

Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas

ISSN 0719-2940

www.rfycj.cl



AÑO 2, N°2 (JULIO DE 2013)

EDITOR RESPONSABLE:

Francisco Zepeda Navarro

EDITORES ASOCIADOS:

Sebastián Flores Cuneo
Katherine Galdámez Fernández
Gabriel Marín Mery
Harry Jerez Díaz

CONSEJO EDITORIAL:

Prof. Dr. Jaime Bassa Mercado
Universidad de Valparaíso; Universidad Adolfo Ibáñez; Universidad de Viña del Mar

Prof. Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez
Universidad de Valparaíso

Prof. Dr. Felipe Gorigoitia Abbott
Universidad de Valparaíso; Universidad Adolfo Ibáñez

Prof. Dr. Hugo Herrera Arellano
Universidad de Valparaíso; Universidad de los Andes

Prof. Dr. (c) Claudio Meneses Pacheco
Universidad de Valparaíso

Prof. Jorge Mera Figueroa
Universidad de Valparaíso; Universidad Diego Portales

Prof. Dra. Pamela Prado López
Universidad de Valparaíso

Prof. Dr. (c) Ricardo Salas Venegas
Universidad de Valparaíso

Prof. Dr. Luis Villavicencio Miranda
Universidad de Valparaíso

Prof. Dra. Alejandra Zúñiga Fajuri
Universidad de Valparaíso

Indexada en las Bases de Datos de VLex; Casux; Latindex.

Dirección: Av. Errázuriz N° 2120, Valparaíso.

| Teléfono: +56-9-6586-4836 | Correo electrónico: contacto@rfycj.cl |

ÍNDICE

[DERECHO ADMINISTRATIVO] ALGUNAS IDEAS SOBRE LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS DE COMPETENCIA GENERAL, por <i>Diego Muñoz Soto</i>	1
[DERECHO CONSTITUCIONAL PENAL] CONSTITUCIONALIDAD DE LA TENDENCIA LEGISLATIVA PENAL EN MATERIA DE ORDEN PÚBLICO: ANÁLISIS DE PROYECTOS DE LEY AÑOS 2010 – 2012, por <i>Nicoll Rojas Labra y Diana Valdés Aguayo</i>	33
[DERECHO DEL TRABAJO] DIÁLOGO SOCIAL EN CHILE: UNA MIRADA HACIA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA FIJACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO, por <i>Claudio Salas González</i>	55
ARTÍCULO ELIMINADO POR INFRACCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	81
[DERECHO PENAL] DISCRIMINACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA VÍCTIMA: ¿SE TRATA DE SITUACIONES CARACTERIZADAS POR MAYORES NIVELES DE ANTIJURICIDAD MATERIAL?, por <i>Angela Peralta Jordan</i>	104
[HISTORIA DEL DERECHO] EL ABOGADO: BREVE RESEÑA DE SU EVOLUCIÓN Y CARACTERÍSTICAS, por <i>Ricardo Loyola Loyola</i>	133
INSTRUCCIONES A LOS AUTORES	148

EDITORIAL:

A fines del 2012 presentamos el primer número de la *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*. En dicha ocasión, fueron publicados varios artículos y recensiones de la más diversa índole; estudios dogmáticos jurídicos y recensiones sobre obras filosóficas. En su mayoría, tales obras fueron elaboradas por estudiantes pertenecientes a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, casa de estudios a la que pertenece esta publicación. No podemos agradecer lo suficiente el tiempo dedicado por los autores a la realización de dichas obras, avocándose a la investigación científica, supuesto primordial para cumplir las metas que nos propusimos como editores de este proyecto, metas que no son otras que la difusión y promoción del pensamiento crítico y reflexivo sobre las materias que versa la Revista.

Quisiéramos agradecer a todos los profesores que integran el *Consejo Editorial*, quienes desde un primer momento apoyaron nuestra iniciativa y posteriormente colaboraron con la revisión de contenidos de los trabajos publicados. Agradecemos especialmente al profesor Agustín Squella, quien participó activamente en la presentación del primer número y de quien recibimos valiosos consejos relativos al trabajo editorial; al profesor Ricardo Salas, quien nos apoyó desde que esta idea comenzaba a germinar; a la periodista Carla Urbani, quien nos ayudó a promocionar y difundir la Revista y en su posterior presentación; al abogado José Manuel Zapico Mackay, quien colaboró como *árbitro ad-hoc*, en su calidad de especialista en Derecho Marítimo; al Director de Extensión y Comunicaciones de la Universidad de Valparaíso, el Sr. David Carrillo, por su constante apoyo a nuestro trabajo; y por último –y no por es menos importante– a la Diseñadora del Departamento de Extensión de nuestra Universidad, Cristina Baranlloni, por su colaboración, buena disposición y trabajo, materializada en un pendón y afiches que fueron distribuidos en diversas casas de estudio.

Finalmente, invitamos a todos quienes tengan interés en la investigación y la actividad crítica, a enviar sus trabajos, especialmente a los jóvenes que se inician en este camino –y que se aventuren en sus primeras letras–, pues la juventud es incorregible, y perdona todos nuestros errores.

Los editores

PRESENTACIÓN:

Presentamos a nuestros lectores el volumen N° 2, de la Revista de *Filosofía y Ciencias Jurídicas*, publicación electrónica, editada por estudiantes y egresados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso. En esta oportunidad presentamos 6 estudios sobre diversas disciplinas. Diego Muñoz Soto, en su artículo titulado “*Algunas ideas sobre los tribunales contencioso-administrativos de competencia general*”, presenta y desarrolla detalladamente una problemática de la justicia administrativa; la necesidad de crear tribunales contencioso-administrativos de competencia general, después de argumentar esta posición, concluye proponiendo algunas ideas sobre las características que debiesen tener dichos órganos.

Nicoll Rojas Labra y Diana Valdés Aguayo, en “*Constitucionalidad de la tendencia legislativa penal en materia de orden público: Análisis de proyectos de ley años 2010 – 2012*”, nos señalan una tendencia legislativa expansionista en materia penal –que a juicio de las autoras– vulnerarían los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Política vigente.

Claudio Salas González, en “*Diálogo social en Chile: Una mirada hacia la negociación colectiva y la fijación del salario mínimo*”, crítica y reflexiona sobre la falta de diálogo social en la legislación chilena, se extiende sobre los aspectos teóricos del concepto, para llegar a la conclusión de que en Chile no existe un auténtico espacio de diálogo social, sobre cuestiones tan importantes como la negociación colectiva y fijación del salario mínimo.

Ángela Peralta Jordan, en “*Discriminación desde el punto de vista de la víctima: ¿Se trata de situaciones caracterizadas por mayores niveles de antijuricidad material?*”, aborda y cuestiona la existencia de un mayor grado de antijuricidad material en aquellos delitos en que el autor del delito hace elección de la víctima actuando con una finalidad discriminatoria. Para responder a aquella interrogante la articulista trata la antijuricidad material en consideración al resultado del delito. Después analizar estas situaciones –la autora– evalúa la necesidad de tratar penalmente el problema de la discriminación. Por último se plantea la posibilidad de considerar la igualdad (o el derecho a la no discriminación) como un bien jurídico a valorar en los tipos penales antidiscriminatorios.

Para terminar el presente número, Ricardo Loyola Loyola, en “*El abogado: Breve reseña de su evolución y características*”, desarrolla el oficio del abogado –desde una perspectiva histórica– y señala que éste se vincula directamente con la evolución de la sociedad y el mantenimiento de la paz. Reflexiona sobre el rol del abogado respecto a sus clientes. Termina su trabajo con una recopilación de antiguas leyes que en el tiempo regularon la actividad del abogado.

Quisiera terminar manifestando mi reconocimiento y gratitud a todas y todos los que colaboran y hacen posible que la *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas* se edite, en especial a mis compañeros editores Katherine Galdámez Fernández, Harry Jerez Díaz, Sebastián Flores Cuneo y Gabriel Marín Mery y a los estudiantes, egresado y académicos que nos envían –y confían– los frutos de sus investigaciones. Como también a los miembros del *Consejo Editorial* y a los árbitros quienes acreditan la buena calidad de los trabajos publicados.

Francisco Zepeda Navarro

ESTUDIOS

ALGUNAS IDEAS SOBRE LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS DE COMPETENCIA GENERAL

*Diego Muñoz Soto**

RESUMEN: *El siguiente artículo tiene por objeto desarrollar la relevante necesidad de la creación de tribunales contencioso-administrativos de competencia general, para lo cual se hará una breve recapitulación de lo que ha sido la historia del contencioso-administrativo en nuestro país. Luego se analizará brevemente la situación de los recursos administrativos, el recurso de protección, se expondrá y criticará ciertos órganos encargados de conocer la impugnación judicial de estos actos y, a partir de eso, se van a proponer algunas ideas sobre qué características debe tener un eventual tribunal contencioso administrativo de competencia general.*

ABSTRACT: *The present work develops the relevant need to create administrative courts with general competence, through a brief recapitulation of the history of administrative litigation in our country. The situation of administrative legal resources, the protection resource, and certain organs in charge of settling the judicial impugnation of these acts will be exposed and criticized, and from that point, some ideas will be proposed on what characteristics must have an administrative court with general competence.*

PALABRAS CLAVE: *Tribunal contencioso-administrativo – procedimiento contencioso administrativo – recurso administrativo – recurso de protección – sana crítica – prueba de peritos*

KEYWORDS: *Administrative court – administrative proceedings – administrative resource – protection resource – sound judgment – expert evidence*

I. INTRODUCCIÓN: UNA BREVE RECAPITULACIÓN DEL CONTROL JURÍDICO DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Los tribunales contencioso-administrativos de competencia general han sido los grandes ausentes dentro del Ordenamiento Jurídico chileno, por cuanto su creación ha estado suspendida desde la consagración de Chile como república. Por lo pronto, entenderé por tales aquellos que dirimen contiendas entre la administración pública, sea centralizada o descentralizada (como las municipalidades, las universidades del estado y otros entes creados para el cumplimiento de la función pública) con los particulares. Además me refiero a “competencia general” por aquellas contiendas cuyo conocimiento, decisión y ejecución del fallo no tienen designado un tribunal precisamente especializado (v. gr. Tribunal de Contratación Pública o los Juzgados Laborales en caso de reclamación de alguna resolución dictada por la Inspección del Trabajo, sin perjuicio de

*Estudiante de Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: diegoi.munozs@gmail.com

lo que se pudiera sostener posteriormente respecto del primer tribunal), siendo competentes para conocer de éstas causas en tribunales ordinarios.

1. Siglo XIX

Primeramente, conviene referirse brevemente respecto a la suerte que han recorrido estos tribunales, o mejor dicho, los asuntos contencioso-administrativos. Podemos ver ciertos atisbos o antecedentes de este tipo de asuntos en la Constitución Liberal¹, dándose como atribución de la Corte Suprema, en el art. 96: “3.a De los que resulten de contratos celebrados por el Gobierno, o por los agentes de éste en su nombre.”. Menciono “atisbo” desde ya porque, de la sola lectura del precepto, no sólo los contratos entre la Administración del Estado y el particular dan lugar a una relación jurídica de Derecho Público² susceptibles de ser conocidas por los tribunales, sino que hay otros asuntos que no son precisamente contratos celebrados por el “gobierno o por sus agentes” y que no estuvieron expresados en este artículo, (por ejemplo: El acto administrativo que impone una sanción por incumplimiento de ciertas normas reglamentarias a una empresa, a la cual se le hubiere otorgado una concesión de servicio público, en materia de transportes³), por lo que es difícil hablar de un tribunal que conociera de asuntos contencioso-administrativos en estricto rigor.

Siguiendo el mismo orden de ideas, en 1833, aquella Carta Fundamental⁴ establecía la competencia para conocer de estos “asuntos”, quedando radicada en el Consejo de Estado, el cual, en su Art. 104 establece entre otras, que son sus atribuciones:

“4ª Conocer en todas las materias de patronato i protección que se redujeren a contenciosas, oyendo el dictamen del Tribunal superior de justicia que señale la lei”.

“7ª Resolver las disputas que se suscitaren sobre contratos o negociaciones celebradas por el Gobierno Supremo i sus agentes”.

Respecto al primero de estos preceptos, se ha dicho que al menos teóricamente las cuestiones planteadas en virtud de éste eran asuntos contenciosos administrativos, ya que a través de este “recurso de protección” se intentaba impugnar un acto de la Administración Pública que, obrando abusivamente, lesionaba derechos o garantías de los ciudadanos. Sin embargo, estas

¹ Chile, *Constitución Política de la República de 1828*, 8 de agosto de 1828.

² Para evitar posibles confusiones conceptuales, entenderé por “relación jurídica de Derecho Público” a aquellas en las que son partícipes la Administración Central, o bien con los particulares, o bien con la Administración Pública descentralizada. Esto sin perjuicio de entender que las relaciones contractuales entre el estado y los particulares se pudieran regir o, derechamente, se rijan por normas de Derecho Privado y que por lo tanto no sea una relación de Derecho Público propiamente tal. Por lo demás, no interesa, para efectos de este artículo, si los contratos celebrados por la Administración del Estado con los particulares son o no contratos propiamente tales.

³ Obviamente respetando las diferencias entre aquella época y la nuestra, así como los avances legislativos y doctrinarios.

⁴ Chile, *Constitución Política de la República de 1833*, 25 de mayo de 1833.

causas fueron entendidas como sinónimas de las causas de patronato, por lo que a lo más podría entenderse que se estaba frente a un contencioso entre un eclesiástico y el Estado, pero sin que se pueda hablar de un contencioso-administrativo de carácter general de garantías constitucionales. En consecuencia, al no tenerse antecedentes sobre el conocimiento de los “recursos de protección” propiamente tales o distintos de las causas de patronato, el Consejo de Estado no habría tenido una competencia contencioso-administrativa en la materia⁵.

Por motivos un tanto obvios, entre 1833 y 1925, hubo un mayor desarrollo de la materia contencioso-administrativa. Así, con la ley de caminos de 1842, se facultaba a los gobernadores para conocer y juzgar, en primera instancia, las disputas relativas a los caminos públicos de los particulares entre sí o entre éstos y la autoridad pública. Contra la decisión del Gobernador se podía apelar ante una Junta Provincial de Caminos, compuesta por el Intendente, el Alcalde del departamento cabecera de provincia y un agrimensor nombrado por el Presidente de la República. No obstante lo anterior, al carecer de la necesaria independencia respecto del poder ejecutivo, no sería del todo exacto hablar de ellos como órganos judiciales propiamente tales⁶.

Ya para 1874, se había eliminado la facultad del Consejo de Estado para conocer los asuntos que mencionaba el Art. 104, la atribución 7^a, por lo que se pensó, por un lado, que con eso se hizo desaparecer a la jurisdicción administrativa, configurándose así el principio de jurisdicción única. No obstante lo anterior, las leyes del 1875 y de 1902 rehusaron adscribir los asuntos contencioso administrativo a la competencia del Poder Judicial. Se decía que las magistraturas de fuero común “*eran incompetentes para conocer de los juicios que no pertenecen al derecho privado, único sobre el cual legisla el presente Código (Civil)*”, además se sostenía que quién debía conocer las cuestiones que hayan de resolverse por reglas generales de interés común era la administración y que los tribunales sólo podían conocer de las causas en las cuales las contiendas debían resolverse de acuerdo a los principios del Derecho Civil⁷.

Para poner fin a esta sección, que ha tenido bastante discusión, se puede concluir lo siguiente: En esta época las contiendas judiciales entre la administración y los particulares no estaban suficientemente reguladas, más aún, podríamos afirmar que es una forma primitiva de lo que se desarrollaría mucho más tarde, por cuanto no toda la actividad de la Administración del Estado podía ser controlada con la facilidad de que se tiene en estos días.

⁵ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2008a): “La Administración Pública ante los tribunales de justicia”, En: *Estudios de Justicia administrativa*, Santiago: LexisNexis, p. 112.

⁶ BORDALÍ SALAMANCA; FERRADA BÓRQUEZ (2008a), p. 113.

⁷ Para profundizar más sobre si las competencias del Consejo de Estado en 1833 pudiesen ser consideradas como “contencioso-administrativas”, así como también las de la Corte Suprema en la Constitución de 1828 pudiesen ser consideradas como tales, PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2001): “Estudio preliminar”, En: *La Jurisdicción Contencioso-administrativa: decisiones legislativas al año 2001*, Santiago: LOM Ediciones LTDA, pp. 11 – 63.

2. Siglo XX

En 1925 las cosas cambiaron y el contencioso administrativo quedó mermado; el Art. 87⁸ establecía lo siguiente: “*Habrán Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley*”. Luego, es conocido que la ley que regulaba la organización y atribuciones de estos tribunales, nunca pasó más allá de los proyectos de ley⁹, en consecuencia, a falta de ley, los tribunales de fuero común comenzaron a declararse incompetentes para conocer ese tipo de asuntos.

Sin embargo, la afirmación de ausencia total de control judicial sobre actos de la administración debe ser matizada, ya que los tribunales nunca desconocieron su competencia para conocer de asuntos que estuvieran regulados expresamente en el ordenamiento jurídico. Un ejemplo de lo anterior, es lo que ocurría en los denominados reclamos de ilegalidad en el plano municipal. Asimismo, tampoco se desconoció la competencia para resolver los conflictos provenientes de la responsabilidad patrimonial, conocido como contencioso reparatorio. Además, algo parecido ocurría con respecto al conocimiento del contencioso anulatorio, aunque por vía indirecta, estableciendo la inaplicabilidad de estos actos administrativos ilegales en los procedimientos ordinarios civiles¹⁰. Con todo, un procedimiento general regulado y un tribunal especial para conocer de estos asuntos estuvieron ausentes a lo largo de esta época.

Es así como, ante la ausencia de tribunales contencioso-administrativos, la Contraloría General de la República, que provenía del antiguo Tribunal de Cuentas, la Dirección General de Contabilidad, la Sección de Bienes Nacionales y Dirección General de Estadística, comienza a fiscalizar los ingresos nacionales y la inversión de los dineros del erario público a nivel legal, lo que posteriormente, con la práctica, pasó a extenderse a todos los actos de la administración¹¹. Lo anterior pareciera no ser una idea poco razonable, si tenemos en cuenta que el decreto publicado en el Diario Oficial de la Ley que creaba a la Contraloría General de la República establece: “*Que la desorganización que existe en la fiscalización (...) ha producido una situación que*

⁸ Chile, *Constitución Política de la República de 1925*, Diario oficial, 18 de septiembre de 1925.

⁹ UNIVERSIDAD DE CHILE, Facultad de Derecho (2001): “Proyecto de Tribunales Contenciosos Administrativos elaborados en Chile desde el año 1927”, En: *La Jurisdicción Contencioso-administrativa: decisiones legislativas al año 2001*, Santiago: LOM Ediciones LTDA, pp. 65 – 205. Me refiero a los proyectos KOCH, JULIET, ZÚÑIGA, las notas articuladas de las sesiones de la comisión designada por el gobierno y presidida por el Ministro de Justicia, don Enrique ORTÚZAR ESCOBAR y LORCA, entre otros, de 1927, 1945, 1958, 1961, respectivamente.

¹⁰ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2008b): “*El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo*”, En: *Estudios de Justicia Administrativa*, Santiago: LexisNexis, p. 215.

¹¹ AYLWIN AZÓCAR, Arturo (2001): “*Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República*”, En: *20 años de la Constitución chilena 1981-2002*, Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, p. 602.

*ha causado verdadera alarma pública por los desgraciados y pavorosos sucesos y defraudaciones en la recaudación e inversión de los fondos públicos, descubiertas en diversos servicios; Que esto proviene de la falta del cumplimiento de las leyes y disposiciones administrativas que regían la percepción de las rentas y la correcta aplicación de ellas a los gastos nacionales (...)*¹². Al tenor de lo recién expuesto, teniendo en cuenta que la Administración del Estado actúa principalmente a través de –valga la redundancia– actos administrativos, no es de extrañarse que los particulares, al tener conocimiento de esto (y tal vez no notar la diferencia), así como también la ausencia de algún órgano que controlara efectivamente a la Administración, hubieran solicitado el pronunciamiento sobre la legalidad de otros actos administrativos que no precisamente tuvieran relación con los caudales fiscales. Sea como fuere, la Ley Nº 10.336 positivó esta facultad que había desarrollado con la práctica este Órgano de Control, en su Art. 1º¹³ y posteriormente en el actual Art. 98 de la actual CPR¹⁴.

La estricta función del control de legalidad llegaría a su fin con el gobierno de la Unidad Popular, en el cual, el contralor de la época, además de ejercer esta facultad sobre ciertos actos de la administración, se pronuncia sobre la oportunidad y mérito de éstos, transformándose en una de las aristas del quiebre institucional de aquellos tiempos¹⁵.

