAS CLAVE:** Enseñanza del Derecho, criterio jurídico, metodología para la enseñanza del derecho.

### ABSTRACT

*The legal education on Chile lays on a crisis. The reason of this comes of a divorce between the content of the education, the methodology and the prime objective on the formation of the future lawyer. This is widely recognized by all sectors. Nevertheless nothing or few has been done to promote a change on the actual legal education system. The analysis of the current teaching methods and the schedule only allows to conclude that the present teaching is destiny to acquire the theoretical knowledge of the dominant law system. Which brings the null participation of the students on the acquisition of that knowledge. Limiting the formation in other important skills that the future lawyer must have. Therefore comes the necessity of reaching a paradigm change in the law school. Transforming the traditional education imparted into a one –in which must have also the theoretical content– that base the contents on problematic form is primordial to create on the student the necessary competition destiny to forms the basics work and analysis skills and the essential creation of the juridical judgement being the principal tool of the lawyer achieving creative solutions on particular cases.*

**KEY WORDS:** *Legal teaching, juridical judgement, legal teaching method.*

\* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Arturo Prat. Actualmente se desempeña como Juez de Familia en la Comuna de Arica - Chile. Correo electrónico: mizrati@gmail.com

## INTRODUCCIÓN

La enseñanza del Derecho, al igual que todo el sistema educativo está en crisis, y ello debido a la nula vinculación de los contenidos con la necesidad del alumno y futuro profesional del Derecho, ya que si bien es cierto se entregan contenidos actualizados en el marco del Currículo de la Carrera, dichos contenidos, especialmente del modo en que son entregados, en nada permiten crear en el alumno el proceso cognoscitivo que determine su aplicación a la vida profesional, en especial, a la creación de lo que se ha venido en llamar, el criterio jurídico, que más que el conocimiento de la ley expresa, consiste en la creación de un proceso de pensamiento que permite encontrar la solución al caso concreto aún en ausencia absoluta de conocimiento del contenido, lo cual se explica por la vastedad de la ley y los temas con ella relacionados. En efecto pretender que un abogado conozca toda la ley vigente de un país es un absurdo imposible.

Así, tener criterio jurídico, consiste en poder encontrar la solución a un caso concreto, no sabiendo la ley especial que lo rige, sino que disponiendo de los medios cognoscitivos suficientes para encontrar la solución, en un tiempo acotado, por medio de la investigación.

Ahora bien, no solo se requiere que el abogado posea esta tan importante herramienta, sino que además, aplicándola sea capaz de encontrar soluciones creativas al problema que se le plantea, ya que si bien, en el caso concreto ello se manifiesta a través de la obtención de lo pedido, con el consiguiente beneficio económico del cliente y por consiguiente propio, dicha creatividad es fundamental para la creación de soluciones doctrinarias a un nivel supracaso, permitiendo a la ciencia del derecho avanzar, creatividad que igualmente esta ausente en la enseñanza del derecho.

Esta monografía tiene por objeto determinar la problemática antes expuesta, es decir, el motivo por el que se produce esta dicotomía entre lo que se enseña en la carrera de Derecho, con las herramientas supracontenido que deben ser entregadas a todo quien la estudia y cuál es, según criterio del autor una adecuada solución a la problemática existente.

¿Qué tipo de abogado queremos?

El objetivo del proceso educativo de la carrera de Derecho es formar abogados, pero ¿con qué características o atributos? La respuesta la da adecuadamente Bayless Manning en su monografía *La enseñanza jurídica norteamericana, evolución y cambios: tres modelos* (Witker, 1995:62). En dicho trabajo se sostiene que todo abogado de primera de poseer seis cualidades, a saber:

1. Habilidad analítica: esto es la “la capacidad para distinguir A de B, separar lo apropiado de lo inapropiado, descomponer un asunto completo en elementos manejables, examinar el problema a voluntad desde corta o larga distancia, y analizar un problema considerándolo desde varias perspectivas diferentes.
2. Sólido conocimiento jurídico: todo buen abogado debe saber algo de derecho, sabe del tema en general de la doctrina legal en la que él trabaja.
3. Habilidades básicas de trabajo: siendo la mayor parte del trabajo el acopio de información y el hábil uso de la comunicación, debe saber cómo escribir, cómo usar la biblioteca, cómo interrogar y cómo averiguar lo que necesita saber.

4. Familiaridad con el ambiente institucional: lo que significa la capacidad del abogado para actuar efectivamente en el ambiente institucional en donde el problema se produce; debe ser capaz de tratar con la gente, negociar, enfrentar a un tribunal y no alterarse ni evadir formulismos de los tribunales, agencias administrativas y otras instituciones jurídicas.
5. Tener conciencia total del ambiente extrajurídico, lo que no es otra que comprender el ambiente del problema, para evaluar el impacto que las consideraciones extrajurídicas tendrán en el resultado.
6. Criterio jurídico bien desarrollado.

### EL PROBLEMA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

En este escenario, la problemática de la enseñanza del Derecho consiste en diseñar una metodología que logre obtener de los educandos estas seis cualidades enunciadas por Manning, ya que hasta ahora la enseñanza del derecho se ha centrado especialmente en la transmisión de contenidos, los cuales se encuentran estructurados metodológicamente desde lo general a lo especial, o dicho de otra manera, la enseñanza del Derecho en Chile tiene como eje central solo formar en los abogados la cualidad del “sólido conocimiento jurídico” y eventualmente procurar dar “habilidad analítica” a los futuros juristas, habilidad esta última que se entrega al estudio de algunos casos o juicios que son elegidos a criterio del profesor, sin que ello sea un método estandarizado ni obligatorio, sin embargo y como fuere, dicho estudio esboza al menos una intención de crear en el alumno la habilidad analítica que tanto le servirá en la vida profesional.

Lo anterior se manifiesta en que el estudio de cada cátedra de la carrera comienza con definiciones generales de la materia tratada, para luego iniciar una clasificación o tipología de esa área discutida y posteriormente iniciar el estudio específico de instituciones jurídicas relativas al tema central de acuerdo a un programa semestral o anual, dependiendo del caso. Una vez terminado el plan de estudios, el egresado debe dar un examen de grado, en el cual se evalúan las asignaturas de Derecho civil y Derecho procesal, las que hasta ese momento se impartieron de modo parcial a lo largo de tres o cuatro años, siendo por ello dicho examen de primordial importancia en la asimilación de dichas materias de un modo amplio que permitan relacionar cada una de dichas ramas del Derecho en su totalidad.

Lo anterior se traduce en la exposición en clases, ya a esta altura, decimonónica de contenidos por parte del profesor hacia el alumnado, quien no interfiere en el proceso de enseñanza, sino que es mero receptor de los contenidos que han sido descubiertos por otros y que le están siendo revelados “solo a los iniciados”, el que se entrega como juicio verdadero o verdad eterna, sin que los alumnos participen en el proceso de obtención del mismo. Conocimientos que, si bien son actualizados a la tan cambiante vorágine del Derecho, ello no permite desvincularlo a este sistema metodológico. Sin perjuicio de lo anterior, existe previo a la obtención de título el requisito de la práctica profesional, en donde “supuestamente” se utilizan los contenidos aprendidos en clases en el ámbito práctico. Sin embargo, es fácilmente comprobable por medio de encuestas hechas a los egresados de Derecho, así como a gente del foro, que en la práctica profesional, muy poco o casi nada de lo que se estudió en clases logra ser

aplicado, teniendo preeminencia la aplicación de materias que fueron tratadas de modo práctico, como es por ejemplo la cátedra de Derecho procesal, pero aún así y tratándose de dicha materia, poco o nada se estimuló en el alumno el desarrollo de la “habilidad básica de trabajo”, ya que incluso los ramos de mayor incidencia práctica fueron impartidos como base teórica, lo que da como resultado un verdadero divorcio entre el contenido y la aplicación de él en la vida laboral.

En este sistema de educación, según lo expresa Jorge Witker, el papel del educador “se limita a reproducir conocimientos, comunicar vivencias, y arquetipos, los que entrega al discípulo como verdades eternas o juicios verdaderos” (Witker, 1987), para él, este sistema tiene su explicación en dos variables, una de tipo filosófica y otra de tipo histórica social.

La primera tiene su fundamento en que el nacimiento del quehacer pedagógico, que supone que el conocimiento es un descubrimiento solitario de iniciados, que se profesionalizan después y que asigna al maestro una rara virtud de vocación al estudio y a la investigación.

La variable histórico social se revela como expresión de lo que significa la labor educativa para las sociedades desiguales y estratificadas. Así, el mismo autor señala: “que todo sistema social requiere de mecanismos de legitimación cultural y de esquemas de reproducción que aseguran la existencia de una sociedad”, labor que realizan los maestros y demás elementos que configuran el subsistema educativo. De este modo la educación es vista como un sector estratégico en el mantenimiento o superación de un sistema económico social, por lo que se hace necesario fijar los límites y autonomías que desde el punto de vista de los intereses y valores de los beneficiarios del sistema social, deben encauzar la tarea educativa.

Concluye Witker que la confluencia de estas dos variables ha dado como resultado un sistema educativo en que la labor de creación y de desarrollo del conocimiento se ha independizado de la labor educativa propiamente tal, dejando el trabajo de difundir y socializar verdades y juicios elaborados y terminados a los maestros.

Que, como se ve, no resulta muy trabajoso extrapolar lo antes señalado a nuestro actual sistema educativo del Derecho del modo como se expresara al principio del presente acápite, es más y utilizando el método que el mismo Witker nos da para determinar si nuestro sistema educativo es tradicional o no, la respuesta será invariablemente unívoca: en la enseñanza del derecho prima el método tradicional. En efecto, en dicho sistema de enseñanza resultan ciertas las siguientes afirmaciones:

1. El educador es el que educa.
2. El educador es quien sabe.
3. El educador es quien piensa.
4. El educador es quien habla.
5. El educador identifica la autoridad del saber con su autoridad funcional.
6. El educador es el sujeto del proceso, los educandos meros objetos del mismo.

Sin embargo, y al encontrarnos todos contestes en que el sistema tal y como existe en la actualidad no puede subsistir de dicho modo, nada o poco se hace para cambiarlo, y ello ¿por qué?

En mi opinión la respuesta a dicha cuestión responde a la particular materia objeto de estudio del Derecho, esto el sistema jurídico legal, comprendido por la ley,

sus principios e instituciones, insertos en un sistema jurídico nacional, existiendo, como lo llama Jaime Coaguila, un “paradigma dogmático” (Coaguila; 2006), además de la barrera insoslayable del Positivismo Jurídico, ya que lo que se enseña corresponde a lo es y no a otra cosa, elemento este último que limita en gran medida la innovación en el estudio concreto del Derecho, entendido este último como el relativo a la norma jurídica, sino que más bien la innovación en este campo debe desarrollarse en ámbitos más generales, como lo son los principios transversales que informan las instituciones de este sistema jurídico.

Otra posible respuesta a la pregunta antes formulada es que todo sistema educativo diverso al tradicional, al menos en el campo del Derecho, requiere de un *background* previo de conocimiento por parte de los receptores del mismo. En efecto, imposible es construir conocimiento nuevo a partir de nula base teórica previa, lo que en Derecho se transforma en un problema dramático, ante la ausencia de ella, por lo que el sistema tradicional de enseñanza que se utiliza en esta rama del saber tiene su fundamento en la creación de las bases necesarias para, a partir de ellas, construir conocimiento y saber propios. Ahora bien, ello no implica la imposibilidad de utilizar un sistema constructivo o problemático de enseñanza, pero ello debe estar en la correlación suficiente para la creación de las bases teóricas mínimas a partir de las cuales obtener el tan anhelado conocimiento propio.