3. Régimen Militar

En esta época también se discutió la posibilidad de crear tribunales contencioso-administrativos, o al menos su procedimiento. Es así que para algunos autores, como lo fue para la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (en adelante CENC) durante la etapa de elaboración y redacción del anteproyecto de la actual Constitución y para el Consejo de Estado, la respuesta era obvia: la Justicia Administrativa debe modelarse integrándola a los tribunales

¹² Chile, *Decreto con Fuerza de Ley Nº 400 bis*, Diario Oficial, de 12 de mayo de 1927. En lo que respecta a su creación el Art. 1º rezaba: “*Refúndese en una Oficina que se llamará Contraloría General de la República, las actuales reparticiones denominadas Tribunal de Cuentas, Dirección General de Contabilidad, Sección de Bienes Nacionales y Dirección Nacional de Estadística. Esta oficina administrativa será independiente de todos los Ministerios y de las demás oficinas del Estado*”.

¹³ Chile, *Ley 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República*, Diario Oficial, 10 de julio de 19 de 1964, Art. 1º “*La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto (...) pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General (...)*”.

¹⁴ Chile, *Constitución Política de la República de 1980*, Diario Oficial, 24 de octubre de 1980. Art. 98 “*Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración (...)*”.

¹⁵ NOVOA MONREAL, Eduardo (1992): “*Los resquicios legales. Apéndice II: el difícil camino de la legalidad*”, Santiago: Ediciones BAT, p. 154.

ordinarios de justicia o, a lo más, a tribunales especiales del Poder Judicial¹⁶. Posteriormente, en el contexto de la CENC, se dijo “*que dada la tradición chilena y los casos contencioso-administrativos, ¿Por qué no se ponía expresamente “causas civiles, criminales, contencioso-administrativas”* (refiriéndose así a lo que vendría a ser el actual Art. 76 de nuestra Carta Fundamental¹⁷)? Porque la doctrina las ha dividido siempre. Entonces, conviene usar la misma división, aunque no sea tan lógica, porque las leyes se hacen para ser cumplidas y no para que estén bien escritas”¹⁸. En este orden de ideas, se decidió elaborar un proyecto de procedimiento contencioso administrativo y no de creación de tribunales que conocieran de estas causas, por lo que habría que incorporar dicho procedimiento al Código de Procedimiento Civil, para efectos de impugnar los actos de la Administración ante juzgados de fuero común.

Esta fue la tesis mantenida por la CENC y luego por el Consejo de Estado, y la que se consignó en el anteproyecto que se elevó a la Junta de Gobierno para su aprobación como proyecto de Constitución. Fue así como el Art. 79° inciso 1° del anteproyecto de la constitución quedó redactado de la siguiente manera: “*La facultad de conocer las causas civiles, de las criminales y de las contencioso-administrativas, de conocerlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley*”, por lo que es comprensible que, encontrándose asimiladas las causas contencioso-administrativas a las causas civiles, pudiera concluirse que el anteproyecto establecía una radicación orgánica de la función contencioso-administrativa en el Poder Judicial, tal como había quedado claro en la sesión 303^a, de 1977, al confirmarse que la CENC había impartido una orientación en ese sentido a la Subcomisión de lo Contencioso Administrativo, y que ésta había trabajado sobre esa base¹⁹.

Posteriormente la Junta de Gobierno decidió rechazar aquella redacción, eliminando la competencia absoluta del Poder Judicial para conocer, resolver y hacer cumplir lo resuelto sobre los asuntos contencioso-administrativos, quedando consagradas sólo las causas civiles y criminales en lo que sería el actual artículo 76 de la Carta Fundamental. Luego, junto con excluir a los tribunales contencioso-administrativos de la esfera judicial, los cambió de ubicación, pasándolos al capítulo que norma a la Administración, incluyéndolos en el artículo 38 inciso

¹⁶ PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2005): “Justicia administrativa: ¿tribunales ordinarios, tribunales de jurisdicción general o tribunales especiales de lo contencioso administrativo?”, En: *La justicia Administrativa*, FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (Coord.), Santiago: LexisNexis, p. 110 –112.

¹⁷ Artículo 76 de la Constitución Política de la República: “*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. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos*”.

¹⁸ Actas de la Comisión Ortúzar, sesión 303^a, celebrada en martes 5 de julio de 1977, tomo IX p. 522. El profesor PIERRY sostuvo que era aconsejable que se establecieran tribunales especializados en vez de tribunales ordinarios. Finalmente, esta sugerencia no fue recogida.

¹⁹ PANTOJA BAUZÁ (2005) p.113.

2º²⁰. De esta manera, el texto primitivo mantuvo la referencia a los tribunales, con la salvedad que lo judicial y lo contencioso administrativo en esa Carta constituyeron funciones jurisdiccionales paralelas, salvo lo relativo a las facultades de superintendencia de la Corte Suprema sobre esas magistraturas, lo que se mantuvo hasta la reforma de 1989²¹.

Concluyendo esta parte, podemos decir que, al menos en mayor medida que con las anteriores constituciones, “*se viene a dar un alivio a los habitantes del Estado Chileno, debido a que la redacción actual de la norma puede ser interpretada en el sentido que sus derechos fundamentales o simplemente legales, podrán ser tutelados frente a tribunal de justicia cuando la Administración los vulnere*”²². Con todo, la Constitución Política de la República de 1980, no exige que sea necesariamente un tribunal de lo contencioso-administrativo quien deba resolver la contienda de un ciudadano con la Administración del Estado.

Una cosa es cierta, con la actual Constitución y con el retorno a la democracia han mejorado los mecanismos de control de la administración (llámese control dentro de la misma Administración, así como también el control judicial de ésta misma), aunque no es menos cierto que el conjunto de leyes creadas para este fin dista mucho de ser adecuado, tal como lo veremos a continuación.

II. PROCEDIMIENTOS Y “TRIBUNALES” ADMINISTRATIVOS: UN CAOS LEGISLATIVO

Desde el retorno a la democracia hasta nuestros días, el número de recursos administrativos, así como el de órganos facultados para conocer de la misma, han aumentado exponencialmente. Por otro lado, es un tema que llama mucho la atención el hecho del crecimiento del uso que ha tenido la acción de protección del Art. 20 de nuestra Constitución Política de la República (en adelante CPR). Desarrollaremos estos 3 temas a continuación:

1. Recursos y procedimientos administrativos

Me refiero con esto a aquellos por los que se derivan controles a que está afecto el Gobierno y la Administración, realizado por una unidad integrante del propio órgano administrativo a éste o externo a aquel, pero que forma parte de la Administración del Estado, y su finalidad consiste en contrastar la actuación con las normas del propio ordenamiento y las necesidades de la gestión pública. Es un control esencialmente jurídico, pero además tiene una

²⁰ Antiguo art. 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República de 1980: “*Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus órganos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño*”.

²¹ PANTOJA BAUZÁ (2005) p. 114 – 116.

²² BORDALÍ SALAMANCA; FERRADA BÓRQUEZ (2008a), p. 114.

faceta política (en el caso de los órganos internos, dejando en claro que el actuar de ciertos órganos es exclusivamente legal), pudiéndose en este mismo control extenderse a la adecuación de las políticas, planes y programas de Gobierno²³.

Por lo pronto, reproducimos lo que mencionamos anteriormente: este tipo de recursos ha experimentado un gran aumento en cuanto a su número, sumado a ello a que están contenidos en varios cuerpos legales que hace que el estudio de cada uno de los recursos contemplados sean realmente difícil. A mayor abundamiento, entre 1990 y 2003, se crearon 78 acciones o recursos susceptibles de impugnar un acto de la administración, los que hacen la sumatoria total de 120 si contáramos los recursos que fueron creados antes del lapso de tiempo anteriormente mencionado. En lo que concierne a los plazos para recurrir, estos varían entre 5 a 60 días, encontrándose la media entre 10 a 15 días. Por otro lado, si nos referimos al tipo de procedimiento utilizado para llevar a cabo la impugnación judicial, varían desde el mismo procedimiento utilizado para resolver el Recurso de Protección, pasando por el procedimiento “Breve y sumario” hasta la remisión a otros procedimientos, sin perjuicio de que hay ciertos recursos que no tiene regulación expresa y que, en consecuencia, deberían tramitarse de acuerdo a las reglas generales²⁴. Ahora bien podría decirse que esto responde a una modernización del Estado Chileno y que la vasta regulación que existe es producto de que las actividades económicas son de tal especie que, necesariamente, la regulación debe ser diversa, lo que trae dos consecuencias: (i) la primera, sería que la ley supletoria²⁵ creada para este tipo de actos, en vez de ser la ley común y, por lo tanto, de mayor aplicación, queda en un segundo plano respecto de las leyes especiales (excepcionales), lo que trae consigo otro problema: al ser tantos los recursos contemplados en la ley y tan poco el tiempo que se tiene (sin contar aquellos actos que tienen un plazo de impugnación de 60 días) ¿Qué le queda al particular? Encargarle el caso a un abogado pero, con el trascurso de ese tiempo, ya va haber perdido gran parte del plazo para recurrir del acto administrativo que perjudica sus derechos, lo que trae aparejado otro problema ante la búsqueda de un instrumento que permita la solución de este conflicto: (ii) El abuso del Recurso de Protección, que es lo que se verá a continuación, para, posteriormente, revisar los tribunales establecidos para conocer de estos asuntos.

²³ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2008c): “La evolución del sistema chileno de Control y la Administración del Estado: Desde el control político y administrativo al control judicial”, En: *Estudios de Justicia Administrativa*, Santiago: LexisNexis, p. 19.

²⁴ Una acabada investigación sobre esta materia en CARMONA SANTANDER, Carlos (2005): “El contencioso administrativo entre 1990 y 2003”, En: *La Justicia Administrativa*, Santiago: LexisNexis, pp. 183 – 240.

²⁵ Chile, *Ley N° 19.880 de Bases de Procedimiento Administrativo*, Diario Oficial, 29 de mayo de 2003.

2. Recurso de Protección

Por todos es bien sabido que la acción consagrada en el Art. 20 de la Carta Fundamental es y ha sido un mecanismo que goza de fama a la hora de impugnar actos contrarios a Derecho. Creado por la CENC en 1976 por el Acta Constitucional N°3 de ese mismo año, posteriormente convertido en el Decreto Ley N° 1.552, esta acción constitucional tiene por objeto el restablecer el imperio del Derecho cuando el particular sufra una amenaza, privación o perturbación, producto de una acción u omisión arbitraria o ilegal de los derechos protegidos por el Art. 20 de la CPR.

Claro está que la Administración es capaz de actuar u omitir, y por lo tanto, también es propenso a producir situaciones (sea legal o ilegalmente) que afecten al particular objeto de la actuación, constituyéndose la vía judicial prevista para su amparo en el mecanismo privilegiado de impugnación de las decisiones de la autoridad que afecte estos derechos. Además, dado el carácter sumarísimo e informal del procedimiento dispuesto en esta materia, además de la falta de sujeción del tribunal a reglas estrictas de ponderación de la prueba, generan un incentivo irresistible para los litigantes a la hora de impugnar la validez de una acción u omisión antijurídica de un órgano de la Administración del Estado²⁶.

Sin embargo, el inmenso uso de este instrumento ha tenido un bajo porcentaje de éxito para las pretensiones de los recurrentes; desde 1995 hasta 2001, del total de 24.005 de recursos de protección presentados, solamente 3.357 fueron aceptados; otros 12.447 han sido rechazados, esto sin perjuicio de dejar otras variables distintas a la aceptación o el rechazo²⁷. Por otro lado, la mayor parte de estos recursos son interpuestos en contra de autoridades administrativas, así, por ejemplo, de 5.047 recursos interpuestos en la Corte de Apelaciones de Santiago entre 1990 y 1998, el 63,58% son dirigidos por particulares contra algún órgano del Estado y sólo el 36,41% son entre particulares²⁸.

En el año 2010, en lo que respecta a la acción constitucional en comento, “hubo 2.243 ingresos de apelaciones del recurso, otras 2.119 han sido falladas y 408 quedaron en estado de “pendiente”²⁹. En 2011, un número de 5.288 apelaciones de estas acciones fueron ingresadas,

²⁶ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2008d): “El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo”, En: *Estudios de Justicia Administrativa*, Santiago: LexisNexis, p. 210.

²⁷ CARMONA SANTANDER (2005), p. 193.

²⁸ CARMONA SANTANDER (2005), p. 191.

²⁹ GOBIERNO DE CHILE, Instituto Nacional de Estadística (2010): Anuario de Justicia, Informe Anual, Santiago, p. 11. En este caso, se puede apreciar que la cantidad de causas relacionadas por el recurso de protección son solo superadas por las del recurso de casación en el fondo, en cuyo año se registraron 3.267 ingresos de este recurso, mientras 3.187 recursos fueron fallados y 2.293 quedaron en estado de “pendiente”.

5.280 fueron falladas, 415 están pendientes³⁰ y esto sin contar el total de interposiciones de este recurso. ¿Qué nos pueden decir todas las cifras anteriores? Primero, lo que probablemente sea lo más obvio: el recurso de protección es bastante utilizado, pero aún más, no obstante ser muy utilizado no es tan efectivo (en relación al período que va desde 1995 hasta 2001), en consecuencia, podemos deducir lo siguiente: si hay tantos recursos de protección en contra de la administración rechazados, es porque dichos actos que amenazaren, perturbaren o privaren los derechos fundamentales protegidos, o bien (i) no son arbitrarios o ilegales, o bien (ii) siendo arbitrarios o ilegales, no pudieron acreditarse lo suficiente como para ser acogidos, así como también (iii) pudieron no haber afectado derecho fundamental alguno (sea la protección solicitada directa o indirecta³¹). Por otro lado, pareciera que no hay un instrumento más efectivo que esta acción constitucional para impugnar actos de la Administración.

Sabemos que, de la sola lectura, no todos los derechos fundamentales están protegidos por este mecanismo, por lo que se ha dado una especie de protección indirecta a través de la solicitud de tutela de otros derechos fundamentales. En este sentido se ha dicho que “*Respecto de los derechos económicos y sociales, por ejemplo el derecho a la educación, que no se encuentra incluido en la enumeración taxativa que hace el artículo 20 y que, por lo tanto, no podría tutelarse directamente a través de esta acción constitucional, se ha reconocido por vía interpretativa que el mismo es posible de asegurar relacionándolo con el derecho de propiedad*”³². Y no solo de éste derecho, sino que también de otros que pasaremos a ver a continuación.

El art. 19 N° 2 (el derecho a la igualdad ante la ley) es uno de los derechos fundamentales que ha sido utilizado para efectos de solicitar la tutela judicial que ofrece el recurso de protección, por parte de los particulares, para impugnar actos de la administración. En un asunto en particular³³, en la cual la recurrente, a propósito de las solicitudes sobre regularización de posesiones de la pequeña propiedad raíz³⁴, sostiene que la Resolución Exenta N° 4323 de 6 de octubre de 2010 que invalidaba la Resolución Exenta N° 1380 de 20 de mayo del mismo año, denegando la solicitud de regularización que ella presentaba, vulneraba los derechos a la igualdad ante la ley y propiedad. En este caso, la Corte sostuvo en uno de sus considerandos: “*Quinto:*

³⁰ GOBIERNO DE CHILE, Instituto Nacional de Estadística (2011): Anuario de Justicia, Informe Anual, Santiago, p. 11. Esta vez cabe señalar que esta cifra supera con creces a otros recursos como la casación en el fondo, las cuales, en el mismo año fueron ingresadas 2.784, unas 3,298 fueron falladas y otras 1.791 están pendientes.

³¹ Entiendo por protección directa aquella que tiene por objeto el resguardar un derecho fundamental expresamente consagrado en el Art. 20 de nuestra Carta Fundamental y por protección indirecta aquella que no está expresamente consagrado pero se solicita proteger pero a través de un derecho que sí lo está.

³² PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2006): “El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos fundamentales”, En: *Estudios Constitucionales*, año 4, N° 2, Universidad de Talca, p. 99.

³³ *Monroy, Teorinda con Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de Concepción*, Corte Suprema, 31 de marzo de 2011 (Recurso de Protección) En: VLex.

³⁴ Chile, *Decreto Ley 2.695 que fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella*, Diario Oficial, de 30 de mayo del 1979.

*Que lo anterior se ha consignado para dejar de manifiesto que el procedimiento administrativo de regularización no se encuentra concluido sino hasta el momento en que se practica la inscripción a nombre del solicitante en el Conservador de Bienes Raíces respectivo, de manera tal que hasta ese momento la autoridad pertinente tiene la facultad de verificar que en cada una de las etapas que éste contempla se haya dado cumplimiento a las formalidades establecidas por el legislador para su validez y, en el evento de constatar algún vicio en la tramitación, dejar sin efecto el acto o aquella etapa a la cual afecta dicha irregularidad”, por lo que la facultad de invalidar del órgano recurrido es perfectamente legal, y en consecuencia, no podría configurar hipótesis alguna para el acogimiento del recurso de protección. En tal caso, siendo que aquel servicio público invalidó la resolución anteriormente mencionada, ¿No habría tenido mayores posibilidades la recurrente si hubiera seguido por la vía administrativa, a través del superior jerárquico (Subsecretario de Tierras y Colonización), por cuanto éste, no solo puede pronunciarse sobre la legalidad del acto, sino que también dé la oportunidad en que se dictan estas resoluciones?*³⁵

Pero incluso, no obstante haber procedimientos mejor regulados y con tribunales especializados³⁶, ciertos recurrentes han intentado extender el sentido y alcance de ciertos derechos fundamentales para efectos de impugnar ciertos actos administrativos; este es el caso en el cual un órgano fiscalizador (Inspección del Trabajo) es recurrido de protección por un particular, quien arguye la vulneración del artículo 19 Nº 3 inc. 4º y Nº 24, en lo que respecta a interdicción de comisiones especiales y propiedad, aun cuando la propia ley le otorgue al órgano fiscalizador facultades de este tipo.

De esta forma la Corte Suprema ha expuesto en un caso de estas características: “*Cuarto: Que lo anterior no puede implicar el avocarse a una cuestión que se encuentre al margen de las facultades conferidas a la Inspección del Trabajo por el artículo 505 y siguientes del Código de esta especialidad, así como de la normativa que invoca la recurrida y no es una materia que deba ser resuelta exclusivamente por la judicatura especial que conoce de estos asuntos, sin perjuicio del derecho de la empresa recurrente de reclamar ante ella, instancia en la que podrá rendir pruebas de las circunstancias de hecho así como finalmente interpretar la legislación del ramo*”³⁷. En este fallo, la Corte rechaza una apelación en contra de la Inspección Provincial del Trabajo. A modo de

³⁵ Me refiero al Art. 13, del mencionado cuerpo legal: “*Cuando el Servicio rechazare una solicitud, el interesado podrá recurrir al Subsecretario de Tierras y Colonización, el que resolverá sin ulterior recurso*”.

³⁶ Chile, *Código del Trabajo*, Diario Oficial, 16 de Enero de 2003. Art. 503 incisos 3º y 4º: (...) *La resolución que aplique la multa administrativa será reclamable ante el Jefe de Letras del Trabajo, dentro de quince días hábiles contados desde su notificación. Dicha reclamación deberá dirigirse en contra del Jefe de la Inspección Provincial o Comunal a la que pertenezca el funcionario que aplicó la sanción. Admitida la reclamación a tramitación, previa verificación de los requisitos señalados en el inciso anterior, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el Párrafo 3º, del Capítulo II, del Título I del presente Código (...)*”

³⁷ *Administradora Marbella S.A con Inspección Provincial del Trabajo de Viña del Mar*, Corte Suprema, 25 de enero de 2011 (Recurso de Protección) En: VLex.

comentario –haciendo la aclaración de que la Corte Suprema no podría saber si el acto vulneraba o no algún derecho fundamental, si antes no conocía de aquel asunto– no deja de llamar la atención el hecho de que la Corte deje constancia que los Juzgados del Trabajo no son exclusivamente competentes para conocer de estos asuntos. En este sentido, una cosa es clara: aquel Órgano Administrativo actuó conforme a la ley, por lo tanto no se da al menos uno de los supuestos básicos para que el recurso de protección se acoja (ilegalidad). Ahora bien, las Cortes son competentes (cuando corresponde), a través de esta acción, de conocer los actos u omisiones arbitrarias e ilegales, pero que amenazaren, perturbaren o privaren ciertos derechos fundamentales. Por lo tanto, no es del todo acertado, o por lo menos conveniente, sostener que se es competente (o que cierto tribunal no lo es exclusivamente) en los mismos términos que un juzgado especializado para resolver sobre impugnaciones a resoluciones de ciertos órganos administrativos, ya que de ser así, ¿Qué sentido tiene establecer dos procedimientos iguales para impugnar un acto administrativo? Según este parecer –siguiendo lo sostenido por la Corte– estaríamos en un caso donde se puede impugnar una resolución, por las mismas causas, pero a través de dos procedimientos distintos, donde uno de ellos resguardaría de mejor forma los derechos fundamentales de índole procesal que otro, por lo que uno de ellos sería inutilizado o prácticamente inútil.

Así las cosas, pienso que no pueden ser considerados medios iguales, por cuanto uno y otro cumplen funciones y finalidades distintas; el primero tendría por objeto principal el controlar la legalidad de las resoluciones que emita la Inspección del Trabajo a través de la reclamación judicial de ellas; el segundo tendría por objeto el recobrar el imperio de la ley a favor de aquellas personas que, por actos u omisiones, arbitrarias o ilegales, vieran afectados algunos de los derechos consagrados en la Carta Fundamental. Por lo pronto, el recurso de protección es un procedimiento de tutela de derechos fundamentales que, en la práctica, ha funcionado principalmente como un medio más o menos idóneo de impugnar los actos de la Administración del Estado.

Antes de pasar al punto que concierne a los tribunales, concuerdo en que, si se quiere mantener la naturaleza de la acción en cuestión (esta es, la de un proceso de urgencia), y a la vez mantener la naturaleza de los derechos fundamentales, es necesario hacerla procedente en situaciones de peligro que, en estos casos, vienen dadas por la amenaza, perturbación o privación de los derechos fundamentales en las cuales la conducta atentatoria aparezca como clara y manifiestamente ilegítima³⁸.

³⁸ PEÑA ADASME, Andrés (2009): “El recurso de protección bajo los criterios de la tutela de urgencia”, En: *Ius Novum*, N°2, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 238.

3. *Tribunales Competentes para conocer de impugnaciones de los actos de la Administración*

El asunto de los tribunales competentes es tanto o más caótico que la cantidad de recursos administrativos. Es así como existen varios tribunales para conocer de estos asuntos, entre los que se cuentan: Las Cortes de Apelaciones, los Juzgados de Letras en lo civil, los Juzgados del Trabajo, los Juzgados de Policía Local, el Tribunal Calificador de Elecciones, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin olvidar los actuales Tribunales Ambientales, Tribunales Tributarios y Aduaneros, entre otros. Gran parte de las causas que conocen dicen relación a actividades económicas, así como también impugnaciones y reclamaciones de ilegalidad³⁹.

En este orden de ideas me dedicaré a desarrollar en esta sección, dos tribunales competentes para conocer ciertas causas de Derecho Público muy específicas, a saber, el Tribunal de Contratación Pública y los Tribunales Ambientales.

3.1. *Tribunal de Contratación Pública*

Es un tribunal especial, creado por la Ley 19.886⁴⁰, que tiene su asiento en Santiago, está integrado por tres abogados designados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previas propuestas en terna hechas por la Corte Suprema, falla de acuerdo a Derecho y está sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica del máximo tribunal del país.

Este órgano nace como una necesidad del Estado por controlar la legalidad de un asunto muy delicado como es la contratación pública, “*de allí que el tema de las adquisiciones públicas merezca una atención urgente, con el fin de lograr un uso eficiente de los recursos, compras de mejor calidad, ahorros presupuestarios y mayor transparencia en los actos del Estado, lo que hace más fácil prevenir el fraude y la corrupción*”. Lo anterior expuesto en el mensaje del ejecutivo⁴¹.

Respecto de su competencia, según el artículo 24 de la Ley 19.886, es competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación realizados por organismos públicos regidos por esta ley. Como podemos ver, es de una competencia sumamente acotada; no puede conocer de los asuntos de contratación pública una vez terminada la celebración del contrato, es decir, cuando la contratación está vigente, la cuestión es conocida por los juzgados de letras en lo civil.

³⁹ CARMONA SANTANDER (2005), pp. 212 – 214.

⁴⁰ Chile, *Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios*, Diario Oficial, 30 de julio de 2003.

⁴¹ CONGRESO NACIONAL, Boletín N° 2.429-05, de 1999, p. 190.

En lo que concierne a su procedimiento, vale traer a colación los siguientes puntos: La interposición de la demanda y algunas cuestiones relativas al procedimiento.

i) *Interposición de la demanda*

Sobre esta, dice el art. 24 inciso cuarto: “(...) *Se presentará directamente ante el Tribunal de Contratación Pública, pero cuando el domicilio del interesado se encontrara ubicado fuera de la ciudad de asiento del Tribunal, podrá presentarse por medio de las Intendencias Regionales o Gobernaciones Provinciales respectivas. En este caso, el Intendente o Gobernador, según corresponda, deberá remitirla al Tribunal el mismo día, o a más tardar el día hábil siguiente, contado desde su recepción*”.

Este precepto legal es de todo sentido, si entendemos que el tribunal en comento, es el único tribunal de la República que conoce de estos asuntos. Ahora bien, esto podría ser contradictorio, con lo que decía el Presidente de la República en el mensaje presidencial en lo que respecta al principio de igualdad: “*Este principio se traduce en que frente a diferentes sujetos que se encuentren en idénticos supuestos de hecho, incluidos los requisitos para poder contratar, la administración no puede discriminar en razón de ninguno de ellos. (...) En síntesis el principio exige que desde el comienzo del procedimiento de licitación hasta la formalización del contrato, todos los oferentes se encuentran en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas*”⁴². Porque una cosa es clara: la administración no debe discriminar entre oferentes, sea la condición que tengan, salvo por las condiciones que establezca la ley, pero no es menos cierto que el hecho de establecer un solo tribunal en todo el territorio del país⁴³, deja en una situación de desventaja a determinados oferentes en lo que respecta a la impugnación del proceso de licitación que, por ejemplo, lleven a cabo sus funciones en determinadas partes del país. O bien, partiendo desde otro punto de vista, si el Tribunal de Contratación Pública es el único competente para conocer de los asuntos que la ley le encomienda ¿Qué ocurriría si un particular de Arica quiere impugnar un acto de un proceso de licitación de un órgano de la administración de la misma región? ¿No habría sido mejor crear varios tribunales, en lugar de solo uno?

Viendo esta situación bajo el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva, según Bordalí⁴⁴: “*El contenido esencial del derecho de acción, desde el punto de vista de una concepción abstracta de tal derecho, se dirige a tutelar el acceso a los tribunales, por lo que siguiendo un orden*

⁴² CONGRESO NACIONAL, Boletín N° 2.429-05, de 1999, p. 13.

⁴³ Haciendo la salvedad de que, en primer lugar, tanto el Tribunal de Contratación Pública y la Administración del Estado son dos órganos independientes y por lo tanto ambos deben respetar de igual manera a los particulares en estas situaciones. En realidad, tiene mucho más sentido hacer este reproche a los legisladores, y no a los órganos mencionados anteriormente.

⁴⁴ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2000): “El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el Orden Constitucional Chileno”, En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCVIII, N°3, pp. 94 – 95.

lógico, el primer elemento que ha de destacarse en el contenido de tal derecho es pues la posibilidad de promover la actividad del órgano jurisdiccional y constituirse como parte de un proceso, aspecto que se acostumbra a definir como derecho a la jurisdicción. Sin embargo, veremos que en realidad de la mayoría de los países existen múltiples impedimentos, ya sea de tipo económico cultural o jurídico-institucional, que impiden o restringen esta primera parte del contenido del derecho de acción”, luego sigue, “el acceso a los tribunales no puede hacerse depender de controles administrativos o de autorizaciones de otros poderes”. Sin embargo, “puede estimarse admisible la existencia de una razón objetiva que lleve a que el particular que desea acudir a esos órganos tenga que realizar una actividad previa, pero ello no podría suponer que el acceso al poder judicial se haga depender de requerimientos de difícil acceso”.

Conforme a esto, podría haber cierta perturbación, toda vez que un particular, que resida fuera de la región en la cual el tribunal tiene su asiento, impugne ante éste un proceso administrativo de contratación, por cuanto este tiene que recurrir a una autoridad que, incluso, puede ser la misma Administración Centralizada (recordemos que los intendentes son representantes del Presidente de la República en las regiones del país y ellos, junto con los Gobernadores, tienen el deber de enviar la reclamación al Tribunal de Contratación Pública), la que precisamente puede ser una de las partes en el proceso impugnatorio. Ahora bien, aquella función es sólo para facilitar la impugnación del proceso de licitación y que no es un trámite necesario, pero sea necesario o no, en tal caso habría un trato no igualitario entre particulares de regiones extremas y de la capital. Por ejemplo, los primeros (los de regiones extremas), para poder llevar a cabo el proceso impugnatorio con facilidad, tendrían que necesitar de alguno de los dos órganos de la Administración del Estado. Si bien concuerdo con lo afirmado anteriormente, creo que el derecho al acceso a la justicia no solo debe tener un aspecto formal, por el cual debe darse la garantía a todas las personas a solicitar la tutela de sus derechos e intereses a un tribunal, sino también deben darse las condiciones materiales para que estas mismas personas lo hagan en idénticas condiciones y no necesitar de otros órganos del Estado, como es, en este caso, las Intendencias y Gobernaciones para llevar a adelante un proceso en un tribunal que puede estar en otra región del país.

ii) *Cuestiones relativas al procedimiento*

Por otro lado, para terminar este punto, me referiré a la acción de impugnación de la sentencia definitiva; esta se rige por lo prescrito en su Ley y supletoriamente por lo establecido en el libro I del Código de Procedimiento Civil y las del juicio ordinario civil de mayor cuantía que resulten conformes a la naturaleza breve y sumaria de este procedimiento, lo que representa una mejora en lo que concierne a las garantías procesales, a lo menos en lo que fue en un principio, ya que en algún momento durante la tramitación de esta Ley, decía lo siguiente: “Artículo 23.- *El recurso de reclamación a que se refiere el presente capítulo se tramitará conforme a*

las reglas del procedimiento incidental, regulado en el Título IX, Libro I, del Código de Procedimiento Civil. En subsidio, se aplicarán las normas del juicio sumario y, supletoriamente, las normas comunes a todo procedimiento”, lo que posteriormente fue advertido por la Corte Suprema que en su parecer sostuvo que el procedimiento incidental resultaba poco garantístico dada su sumarísima tramitación y no se veía cómo podía aplicarse subsidiariamente el juicio sumario, atendida a la naturaleza del conflicto⁴⁵.

Con todo, pareciera ser un tanto paradójico que, no obstante el asunto es de gran relevancia para el Estado, no se hubiera regulado exhaustivamente en la misma la impugnación del procedimiento de contratación y el recurso a favor del agraviado, en caso de que la sentencia definitiva le fuera contrario a sus pretensiones.

3.2. *Tribunales Ambientales*

Analizaremos a estos tribunales no a propósito de su procedimiento, que pareciera estar mejor regulado que en el caso anterior, sino que a la composición y a su ubicación, lo que me servirá como puente a la tercera parte de este artículo.

En primer lugar, sobre la ubicación de estos tribunales, en un principio se pensó en la creación de un solo Tribunal Ambiental, el cual tendría su asiento en la capital del país, claramente no se condecía, por de pronto, con la diversidad geográfica del territorio nacional y, en consecuencia, con las problemáticas a nivel medioambiental que pudieran afectar a una de las regiones del país, además de dejar de manifiesto un problema de larga data: la excesiva centralización del país.

En efecto, el número de tribunales para conocer de estas materias no es un problema menor, ya que, por un lado el profesor Luis Cordero Vega, en el informe de la Comisión de Constitución, señaló que la proyección de causas era muy baja y que su número actual no daría más que para uno, por lo que el dilema que se presentaba era optar entre la eficiencia en el gasto público y el acceso a la justicia. Esta última consideración había llevado a aumentar a tres los tribunales, pero aunque no era posible predecir el comportamiento de la Superintendencia, lo lógico sería que con la implementación de la nueva institucionalidad y la concentración de una gran cantidad de materias dispersas en otros tribunales, como era el caso de Policía Local, en la judicatura ambiental, aumentarían las causas.

Por su parte, el profesor Jorge Bermúdez, en cuanto al número de tribunales que deberían crearse, señaló que era algo complicado determinarlo, pero que en la medida que mejorara el

⁴⁵ CONGRESO NACIONAL, Boletín N° 2.429-05, de 1999, p. 192.

acceso a la justicia, debería aumentar también la demanda. Creía, no obstante, adecuada la solución adoptada al respecto porque debiera esperarse un aumento sustantivo de causas.

Según Sergio Montenegro Arriagada, existen focos de problemas ambientales, de modo que todas ellas reúnen los requisitos para ser sedes de tribunales de esta naturaleza. Lo ideal sería que existiera uno en cada ciudad asiento de Corte de Apelaciones o, al menos, uno por región, lo que podría implementarse de manera gradual. Por supuesto, hasta después de la creación de estos tribunales, no podría saberse cuánto iba a ser la carga de trabajo de estos órganos, sin embargo, concuerdo en que así como el país tiene las más diversas geografías, también los habría de tener respecto a sus problemas ambientales. Con todo, este profesor decía algo que no es menos cierto en cuanto a la ubicación de uno de estos tribunales en Valdivia ya que *“por razones geográficas, vinculadas a las grandes distancias, resultaría engorroso acudir a un tribunal radicado en Valdivia, motivo por el cual debería modificarse esta sede por la ciudad de Puerto Montt y crear un tribunal en un lugar que atienda sin problemas a Aysén y Magallanes, con lo cual se facilitaría el acceso a la justicia”*⁴⁶.

En otro orden de ideas, su composición, según el artículo 2º de la Ley que crea los tribunales ambientales⁴⁷, está dada por 2 abogados con a lo menos 10 años de ejercicio de la profesión o en la actividad académica especializada en el Derecho Administrativo o Ambiental. El tercero debe ser un licenciado en Ciencias con especialización en materias medioambientales y con, a lo menos, diez años de ejercicio profesional.

Esto representa un acierto, por cuanto, al ser un tema de especial complejidad como lo es el medio ambiente, se hacía necesaria la creación de un tribunal que contara con conocimientos necesarios para una adecuada resolución de los asuntos que en él se ventilasen y fue así como se sostuvo dentro del segundo Informe de Comisiones de Constitución y Medio Ambiente⁴⁸, sobre todo en los procesos sobre demandas por daño ambiental.

Sin embargo, el problema viene dado por la cantidad de materias que conforma “lo ambiental”, es decir, se puede dar que el tercer integrante del tribunal, al ser tan extensas las materias de la ciencia, no conozca con exactitud alguna materia en específico. En la misma discusión sobre esta ley, el profesor Bermúdez dijo preferir la formación de un *“tribunal de derecho, integrado exclusivamente por abogados especializados, agregando que la experticia necesaria para analizar los temas medio ambientales, podría obtenerse de los profesionales que apoyen permanentemente o en forma eventual su trabajo”*. Algo muy concordante sostuvo Sergio Montenegro sobre la integración de estos expertos quien sostuvo que *“la temática ambiental*

⁴⁶ CONGRESO NACIONAL, Boletín N° 5.947-12 de 2008, p. 917, 919, 921.

⁴⁷ Chile, *Ley N° 20.600 que crea a los Tribunales Ambientales*, Diario Oficial, 28 de junio de 2012.

⁴⁸ CONGRESO NACIONAL, Boletín N° 5.947-12 de 2008, p. 327.

*requiere un conocimiento profundo respecto de la legislación que la regula y de la historia de la ley, del cual carecen las personas ajenas al ámbito jurídico. Si el tribunal requiriese algún tipo de asesoría en ciertos aspectos que no guardan relación con el Derecho, podría solicitar un informe de peritos, que aseguren una plena imparcialidad*⁴⁹.

Para concluir este capítulo, podemos decir que si bien un tribunal ambiental y un tribunal en lo contencioso administrativo pueden ser muy distintos, es posible sostener que ellos se relacionan directamente en lo que concierne al Derecho Público y que, a veces, la complejidad del tema es tal que hay casos en los cuales es necesario recurrir a especialistas en distintas áreas, no precisamente del Derecho. Algo de esto veremos a continuación.

III. ALGUNAS IDEAS A CONSIDERAR RESPECTO DE LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS DE COMPETENCIA GENERAL

Llegado a este punto, bien podríamos hacer una recapitulación de los problemas de los que adolece el contencioso administrativo en nuestra realidad jurídica. De lo expuesto, podríamos decir que hay una gran cantidad de procedimientos administrativos de impugnación a resoluciones de servicios públicos, la mayoría (sino todos de ellos), dispersos en distintos cuerpos legales. Luego, hay una sustitución de estos procedimientos (o recursos) administrativos por el Recurso de Protección, con sus respectivas consecuencias negativas en lo que respecta al contencioso administrativo en sí y a los derechos fundamentales contenidos en la Constitución. Posteriormente, hay una gran cantidad de órganos llamados a conocer de estas impugnaciones a resoluciones que emiten los servicios públicos, cada una de ellas tiene su propio procedimiento, algunos de ellos, como los que mencionamos anteriormente, no tienen presencia en todas las regiones de la República, pero sí ejercen jurisdicción en todas ellas (Tribunal de Contratación Pública), o al menos en varias de ellas (Tribunales Ambientales).

Pareciera ser que el problema que se suscita ya no es sobre la conveniencia o no de establecer ciertas reformas (dejando de lado la voluntad política, que es la única capaz de llevar adelante efectivamente estos cambios), sino de cómo han de llevarse a cabo tanto los recursos administrativos, el procedimiento judicial de estas contiendas, así como de la conformación de los tribunales contencioso administrativo de competencia general. Esto tiene su razón de ser por cuanto es necesario: i) hacer que los recursos administrativos sean utilizados o al menos conocidos por los particulares; ii) desincentivar a estos mismos particulares a utilizar el Recurso de Protección para impugnar por la mera ilegalidad los actos de la Administración, iii) la necesidad de tener un tipo de tribunal para conocer la generalidad de las causas, y no diseminar la competencia de éstas en más de algún tribunal.

⁴⁹ CONGRESO NACIONAL, Boletín N° 5.947-12 de 2008, p. 920-922.

Por la amplitud del tema, en lo que respecta a los recursos administrativos, diré que es necesario unificar los recursos administrativos para facilitar la tarea al no tener que recurrir al “bosque” legislativo donde se encuentran situados estos recursos. En consecuencia, solo me avocaré al tema de cómo deberían estar conformados los tribunales contencioso administrativo de competencia general y, en específico respecto a ciertos elementos que los podrían constituir.

1. *El tribunal en un “sentido amplio”*

1.1. *Competencia y composición*

Sobre la competencia, no creo que sea necesario, o al menos conveniente, reconducir todo el conocimiento de estas causas a estos tribunales, dicho de otro modo, pueden existir tribunales que bien pueden seguir conociendo de impugnaciones de actos administrativos sin traspasar competencia alguna a estos eventuales órganos de la jurisdicción (por ejemplo: los juzgados de letras del trabajo respecto de los dictámenes emitidos por los inspectores del trabajo, o los Tribunales Ambientales respecto de las reclamaciones de los actos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la implementación de normas de calidad, emisión, etc.). En primer lugar, porque son ellos los más preparados para conocer de estos asuntos, y en segundo lugar porque no se trata de sobrecargar a los eventuales tribunales contencioso-administrativos, sino encargarle asuntos de Derecho Público que son conocidos por los tribunales ordinarios de otra especialidad.

Respecto de esto último, sí sería conveniente trasladar toda o al menos gran parte de la competencia a los tribunales civiles y a las Cortes de Apelaciones relativas a conocer las impugnaciones de actos dictados por los servicios públicos por cuanto la especialidad de los primeros es el Derecho Privado, así como también estos juicios, llevados en sede civil, tienden a demorar más que otro tipo de procedimiento (como el que se lleva a cabo en los Juzgados de Letras en el Trabajo). Por otra parte, el trasladar esta competencia de los tribunales ordinarios a otros tribunales especializados (como lo sería un tribunal contencioso-administrativo de competencia general) ayudaría a descongestionar a los primeros y a obtener una jurisprudencia más depurada, en la medida en que se fueran fallando asuntos de Derecho Público. El hecho de trasladar la competencia de las Cortes de Apelaciones a tribunales de primera fase de juzgamiento ayudaría al mejor conocimiento del asunto y a las garantías de los justiciables, por cuanto habría un órgano de primera fase de juzgamiento conociendo con mayor detención el asunto. Pero más aún, serviría a modo de filtro para que las Cortes regularan, al menos por este lado, la sobrecarga de asuntos que le corresponde ver cuando alguna ley le confiere la facultad de conocer la impugnación por vía judicial de ciertos actos administrativos (v. gr. el reclamo de ilegalidad

municipal). Así las cosas, también, al concentrar una parte relevante del contencioso administrativo, sería del todo razonable disolver el Tribunal de Contratación Pública, por cuanto la acotada competencia de éste bien podría quedar absorbida por el eventual Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Dentro de las competencias de éstos tribunales, no solamente podría estar encaminada a obtener la nulidad de un acto administrativo, que son las llamadas “*recour pour excès de pouvoir*”, cuyos plazos de prescripción son breves, pueden interponerse por cualquier persona con interés en ello y tienen por consecuencia el hacer desaparecer el acto con efecto “*erga omnes*”, sino también de aquellas acción de plena jurisdicción, que tiene por objeto el anular el acto pero, además, declarar el derecho a favor del particular, tienen efectos relativos y son solo para el caso concreto⁵⁰. Lo anterior, sin perjuicio de otras que le pudieran ser afines.