Sin embargo lo anterior no resulta reflejado en la malla curricular, salvo escasos y contados casos, ya que en ella no se incorporan elementos tendientes a desarrollar en el estudiante las destrezas necesarias para la creación de nuevos conocimientos, sino que escasamente la reproducción de los entregados.

El problema antes expuesto no es propio de nuestra educación jurídica, o como podría pensarse, de nuestra idiosincrasia criolla, sino que ha sido una constante histórica en otros países, así por ejemplo en Estados Unidos hasta el año 1930 la enseñanza del Derecho no difería en mucho a la actual chilena (Witker, 1995; 64), educación que tendía a privilegiar –como hoy en Chile– el atributo del “sólido conocimiento jurídico” y quizá el desarrollo de la “habilidad analítica”, y no solo a privilegiar, sino a hacer de él, el único fin de la formación de los futuros abogados, lo que se condice con la variable histórico-social antes analizada, ya que se debe partir con la certeza de, al menos, formar a los futuros profesionales del Derecho con el bagaje mínimo necesario para encarar el trabajo a que están llamados. En dicha “primera etapa” (Manning, 1995), el currículo fue un paseo obligatorio de tres años por el completo panorama del sistema legal, hecho que es lo que se manifiesta en nuestro actual currículo. En efecto, de un análisis total de los programas de la carrera de Derecho, en las diversas Universidades que lo imparten Chile, y específicamente de las que lo imparten en Iquique, podemos “espantarnos” con la inmutabilidad de los mismos por largos períodos de tiempo, de hecho son idénticos a los de hace 15 años, introduciendo mínimos elementos de cambio o flexibilidad en el mismo, como lo son por ejemplo la posibilidad variable de creación de electivos o bien la fusión de Derecho Romano con Historia del Derecho, cambios que distan, con mucho, de ser suficientes para adecuar la educación del abogado al cumplimiento del objetivo de su formación, sino que como ya se dijo, solo tienen por objeto la incorporación hacia los alumnos del contenido general de toda la legislación chilena, hecho que no solo constituye un imposible, sino

que un absurdo. Como dato anecdótico puedo señalar que en el año 1994, en la asignatura de Derecho Económico de la Universidad Arturo Prat de Iquique, se impartía dentro de su programa el estudio de la Ley de Bosques, y cuya significancia práctica solo podía ser relevante a nivel regional y local en lo relativo al bosque de tamarugos existentes en la Pampa del Tamarugal, bosque que no puede ser explotado dada su calidad de reserva natural; hecho que más que anécdota resume lo que se viene diciendo.

Sin embargo, posteriormente en Estados Unidos de Norteamérica, como lo llama Manning, surge una segunda etapa en la enseñanza del Derecho, la que tiene como fundamental elemento un cambio en el currículo y en la metodología con que se entrega, concretizando el estudio del Derecho a normas aplicables en mayor medida y que devienen de la problemática actual de la sociedad, flexibilizando el currículo, dándosele al alumno la posibilidad de elegir incluso para hacer cursos fuera de la universidad, con tal que se trataran de temas jurídicos. Por otro lado, se pragmatiza la enseñanza proponiendo además el desarrollo de las “habilidades básicas de trabajo”.

Manning sostiene que actualmente en Estados Unidos de Norteamérica se está entrando a una tercera etapa, la que tiene como premisa entender que hay mucho más en el proceso legal que lo que cualquier hombre puede llegar a dominar, que no existe una carrera de abogado, por el contrario, hay muchas clases de carrera para muchas clases de hombres que han estudiado derecho, “la casa del Derecho tiene infinitos salones, en algunos de ellos los hombres de derecho estarán haciendo leyes, en otras estarán litigando, en otras negociando, en otras aconsejando, en otras sirviendo como ejecutivos y funcionarios, en otras coleccionando y poniendo en orden datos”, siendo las formas de aprendizaje diversas para las formas de carrera que adopta el derecho, por lo que debe ofrecerse a los estudiantes de la tercera etapa las alternativas que los lleven más rápida y directamente al trabajo del abogado del ejercicio libre y algunas de ellas hacia la investigación académica, siendo el sello de esta etapa la diversidad.

Hecho el análisis anterior, y a pesar del particular objeto de estudio del Derecho, ¿puede utilizarse un sistema de enseñanza diverso al tradicional?

Si bien ya se ha dado una respuesta afirmativa a la cuestión, esta no es fácil, sino que deviene de una adecuada metodología que incluya formación en base teórica, para luego dar un salto hacia el constructivismo educativo de la Ciencia del Derecho. La complejidad radica en que muchas veces el marco teórico de las diversas ramas del Derecho es complejo y extensísimo, sin embargo, como se verá, a través de la creación de un adecuado criterio jurídico, así como del desarrollo de medios creativos para la resolución de problemas a través del Derecho se podrá extrapolar de la base teórica un conocimiento nuevo creado por el alumno, de modo que él asuma un papel distinto, creador y activo, para ello la educación debe cambiarse de comunicadora (tradicional) a problematizadora, transformando la transmisión de conocimientos en un acto cognoscitivo, obteniendo en definitiva que los contenidos informativos sean descubiertos por el estudiante, más que simplemente expuestos por el maestro.

Util es recordar en esta etapa del presente trabajo las ideas fundamentales de la concepción constructivista del proceso de enseñanza, para estos efectos, Raymundo Calderón Sánchez, en su monografía intitulada “Constructivismos y Aprendizajes significativos” (2006) nos señala que son las siguientes:

- “1. El alumno es responsable de su propio proceso de aprendizaje, siendo él quien construye su conocimiento, encontrándose la enseñanza mediatizada por la actividad mental constructiva del alumno.
2. La actividad mental del alumno se aplica a contenidos que ya poseen un grado considerable de elaboración, es decir, es el resultado de cierto proceso de construcción a nivel social.
3. El hecho que la actividad constructiva del alumno se aplique a unos contenidos de aprendizaje preexistente condiciona el papel que está llamado a desempeñar el facilitador”.

Sin embargo, hay que desmitificar el método constructivista de la enseñanza, ya que “la enseñanza de resolución de problemas, pensamiento crítico, estrategias de aprendizaje y creatividad son también asuntos que no son propiedad solamente del constructivismo. Cualquier sugerencia de que se limitan al campo constructivista es incorrecta. Lo que es más, ya que el constructivismo tiende hacia la idea de que no hay verdad sólida y no hay respuestas correctas, obviamente no es la mejor manera de enseñar pensamiento lógico y resolución de problemas” (Clifton, 2004), y en especial si el objeto de estudio corresponde al Derecho, ya que ningún conocimiento nuevo puede obtenerse sin la base teórica mínima, que en la especie corresponde más bien a una constatación fáctica de la norma legal vigente en el espacio territorial dentro de un marco temporal determinado, elementos estos últimos que no pueden ser relativizados.

### UNA SOLUCIÓN VIABLE

Ahora bien, con todo lo que se ha dicho, ¿cómo lograr crear un criterio jurídico en los educandos?, ¿cómo obtener, que estos tengan la suficiente claridad mental para determinar en el caso concreto cuáles son las instituciones jurídicas aplicables?, ¿cómo entrenar al estudiante, de modo que adquiera procesos cognoscitivos relevantes que le permitan crear soluciones creativas a partir de conocimientos teóricos bases?, ¿cómo obtener en definitiva en el educando el desarrollo de las cualidades que en el inicio de este trabajo se señalaban debe poseer todo buen abogado, y que son el objetivo de la enseñanza del Derecho?

La respuesta a las anteriores preguntas es posible encontrarlas a través del método problémico de aprendizaje, el que induzca el pensamiento creador y la independencia cognoscitiva de los estudiantes, ya que estos a través de una adecuada guía del profesor, se introducirán en el proceso de solución de problemas nuevos para ellos, a través de los cuales aprenderán a adquirir de modo independiente determinados conocimientos y a emplearlos en la actividad práctica, “brindando la posibilidad de desarrollar conscientemente el proceso de aprendizaje, por cuanto las situaciones problemáticas planteadas, tienen en sí no solo el aspecto de contenido específico del área, sino también lo relacionado con la profesión y lo metodológico o personalógico, en donde lo relativo a la motivación (intereses, necesidades), se conjuga con la comprensión y sistematización del contenido” (Ortiz, 2006).

Para Ortiz Alexander Ortiz Ocaña, el método problémico de enseñanza se traduce en utilizar los siguientes elementos dentro de la metodología:

1. *El diálogo problémico*: Sostiene que la búsqueda del proceso docente condujo a un nuevo tipo de comunicación, el “diálogo problémico”, el que consiste en que, “en lugar de una exposición informativa, es decir, de una transmisión de conclusiones ya hechas de la ciencia, sin despertar la actividad mental independiente en los estudiantes, el maestro comunica el material y da su descripción y explicación creando sistemáticamente situaciones problémicas. En el diálogo problémico el profesor no comunica a los estudiantes conocimientos acabados, sino que conduce la exposición demostrando la dinámica de formación y desarrollo de los conceptos, y plantea situaciones problémicas que él mismo resuelve. Mediante este método el docente les enseña a los estudiantes a hallar la solución a determinado problema revelando la lógica del mismo a partir de sus contradicciones, indicando las fuentes de surgimiento del problema, argumentando cada paso en la búsqueda. En este sentido, se reproduce en una escala menor la historia del surgimiento y desarrollo de la ciencia; es decir, el profesor demuestra la vía del pensamiento hacia la consecución de la verdad científica y convierte al estudiante en copartícipe de este hallazgo”.

2. *La socialización heurística*: En su aspecto externo, como su nombre lo indica, en la socialización heurística el profesor debe establecer un diálogo con el estudiante, dirigido mediante preguntas que van orientando el proceso de razonamiento de los estudiantes para que arriben a conclusiones similares a las que llegó el trabajador en la solución del problema que se manifiesta en la sociedad. Aquí se produce un proceso interactivo profesor-estudiante y estudiante-estudiante, el cual debe ser aprovechado para propiciar el debate, la discusión y el intercambio de criterios.

Sostiene que la socialización heurística es posible cuando los estudiantes tienen determinadas habilidades para la discusión y el análisis, debiendo agregarse además, que el estudiante debe tener la base teórica previa relativa a los contenidos a tratar por medio de dicha metodología. Este método debe responder a exigencias crecientes en el desarrollo del razonamiento del estudiante, que eleven de forma paulatina la capacidad de aprendizaje, que le permitan al estudiante operar libremente con las ideas y llegar a orientarse por sí mismo. “No son las facilidades las que enseñan, sino las dificultades dosificadas, siempre que estén creadas las condiciones previas y exista una adecuada orientación para la ejecución de la actividad”.

3. *El descubrimiento significativo*: Al igual del anterior, la utilización del método de descubrimiento significativo depende no solo del contenido del tema, sino del nivel de la preparación y capacidad de trabajo de los estudiantes.