1.2 *Pertenencia al Poder Judicial, ubicación y “el juez en sí”*

Ahora bien, respecto si estos tribunales deben formar parte del Poder Judicial, creo que es razonable que si lo integren, de la misma manera en que los Juzgados de Letras del Trabajo y los Tribunales de Familia, o sea, como tribunales especializados que conforman el Poder Judicial, de no conformarlo haría aún más patente la dispersión de tribunales que existe. Por otro lado, ¿por qué ciertos tribunales deberían estar sujetos a ciertos controles, recursos y reglamentos mientras que otros no? Claro está, un tribunal administrativo, no obstante entrar mínimamente en la esfera política, no lo es tanto, como por ejemplo el Tribunal Constitucional, el cual sí se caracteriza por su alto contenido de este tipo⁵¹.

En este orden de ideas, vale recordar lo que expuse sobre lo que ocurrió con la Contraloría General de la República en el gobierno de la unidad popular, en cuanto al control de legalidad y que vale la pena recordar: estos tribunales tendrían por objeto solo velar por la legalidad, en el sentido de no volverse “co-administrador”, sin perjuicio que, dentro de sus facultades, pueda obligar a la Administración a dictar un acto nuevo, por lo que si consideramos que el arrogarse injustificadamente una competencia que no le es propia o que emita juicios de mérito, conveniencia u oportunidad, sí tendría sentido, por ejemplo, estar sujeto a un recurso de queja, siempre y cuando se den los supuestos para hacerla procedente o, en su defecto, un recurso encargado de subsanar este vicio.

⁵⁰ PIERRY ARRAU, Pedro (2003): “Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado. Situación actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, En: *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 10, p. 19 – 20.

⁵¹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2008e): “Principios de una nueva Justicia Administrativa en Chile”, En: *Estudios de Justicia Administrativa*, Santiago: LexisNexis, p. 175.

Otro punto a considerar, se refiere a la territorialidad y número de estos tribunales, cosa no menor y ya habíamos hecho notar a propósito de los tribunales mencionados en el capítulo anterior. En mi opinión es uno de los asuntos más trascendentales ya que ha de responder a necesidades objetivas y a la vez garantizar el mayor acercamiento posible de la justicia a los ciudadanos⁵². La creación de tribunales en todas las regiones del país pareciera ser buena idea por cuanto, al contrario de lo que se pensaba sobre los Tribunales Ambientales donde una de las interrogantes era, precisamente la cantidad de trabajo que podrían tener los tribunales mencionados, en este caso, podríamos decir que la inmensidad de recursos administrativo que establecen una vía judicial puede dar una señal positiva sobre la idea de establecer al menos un tribunal contencioso-administrativo en cada región (o varios en aquellas regiones que tengan mayor cantidad de litigios). De esta forma se acerca la justicia a los particulares, con la consiguiente satisfacción del derecho a la tutela efectiva en el sentido que afirmaba anteriormente, sin tener que depender de algún órgano ajeno al propio tribunal para poder llevar a cabo ciertas pretensiones.

Una faceta tanto más importante que la anterior es el mismo juez, ante la complejidad que significa conocer el Derecho Público, se vuelve menester contar con jueces profesionales y de carrera. Usualmente, la Academia Judicial es la encargada, a través de un concurso público, de formar a los futuros jueces⁵³ (sin contar a los que no pertenecen al Poder Judicial), con esto el juez en formación ya no “nace” sino que se “hace” por la experiencia ganada a través del tiempo. Es por ello que debe recibir en forma paralela a su autoformación en el ejercicio del quehacer diario de administrar justicia, una formación externa encaminada a la actualización de sus conocimientos jurídicos y al aprendizaje de técnicas conexas⁵⁴. Esto podría suplirse no solo con estos “cursos de perfeccionamiento”, sino que también elevar las exigencias para ingresar al poder judicial (por ejemplo: exigiendo grados académicos superiores al de la licenciatura); ambos podrían complementarse y no solamente aplicarse respecto a estos tribunales, sino que también en los casos de los jueces de letras civiles y laborales, de familia, etc.

Por esto mismo, claramente estos deberían ser letrados ya que la inmensidad de las materias que conocerían sería de la más variada índole; por lo demás la presencia de los profesionales no-letrados no necesariamente debe darse en la conformación de un tribunal, como se lo sostuvo durante la tramitación de la Ley que creó los Tribunales Ambientales. Por último,

⁵² FIGUERELLO BURRIEZA, Ángela (2003): “Crisis de la justicia y la tutela judicial efectiva”, [en línea; formato PDF], En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N°2, p. 96., *Jornadas sobre arbitraje y mediación en los países iberoamericanos*, [fecha de consulta: 15/06/2012], Disponible en: http://www.iidpc.org/revistas/3/pdf/103_114.pdf.

⁵³ Chile, *Ley 19.346 que crea la Academia Judicial*, Diario Oficial, 18 de noviembre 1994. “Artículo 1°: Créase una corporación de derecho público denominada Academia Judicial, cuya finalidad es la formación de los postulantes a cargos del Escalafón Primario del Poder Judicial y el perfeccionamiento de todos los integrantes de dicho Poder del Estado”.

⁵⁴ FIGUERELLO BURRIEZA (2003), p. 97.

la composición, si son pluripersonales, unipersonales o colegiados, debe verse a propósito de su procedimiento, que es lo que veremos a continuación.

2. Respecto al procedimiento

2.1. Escisión de funciones administrativas y judiciales

Se ha dicho que el procedimiento ordinario regulado en el Código de Procedimiento Civil pareciera ser un buen mecanismo procesal a utilizar ante el tribunal administrativo, siempre que se regule la legitimación activa y pasiva, se supriman los trámites de réplica y dúplica, se establezca la libertad probatoria, se aprecie la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica y se eliminen ciertos trámites, entre otras⁵⁵. Respecto de los últimas sugerencias, no solo es razonable, sino que también sería útil para el objeto de obtener una resolución por parte del órgano jurisdiccional en menor tiempo; pero no me parece del todo acertado que el procedimiento se base en del Código de Procedimiento Civil, puesto que se olvida una tendencia, por lo demás muy adecuada, la de escindir las funciones judiciales y administrativas en lo que se refiere al tribunal en sí.

En efecto, sería provechoso separar ambas funciones, de esta forma, los jueces se concentrarían en el ejercicio de la tarea judicial, y todo lo relativo a la administración podría quedar encomendado a una unidad especializada. Así se fortificaría la función jurisdiccional y se daría mejor uso a las capacidades de los jueces al eliminarse las distracciones que generan en los magistrados las actividades de gestión del tribunal; este es el modelo que siguen actualmente los Tribunales Laborales, los de Familia, los Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal⁵⁶.

2.2. Procedimiento y sistema recursivo

Un tema relacionado con el mismo tribunal, es sobre el procedimiento en sí, y sobre todo cuando se ha puesto en discusión un posible cambio en el sistema recursivo en el procedimiento contencioso-administrativo. Esto es pertinente, ya que el establecimiento de los tribunales que conocieran de estas causas, necesariamente deberán hacerlo mediante un procedimiento legal. Por lo pronto, a propósito de la reforma al procedimiento civil, lo cual podría servirnos de guía, se ha sostenido que se debe fortalecer el juzgamiento del primer nivel por cuánto es éste el mejor escenario para poder recopilar las pruebas necesarias para una correcta

⁵⁵ BORDALÍ SALAMANCA, FERRADA BÓRQUEZ (2008e), p. 185.

⁵⁶ MENESES PACHECO, Claudio (2009): “La reforma procesal civil en Chile. Observaciones críticas sobre la organización del primer nivel jurisdiccional”, En: *Cuadernos de Extensión Jurídica N° 16*, Editor: Jaime Carrasco Poblete, Santiago: Universidad de los Andes, pp. 19, 21 y 24.

aplicación de la legislación de acuerdo a los ideales de racionalidad y legalidad. Para esto, se requeriría favorecer la oralidad, la intermediación, la libertad probatoria, así como el cambio del régimen recursivo, ya que el recurso de apelación inevitablemente debilitaría la primera fase de juzgamiento, al estar los tribunales de alzada en una posición de jerarquía, con la facultad de revisar las resoluciones dictadas en primera fase, lo cual afectaría la correcta resolución del asunto ya que el tribunal que conoce de la apelación no ha conocido directamente la prueba rendida en juicio, por lo que sería necesario el cambio de este recurso⁵⁷.

Por otro lado, hay quienes sostienen que no deben considerarse la intermediación, la oralidad y la concentración como “irreconciliables” con la apelación y con la escrituración. En este sentido, ha habido una confusión sobre la importancia que debieran tener ciertas “piezas”, distinguiendo aquellas que necesariamente deben estar presentes en un proceso y aquellas que pueden o no estar en él, así las primeras serían el principio contradictorio, igualdad de partes, imparcialidad y moralidad del debate son los “verdaderos principios” que deberían estar en un proceso, mientras que la oralidad, la concentración y la intermediación son meras reglas técnicas. De esta manera, es posible llevar a cabo estas reglas técnicas con la apelación, sin tener ir en desmedro de los ideales de racionalidad y legalidad de decisión judicial; la escritura puede subsistir para trámites como la demanda, la contestación de la demanda reconvencción, la oralidad puede aplicarse teniendo a la vista un criterio relacionado con la funcionalidad de cada etapa del proceso y la concentración no debería ser establecida a ultranza puesto que aumentarían las suspensiones y los aplazamientos, u otras tácticas que buscasen ganar tiempo para llevar a cabo una estrategia de litigación.

Del mismo modo, habiendo algunos países donde existen modelos predominantemente orales (como España), la intermediación no se aplica radicalmente, de allí, por ejemplo, que se admita la práctica de *pruebas por auxilio judicial* en razón de la distancia, por la dificultad de desplazamiento o por las circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito⁵⁸.

Respecto al recurso de apelación, se prevé un sistema de ejecución provisional de la demanda para evitar problemas que digan relación con la mala utilización de este recurso; esto tendría por objeto mantener ciertas garantías a los justiciables y prevenir las estrategias dilatorias de los mismos, además de asegurar el cumplimiento oportuno de las sentencias dictadas. En tal sentido, las sentencias serían más que un paso inicial carente de eficacia práctica, abriéndose mayores oportunidades para dar acogida a una tutela que, siendo garantista, también sea provista de posibilidades de ser lo más eficaz posible⁵⁹.

⁵⁷ MENESES PACHECO (2009), pp. 38 – 42.

⁵⁸ PALOMO VÉLEZ, Diego (2010): “Apelación, doble instancia y proceso civil. A propósito de la reforma en trámite”, En: *Estudios Constitucionales*, Año 8, N°2, pp. 472 – 482.

⁵⁹ PALOMO VÉLEZ (2010), pp. 512 – 513.

Sea como fuere, teniendo en cuenta desde ya la diferencia que podría existir entre un procedimiento regido por el Derecho Privado y otro regido por el Derecho Público (agregando, además, el privilegio que tiene la Administración del Estado en relación a los actos que dicta⁶⁰), en ninguna de las posiciones sostenidas anteriormente se vulneraría el derecho al recurso, por cuanto, en primer lugar se entiende este derecho aplicable solamente al procedimiento penal (aunque bien no existirían problemas para aceptárselo en otras sedes jurisdiccionales, como la contencioso-administrativa sino que también la Civil, a propósito de la discusión la reforma de aquél procedimiento), así como ambos permiten la revisión de los hechos y el derecho, salvo que la primera postura pone énfasis mayor a la primera fase de juzgamiento, al establecer un recurso de nulidad que sigue la idea utilizada a propósito del actual proceso penal⁶¹. Lo que sí debe tenerse en cuenta, según Del Río Ferreti⁶², es que “(...) un sistema de recursos sano, es decir, normativamente eficaz y coherente con el diseño procesal cognoscitivo, retroactuará sobre las fases procesales anteriores, reforzando el carácter racional de las mismas: el juez de instancia tendrá un estímulo virtuoso para el cumplimiento más cuidadoso de sus deberes jurídicos en la adopción de las decisiones de fondo si sabe que deberá enfrentar el escrutinio de las partes y, a través de ellas, eventualmente, el examen vía recursos jurisdiccionales efectivos.”

Considero que ambas opciones son convenientes, con la salvedad de que, en caso de adoptar un procedimiento donde se limite el recurso de apelación, debiera tenerse en cuenta la conformación de un tribunal colegiado, así como, en ambos casos, regularse más de un procedimiento, por cuanto en el contencioso administrativo es palmaria la diferencia de la trascendencia que pudiera existir en relación a la extensión de los efectos y la complejidad del asunto que pudieran producir la nulidad de un acto administrativo. Así por ejemplo, no tendría el mismo impacto un contencioso anulatorio consistente en dejar sin efecto un acto administrativo que da caducidad a una patente para expendio de bebidas alcohólicas que, el mismo contencioso anulatorio pero que en el cual una de las partes pretenda dejar sin efecto la aprobación de un proyecto de obras consistente en levantar un gran edificio sobre un área residencial. De lo anterior es posible concluir que el mayor o menor interés que pudiera tener un grupo de personas sobre la dictación de un acto administrativo puede tener, a su vez, mayor o

⁶⁰ Me refiero a la presunción de legalidad del inciso final del Art. 3 de la Ley 19.880: “Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”.

⁶¹ NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2008): “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo” En: *Revista Ius et Praxis*, año 14, N° 1, pp. 218 – 221. El autor se basa en la sentencia Herrera Ulloa con Costa Rica, Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2 de junio de 2004.

⁶² DEL RÍO FERRETI, Carlos (2010): “Tres apuntes sobre el recurso de nulidad y el enjuiciamiento fáctico a propósito de tres fallos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena”, En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 17, N° 1, p. 136.

menor incidencia en qué tipo de procedimiento contencioso administrativo podría utilizarse, esto es, si es uno de mayor o menor extensión, así como la cantidad de jueces necesarios para conocer de estos asuntos.

Con todo, es necesario que el eventual procedimiento contencioso-administrativo tenga la facultad de resolver con celeridad la contienda, ya que es un interés jurídico primordial que la solución de estas controversias se produzca en un plazo de tiempo razonablemente corto, de modo que se resuelvan el conflicto social subyacente y que no se alargue la inseguridad jurídica sin llevar esto al extremo de hacer un proceso demasiado breve y que obviamente vaya en detrimento de la calidad de la resolución adoptada⁶³.

2.3. Valoración racional de la prueba

Probablemente sea algo que necesariamente deba ir junto a un nuevo procedimiento contencioso-administrativo, no solo porque la mayoría de los procedimientos en otras sedes jurisdiccionales ya lo hubiesen consagrado⁶⁴, sino que también concordaría con lo que habíamos afirmado en relación a los jueces, esto es, que al ser personas conocedoras del área del Derecho Público no tendría sentido y, por lo demás, limitaría la aplicación de los conocimientos (que no su saber privado) a los casos concretos, de preestablecer abstractamente el valor de cada uno de los medios de prueba, como es en el caso del modelo de prueba legal tasada⁶⁵.

Con la sana crítica, según la doctrina de la Corte de Apelaciones de Santiago⁶⁶: “(...) *el juez puede analizar un antecedente o prueba agregada a la causa en un examen formal de la idoneidad de cada uno de los medios de prueba, en relación con los requisitos que cada uno de ellos debe cumplir, para enseguida examinarlo junto a la multiplicidad de los antecedentes del proceso, de manera que su gravedad, precisión, concordancia y conexión lleven en forma lógica a la conclusión unívoca que le convence*”. Por su lado González Castillo⁶⁷ sostiene: “*Otro aspecto relevante es que lo que informa o inspira la sana crítica es la racionalidad. La apreciación o persuasión en este sistema debe ser racional, lo que la diferencia totalmente del convencimiento que resulta del sentimentalismo, de la emotividad,*

⁶³ FERRER BELTRÁN, Jordi (2007): “*La valoración racional de la prueba*”, Madrid: Marcel Pons, pp. 37 – 38.

⁶⁴ GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2002): “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N°1, p. 93. El autor hace referencia, entre otros, a lo establecido en el Art. 22 del Decreto Ley N° 2.695, al Art. 297 del CPP, a como se debe valorar la prueba en el procedimiento de policía local en el Art. 14 de Ley N° 18.287 y en el procedimiento llevado a cabo en los Tribunales de Familia, en el Art. 32 de la Ley N° 19.968.

⁶⁵ NÚÑEZ OJEDA (2008), p. 214 – 215.

⁶⁶ Flores Cárdenas, Ramón A. con Comunidad Anfiteatro Comercial Alameda, Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de mayo de 2005 (acción de nulidad de acuerdo) En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (2005), N°1, 2ª Parte – sección 2ª p. 251 – 253.

⁶⁷ GONZÁLEZ CASTILLO (2002), p. 100.

de la impresión. Los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que conduzcan sin violencia, “sin salto brusco”, a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón”.

En razón de esto, establecer la valoración racional de la prueba como régimen probatorio no supondría mayores dificultades de control que establecer la tasación legal de la prueba, ya que el control de la primera se ejerce a través del control razonamiento del juez y la vulneración de las normas de las máximas de la experiencia y de las reglas de la lógica importaría una vulneración de la ley⁶⁸, al estar esta exigencia consagrada en la misma.

2.4. Prueba Pericial

Finalmente, y algo bastante relacionado con la sana crítica⁶⁹, sería conveniente una regulación expresa sobre la prueba pericial, la cual puede tener una extraordinaria relevancia en determinados procesos contencioso administrativo, por cuanto la decisión sobre la validez o nulidad de un acto o disposición de carácter general o sobre otras pretensiones del proceso depende, en buena medida, de la apreciación del tribunal de aspectos técnicos, que han de acreditarse por dictamen de peritos⁷⁰. Claramente esto no significa darle alguna preferencia respecto de otros medios de prueba, lo que derechamente sería un contrasentido en relación a la valoración de acuerdo a las reglas de la sana crítica, por cuanto sería establecer *a priori* el valor de este medio probatorio.

Por lo pronto, conviene mencionar que según Aguirrezábal⁷¹: “*La teoría general de la prueba se inserta como un elemento integrante de la tutela judicial y del debido proceso, por lo cual se explica que hoy haya despertado el interés de los juristas desde una óptica constitucional*”, por lo que la prueba pericial tendría incidencia en la satisfacción de estos derechos fundamentales. Entonces, sería del todo razonable que una adecuada regulación y control asegurara el cumplimiento los deberes del perito en su actuación en el proceso, que es el de la objetividad y la imparcialidad en

⁶⁸ NÚÑEZ OJEDA (2008), p. 216 – 217.

⁶⁹ Lo digo a propósito del Art. 425 del CPC: “*Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica*”, que, no obstante ser un Código en el que predomina la valoración legal de la prueba, reconoce que ciertos medios de prueba deben ser valorados de otra manera.

⁷⁰ GARCÍA SANZ, F. Javier (2011): “Los informes de peritos designados por las partes en el procedimiento contencioso-administrativo. Reciente doctrina del Tribunal Supremo y efectos de la reforma introducida por la Ley de Medidas de Agilización Procesal”, [en línea; formato PDF], En: *Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, edición especial: Homenaje al profesor Dr. Juan Luis Iglesias Prada, pp. 68 – 73, [fecha de consulta 15/06/2013], Disponible en:

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3192/documento/art08.pdf?id=3337>, p. 87.

⁷¹ AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maité (2011): “*La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso*”, En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N°2, p. 371.

la emisión del dictamen pericial que se aporta al juicio; recordemos que el objeto prueba pericial es explicar hechos que no son del común conocimiento de las partes o del juez, de modo que el experto, a través de su informe entrega los conocimientos técnicos necesarios para la valoración de los hechos objeto de la controversia. En consecuencia, continúa esta misma autora señalando: *“cuando el perito actúa conforme con los criterios válidos y vigentes en la disciplina que se trate y los aporta al tribunal diciendo la verdad, se garantiza el mínimo necesario de imparcialidad científica, objetiva, que debe concurrir en el trabajo de examen y emisión del dictamen pericial”*⁷².