Ortiz lo define como: “la solución de problemas de manera independiente por parte de los estudiantes, en los cuales el profesor organiza la participación de estos para la realización de determinadas tareas docentes que contribuirán a la solución de un proyecto pedagógico determinado. En este método el docente plantea preguntas y tareas problémicas y el análisis de sus respuestas o soluciones se realiza durante la socialización heurística y los debates que sostiene con los estudiantes. El descubrimiento del concepto lo lleva a cabo el estudiante con la ayuda del profesor, a diferencia del diálogo problémico en el que el descubrimiento lo hace el docente con la participación de los estudiantes. Su esencia radica en que los estudiantes busquen los

elementos que faltan para poder solucionar el problema que se les presenta, para lo cual tienen que resolver las tareas problémicas que les plantea el profesor o el instructor, de aquí que el peso en la solución recaiga sobre el estudiante, quien lo utiliza cuando el profesor, al no resolver completamente el problema docente o no afrontarlo, lo deja para que sea la base en próximas actividades docentes”.

Agrega que la importancia del descubrimiento significativo consiste en que “son los estudiantes quienes deben encontrar en el material que aprenden una organización y una estructura que no les han sido reveladas de manera explícita por el docente, y descubrir los nuevos significados que emergen del nuevo conocimiento en la medida en que enfrentan desafíos cognitivos y resuelven problemas reales. Al mismo tiempo se apropian de métodos heurísticos de búsqueda y desarrollan su capacidad para formular hipótesis, establecer inferencias y deducciones y comprobarlas”, a diferencia de la enseñanza tradicional donde lo que se enseña aparece como la solución encontrada por un tercero, que es transmitida por el profesor al alumno, no desarrollando este último motivación alguna, impidiendo de este modo que el conocimiento se asimile.

Para este mismo autor el método problémico requiere que el profesor sea un facilitador y mediador del aprendizaje de los estudiantes; que se integre la teoría, la práctica y la investigación; que el proceso de aprendizaje sea responsabilidad del alumno; que exista una adecuada preparación previa por parte de los alumnos; la ejecución de procesos básicos asociados al aprendizaje problémico, como lo son la observación, la abstracción, la identificación, la comparación, la clasificación, la formulación de hipótesis, la interpretación de datos, etc.; la utilización de técnicas que lleven al descubrimiento significativo del contenido; y por último el planteamiento de tareas y preguntas problemáticas.

Pero, ¿cómo llevar el método problémico o problematizador al aula de Derecho?

En primer término debe crearse una base teórica mínima, la cual debe ser enriquecida por investigaciones del discípulo guiadas por el profesor mediante la entrega de material de lectura y recomendaciones de textos relativos a las materias tratadas. Esta etapa debe ser suficientemente extensa de modo de crear los cimientos sobre los cuales se elaborarán las respuestas a los problemas que se plantearán, sin embargo debe diferenciarse en este período de “formación” uno de tipo primigenio que tendrá por objeto entregar los elementos de análisis suficientes, por medio de la enseñanza de principios rectores al área del Derecho objeto de estudio, así como también dar los lineamientos suficientes respecto al rumbo que debe adquirir la investigación del alumno sobre los temas tratados.

Una segunda etapa deberá problematizarse desde un punto teórico los diversos aspectos que conciernen a la materia objeto de estudio, problematización que debe surgir desde las diversas posturas doctrinarias que se han adoptado respecto de un mismo punto de Derecho, para luego obtener mediante el estímulo del alumno, una posición propia de él, la cual deberá defender por medio de los conocimientos adquiridos en la etapa anterior de tipo formativa. Una vez logrado ello, lo que debe hacerse por medio de los elementos de leguaje problémico y socialización heurística –lo que podrá hacerse por medio de trabajos escritos u orales, en un primer momento de tipo personal, para luego dar cabida al trabajo en equipos de tipo jurídico–, debe proceder-

se a la confrontación de las ideas obtenidas por los educandos, haciendo que los mismos debatan entre sí sobre los puntos doctrinarios a cuyas conclusiones han arribado. Por último, deberán defender ante el maestro su posición quien deberá tratar de demostrar las falencias de su teoría, así como también los elementos que la hacen sólida ante una verdadera contraargumentación de tipo jurídica.

En una tercera etapa corresponderá llevar el análisis de la posición jurídica construida por el alumno a la solución práctica que del mismo problema se ha dado tanto en el ámbito de la jurisprudencia como en la doctrina de los autores, procurando que aun a pesar del fracaso de la postura jurídica del alumno este la defienda y reconstruya la misma con las nuevas ideas aportadas en esta etapa.

Por último, debe plantearse la solución de un caso concreto de orden práctico concerniente al tema objeto de estudio, caso que debe ser especialmente conflictivo y carecer de solución obvia, solución que deberá ser obtenida por el alumno empleando lo aprendido por medio de las etapas anteriores.

El método para obtener la solución por parte del alumno debe centrarse en los siguientes pasos:

- 1° Determinar los hechos sobre los que debe recaer la solución jurídica, en otros términos, el marco fáctico sobre el cual se ha problematizado.
- 2° Determinar las normas jurídicas aplicables al caso concreto.
- 3° Determinar en qué consiste el problema cuya solución se pide.
- 4° Efectuar razonamientos concatenados y lógicos, con la debida fundamentación respecto de la tesis sostenida.
- 5° Dar la solución al problema, previo al descarte doctrinario de las tesis contrarias existentes o que pudieran existir.

## CONCLUSIÓN

Como se ya señalado, la educación actual del Derecho en Chile se encuentra en una primera e incipiente etapa destinada a desarrollar en los educandos un sólido conocimiento jurídico y en menor medida las habilidades analíticas del futuro profesional, sin embargo el objetivo a futuro es consolidar lo ya avanzado e ir en vías de obtener el desarrollo de las otras habilidades o atributos necesarios para la formación de un *abogado de primera*, lo cual planteo se puede obtener por medio del método problémico de enseñanza, en una simbiosis entre enseñanza constructivista y tradicional, dado el particular objeto de estudio de la Ciencia del Derecho, sin embargo dicho cambio de paradigma debe partir por la modificación del Currículo, de modo de dar preeminencia en él a los temas de relevancia local y temporal, propendiendo además a una flexibilización del mismo, concentrando los esfuerzos en la creación de bases teóricas generales tanto en Derecho civil y procesal, así como en las áreas más generales de estudio como lo son el Derecho penal, comercial, administrativo, laboral, para luego de ello crear un régimen optativo de materias a elección del educando, quien es en definitiva el llamado a *elegir su carrera*, ya que pretender enseñar la totalidad del marco legal vigente, no solo constituye un imposible, sino un absurdo.

Además, debe enfocarse el esfuerzo en el cambio de método de enseñanza, el cual si bien debe mantener un sustrato tradicional en cuanto a la creación de bases

teóricas mínimas, debe propenderse a la creación de una enseñanza problemática de los temas, para con ello poder permitir al alumno incorporar y en definitiva *aprehender* el contenido desde el punto de vista de la creación de criterio jurídico, el cual le permita encarar creativamente la solución de conflictos a los que estarán llamados en su vida profesional.

Así, por ejemplo en cuanto a metodología y enfoque curricular, sería posible dividir las diversas materias en módulos de estudios los que se desarrollen en espacios de tiempo acotados, incorporando en un mismo ramo diversos docentes quienes estarán a cargo de un área determinada del conocimiento que diga relación relevante con los contenidos dogmáticos propios del curso, de modo que una vez entregados estos conocimientos, realizar módulos de integración con todos los profesores que los impartieron, integración que tendrá como principal protagonista al alumno, quien por medio de diversos casos prácticos que se plantearán en discusiones entre los profesores y los pares deberá elaborar tesis legales y doctrinales para la resolución de los mismos.

En lo concreto, se pretende que el aprendiz puesto en la coyuntura de tener que resolver –por medio de los contenidos entregados y de su propia investigación– sea capaz de integrar en sus procesos de pensamiento en la elaboración de tesis el criterio jurídico, la capacidad de debate y las destrezas propias de quien debe defender verbal y por escrito intereses que, en la vida laboral, se verán contrapuestos.

#### BIBLIOGRAFÍA

- CALDERÓN, Raymundo, (2006), *Constructivismo y aprendizaje significativo*, consulta 14 junio, 2006. ([www.monografias.com/trabajos7/aprend/aprend.shtml](http://www.monografias.com/trabajos7/aprend/aprend.shtml)).
- COAGUILA, Francisco, (2006), *La interdisciplinariedad del derecho*, consulta 14 junio 2006 ([www.monografias.com/trabajos10/inder/inder.shtml](http://www.monografias.com/trabajos10/inder/inder.shtml)).
- CHADWICK, Clifton, (2004), *Por qué no soy Constructivista*, en *Contexto Educativo* 31 - Año VI, consulta 19 junio 2006 (<http://contexto-educativo.com.ar/2004/2/nota-08.htm>).
- GIL, Natalia, (2005), *Aprendizaje Significativo*, en *Contexto Educativo* 36 - Año VI, consulta 19 junio 2006 (<http://contexto-educativo.com.ar/2005/3/nota-05.htm>).
- MANNING, Bayless, *La enseñanza jurídica norteamericana, evolución y cambios: tres modelos*, en WITKER, Jorge, (2006), *Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho*, pp. 61-76, consulta 18 junio 2006 (<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=247>).
- ORTIZ, Alexander, (2006), *Métodos y estrategias pedagógicas problemáticas*, consulta 14 junio, 2006. ([www.monografias.com/trabajos28/metodos-problemicos/metodos-problemicos.shtml](http://www.monografias.com/trabajos28/metodos-problemicos/metodos-problemicos.shtml)).
- WITKER, Jorge, *Metodología de la Enseñanza del Derecho*, Editorial Temis (Bogotá, 1987).
- SANG, Miguel (2006), *Teoría práctica en la implementación del constructivismo en la República Dominicana*, consulta 14 junio, 2006. ([www.monografias.com/trabajos5/construc/construc.shtml](http://www.monografias.com/trabajos5/construc/construc.shtml)).



## II. CRÓNICA JURÍDICA



## POR QUÉ RECUERDO A JUAN BUSTOS\*

Te recuerdo Juan cuando por la mitad de esa extraordinaria década de los sesenta del siglo veinte, luego de doctorarte en Bonn con Hans Welzel, te incorporaste al inolvidable Seminario de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile dirigido por el maestro Alvaro Bunster, para hacer equipo, entre otros, con Sergio Politoff, Sergio Yáñez, Francico Grisolia y este amigo que nunca te olvidará.

Te recuerdo Juan cuando por las tardes de los martes, tal vez a las seis, nos juntábamos en el Instituto de Ciencias Penales, como Comité de Redacción de la Revista del mismo nombre, donde llegaban, además, el inquieto Enrique Cury, el afable Waldo Ortúzar y de repente hacía su entrada impresionante nuestro poeta-penalista Armando Uribe con el grueso libro de los *Cantos de Maldoror* del para mí enigmático Conde de Lautremont bajo el brazo, y nos repartíamos sentencias y más sentencias para comentar o recensionar.

Especialmente te recuerdo Juan cuando en horas decisivas para la continuidad de nuestra democracia, actuaste con una valentía y sensatez extraordinarios, que quizás cuántas vidas humanas ahorró a nuestra patria.

Te recuerdo cuando aproximadamente en la primavera europea de 1976 después de una beca en París pasé por Bonn, y tú me recibiste en la misma estación de ferrocarril para llevarme a un agradable hotelito familiar; me hiciste todas las indicaciones del caso, y tu amabilidad llegó hasta sacarme en tu coche a conocer los alrededores de la entonces capital de la Alemania Federal.