IV. CONCLUSIONES

1. El procedimiento contencioso-administrativo en general, en Chile, ha ido de extremo a extremo: desde inexistente o casi inexistente en los primeros años de la República, hasta disperso y caótico como en nuestros días. De la misma forma, han sido varios los encargados de conocer de las impugnaciones de los actos dictados por la Administración del Estado (independiente del tipo de control, esto es si es externo o interno, judicial o administrativo): El Consejo de Estado, Contraloría General de República, los Tribunales Ordinarios, hasta órganos especializados como el Tribunal de Contratación Pública, los Tribunales Ambientales, y los Juzgados de Letras del Trabajo, entre muchísimos otros. Por lo demás no han sido pocos los intentos que han tratado de instaurar un tribunal que conozca de las causas contencioso-administrativas.
2. La dispersión normativa sobre los recursos administrativos ha llevado que la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, la ley común en este ámbito del Derecho, vea mermada su aplicación, al existir varios cuerpos legales que regulan esta materia. La dispersión trae como consecuencia el hecho de que sea muy complicado conocer todas y cada uno de los recursos administrativos que estas leyes prevén, lo que trae aparejado como consecuencia que los particulares recurran de protección en contra de los actos dictados por la Administración del Estado, con los riesgos de no ver prosperar su acción al ser rechazadas gran parte de éstas acciones; así como también menores posibilidades de defensa al tener el Recurso de Protección una tramitación sumarísima. Además esto podría traer como consecuencia el aumento del riesgo de deformar el sentido y alcance de ciertos derechos fundamentales.
3. Ante esto es necesario hacer cambios legislativos, creando un régimen único o al menos uno que incentive al particular a utilizarlo en lugar de recurrir de protección para la impugnación de actos administrativos (esto sin perjuicio de que la Administración del

⁷² AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN (2011), p. 374.

Estado vulnere algún derecho fundamental). Una buena forma evitar lo anterior sería, por ejemplo, el aumentar y unificar el plazo que tienen los particulares para recurrir ante la autoridad administrativa, en mi opinión, un plazo que supere los 30 días hábiles sería una forma de conseguir ese propósito.

4. En lo que respecta a la creación de los Tribunales Contencioso-Administrativo de Competencia General, estos debieran crearse en todas las regiones del país, no deberían acaparar toda la competencia relativa al conocimiento de causas contencioso administrativas, pero sí la suficiente como para alivianar las cargas que soportan los tribunales más colapsados (Juzgados de Letras, Cortes de Apelaciones), así como también la suficiente como para prescindir de ciertos tribunales (v. gr. Tribunal de Contratación Pública).
5. El tema del procedimiento de impugnación judicial del acto administrativo, al no existir una ley previa que regula apropiadamente (ya que en estricto rigor se aplicaría supletoriamente el procedimiento ordinario de Código de Procedimiento Civil), nos abre las posibilidades de discutir sobre qué tipo de procedimientos sería el más apropiado para desarrollar el contencioso administrativo. Por de pronto, a propósito de la reforma del Código de Procedimiento Civil, se nos presentan 2 modelos que nos podrían guiar: en primer lugar aquel que supone cambiar el paradigma recursivo, fortaleciendo la primera fase de juzgamiento y cambiando el sistema recursivo, que consagra la oralidad, la inmediación y la concentración y en segundo lugar, el que trata de conciliar el potenciamiento de la mencionada primera fase con un recurso de apelación y no llevar a extremos los principios anteriormente mencionados. Pero no debemos olvidar que el procedimiento debe ser más de uno, por cuanto las especies de acto administrativo son variadas, así como sus efectos.
6. Sea cual fuera el procedimiento, creo que es necesario que ciertas opciones deben ser adoptadas: la escisión de funciones administrativas y judiciales, por cuanto permitiría al juez avocarse al ejercicio de la jurisdicción y prescindir del manejo administrativo de las causas, la cual podría quedar en manos de otro órgano. También, debiera adoptarse el sistema de valoración de la prueba según la sana crítica, ya que presenta mayores ventajas para ponderar la prueba en el caso concreto, que un sistema de prueba tasada que preestablezca el valor de ellas. Finalmente, debe ponerse un énfasis en la regulación de la prueba pericial, a fin de resguardar la imparcialidad y la objetividad del informe de los peritos.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___ Actas de la Comisión Ortúzar, sesión 303^a, celebrada en martes 5 de julio de 1977, tomo IX, p. 522.

___ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maité (2011): “*La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso*”, En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N°2.

___ AYLWIN AZÓCAR, Arturo (2001): “*Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República*”, En: *20 años de la Constitución chilena 1981-2002*, Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur.

___ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2008): “*La Administración Pública ante los tribunales de justicia*”, En: *Estudios de Justicia administrativa*, Santiago: LexisNexis.

___ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2008): “*El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo*”, En: *Estudios de Justicia Administrativa*, Santiago: LexisNexis.

___ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2008): “*La evolución del sistema chileno de Control y la Administración del Estado: Desde el control político y administrativo al control judicial*”, En: *Estudios de Justicia Administrativa*, Santiago: LexisNexis.

___ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2008): “*Principios de una nueva Justicia Administrativa en Chile*”, En: *Estudios de Justicia Administrativa*, Santiago: LexisNexis.

___ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2000): “*El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el Orden Constitucional Chileno*”, En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCVIII, N°3.

___ CARMONA SANTANDER, Carlos (2005): “*El contencioso administrativo entre 1990 y 2003*” En: *La Justicia Administrativa*, FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (Coord.), Santiago: LexisNexis.

___ CONGRESO NACIONAL, Boletín N° 2.429-05, de 1999.

___ CONGRESO NACIONAL, Boletín N° 5.947-12 de 2008.

___ DEL RÍO FERRETI, Carlos (2010): “*Tres apuntes sobre el recurso de nulidad y el enjuiciamiento fáctico a propósito de tres fallos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena*” En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 17, N° 1.

___ FERRER BELTRÁN, Jordi (2007): “*La valoración racional de la prueba*”, Madrid: Marcel Pons.

___ FIGUERELLO BURRIEZA, Ángela (2003): “*Crisis de la justicia y la tutela judicial efectiva*”, [en línea; formato PDF], En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N°2, *Jornadas sobre arbitraje y mediación en los países iberoamericanos*, [fecha de consulta: 15/06/2012], Disponible en: http://www.iidpc.org/revistas/3/pdf/103_114.pdf.

___ GARCÍA SANZ, F. Javier (2011): “*Los informes de peritos designados por las partes en el procedimiento contencioso-administrativo. Reciente doctrina del Tribunal Supremo y efectos de la reforma introducida por la Ley de Medidas de Agilización Procesal*”, [en línea; formato PDF], En: *Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, edición especial: Homenaje al profesor Dr. Juan Luis Iglesias Prada, [Fecha de Consulta 15/06/2013], Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3192/documento/art08.pdf?id=3337>

___ GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2002): “*La fundamentación de las sentencias y la sana crítica*”, En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N°1.

___ GOBIERNO DE CHILE, Instituto Nacional de Estadística (2010): Anuario de Justicia, Informe Anual.

___ GOBIERNO DE CHILE, Instituto Nacional de Estadística (2011): Anuario de Justicia, Informe Anual.

___ MENESES PACHECO, Claudio (2009): “*La Reforma Procesal Civil en Chile. Observaciones críticas sobre la organización del primer nivel jurisdiccional*”, En: *Cuadernos de Extensión Jurídica N° 16*, Editor Jaime Carrasco Poblete, Santiago: Universidad de los Andes.

___ NOVOA MONREAL, Eduardo (1992): “*Los resquicios legales. Apéndice II: el difícil camino de la legalidad*”, Santiago: Ediciones BAT.

___ NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2008): “*El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo*”, En: *Revista Ius et Praxis*, año 14, N° 1.

___ PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2005): “*Justicia administrativa: ¿tribunales ordinarios, tribunales de jurisdicción general o tribunales especiales de lo contencioso administrativo?*”, En: *La justicia Administrativa*, Ferrada Bórquez, Juan Carlos (Coord.), Santiago: LexisNexis.

___PALOMO VÉLEZ, Diego (2010): “*Apelación, doble instancia y proceso civil. A propósito de la reforma en trámite*”, En: *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº2.

___PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2001): “*Estudio preliminar*”, En: *La Jurisdicción Contencioso-administrativa: decisiones legislativas al año 2001*, Santiago: LOM Ediciones LTDA.

___PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2006): “*El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos fundamentales*”, En: *Estudios Constitucionales*, año 4, Nº 2, Universidad de Talca.

___PEÑA ADASME, Andrés (2009): “*El recurso de protección bajo los criterios de la tutela de urgencia*”, en: *Ius Novum*, Nº2, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

___PIERRY ARRAU, Pedro (2003): “*Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado. Situación actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema*”, En: *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Nº 10.

___UNIVERSIDAD DE CHILE, Facultad de Derecho (2001): “*Proyecto de Tribunales Contenciosos Administrativos elaborados en Chile desde el año 1927*”, En: *La Jurisdicción Contencioso-administrativa: decisiones legislativas al año 2001*, Santiago: LOM Ediciones LTDA.

LEGISLACIÓN UTILIZADA

___Chile, *Constitución Política de la República de 1828*, 08 de agosto de 1828.

___ Chile, *Constitución Política de la República de 1833*, 25 de mayo de 1833.

___Chile, *Constitución Política de la República de 1925*, Diario oficial, 18 de septiembre de 1925.

___Chile, *Decreto con Fuerza de Ley Nº 400 bis*, Diario Oficial, de 12 de mayo de 1927.

___Chile, *Constitución Política de la República de 1980*, Diario Oficial, 24 de octubre de 1980.

___Chile, *Ley 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República*, Diario Oficial, 10 de julio de 1964.

___Chile, *Decreto Ley 2.695 que fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella*, Diario Oficial, de 30 de mayo del 1979.

___Chile, *Ley 19.346 que crea la Academia Judicial*, Diario Oficial, 18 de noviembre 1994.

___Chile, *Código del Trabajo*, Diario Oficial, 16 de Enero de 2003.

___Chile, *Ley N° 19.880 de Bases de Procedimiento Administrativo*, Diario Oficial, 29 de mayo de 2003.

___Chile, *Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios*, Diario Oficial, 30 de julio de 2003.

___Chile, *Ley N° 20.600 que crea a los Tribunales Ambientales*, Diario Oficial, 28 de junio de 2012.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

___ *Flores Cárdenas, Ramón A. con Comunidad Anfiteatro Comercial Alameda*, Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de mayo de 2005 (acción de nulidad de acuerdo) En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (2005), N°1, 2ª Parte – sección 2ª.

___*Administradora Marbella S.A con Inspección Provincial del Trabajo de Viña del Mar*, Corte Suprema, 25 de enero de 2011 (Recurso de Protección), En: VLex.

___*Monroy, Teorinda con Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de Concepción*, Corte Suprema, 31 de marzo de 2011(Recurso de Protección), En: VLex.

CONSTITUCIONALIDAD DE LA TENDENCIA LEGISLATIVA PENAL EN MATERIA DE ORDEN PÚBLICO: ANÁLISIS DE PROYECTOS DE LEY AÑOS 2010 – 2012

*Nicoll Rojas Labra y Diana Valdés Aguayo**

RESUMEN: *Este artículo pretende demostrar que los proyectos de ley en materia de orden público que se encuentran en la Comisión de Seguridad Ciudadana y Drogas del Congreso Nacional reflejan una tendencia legislativa expansionista del derecho penal en la política criminal chilena, la que vulnera derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política. Estos derechos son el principio de legalidad, la responsabilidad individual de las penas, el derecho a no autoincriminarse, la garantía de protección judicial, el derecho a la libertad personal y seguridad individual, la libertad de conciencia, el derecho a la no discriminación arbitraria y la libertad de expresión y de opinión.*

ABSTRACT: *This article aims to demonstrate that public order bills in the Citizenship and Drugs Safety Commission of the National Congress reflect an expansive legislative trend of criminal law and Chilean criminal politics, which violates the fundamental rights enshrined in the Constitution. These rights are the rule of law, the individual responsibility of penalties, the right of personal freedom and individual safety, freedom of conscience, the right to non-arbitrary discrimination and freedom of expression and opinion.*

PALABRAS CLAVE: *Inconstitucionalidad de proyectos de ley, Tendencia legislativa penal, Expansión del derecho penal, Vulneración de derechos fundamentales.*

KEYWORDS: *Unconstitutional bills, Criminal legislative trends, Criminal law expansion, Violation of fundamental rights, Prison conditions.*

I. INTRODUCCIÓN

La política criminal del Estado de Chile, durante las últimas dos décadas, ha seguido una determinada tendencia legislativa penal en cuanto al fortalecimiento del resguardo del orden público, la que principalmente se configura en la creación de nuevos tipos penales, el aumento de las penas ya existentes y la flexibilización en los procedimientos que compete realizar a las policías. Considerando que las sanciones del derecho penal pueden restringir o privar ciertos derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna, y cuyo fundamento es el carácter antijurídico de los hechos cometidos por el sancionado, es menester determinar los límites que tiene el derecho penal como última ratio en relación a la protección de los derechos fundamentales.

Mediante el análisis de siete proyectos de ley tramitados entre el año 2010 a 2012, se busca identificar los derechos fundamentales que se vulneran a consecuencia de esta tendencia legislativa. Ellos son derechos relacionados con las garantías constitucionales de índole penal

*Egresadas de Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile. Correos electrónicos: diana.svaldes@gmail.com; nicollrojasl@gmail.com

manifestadas en el respeto al principio de legalidad, la responsabilidad individual de las penas, el derecho a no autoincriminarse, la garantía de protección judicial, libertad personal y seguridad individual, libertad de conciencia, derecho a la no discriminación arbitraria y libertad de expresión y de opinión. Concluiremos que el articulado de esta tendencia legislativa es inconstitucional, ya que en un examen previo de constitucionalidad los proyectos de ley contemplan la restricción ilegítima de derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en tratados internacionales.

Los proyectos de ley analizados son los siguientes: Boletín 7018-25, que sanciona con mayor rigor las falsas alarmas públicas; Boletín 7155-25, que sanciona a quienes participen en desórdenes públicos con el rostro cubierto; Boletín 7290-25, que agrava la responsabilidad penal del que daña cámaras de televigilancia; Boletín 7895-25, que modifica el procedimiento del control de identidad; Boletín 7975-25, que fortalece el resguardo del orden público; Boletín 8223-25, que penaliza la interrupción del tránsito con fines coactivos, y Boletín 8420-25, que modifica el delito de desórdenes públicos.

II. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA TENDENCIA LEGISLATIVA: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Del análisis de los siete proyectos de ley presentados a la Comisión permanente de Seguridad Ciudadana y Drogas, podemos observar que la tendencia legislativa contenida en ellos vulnera principios relacionados directamente con el derecho a un debido proceso garantizado en la Constitución¹. Así, en primer lugar, los proyectos en revisión comprometen el principio de legalidad de los delitos y las penas, que se encuentra consagrado en el artículo 19 número 3 inciso 8° y 9° de la Constitución Política de la República² (en adelante “CPR”), en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos³ (en adelante “CADH”), en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴ (en adelante “PIDCP”), en el artículo 1 inciso tercero y artículo 18 inciso 1° del Código Penal⁵ (en adelante “CP”). Este principio “garantiza al individuo y constituye un límite al Estado en el ejercicio del ius puniendi, en aras a que éste sólo puede castigar un hecho cuando una ley

¹ Se analizarán los boletines N° 7018-25, 7155-25, 7290-25, 7895-25, 7975-25, 8223-25 y 8420-25.

² “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

³ “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficia con ello”.

⁴ Este artículo está redactado en términos casi idénticos al de la CADH, antes citado.

⁵ “El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”.

anterior a la ejecución del mismo lo describe como delito y precisa cuál es la pena que debe aplicarse a quien lo realiza”⁶.

La ley para constituirse como fuente de delitos y penas debe cumplir con tres exigencias: debe ser previa, escrita y estricta. Que sea previa, implica una prohibición de retroactividad; que sea escrita conlleva que sólo puede ser fuente legal del derecho penal la ley propiamente tal; y que sea estricta hace alusión a la prohibición expresa de la analogía⁷. Por ello, a continuación, revisaremos dos expresiones del principio de legalidad que se ven vulnerados en la tendencia legislativa en comento. Estas son el principio de tipicidad y el principio de ofensividad.

El *principio de tipicidad*, determinación o taxatividad, es una garantía constitucional que requiere que la ley penal al crear delitos y penas se refiera directamente a los hechos que constituyen un ilícito penal, lo que se conoce como principio de taxatividad o tipicidad, consagrado en el artículo 19 número 3 inciso 8° de la CPR, que exige que la conducta sancionada por ley esté expresamente descrita. Por lo tanto, están prohibidos los tipos penales abiertos y las leyes penales en blanco, ambos serían inconstitucionales, el primero, al no describir con exactitud la conducta que se considera delito y el segundo, al remitir la descripción de la conducta o la imposición de la pena a una fuente formal inferior, como un reglamento administrativo o un decreto ley.

De los proyectos de ley analizados, observamos una tendencia por parte del legislador a vulnerar la garantía constitucional de reserva legal y de tipicidad. La reserva legal se infringe en el boletín 7895-25 al tipificar en el Código Procesal Penal (en adelante “CPP”), mediante la modificación del artículo 85 sobre procedimiento de control de identidad, un hecho considerado antijurídico, que no es delito ni falta, que sin embargo es un presupuesto para que los funcionarios policiales procedan a efectuar la detención sin orden previa del individuo. En este boletín se autoriza la detención de una persona, en caso de que éste se encuentre encapuchado u oculte su rostro, y en el fondo, pretende equiparar esta situación a la negación de la identidad, falta tipificada en el artículo 496 número 5 que en virtud del artículo 134 del CPP⁸, es una de las faltas que autorizan la procedencia de la detención como medida cautelar. Ello se reafirma al señalar que la persona que niega su identidad o se encontraba encapuchada será detenida, conducida a la unidad policial cercana y tendrá los mismos derechos que un detenido. Sin embargo, esta conducta “andar encapuchado” al no ser una falta ni constituir ningún ilícito penal – no puede autorizar la detención –, de manera que por este hecho el Ministerio Público no puede formalizar, porque es un acto atípico, y como en el derecho penal la analogía está proscrita, no se puede asociar la negación de

⁶ GARRIDO, Mario (2001): “*Derecho Penal, parte general, Tomo I, Primera Edición*”, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 31.

⁷ NÁQUIRA, Jaime et al (2008): “*Principios y penas en el derecho penal chileno*”, [en línea; formato PDF], En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, [Fecha de consulta 04/03/2013], Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>, p. 5.

⁸ Este artículo enumera taxativamente las faltas que autorizan la detención como medida cautelar, haciendo excepción al artículo 124 del CPP que señala que la medida cautelar por excelencia de las faltas es la citación.

identidad con la ocultación del rostro mediante vestimentas, porque la ocultación del rostro es atípico y si la ley no lo contempla como delito no cabe al funcionario policial considerarlo como tal.

El principio de tipicidad, luego, exige que la conducta considerada como delito debe señalarse expresamente; así, según Garrido las descripciones vagas o demasiado generales no cumplen con el mandato de determinación⁹, siendo infringido mediante la creación de tipos penales abiertos, que describen el núcleo típico de manera tan amplia que cualquier conducta puede adecuarse al tipo penal. En materia de infracciones al orden público, la tendencia legislativa pretende eliminar dos requisitos del tipo penal actual, el primero de ellos es la gravedad de la turbación a la tranquilidad pública y el segundo es el ánimo de ofender el orden público, es decir, el dolo debe captar la ofensa de ese bien jurídico en específico, ya sea mediante la lesión o la puesta en peligro del orden público, y este requisito se manifiesta con la turbación grave para causar injuria a otra persona o con cualquier otro fin reprobado por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la tendencia legislativa tiende a crear una especie de responsabilidad objetiva en materia de desórdenes públicos. Así el boletín 7975-25, señala abiertamente que serán sancionados con pena de presidio en su grado medio los que “participen en desórdenes o en cualquier otro acto de fuerza o violencia cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas”¹⁰; y el boletín 8223-25, sanciona la irrupción ilegítima del tránsito “cuando ella tenga por fin solicitar en forma coactiva una prestación de *cualquier naturaleza*”¹¹. Luego, el principio de tipicidad exige que se exprese taxativamente cuál es la conducta que configura el tipo penal, de manera que, de la sola lectura del artículo una persona pueda identificar qué conducta se considera antijurídica y la pena asociada para tal acto. De la lectura de ambos artículos citados, es improbable que se pueda identificar con precisión la conducta que se adecúa al tipo de desórdenes públicos, porque ésta no se encuentra determinada.

En el boletín 7975-25, en primer lugar, ni siquiera puede identificarse el sujeto activo del tipo, es decir, no hay autor sino que hay partícipes, se castiga a quien participa, de manera que, en términos amplios, partícipes puede ser el cómplice, encubridor, instigador, entre otros. En segundo lugar, se castiga a los que participan en desórdenes o en actos de fuerza o violencia, no exige que los desórdenes sean de cierta entidad, y los actos de fuerza o violencia ni siquiera exigen la ofensa al orden público. Es evidente que el delito no exige ningún requisito en cuanto a la gravedad de los desórdenes o de los actos de fuerza o violencia. En relación a este proyecto de ley, el 12 de julio de 2012 la Comisión de Seguridad Ciudadana y Drogas de la Cámara de Diputados solicitó la opinión de la Corte Suprema en virtud del artículo 77 inciso 2° de la CPR y el artículo 16 de la ley número 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, que establecen la obligación de oír previamente a la Corte antes de la votación del proyecto de ley respectivo cuando se refiere a materias de

⁹ GARRIDO (2001), p. 32.