Te recuerdo Juan porque allí me confidenciaste toda la odisea vivida en Buenos Aires, a raíz de la operación Cóndor, pero con tu acostumbrada medida, derivada de tu enorme temple humano.

Te recuerdo Juan, porque me ayudaste a sacar el boleto del tren más directo para llegar a München a hablar con el gran Klaus Roxin.

Te recuerdo Juan por estas y tantas innumerables ocasiones en que me fuiste develando tu vigoroso, penetrante e independiente pensamiento que pretende una innovación profunda desde la política criminal y la criminología de los temas esenciales del Derecho penal, dando por resultado, por un lado la teoría del delito, y por otro la teoría del sujeto responsable y la teoría de la determinación de la pena.

Te recuerdo Juan, porque fuiste un hombre y amigo auténtico e integral, de una bonhomía y sencillez a toda prueba que con plena lucidez y ninguna altanería, basada en tu ya brillante trayectoria académica has podido decir tú mismo en la

---

\* Nota escrita por don Jaime VIVANCO SEPÚLVEDA, Profesor de Derecho Penal en la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat de Iquique con ocasión del repentino y prematuro fallecimiento de su amigo y también Profesor de Derecho penal y a la sazón Diputado de la República de Chile y Presidente de la Cámara, a la que pertenecía, don Juan BUSTOS RAMÍREZ (Nota del Consejo Editor).

Introducción de tus *Bases críticas de un nuevo Derecho penal* que “El penalista ha de tener conciencia que el Derecho penal es el instrumento de aplicación inmediata y directa sobre los hombres, y por tanto, que sus planteamientos no tienen el simple carácter de una disquisición teorizante o metafísica, sino una significación eminentemente práctica. El penalista trabaja para hombres de un Estado determinado, su labor será elemento legitimador para la acción de ese Estado. De ahí entonces que un jurista democrático ha de ejercer una constante revisión crítica de su pensamiento y de los aportes de otras disciplinas a fin de profundizar el desarrollo democrático del Estado e impedir entonces que la función de control y represión del aparato del Estado elimine la participación de los ciudadanos en su accionar, la que es básica para la progresiva democratización del Estado. La historia del Derecho penal en ese sentido ha sido trágica, a menudo, ha sido el derecho del “terror”, el arma más grosera y vasta a la que han recurrido los dictadores de los regímenes autoritarios para acallar la disidencia social y política. Más aún dentro de la propia democracia la justicia penal está llena de imperfecciones, arbitrariedades y autoritarismo, es muchas veces el último refugio de todos los irracionalismos: la corrupción, el eticismo, el teologismo, etc.”.

Todos te recordarán Juan por estas palabras a las cuales es difícil no adherir en lo hondo del corazón.

JAIME VIVANCO SEPÚLVEDA  
Profesor de Derecho Penal

### III. RECENSIÓN



## RECENSIÓN DE UNA TRADUCCIÓN Y HOMENAJE AL TRADUCTOR

MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal. Parte General*, primera traducción al español directa del alemán por el catedrático de Derecho penal Dr. Sergio POLITOFF LIFSCHITZ, revisión general y prólogo del profesor Dr. José Luis GUZMÁN DÁLBORA, Editorial IB de f (Montevideo-Buenos Aires, 2007), Colección “Maestros del Derecho Penal”. (Título de la edición alemana: *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechst*, editado por Carl Winters, Heidelberg 1915).

Una “situación melancólica” –como a nuestro grande amigo Sergio Politoff le gustaba a veces decir– nos acongoja y nos apremia al hacer esta reseña de tal vez su última obra de envergadura y trascendencia antes de dejar este mundo dos semanas atrás, obra llegada a nuestras manos en el 2008 y que desde un comienzo representó para él un gran desafío que disfrutó no solo en lo científico, sino también en lo literario, dejándole la convicción, me dijo una vez, de que Mayer fue uno de los penalistas alemanes más liberales del siglo XX.

Por ello, un experto conocedor de la lengua y dogmática penal germana, como lo es el destacado y gentil profesor José Luis Guzmán Dálbora, al final de su prólogo puede expresar con la mayor naturalidad y certeza que la traducción de Politoff al castellano “... constituye una reproducción fidelísima de Mayer en pensamiento y estilo, preciso, elegante y de prudente lirismo. Sensibilidad humanista y formación clásica del autor hallan condigna escolta en parejas cualidades del traductor, quien se dio el trabajo de engrandecer la obra con muy útiles notas. . . pero también de traer al castellano pasajes escritos en otras lenguas e ilustrar fragmentos históricos o literarios que redondean la comprensión del texto”. En seguida agrega que habiendo revisado la traducción “soy el primero en certificar que aquí no se deslizan gazapos atribuibles al profesor Politoff”.

Esta parte general del Derecho penal de Mayer se compone de dos libros: uno primero dedicado a “La Ley Penal”, cuyos dos capítulos tratan de “Conceptos fundamentales” y de “El ámbito de validez” de la misma, respectivamente.

A continuación el Libro segundo está dedicado a “El delito”, cuya sección primera aborda “Los presupuestos de la pena”, esto es, “Las características positivas del delito”, de manera que el capítulo III analiza “La tipicidad”, el capítulo IV, “La antijuridicidad” y el V “La imputabilidad”.

La sección segunda se titula “Las causas de exclusión de la pena” (las circunstancias negativas del delito). Comienza con una breve “Introducción” y sigue con el capítulo VI, el cual se refiere a “Las causas de justificación”. El capítulo VII, a “Las causas de exculpación”.

En la sección tercera se estudian “Las causas de extensión de la pena”, comenzando con el capítulo VIII, referente a “La tentativa”, y el IX a “La participación”.