¹⁰ Boletín 7975-25, que fortalece el resguardo del orden público, 2011, p. 15.

¹¹ Boletín 8223-25, que penaliza la interrupción del tránsito con fines coactivos, 2012, p. 2.

organización y atribución de los tribunales. En el análisis del proyecto que se hace en el oficio en comento, los Ministros señores Dolmestch, Brito y Cerda lo informan desfavorablemente, fundamentando que la modificación al artículo 269 del CP atenta contra el principio de legalidad en materia penal en cuanto establece nuevas figuras penales que constituyen verdaderos tipos penales en blanco. Señalan que hacer punible la participación por el sólo hecho que de ellos se produzcan los resultados enumerados en el nuevo artículo 269 propuesto por el proyecto de ley, supone consagrar un tipo penal en blanco que contraviene el tercer numeral del artículo 19 de la Constitución, y lo mismo cabe señalar respecto de la agravante del artículo 269 B¹².

A su vez, el boletín 8223-25, en la misma línea que el anteriormente citado, considera como un delito contra el orden público la interrupción ilegítima del tránsito, boletín que constituye un tipo penal abierto por su redacción, esto porque la ilegitimidad de la interrupción radica si ésta se encuentra autorizada o no por la Intendencia, cuando se trata del ejercicio de reunión pacífica en espacios públicos. En relación a ello, la irrupción ilegítima del tránsito es considerada una conducta antijurídica, sin embargo, esta conducta calificada como un delito contra el orden público no exige que de la interrupción se sigan desórdenes ni que éstos sean graves, tampoco exige la intención de ofender al orden público, que es el bien jurídico que, por su ubicación sistemática, se quiere proteger, sino que sólo exige que esta interrupción pretenda solicitar coactivamente una prestación de cualquier naturaleza. Como es dable observar, los términos “forma coactiva” y “cualquier prestación” permiten que manifestaciones sociales, políticas, laborales u otros actos de presión en sí se consideren un delito contra el orden público.

Por regla general, las manifestaciones sociales se caracterizan por utilizar vías no institucionales a través mecanismos de presión como el paro, huelga, marcha, entre otros, para solicitar alguna prestación o cumplimiento de alguna obligación, que incluso, puede que ni siquiera sea contraria a derecho. Por ejemplo: cuando el sector público se paraliza por ajuste salarial, no se podría señalar que el solicitar aumento de salario es una pretensión antijurídica, sin perjuicio de que las paralizaciones del sector público o las huelgas ilegales se encuentran tipificadas en el artículo 11 de la ley de seguridad del estado (ley número 12.927). Luego, la retipificación del delito de desórdenes públicos y el delito de interrupción del tránsito son inconstitucionales, ya que vulneran abiertamente el principio de tipicidad penal consagrado en el artículo 19 n° 3 inciso 7° y 8° de la CPR.

Ahora bien ¿qué ocurre con el **principio de ofensividad o lesividad** (“*nullum crimen, nulla poena sine iniuria*”? Este principio ha sido reconocido por algunos autores como parte del principio de legalidad, resguardado en artículo 19 N° 3 inciso final de la CPR, artículo 7.2 de la CADH y artículo 9.1 del PIDCP. Stuart Mill en su obra “Sobre la libertad”, reconoce este principio en un aspecto amplio como limitante del poder estatal e incluso de la sociedad en relación a la libertad del individuo, señalando que “*el único fin por el cual es*

¹² Oficio N° 78/2012, Corte Suprema, Informe proyecto de ley 7975-25, Santiago de Chile, 27 de Julio de 2012, p. 8.

*justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la protección*¹³. La protección se refiere a la de los demás miembros de la sociedad, la acción de aquél individuo debe significar un perjuicio significativo a otro u otros, de manera que si no existe perjuicio o lesividad, no puede haber limitación en la esfera de la libertad privada de la persona.

Jorge Mera señala que sólo cuando se conoce el bien jurídico protegido por el tipo penal se puede conocer el contenido específico y el alcance efectivo del mismo, por ello, si no hay bien jurídico no se cumple el principio de legalidad; de lo contrario, se podría llegar a la arbitrariedad por parte del poder estatal de tipificar como delito cualquier conducta aun cuando no lesione ni ponga en peligro concreto algún bien jurídico de relevancia, lo que naturalmente no se condice con una sociedad democrática¹⁴. En este mismo sentido, Ferrajoli indica que si bien el principio de ofensividad no se encuentra directamente consagrado, sería ilógico pensar que un derecho fundamental pueda ser privado por la ley sin que se justifique un acto que ha puesto en peligro o ha lesionado otros derechos fundamentales consagrados en la Constitución o instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁵.

En cuanto al alcance del concepto de ley que se encuentra en la CADH, en la aplicación como instrumento que legitima la privación o restricción de derechos fundamentales reconocidos en ella, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH"), en la opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 sobre la expresión "leyes" del artículo 30 de la CADH, solicitada por el gobierno de la República Oriental de Uruguay, ha indicado que esta expresión "ley" debe relacionarse con el principio de legalidad y reserva de ley y, para que constituyan una garantía efectiva de las libertades y derechos, no basta sólo su proclamación formal, sino que debe existir un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos¹⁶. La Corte IDH, para ejemplificar el alcance de la expresión ley en relación al principio de legalidad, cita el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789, el cual señala que "*La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley*"¹⁷. Es decir, para que se restrinja un derecho fundamental, esta restricción debe ser por ley, pero el fundamento mismo de aquella sólo se justifica por la lesión de otro derecho fundamental.

¹³ STUART MILL, John (1999): "*Sobre la libertad*", Madrid: Alianza, p. 68.

¹⁴ MERA, Jorge (1996): "*Adecuación del derecho penal chileno a las exigencias de los derechos humanos*", En: *Sistema jurídico y derechos humanos*, 6, Santiago de Chile: Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, pp. 429 – 437.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi (1992): "*Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*", En: *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 4, No. 5*, (Traducción del profesor Walter Antillón M., de la Facultad de derecho de la Universidad de Costa Rica), p. 6.

¹⁶ Opinión consultiva 6/86, Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986), considerando 24, p. 6 – 7.

¹⁷ Opinión consultiva 6/86.

Continúa su análisis señalando que la sola determinación del poder público no basta para restringir los derechos fundamentales, ya que la expresión “ley” se considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. Por ello, la limitación legal debe darse además “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”¹⁸.

Parece evidente que el solo hecho de cubrirse el rostro, como se tipifica en el boletín 7155-25, no afecta ningún bien jurídico, ni siquiera podría argumentarse que el bien afectado sería la correcta administración de justicia, ya que es deber del ministerio público y de la policía el investigar los hechos delictivos; nadie tiene el deber de autoincriminarse lo que deriva del principio de presunción de inocencia y finalmente, sería ilógico establecer una agravante específica, ya que, tal como señala Mañalich, no habría diferencia con exigir que quien roba debe hacerlo sin guantes con el fin de no impedir la identificación mediante huellas al investigador¹⁹.

III. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DE LAS PENAS Y EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE

Las garantías de la responsabilidad individual de las penas y el derecho a no autoincriminarse se relacionan con el **principio de culpabilidad**. La culpabilidad, en palabras de Náquira, es un juicio de reproche, eminentemente personal, que la sociedad formula al autor de una conducta típica y antijurídica, porque en la situación concreta respectiva, el sujeto podría haber evitado la perpetración de la conducta ilícita y de esta forma haber actuado conforme a derecho, pero no lo hizo²⁰. Así, el principio de personalidad de la sanción penal es una consecuencia del principio de culpabilidad²¹ y el derecho a no autoincriminarse es manifestación de la presunción de inocencia.

El principio de personalidad de las penas se encuentra consagrado en el artículo 5.3 de la CADH y señala que la pena no puede trascender de la persona del delincuente, es decir, la responsabilidad penal es personalísima, no pudiendo responderse por el hecho ajeno. El principio de presunción de inocencia se encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo 19 número 3 inciso 6° que prescribe que la ley no puede presumir de derecho la responsabilidad penal y en el artículo 14.2 del PIDCP, debiendo demostrar el Ministerio Público o el querellante la culpabilidad de la persona que es acusada de haber cometido un acto típico y antijurídico.

A su turno, el derecho a no autoincriminarse es un corolario de la presunción de inocencia y se encuentra consagrado en el artículo 8.2 letra g)²² de la CADH y en el artículo

¹⁸ Opinión consultiva 6/86, considerando 27.

¹⁹ Actas Comisión Seguridad Ciudadana y Drogas, Sesión N° 56, 9 de noviembre de 2011. p. 3.

²⁰ NÁQUIRA, (2008), p. 13.

²¹ NÁQUIRA, (2008), p. 14.

²² Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

14.3 letra g)²³ del PIDCP, por lo tanto, en virtud del artículo 5 inciso 2° de la CPR²⁴, estas disposiciones tienen rango constitucional²⁵ y ambas señalan que durante el proceso toda persona tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, descartando de esta forma la posibilidad al legislador de castigar penalmente el autoencubrimiento. Sin embargo, y frente a todas las consagraciones constitucionales e internacionales, la tendencia legislativa, mediante los boletines 7155-25 y 7975-25 vulneran el principio de personalidad de las penas y el derecho a no autoincriminarse.

En primer lugar, el boletín 7975-25 castiga con la pena de autor (541 días a 3 años) a los fomentadores, incitadores o promovedores de hechos que sobrevinieron en desórdenes u otros actos de fuerza o violencia, con tal de que hayan podido preverlos. En este sentido basta que una manifestación haya sido convocada para ejercer el derecho de reunión en forma pacífica y en el transcurso de la misma se transforme en una manifestación violenta, para hacer responsable al convocante de un hecho que ni siquiera cometió. Este boletín es muy ilustrativo de cómo se hace responder penalmente a una persona por hechos ajenos, no es necesario para que el convocante responda, la participación en los desórdenes, ni mucho menos (porque el tipo penal no lo pide) el ánimo de alterar el orden público, tampoco es necesario para que responda que la tranquilidad pública sea alterada gravemente, puede ser una alteración insignificante, sino que basta que haya podido prever, no querer, que la manifestación pudiese terminar en desórdenes de cualquier entidad y naturaleza.

Asimismo, el boletín 7155-25, tipifica como delito autónomo el intervenir con el rostro cubierto en un acto público, autorizado o no. No es necesario para configurar el tipo penal el intervenir en desórdenes, no se especifica lo qué es intervenir en acto público, sino que basta intervenir encapuchado en un acto público, autorizado o no. El bien jurídico directamente vulnerado es el principio de ofensividad, como lo vimos anteriormente, por la inexistencia de un bien jurídico asociado al ilícito y de manera secundaria, podría verse afectado el derecho a no autoincriminarse, porque el mismo proyecto contempla una regla de concurso real en caso de haber cometido otro delito estando encapuchado, por lo tanto, se estaría imponiendo a la persona el deber de delinquir a rostro descubierto para facilitar la labor investigativa del Estado.

El boletín 7975-25, incorpora en su artículo 269 bis b una agravante específica para los delitos contra la autoridad y los desórdenes públicos, que es el participar en desórdenes o en cualquier acto de fuerza o violencia encapuchado o con el rostro cubierto. Éste vulnera el derecho a no autoincriminarse y se presta para dudas el establecimiento de una agravante

²³ Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

²⁴ El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

²⁵ MEDINA, Cecilia: *“Los derechos humanos contenidos en tratados: su jerarquía y otros problemas relativos a la enmienda del artículo 5°, inciso 2°, de la constitución chilena”*. En: *Sistema jurídico y derechos humanos*, 6, Santiago de Chile: Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, pp. 64 – 69.

específica para un delito –que incluso puede dañar insignificamente el orden público–, ya que en materia de delitos contra la autoridad y el orden público, se vuelve sumamente necesario, según el ejecutivo, la incorporación de esta agravante para castigar a los encapuchados, infiriendo que el bien jurídico afectado sería la administración de justicia, siendo obstruido por la persona al utilizar capucha o vestimentas que cubran su rostro, dificultando la investigación del Estado. Sin embargo, ello no tiene mayor sustento pues supone que es lo mismo exigirles a los que roban que delincan sin pasamontañas o sin guantes, porque la utilización de estos accesorios retarda y dificulta la persecución penal, siendo un deber del ciudadano el delinquir a rostro cubierto, como una verdadera carga pública. Esta pretendida exigencia no tiene verdadera legitimidad, justamente porque se entiende que las personas buscan cubrir sus errores y que el autoencubrimiento es algo natural, es por ello que este derecho tiene consagración en los instrumentos internacionales mencionados.

IV. GARANTÍA DE PROTECCIÓN JUDICIAL

La garantía de protección judicial se encuentra consagrada en el artículo 25 de la CADH que consagra el “derecho de todo individuo a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención Americana...”. Los Estados se comprometen a garantizar el principio de inexcusabilidad, a desarrollar las posibilidades de un recurso judicial y a garantizar el cumplimiento de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El boletín 7895-25 que modifica el artículo 85 que regula el procedimiento sobre control de identidad, entre una de sus propuestas de reforma elimina la referencia actual del CPP “que el procedimiento dirigido a obtener la identidad de una persona, debe realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal”. Este artículo sanciona con la suspensión de empleo y multa al funcionario público que estando en servicio cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o usare de apremios ilegítimos o innecesarios.

La remisión actual del artículo 85 cumpliría con el parámetro del artículo 25.1 de la CADH, porque permitiría al particular que sufre un abuso en este procedimiento, realizar una denuncia o querrellarse por vejación injusta, siendo el abuso el hecho constitutivo de la misma, lo que permite la existencia de un recurso expedito y sencillo. Al eliminar esta referencia, el particular tendría que probar que ese abuso policial constituye vejación injusta, lo que ya es un término amplio; además, la interpretación armónica del mismo artículo nos lleva a concluir que existe un criterio en cuanto a la gravedad de los hechos, equiparando la vejación injusta con los apremios ilegítimos, lo que es un estándar probatorio bastante alto.

Por último, si se elimina, el delito cometido por el funcionario público en ejercicio de sus funciones podría interpretarse a la luz del Código de Justicia Militar, considerándose delito militar y no delito común, como lo es actualmente.

V. LIBERTAD PERSONAL Y SEGURIDAD INDIVIDUAL

El boletín 7895-25, sobre control de identidad, compromete el derecho reconocido en el artículo 19 número 7 letra c) de la CPR, artículo 7.2 de la CADH y 9.2 del PIDCP, ya que viene a incorporar una nueva causal de detención, el estar encapuchado, que en nuestra legislación vigente no existe como delito ni como falta penal. Esta causal la contemplaba el antiguo artículo 260 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 3°, siendo esta disposición muy criticada por ser contraria a la Constitución Política²⁶. Fue modificada por la ley número 19. 567 del año 1998 que tuvo como finalidad, entre otras, terminar con la llamada “detención por sospecha” y dar cumplimiento al mandato constitucional en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de las personas, contemplado en el artículo 5 de la CPR²⁷. Sin embargo, se intenta volver a crear la detención por sospecha, ahora ya no regulada en las causales propias de detención, sino que camuflada entre las causales de detención en relación al control de identidad.

Nuestra Constitución, en el artículo 19 número 7 letra c)²⁸, conforme al espíritu de las normas de derecho internacional antes citadas, permite detener a una persona sólo por orden judicial previa o por delito flagrante. Una excepción a las causales de detención se encuentra en el artículo 134 del CPP que hace procedente la detención en caso que se encuentre consumada la falta flagrante del artículo 496 número 5, la que se constituye al negarse la persona a acreditar su identidad cuando es solicitada por funcionario competente, aun así ello no implica detener a una persona por el sólo hecho de usar disfraz u otro medio de ocultamiento de su identidad. Este proyecto también afectaría la libertad personal en cuanto modifica la obligación de las policías a solicitar la identificación de una persona según respecto a cuatro casos nombrados taxativamente en el artículo, por una facultad para exigirla en casos fundados que se nombran a modo ejemplar utilizando la expresión “tales como”, volviendo a la antigua redacción de este artículo antes de la reforma de la ley número 20.253 del año 2008.

La reforma que llevó a cabo la ley número 20.253 tuvo como propósito revertir el control judicial de las detenciones efectuadas con ocasión del control de identidad, ya que en la práctica los jueces de garantía exigían al funcionario público el probar la existencia de tales indicios, los que se interpretaban de forma taxativa, a pesar de que el artículo empleaba la expresión “tales como”²⁹. Lo que hace este proyecto es ampliar las causales que autorizan el control de identidad, utilizando la expresión “tales como”, volviendo a la categoría ejemplar mencionada por el Código de Procedimiento Penal antes de la reforma de la ley

²⁶ RIEGO, Cristián (1996): *“El sistema procesal penal chileno frente a las normas internacionales de derechos humanos”*. En: *Sistema jurídico y derechos humanos*, 6, Santiago de Chile: Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, p. 281.

²⁷ Historia de la ley N° 19. 567. Diario Oficial de 01 de Julio de 1998, p. 10.

²⁸ Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

²⁹ Historia de la ley N° 20.253. Diario Oficial de 14 de Marzo de 2008, p. 73

número 20.253, abriendo paso a la arbitrariedad e incertidumbre frente a este procedimiento en que las policías puedan considerar como casos fundados otros que no se explicitan en el artículo, razón que creemos que fue la causa por lo que los jueces de garantía forzaron la interpretación de ese antiguo artículo, restringiendo las hipótesis que permitían el control de identidad, a modo de hacerlo más ajustado a la protección de las garantías fundamentales de las personas frente a casos abusivos y posibles detenciones con ocasión de dicho procedimiento, de manera que no pudiera confundirse su finalidad al de un instrumento propio para llegar a una detención sin necesidad de un delito flagrante³⁰.

VI. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA

Ejemplificamos la situación en la que se encontrarían aquellas personas que por su culto, religión o creencia personal, cubran su rostro habitualmente al transitar en los espacios públicos o privados, como lo hacen las mujeres musulmanas. El boletín N° 7155-25, al tipificar como delito el participar, con el rostro cubierto, en un acto público autorizado o no, podría vulnerar la libertad de conciencia, la que se encuentra consagrada en el artículo 19 número 6 inciso 1° de la CPR³¹, en el artículo 12 número 1, 2 y 3 de la CADH³² y artículo 18 número 1 y 3 del PIDCP³³. Este derecho incluye la libertad de manifestar su religión o creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. Dentro de las prácticas de una determinada religión o creencia nos encontramos con la de cubrirse el rostro, tal como lo ha señalado expresamente el Comité de Derechos Humanos, en cuanto a que tales prácticas que se mencionan en el Pacto pueden ilustrarse en costumbres como “la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados

³⁰ RAMOS, César (2011): “Control de identidad. Bases para una aplicación diferenciada del artículo 85 del Código procesal penal”, En: *Diez años de la reforma procesal penal en Chile*, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, p. 589 – 590.

³¹ Derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

³² 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

³³ 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que sólo hablan los miembro del grupo”³⁴.

Si tipificamos como delito el cubrirse el rostro en un acto público, sin ningún requisito que exija ofender otro bien jurídico, sin que exista una causal de justificación específica que permita que una persona en ejercicio de un culto se pueda eximir de responsabilidad penal, y sin distinguir las motivaciones de este hecho, podría eventualmente, en caso de detención y condena, vulnerar tanto el derecho a la libertad de culto, ya que el ejercicio de este derecho, al cubrirse el rostro, no se considera dentro de las causales de justificación (artículo 10 del CP), y podría vulnerar la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 número 2 de la CPR, en el artículo 24 de la CADH y en los artículos 26 y 27 del PIDCP, el que prohíbe toda discriminación arbitraria, ya que el hecho que genera responsabilidad penal no hace distinción en la motivación del mismo.

VII. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OPINIÓN

Derecho reconocido en el artículo 12 de la CPR que consagra en su inciso primero el derecho a “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”, en el artículo 13 de la CADH³⁵ y en el artículo 19 del PIDCP³⁶. Se podría vulnerar este derecho, en el ejemplo de la mujer musulmana de acuerdo al boletín 7155-25, al impedirle intervenir en un acto público autorizado o no, por ejemplo, un discurso en una concentración autorizada en una plaza, ya que si lo hace, estará cometiendo un delito por llevar cubierto su rostro, aún sin cometer otro ilícito. Las circunstancias generales contempladas en el CP que permiten eximirse o atenuar la responsabilidad penal tampoco dan cabida a la situación predicha.

De acuerdo al boletín N° 7155-25, se puede dar el caso hipotético de que una persona, dentro del contexto de un acto público autorizado o no, cubra su rostro como una forma de expresión artística utilizada como medio para emitir su opinión o difundir información. Por ejemplo, pinte su cuerpo y use una máscara. Los artículos 12 de la CPR, 13 de la CADH y artículo 19 del PIDCP reconocen el derecho a expresarse, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de este derecho. El artículo 19 del PIDCP reconoce explícitamente que la forma de expresión

³⁴ GONZÁLEZ, Felipe (1996): “*Libertad de conciencia y de religión*”. En: *Sistema jurídico y derechos humanos*, 6, Santiago de Chile: Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, p. 129.