El Libro tercero está dedicado a *La pena* y consta del capítulo X, que trata de “Las penas y sus fines”; el XI de “El concurso de conminaciones penales” y el XII, de “Las causas generales de extinción de la pena”.

En total, 662 páginas.

Aparte del hecho sorprendente de que este gran maestro del Derecho penal alemán no era prácticamente conocido en el mundo de habla hispana, salvo por referencias esporádicas, no obstante que la primera edición de esta obra se publicó en 1915 en Heidelberg y fue reimpresa sin alteraciones en 1923 en la misma tradicional ciudad universitaria de la ribera del Neckar, sucedió que incluso en la misma Alemania en el año 1997 una editorial de Goldbach incluyó este tratado en una serie dedicada a “Nuevos maestros” de su “biblioteca del Derecho Penal alemán”.

Al margen de todo este desconocimiento de uno de los más brillantes penalistas alemanes de comienzos del siglo XX, que destacó junto a los conocidos Ernst von Beling, Karl Binding, Reinhard Frank, Hegler y otros, su no traducción oportuna a nuestro idioma dio lugar a que nuestra generación de penalistas chilenos formados en la década de los años cincuenta del siglo XX, en lo referente a dogmática alemana solo nos nutrimos en el *Tratado de Derecho Penal* de Edmund Mezger, que había traducido en España el profesor José Arturo Rodríguez Muñoz y luego Antonio Quintano Ripollés, a mediados de dicha década.

Más adelante, en los primeros años de los sesenta conocimos los dos tomos de su *Studien buch*, Parte general y Parte especial, respectivamente, traducido al español por el Dr. Conrado Finzi, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, Argentina, bajo el sello de la Editorial Bibliográfica de Buenos Aires. En su Prólogo a esta obra el destacado profesor de esa Facultad transandina Ricardo C. Núñez pone en relieve el hecho de que después de los precursores como Binding, Von Liszt, Beling y M. E. Mayer, se puso a la cabeza del movimiento científico una corriente de ideas jurídico-penales, a la que pertenece Mezger, cuyas características principales fueron “el estudio de los elementos subjetivos del injusto” (Heyler, M. E. Mayer, Mezger) y a la concepción de la culpabilidad en sentido normativo (Frank, J. Goldschmidt, Freudenthal, Mezger).

En 1956 conocimos en nuestra lengua a Hans Welzel por la traducción efectuada en Argentina por el Dr. Carlos Fontán Balestra y luego por la hecha y publicada en 1970 en Chile por nuestros compatriotas profesores Juan Bustos Ramírez (†) y Sergio Yáñez Pérez (†).

A Reinhart Maurach pudimos leerlo en castellano en 1963 a través de la traducción del Dr. Juan Córdova Roda, de la Universidad de Barcelona.

Todo esto tiene una importancia en la medida en que con la omisión en nuestro idioma de la obra de Mayer de 1915 hasta la aparición en castellano del tratado de Mezger en 1955 se interrumpió la continuidad del debate de diversas materias en la doctrina alemana, seguidas en Latinoamérica, en general, como por ejemplo lo atinente a los elementos subjetivos del tipo penal, en que quedó prevaleciendo la sólida e inflexible posición de Beling en cuanto a que tales elementos no podían integrar el injusto típico.

Lo curioso es que coincidentemente es también Sergio Politoff quien en 1965 va a exponer en español la evolución positiva que habría tenido este tópico, en su

brillante monografía intitulada *Los elementos subjetivos del tipo legal*, publicada por la Editorial Jurídica de Chile en 1965, en la cual lo vi trabajar muy de cerca cotidianamente en aquel mítico Seminario de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en Santiago.

Por ello su entonces director y común maestro don Álvaro Bunster (†) en el Prólogo para esta obra pudo decir con pleno conocimiento de causa: “Hace ya varios años, al prologar una primera obra suya (*El delito de apropiación indebida*) auguramos a Sergio Politoff una posición destacada en el ámbito de nuestra ciencia penal. Al escribir ahora las palabras introductorias en su nueva monografía, verificamos con satisfacción la exactitud de ese vaticinio, que vimos cumplirse en la grata recepción de aquel y, además, en los frutos de una sostenida vocación de jurista, buena parte de los cuales han surgido de las funciones de profesor auxiliar y ayudante investigador que él desempeñó a nuestro lado en la Universidad de Chile”.

Pero además de esta y otras cuestiones puntuales, lo más importante y grave es que actualmente en Alemania y Europa, en general, se han hecho de público conocimiento documentos privados emanados directamente de Mezger y Welzel en que quedaría en claro que las políticas criminales y criminológicas sobre las cuales estos autores trabajaron en sus obras estaban en completa sintonía con las oficiales del conductor del Estado nacionalsocialista alemán, para facilitar la adhesión y obediencia del pueblo germano a ellas, lo cual se vislumbra más claramente en la *Política criminal sobre base criminológica* de Mezger, que fue traducida al castellano por el profesor Rodríguez Muñoz con el simple título de *Criminología* y editada por “Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942”.

Puede apreciarse así cómo una tardía traducción al español de una importantísima obra científica alemana, puede influir significativamente en la continuidad y auténtico entendimiento de la evolución de dicha doctrina, cuando es seguida de cerca en países que hablan otras lenguas.

Por fin, felicitémonos de que las Facultades de Derecho de las Universidades de la República Oriental del Uruguay y de Buenos Aires y Belgrano en la República Argentina, hayan llevado a cabo esta meritoria labor de dar a luz en nuestro idioma y en forma brillante a uno de los pilares de la ciencia penal alemana del siglo pasado, Max Ernst Mayer.

JAIME VIVANCO SEPÚLVEDA  
Profesor de Derecho penal