³⁵1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (...).

³⁶(...) 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (...).

puede ser la artística, y nuestra Constitución contiene en el artículo 19 número 25 un reconocimiento especial a la libertad de crear y difundir las artes. El proyecto de ley, al no exigir ningún otro requisito que el de cubrir el rostro en un acto público, autorizado o no, para tipificarlo como delito, podría criminalizar las manifestaciones artísticas de quienes se expresan cubriendo su rostro de alguna forma. Incluso, el proyecto señala que la conducta ilícita consiste en cubrir el rostro de manera que se impida identificar a la persona por registros fotográficos, cinematográficos o videos; por lo que cabe dentro del margen de conducta ilícita cualquier forma de cubrir el rostro que impida reconocer la identidad de la persona, incluyendo el maquillaje, como por ejemplo, el de un payaso o un mimo.

La libertad de creación artística consagrada en nuestra constitución es una forma particular de reconocimiento de la libertad de expresión y puede verse vulnerada por el temor de los artistas a recibir una sanción, debiendo las limitaciones impuestas por ley responder a una ponderación de valores y derechos constitucionales³⁷. Esta regla rige para todas las garantías fundamentales, no obstante, en este proyecto de ley no encontramos valor o derecho alguna que ponderar con esta restricción, ya que, como se señaló precedentemente, no existe bien jurídico que proteger. Esta libertad se constituye de dos fundamentos: la creación y la difusión de esa creación. Los medios para la creación pueden ser cualquiera, en nuestro ejemplo tenemos las pinturas o elementos para confeccionar la máscara, y en cuanto a la difusión los medios también pueden ser variados, incluyendo aquél en que el medio es el mensaje³⁸. Por ejemplo, la máscara misma por sí sola puede representar una obra de arte, pero de acuerdo al mensaje que quiere dar el artista con la máscara creada sólo podría realmente concretarse como obra en cuanto sea usada por una persona en el contexto de una marcha estudiantil, como ejemplo de acto público autorizado.

Finalmente, este derecho lo relacionamos con aquél consagrado en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, en adelante “PIDESC”, que reconoce el derecho que tiene toda persona de gozar de la vida cultural en una nación y con el reconocimiento en nuestra constitución en el artículo 1 inciso 4, en cuanto a que el Estado debe velar por la mayor realización espiritual de las personas, siendo el arte un elemento de nuestra espiritualidad.

VIII. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROTESTA SOCIAL

Como expresamente lo señalan informes de organismos de derechos humanos y estudios doctrinales sobre la manifestación o protesta social, ésta implica el ejercicio conjunto de tres derechos fundamentales: la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación. Asimismo, la Corte IDH, se ha referido a la funcionalidad de la libertad de

³⁷ VIAL, Tomás (2006): “*El derecho a la libertad de creación artística en la constitución*”, En: *Libertad de expresión en Chile*, Santiago de Chile: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, p. 266.

³⁸ VIAL (2006), p. 269.

expresión “como crítica, poder de denuncia o exigencia individual o colectiva”³⁹, lo que rápidamente podemos asociar a la protesta social o manifestaciones callejeras. Por ende, podemos afirmar que el ejercicio del derecho a la manifestación, por cualquier medio, incluyendo la manifestación callejera, lleva implícito el derecho a la libertad de expresión. Pues bien, nos encontramos que desde el momento en que se pretende legislar sobre conductas y sus consecuencias penales en un contexto de protesta social, cuya normativa va dirigida a ciertos manifestantes que incurran en estas conductas tipificadas, estamos, en un principio, restringiendo la libertad de expresión. Sin embargo, tal como lo señala la jurisprudencia y doctrina y las mismas cartas que los reconocen, los derechos fundamentales no son absolutos y, en cuanto a la libertad de expresión, puede limitarse debido a razones de vulneración de otros derechos o libertades, en resguardo de la seguridad nacional, de la salubridad o moralidad pública y del orden público (Artículos 13.2 CADH y 19.3 PIDCP).

En los proyectos en comento, la justificación para restringir la libertad de expresión la encontramos en los derechos y libertades de otros, por ejemplo, como el derecho de propiedad e inclusive el derecho a manifestarse de forma pacífica, pero desde una mirada más amplia vemos que la justificación última de todos ellos es el orden público. El orden público, en principio, es un justificante de la limitación de la libertad de expresión y opinión, sin embargo, no basta sólo invocar al orden público como razón para restringirla, sino que además es necesario revisar si esta restricción cumple con los demás requisitos señalados en la CADH y en la jurisprudencia de la Corte IDH, de forma que la limitación de este derecho sea legítima⁴⁰.

IX. REQUISITOS PARA LA LIMITACIÓN LEGÍTIMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La limitación (restricción o privación) a los derechos fundamentales es inherentes a los proyectos de ley que expanden al derecho penal, ya sea creando nuevas figuras delictivas o aumentando las penas asociadas a delitos ya existentes, característica que comparten los proyectos de ley analizados. Luego de haber analizado los posibles derechos fundamentales comprometido, es necesario observar si la limitación a éstos cumple con los requisitos que ha impuesto la jurisprudencia internacional en materia de derechos fundamentales para que esta limitación sea legítima.

De los distintos fallos de la Corte IDH (Herrera Ulloa vs Costa Rica, 2004; Baena Ricardo y otros vs Panamá, 2001; Usón Ramírez vs Venezuela, 2009; Perozo y otros vs Venezuela, 2009; Kimel vs Argentina, 2008; Opinión consultiva OC-5/1985, 1985) y de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derecho Humanos⁴¹, podemos señalar que las restricciones a la libertad de expresión y al derecho a reunión únicamente se encuentran justificadas cuando: se encuentran establecidas por ley; debe tratarse de un interés público de

³⁹ Caso Ulloa v/s Costa Rica, Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 02 de Julio de 2004, p. 3.

⁴⁰ Opinión Consultiva OC-5/85, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985, p. 20.

⁴¹ Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008, Universidad Diego Portales, p. 50.

carácter imperativo (el objetivo debe ser proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la salud, de la moral o la protección de los derechos y libertades ajenas); siempre y cuando se trate de restricciones necesarias en una sociedad democrática (la limitación debe ser conducente, proporcional y necesaria) y la opción penal debe dejarse como última medida, ya que ésta es la herramienta más severa con que cuenta el Estado para sancionar.

A pesar de que estas limitaciones se confeccionan a propósito de la libertad de expresión y el derecho a reunión, se ha extrapolado este razonamiento y estos parámetros a la restricción de todos los derechos fundamentales y, particularmente, en materia penal, estos requisitos constituyen parte del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio, agregándose un requisito en materia penal: la proporción entre la gravedad de los hechos y el monto de la sanción⁴². Este cuarto requisito es conocido también como “principio de proporcionalidad en sentido estricto”. Como estas exigencias constituyen un parámetro para evaluar la legitimidad de la limitación de todo derecho fundamental, a continuación revisaremos la adecuación de los proyectos de ley a las exigencias establecidas por la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos.

1. *Interés público de carácter imperativo*

Estas restricciones deben darse en cumplimiento de un interés general público de carácter imperativo, esto es, realizar un análisis balanceado de la colisión de intereses involucrados. En la mayoría de los casos estos intereses son: libertad de expresión y los derechos protegidos por el orden público. En cuanto a este requisito, nos encontramos que algunos proyectos carecen de este fundamento. Por ejemplo, aquél que penaliza a quienes participan de desórdenes públicos con el rostro cubierto, ya que el interés de tipificar la conducta de cubrir el rostro está relacionado sólo con facilitar el trabajo de la policía para pesquisar y detener a los autores de los delitos de desórdenes públicos, lo que atentaría al derecho de cualquier persona a manifestarse con el rostro cubierto, es decir, utilizando la vestimenta que desee en el contexto de la manifestación.

En la misma medida, el boletín N° 7895-25, que modifica el procedimiento de control de identidad que corresponde realizar a la policía, se fundamenta en el sólo interés de estos funcionarios públicos de no sentirse amenazados por el actual artículo que regula el procedimiento, ya que éste hace una referencia a la sanción penal que tendría el funcionario por actuar más allá de lo reglamentado. El derecho de expresión restringido lo encontramos indirectamente en la práctica abusiva de estos controles de identidad por parte de la policía, ya que se utiliza como una detención por sospecha ejercida principalmente en las manifestaciones callejeras con el fin de impedir que la persona detenida pueda participar de la manifestación.

⁴² Mera, Jorge (2006): “*Derecho Humanos en el Derecho Penal Chileno, Primera Edición*”, Santiago de Chile: LexisNexis, p. 94 – 97.

2. Limitación conducente, proporcional y necesaria

Cualquier limitación debe ser conducente, proporcional y necesaria, es decir, conducente es que permita alcanzar el fin que persigue, que sea proporcional al fin perseguido y necesaria se refiere a que no existe otra alternativa –más que la restricción del derecho– para alcanzar el objetivo legítimo. El Boletín N° 7018-25, que sanciona con mayor rigor las falsas alarmas públicas, tiene como finalidad evitar la conmoción pública con todas sus consecuencias. En cuanto a la proporcionalidad no está justificada porque este delito no afecta un bien jurídico de mayor jerarquía, como son aquellos bienes personalísimos, sólo afectaría el orden público en su ámbito de tranquilidad pública. En cuanto a si es necesario aumentar la penalidad, consideramos que tampoco cumple este requisito, porque este delito ya cuenta con su respectiva penalidad proporcional al bien jurídico protegido e intentar aumentarla no prevendría su comisión.

A su turno, el boletín N° 7155-25, que sanciona a quienes participen en desórdenes públicos con el rostro cubierto, es conducente en cuanto a que el fin que persigue es el de facilitar el trabajo a las policías, sin embargo este fin, como vimos, no cumple con el requisito anterior de interés público imperativo. Si se trata del fin último que es resguardar el orden público, no cumpliría este requisito, ya que el orden público puede ser alterado por personas que cubren su rostro, como también por aquellas que no lo cubran. No es proporcional, ya que detener a personas por el simple hecho de cubrir su rostro no tiene estricta relación con el hecho de poder prevenir desórdenes públicos.

No es necesaria, ya que la vía para prevenir desórdenes públicos no se encontraría en el tipificar a personas que cubren su rostro para poder privarlas de libertad por el simple hecho de hacerlo, sino que más bien debe tratarse mediante una política criminal que otorgue los medios adecuados para que no se genere desorden o violencia en las calles.

Por su parte, el boletín N° 7290-25, que agrava la responsabilidad penal del que daña cámaras de televigilancia, no es conducente, ya que agravando las penas de los delitos de daños en bienes destinados a implementar los planes de seguridad pública con el fin de obtener la privación de libertad de aquellos que lo cometan, no generará mayor seguridad pública, sino que generará más reos en las cárceles. No es proporcional, ya que por mucho que esté comprometida la seguridad de la ciudadanía, no podemos privar de libertad a una persona por dañar un bien que podría llegar a ser insignificante para el efectivo resguardo de la seguridad pública en la realidad, por lo que el tipo penal, para llegar a ser proporcional, debiese tener un circunstancia de peligro concreto. No es necesario, ya que para impedir que se dañen bienes que sirven para proteger la seguridad pública, es suficiente la pena pecuniaria y el reforzamiento y protección material de dichos bienes.

El boletín N° 7895-25, que modifica el procedimiento de control de identidad, es conducente para el objetivo plasmado en el proyecto, ya que las policías se sentirán más libres para ejercer todos los controles de identidad que estimen convenientes sin temor a ser denunciado por abuso de autoridad. No es proporcional, ya que disminuye de cierta forma

la garantía del detenido o retenido de tener certeza sobre los límites del actuar de la policía y la facilidad para denunciar los excesos cometidos por el funcionario. No es necesaria, ya que el resguardo del orden público involucra también que las personas no puedan ser vulneradas en sus derechos por actos arbitrarios de las policías, lo que llevaría a una sensación de inseguridad en la ciudadanía debido a las actuaciones de los agentes estatales, lo cual contribuye a abrir una puerta para la vulneración del orden público en su acepción de tranquilidad pública.

El boletín 7975-25, que fortalece el resguardo del orden público, no es conducente, ya que por medio de este proyecto no se fortalecerá el resguardo del orden público, sino que se restringen de forma indirecta derechos fundamentales de las personas, lo que generará (y está generando) descontento social que puede llegar a volverse una reacción violenta frente a una ley que amedrenta el ejercicio de derechos reconocidos, por lo tanto, más bien, hace vulnerable el orden público. No es proporcional, ya que el actual delito de desórdenes públicos contiene los requisitos penales para sancionar a quien lo ejerce, existe la falta de desorden público cuando éste no es grave, y las penas cumplen con el detrimento del bien jurídico protegido, por lo que aumentar la severidad de la pena, del procedimiento y de la tipicidad es ir más lejos de lo estrictamente necesario. No es necesario porque el resguardo del orden público no debe traducirse en la simplista fórmula de aumentar la severidad de la ley como lo hace este proyecto, sino que trata de un plan de política criminal mucho más complejo y a largo plazo, que se basa fundamentalmente en fortalecer la democracia.

Luego, el boletín N° 8223- 25, que penaliza la interrupción del tránsito con fines coactivos, es conducente, ya que por esta tipificación se explicita que la detención del tránsito es un delito con pena de privación de libertad, cuestión que no siempre es así de acuerdo a la redacción del actual delito de desórdenes públicos, y así llegaríamos a la certeza de la existencia de un delito que atenta contra el orden público. No es proporcional, ya que el derecho a la libertad de expresión pugna con el derecho de libre circulación y el orden público, y dado que la libertad de expresión es “la piedra angular del estado de derecho”⁴³, la sanción por el ejercicio abusivo de este derecho debiese ser pecuniaria, u otra pena alternativa, y no privativa de libertad. No es necesaria, ya que puede tipificarse explícitamente como falta, con una pena pecuniaria o con otra no privativa de libertad, conservando los parámetros del artículo 269, en cuanto para llegar a constituir delito de desorden público debe ser grave y debe tener un fin reprochable, y no con la vaguedad en que está redactado el proyecto.

Finalmente, el boletín N° 8420-25, que modifica el delito de desórdenes públicos, es conducente ya que modifica el actual artículo 269 del CP para describir las situaciones fácticas que constituyen delito de desorden público, que actualmente en la práctica se están dando en las protestas sociales. No es proporcional, porque faltaría referirse a la gravedad de las consecuencias que se mencionan y el fin reprochable, al igual que en el caso de obstaculizar las vías públicas o invadir inmuebles de propiedad ajena, debe hacerse referencia, tal como lo

⁴³ Caso Perozo y otros v. Venezuela, Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 28 de Enero de 2009, p. 33.

hace el código español, a la situación de peligro que estos actos pueden afectar a las personas; sin estas limitantes, la restricción a un uso considerado abusivo de la libertad de expresión no puede sancionarse con privación de libertad. Existe otra alternativa, que está dada por los actuales criterios del delito de desórdenes públicos: el fin reprochable y la gravedad, la que puede ponderarse mediante la jerarquía de los bienes jurídicos afectados y su extensión. Así, si no se cumple con esa gravedad y fin reprochable, es mejor sancionar sólo con pena pecuniaria u otra que no sea privación de libertad.

3. Derecho penal mínimo

Todos los proyectos de ley analizados establecen sanciones privativas de libertad o aumento de aquellas penas ya existentes, sin una proporcionalidad entre la sanción, el bien jurídico protegido y las circunstancias que rodean el acometimiento del supuesto hecho ilícito, infringiendo así la exigencia del derecho penal como ultima ratio. Por todo lo anterior, se puede estimar que la tendencia legislativa penal en materia de orden público es inconstitucional, ya que en abstracto puede vulnerar tanto el mandato constitucional de determinación o taxatividad, conocido como principio de tipicidad, mediante la creación de tipos penales abiertos y de leyes penales en blanco, vulnera el principio de ofensividad mediante la creación de tipos penales carentes de bienes jurídicos protegidos, infringe disposiciones internacionales con rango constitucional que garantizan la responsabilidad individual de las penas y el derecho a no autoincriminarse estableciendo a los ciudadanos el deber de delinquir con el rostro cubierto, deber que en el evento de no ser cumplido es considerado como un ilícito penal; vulneraría la garantía reconocida internacionalmente de protección judicial al dejar desprovisto de recursos efectivos a los que son controlados en virtud del artículo 85 del CPP; y el castigo del rostro cubierto en todo evento podría llevar a la vulneración de la libertad de conciencia, derecho a no ser discriminado arbitrariamente, libertad de expresión y opinión, manifestación artística y libertad de expresión.

X. CONCLUSIONES

En Chile, la política criminal de estas últimas décadas se ha caracterizado por una constante expansión del derecho penal, lo que para efectos de esta investigación que se ha enmarcado en el análisis de proyectos de ley referidos al orden público, conlleva al menos dos corolarios: el primero de ellos, la vulneración de determinadas garantías penales consagradas en la Constitución y tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran actualmente vigentes y; en segundo lugar, que la expansión del derecho penal, no sólo en materia de orden público sino en su aspecto generalizado, trae consigo la inevitable consecuencia de la sobrepoblación carcelaria (y con ello, la vulneración de diversos derechos fundamentales distintos a la libertad ambulatoria, garantizados por los mismos instrumentos jurídicos anteriormente señalados).

La tendencia legislativa penal en materia de orden público, que se ve reflejada en los proyectos de ley analizados correspondientes al período de tiempo que abarca desde el año 2010 a la actualidad, infringe derechos fundamentales garantizados por la Constitución, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los derechos vulnerados son los siguientes: principio de legalidad (específicamente mediante la vulneración del principio de tipicidad y de ofensividad); la garantía de responsabilidad penal individual de las penas; el derecho a no autoincriminarse; la garantía de protección judicial; libertad personal y seguridad individual; libertad de conciencia y no discriminación arbitraria; libertad de expresión y opinión y manifestación artística. Por tanto, concluimos que los proyectos analizados efectivamente son inconstitucionales, teniendo en cuenta que los instrumentos antes señalados tienen rango constitucional por versar sobre materia de derechos fundamentales, ya que éstos son un límite a la soberanía nacional.

Se ha demostrado que la expansión del derecho penal como política criminal es inconducente para controlar el fenómeno de la criminalidad, sólo genera más delincuencia, mayores índices de reincidencia y sobrepoblación penal⁴⁴, al no considerar los efectos colaterales que la reclusión produce en el interno, es decir, no contempla que el presidio provoca estigmatización social, que las penas largas impiden la resocialización de la persona, el daño patrimonial y moral que afecta a los familiares del recluso y además la vulneración de derechos fundamentales que van más allá de la restricción de la libertad ambulatoria como sanción penal.

En base a lo anterior, concluimos que una de las materias sustanciales y urgentes que debe abordar Chile para poder declararse un verdadero Estado democrático es la de contribuir a terminar con esta tendencia de expansión del derecho penal y para ello, en primer lugar, debe respetar el principio de ofensividad y de ultima ratio, considerando como ilícitos penales sólo aquellos hechos que revistan el carácter de gravedad suficiente para justificar la sanción penal; en segundo lugar, debe contemplar un catálogo más amplio de sanciones penales diferentes a las ya existentes, las que deben ser creadas por el poder legislativo en dirección a aplicar como última medida la privación o restricción de la libertad ambulatoria a los ilícitos penales, es decir, que la sanción asociada pueda ser por ejemplo, el trabajo comunitario, la reparación del mal causado, entre otros.

⁴⁴ STIPPEL, Jörg Alfred (2006): “*Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*”, Santiago de Chile: LOM, pp. 53 – 56.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___FERRAJOLI, Luigi (1992): “*Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*”, En: *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 4, No. 5*, (Traducción del profesor Walter Antillón M., de la Facultad de derecho de la Universidad de Costa Rica).

___GARCÍA, Enrique (2000): “*La insignificancia en el Derecho Penal, Los delitos de bagatela*”, Buenos Aires: Hammurabi.

___GARRIDO MONTT, Mario (2001): “*Derecho penal, parte general, Tomo I, Primera Edición*”, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

___GONZÁLEZ, Felipe (1996): “*Libertad de conciencia y de religión*”. En: *Sistema jurídico y derechos humanos, 6*, Santiago de Chile: Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales.

___HORVITZ, María Inés (2002): “*Derecho procesal penal chileno, Tomo I, Primera Edición*”, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

___STUART MILL, Jhon (1999): “*Sobre la libertad*”, Madrid: Alianza.

___MEDINA, Cecilia. “*Los derechos humanos contenidos en tratados: su jerarquía y otros problemas relativos a la enmienda del artículo 5°, inciso 2°, de la constitución chilena*”. En: *Sistema jurídico y derechos humanos, 6*, Santiago de Chile: Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales.

___MERA, Jorge (1996): “*Adecuación del derecho penal chileno a las exigencias de los derechos humanos*”, En: *Sistema jurídico y derechos humanos, 6*, Santiago de Chile: Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales.

___MERA, Jorge (2006): “*Derecho Humanos en el Derecho Penal Chileno, Primera Edición*”, Santiago de Chile: LexisNexis.

___NÁQUIRA, Jaime et al (2008): “*Principios y penas en el derecho penal chileno*”, [en línea; formato PDF], En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, [Fecha de consulta 04/03/2013], Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>.

___RAMOS, César (2011): “*Control de identidad. Bases para una aplicación diferenciada del artículo 85 del Código procesal penal*”, En: *Diez años de la reforma procesal penal en Chile*, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

___RIEGO, Cristián (1996): “*El sistema procesal penal chileno frente a las normas internacionales de derechos humanos*”. En: *Sistema jurídico y derechos humanos, 6*, Santiago de Chile: Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales.

___SAINZ CANTERO, José A. (1985): “*Lecciones de derecho penal, parte general, Volumen I*”, Barcelona: Editorial BOSCH Casa Editorial S.A.

___STIPPEL, Jörg Alfred (2006): “*Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*”, Santiago de Chile: LOM.

___VIAL, Tomás (2006): “*El derecho a la libertad de creación artística en la constitución*”, En: *Libertad de expresión en Chile*, Santiago de Chile: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

INFORMES UTILIZADOS

___Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile, año 2005, hechos 2004, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

___Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile, año 2006, hechos 2005, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

___Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile, año 2008, hechos 2007, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

___Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile, año 2011, hechos 2010, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

___Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004): Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

___Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009): Caso Perozo y otros vs. Venezuela.

___Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. La colegiatura obligatoria de periodistas, solicitada por el gobierno de Costa Rica.

ANTECEDENTES DEL CONGRESO NACIONAL

___Actas Comisión de Seguridad Ciudadana y Drogas. Sesión N° 56, 09 de Noviembre de 2011.

___Historia de la ley 19.567, Diario Oficial 01 Julio de 1998.

___Historia de la ley 20.253, Diario Oficial 14 Marzo de 2008.

PROYECTOS DE LEY UTILIZADOS

___Boletín N° 7018-25, que sanciona con mayor rigor las alarmas públicas.

___Boletín N° 7155-25 que sanciona a quienes participen en desórdenes públicos con el rostro cubierto.

___Boletín N° 7290-25 que agrava las penas por los delitos de daños en cámaras de televigilancia, vehículos motorizados u otros bienes destinados a implementar planes de seguridad pública.

___Boletín N° 7895-25 que modifica el procedimiento sobre control de identidad que corresponde realizar a los funcionarios policiales.

___Boletín N° 7975-25 que fortalece el resguardo del orden público.

___Boletín N° 8223-25 que penaliza la interrupción del tránsito con fines coactivos.

___Boletín N° 8420-25 que modifica el código penal con el objeto de retipificar el delito de desórdenes públicos.

DIÁLOGO SOCIAL EN CHILE: UNA MIRADA HACIA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA FIJACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO

*Claudio Salas González**

RESUMEN: *El presente trabajo tiene por objeto analizar de manera crítica la existencia e importancia del diálogo social en la legislación chilena, haciendo una breve referencia a los aspectos teóricos generales del diálogo social como concepto integrante de la idea de trabajo decente, para luego centrar su atención en dos de sus pretendidas manifestaciones, estas son, la negociación colectiva, y el proceso de fijación del salario mínimo, para finalmente sostener la inexistencia en Chile de un verdadero espacio de diálogo social de carácter permanente y extendido en materias salariales.*

ABSTRACT: *This paper aims to critically analyze the existence and importance of social dialogue in Chilean law, making a brief reference to the general theoretical aspects of social dialogue as an integral concept of the idea of decent work, and then focus their attention on two of its alleged manifestations, which are, collective bargaining, and the process of setting the minimum wage, to finally hold the idea that in Chile there isn't a genuine permanent and extended social dialogue in wage matters.*

PALABRAS CLAVE: *Diálogo social – Trabajo decente – Negociación colectiva – Salario mínimo – Libertad sindical.*

KEYWORDS: *Social Dialogue – Decent work – Collective bargaining – Minimum wages – Freedom of association.*

I. INTRODUCCIÓN

Es una situación ya conocida y aceptada por el derecho: la desigualdad existente entre las partes de una relación laboral, que surge principalmente de su capacidad económica. Esta desigualdad tiene varias formas de expresarse. Una de las claras consecuencias de la diferencia en la capacidad de negociar de las partes, es que al momento de acordar el salario, el trabajador se ve presionado por razones económicas –constituidas por la necesidad de trabajar– a aceptar el salario ofrecido por el empleador. Frente a esta realidad y para evitar la existencia de salarios bajos en extremo, es que el derecho reacciona con diversos “remedios”. Dos de las principales instituciones por las que puede optar el legislador para sanar esta situación son: la negociación colectiva, entendida actualmente como el instrumento mediante la cual se pueden pactar condiciones de trabajo y remuneraciones para sindicato o un grupo de trabajadores que se unen para el solo efecto de negociar, y respecto de un empleador determinado; y, la existencia de un salario mínimo obligatorio, bajo el cual –en principio– no se puede pactar, pero, – como luego veremos– esto tiene ciertas excepciones. Así podemos constatar, existen diversos mecanismos que pueden ser utilizados para intentar “igualar” (con muchas dificultades y deficiencias) la situación existente entre empleadores y trabajadores. Estas dos opciones del legislador, además de ser procesos de fijación de salario, implican –o deberían implicar– un

*Egresado de Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile. Ayudante del departamento de Derecho del Trabajo de la misma universidad. Correo electrónico: c.salas.gonzalez@gmail.com

grado de negociación, ya que, como se consigna acertadamente en el informe final de la comisión asesora laboral y de salario mínimo del año 2010, “en la medida que los trabajadores no tengan mecanismos para mejorar su poder de negociación pueden ser remunerados por bajo su productividad”¹.

Es en este contexto que el presente trabajo tendrá por objetivos responder principalmente las siguientes interrogantes, ¿Cuál es el “remedio” que fomenta nuestra legislación?, luego, en cuanto a estos remedios, ¿Tienen la suficiente participación los trabajadores en estos procesos? Respondiendo estas preguntas es que nos adentraremos en el concepto de diálogo social, para conocerlo desde una perspectiva general como elemento integrante de la idea del “trabajo decente”, para luego aplicarlo a la realidad chilena, centrandó principalmente la atención en la negociación colectiva, y en el proceso de fijación del salario mínimo, teniendo especial consideración en el Convenio 131 OIT, el cual se encuentra ratificado por Chile.

II. ASPECTOS GENERALES

1. *El Trabajo decente*

El concepto de “trabajo decente” es introducido como paradigma deseado del modelo de relaciones laborales desde el año 1999 en la memoria del Director General de la Oficina Internacional del Trabajo Juan Somavia. En esa instancia se señaló que el trabajo, para ser decente, debía reunir “condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”² y, para alcanzar tal objetivo era necesario cumplir cuatro objetivos estratégicos: 1) la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; 2) el empleo; 3) la protección social y 4) *el diálogo social*.

En cuanto a la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, se hace referencia a los derechos laborales específicos, tales como la “libertad de sindicación y erradicación de la discriminación laboral, del trabajo forzoso y del trabajo infantil”³. Es decir, hablamos de derechos básicos para poder desarrollarse en un ambiente laboral, sin los cuales incluso se ha sostenido que “podemos caracterizarlos de «trabajo indecente»: trabajo realizado

¹ COMISIÓN ASESORA LABORAL Y DE SALARIO MÍNIMO (2010): “*Informe Final*”, [en línea; formato PDF], [Fecha de consulta 22/ 04/2013], Disponible en: <http://www.sindicalchile.cl/Informe%20Final%20Comision%20Asesora%20Laboral%20y%20de%20Salario%20Minimo.pdf>

² SOMAVIA, Juan (1999): “*Memoria del Director General: Trabajo Decente*”, [en línea; formato PDF], Conferencia Internacional del Trabajo [fecha de consulta: 12/05/2013] Disponible en: [http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm#Fortalecimiento del diálogo social](http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm#Fortalecimiento%20del%20di%C3%A1logo%20social).

³ GHAI, Dharam (2003): “*Trabajo decente. Concepto e indicadores*”, En: *Revista Internacional del Trabajo. OIT*, Vol. 122. N° 2, p.125.

en condiciones tan repugnantes o dañinas que más valdría que la gente no trabajara antes que hacerlo en condiciones tan perjudiciales”⁴.

Respecto del empleo es importante en un doble sentido; primero, en cuanto al reconocimiento de que la OIT “se interesa por todos los trabajadores”⁵, ya que, como bien señala el director “casi todas las personas trabajan, pero no todos tienen un puesto de trabajo”⁶, lo que constituye un reconocimiento de otros tipos de trabajo, y que no por aquellos están excluidos de la idea de «trabajo decente». Idea que por tanto “es válida tanto para los trabajadores de la economía regular como para los trabajadores asalariados de la economía informal, los trabajadores autónomos (independientes) y los que trabajan a domicilio”⁷. Es importante en un segundo sentido, porque es objetivo primordial la existencia de puestos de trabajo suficientes que otorguen a la población laboralmente activa la posibilidad de trabajar. Es así que “el pleno empleo ocupa legítimamente el lugar superior en la primera línea de los esfuerzos en pro del trabajo decente”⁸.

Sobre la seguridad social –también denominada “protección social”–, se establecen tres objetivos particulares: en primer lugar, se establece como un objetivo particular aumentar su eficacia y la extensión de su cobertura; además promover la existencia de condiciones de trabajo decente y, por último, promover la protección de grupos vulnerables.

Así, el último de los objetivos estratégicos es el “Diálogo Social” el que será tratado en extenso en el capítulo siguiente.

2. *El diálogo social.*

2.1. *Consideraciones iniciales*

El diálogo social es un tema que trasciende el ámbito de las relaciones laborales: “tiene también una dimensión mayor, bastante más amplia, de contenido político y relacionada con la ciudadanía, la política, el gobierno, la democracia y la sociedad en su conjunto”⁹. Por ende, se puede desarrollar tanto en la empresa, como también en “organizaciones de la sociedad civil de cualquier naturaleza y origen”¹⁰, y en éstas con el Estado.

En este sentido, en nuestro país lo podemos observar claramente en los procesos de movilización social que se han desarrollado en los últimos años, tanto por la política en materia educacional, energética, económica y entre otros, que pretenden desde las

⁴ FIELDS, Gary (2003): “*El trabajo decente y las políticas de desarrollo*”, En: *Revista Internacional del Trabajo, OIT*, Vol. 122. N° 2, p. 267.

⁵ SOMAVIA (1999).

⁶ SOMAVIA (1999).

⁷ GHAI (2003), p. 125.

⁸ FIELDS (2003), p. 265.

⁹ ERMIDA, Oscar (2006): “*Diálogo Social: Teoría y práctica*”, En: *Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*, N° 157, p. 15.

¹⁰ BALTERA, Pablo; MORALES, Gabriela (2010): “*Las condiciones para el Diálogo social en la pequeña empresa. La perspectiva de los actores. Un estudio de casos*”, Santiago: Dirección del Trabajo, p. 12.

organizaciones de la sociedad civil intervenir en las políticas sociales llevadas adelante por el Estado.

No obstante aquello, el objetivo del presente trabajo es analizar el diálogo social desde la perspectiva laboral, primero de una manera general, para luego centrar su atención particularmente en el proceso de fijación del salario mínimo.

2.2. *Concepto*

El concepto de diálogo social es relativamente nuevo¹¹, el cual no tiene una única manera de entenderse, incluso ha sido calificado de “un término indefinido y abierto, que dice mucho y compromete poco”¹², o de ser “utilizada en el lenguaje común, en el político y en diversos documentos internacionales suponiéndose su contenido, que no es definido con precisión”¹³.

Según la OIT, el diálogo social “comprende todo tipo de negociaciones y consultas, incluyendo el simple intercambio de información entre las partes, los gobiernos, los empleadores y los trabajadores, acerca de temas o cuestiones de interés común respecto de las políticas económicas y sociales”.

En la misma línea, Ermida señala como diálogo social a “todas las formas de relación entre los actores, distintas al conflicto abierto”¹⁴, estableciendo claramente una división entre el conflicto y el diálogo, ya que en este último, naturalmente existen distintas posturas pero hay una relación entre los distintos actores del sistema de relaciones laborales, manifestada ya sea en forma de información, consulta, negociación colectiva, participación, concertación social, etc. “El diálogo social incluye todas esas instancias de interacción entre los actores, independientemente de que se agoten en sí mismas o den lugar a un producto”¹⁵.

Así, a pesar de que la información o la consulta, incluso, la negociación colectiva puedan no llegar a plasmarse en un acto jurídico posterior, son por sí mismas manifestaciones del diálogo social.

Sin embargo, parece ser que la Concertación Social tiene características particulares de especial relevancia que la diferencian de otras formas de diálogo social. Así, es definida por Romagnoli como “un método de formación de la voluntad política de los decisores públicos complementario respecto de los procedimientos formales regulados por la constitución escrita

¹¹ A pesar de que podemos encontrar su principal expresión a nivel internacional en el tripartismo desarrollado por la OIT, desde su constitución.

¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (1998): “*La institucionalización de la representación de intereses: los Consejos económicos y sociales*”, En: *El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica*, coord.: Federico Durán López, CES, Madrid, p. 80.

¹³ ERMIDA (2006), p. 12.

¹⁴ ERMIDA (2006), p. 12.

¹⁵ ERMIDA (2006) p. 13.

que se sitúa en los márgenes de los ordenamientos estatales”¹⁶. Es por tanto, una instancia libre de cualquier regulación previa y, en tal sentido, “encuentra en la informalidad el hábitat más idóneo para su evolución– la concertación social no se deja capturar dentro de un modelo unívoco y rígido”¹⁷. En consecuencia, no depende tanto del derecho, sino más bien depende de la política, y del grado de madurez de la democracia de un determinado Estado, ya que, sus acuerdos en definitiva si bien a la larga logran legitimar al poder político, se desarrollan al margen de las instituciones establecidas, incluso como un sistema “para-legislativo”, por lo que requiere principalmente un alto grado de voluntad política.

2.3. *Importancia del diálogo social*

El diálogo social es vital para tener una democracia fuerte, ya que, ésta necesariamente requiere de participación: una democracia donde la ciudadanía, y las organizaciones sociales carecen de participación, es una democracia imperfecta. Por ello, una democracia fuerte es aquella que “acepta y admite los conflictos pues los observa como naturales, pero busca los diálogos y los acuerdos para mitigar los posibles peligros que conllevan.”¹⁸. En ese sentido, el diálogo social “informa sobre el grado de democracia del sistema político, sobre todo en punto al objetivo de recabar un plus de legitimidad para el diseño y ejecución de las políticas públicas”¹⁹. En esta línea, es el diálogo social “un atributo esencial de la sociedad democrática y un instrumento para resolver con espíritu de concordia los conflictos de intereses que inevitablemente surgen a propósito de las políticas económicas y sociales”, que incluso “puede fomentar la equidad, la eficiencia y el reajuste y, por ende, impulsar el progreso económico”²⁰.

Además, el diálogo social ha sido incluido como un objetivo estratégico en el programa para el trabajo decente –al que ya nos referimos–, lo que constituye un reconocimiento a la relevancia de la manera en que se resuelven los conflictos en materia laboral, situándose en importancia al lado de la creación de empleo, la protección de los derechos fundamentales laborales y la protección social.

¹⁶ ROMAGNOLI, Umberto (2004): “*La concertación social en Europa: luces y sombras*”, En: *Revista de Derecho Social* N° 26, p. 11.

¹⁷ ROMAGNOLI (2004), p. 11.

¹⁸ FUNDACIÓN INSTITUTO DE ESTUDIOS LABORALES (2007): “*Diálogo Social en Chile: Una evaluación histórica (1990-2006)*”, [en línea; formato PDF], [fecha de consulta: 12/05/2013], Disponible en: http://www.fielchile.org/articulos/estudio_dialogo_social_en_chile_sin_anexo.pdf, p. 51.

¹⁹ VILLASMIL, Humberto (2002): “*La estrategia del diálogo social: de la concertación al reparto del poder decisorio en las relaciones laborales*”, [en línea; formato PDF], Oficina Internacional del trabajo, [fecha de consulta: 03/06/2013], Disponible en: http://oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/estrategia_dial_soc%5BHV%5D.pdf, p. 4.

²⁰ GHAI (2003), p. 146.

2.4. Tipos de diálogo social

Se pueden realizar varias clasificaciones de los tipos de diálogo social. En este trabajo nos centraremos en tres clasificaciones, la primera recogida del concepto de la OIT sobre el diálogo social, y en las siguientes seguimos a Ermida²¹.

2.4.1. Según la “intensidad” del diálogo

Esta clasificación se puede extraer del concepto de diálogo social de la OIT que distingue desde una intensidad más baja a una más alta:

- a) *Intercambio de información*: Forma menos intensa de diálogo social, que solo se basa en compartir impresiones entre los actores sociales, lo que no implica una discusión efectiva, pero se reconoce como “un punto de partida fundamental para un diálogo social más duradero”²², pero en la medida que no derive en una forma más intensa, se transforma solo en apariencia de diálogo.
- b) *Consulta*: La consulta reviste mayor formalidad y compromiso, no obstante ella no conduce a decisiones necesariamente, aunque como bien señala Ishikawa éstas perfectamente pueden tener lugar como resultado de dicho proceso²³.
- c) *Negociación*: Proceso de mayor intensidad de diálogo social, en donde el diálogo desemboca en un acuerdo. Puede desarrollarse principalmente por dos vías: ya sea en forma de negociación colectiva, de la que son parte la(s) organización(es) de trabajadores y de empresario(s), que realizan “con el fin de regular las concretas condiciones salariales y de trabajo, y ya sea el de una exclusiva empresa o el de un sector productivo en un ámbito funcional y geográfico determinado”²⁴; y, la negociación también puede ocurrir en forma de “concertación social o política”, que es un proceso de mayor amplitud, en el que participan el Estado, las organizaciones de trabajadores y las organizaciones de empleadores, en la definición de políticas económicas y sociales.

2.4.2. Según el nivel en que se desarrolle

En este sentido se distingue entre:

- a) *Centralizado o de alto nivel*: Es aquel que se desarrolla a nivel internacional (como el diálogo social tripartito de la OIT) o a escala nacional.

²¹ ERMIDA (2006), pp. 13 – 14.

²² ISHIKAWA, Junko (2004): “Aspectos clave del diálogo social nacional: Un documento de referencia sobre el diálogo social”, Ginebra: Oficina internacional del trabajo, p. 3.

²³ ISHIKAWA (2004), p. 3.

²⁴ ALARCON BRAVO DE LA RUEDA, Percy; MORENO DE LA VEGA LOMO, Fernando (2009): “Diálogo y Concertación social en la conformación de las políticas sociales en el ámbito europeo, estatal y regional. El caso de España”, En: *Boletín Mexicano de Derecho comparado*. N° 125, p. 595.

²⁵ Según estándares de la OIT “los interlocutores sociales tienen el derecho a elegir, por sí mismos y sin cortapisas de las autoridades, el nivel en que ha de celebrarse la negociación (nivel central, por rama de actividad o por empresa)”, GERIGON, Bernard y otros (2000): “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”, En: *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 110, p. 40.

- b) *Relativamente centralizado o de nivel intermedio*: Es aquel que se desarrolla por sector económico o por actividad, o también por región dentro de un Estado. Tiene el mérito de “reconocer las particularidades existentes en cada uno de los sectores de la economía y en cada una de las regiones”²⁶ (Oficina Internacional del Trabajo, 2011, pág. 24).
- c) *Descentralizado o de nivel inferior*: Es aquel que se desarrolla a escala de la empresa²⁷.

2.4.3. Según los intervinientes

- a) *Bipartito*: Es aquel que se da únicamente entre los actores sociales, es decir, entre organizaciones de trabajadores y organizaciones de empleadores. Lo que es necesario “entendiendo que la autonomía de las organizaciones sociales exige también el impulso de iniciativas por parte de los propios actores sociales con el fin de crear sus propias agendas y acuerdos y marcar sus líneas de acción.”
- b) *Tripartito*: Es aquel en que además de los actores sociales, se suma el Estado a este diálogo como partícipe, pero además el Estado puede actuar de otras formas, ya sea promoviendo el diálogo, garantizándolo, financiándolo, condicionándolo, etc.

2.5. Presupuestos del diálogo social

Para que se pueda llevar a cabo un real diálogo social, y no un simple razonamiento unilateral, es necesario la concurrencia copulativa de ciertos presupuestos que debe contener éste, y sin los cuales “tal diálogo no existirá, o existirá una formalidad carente de contenido real, o será tan desequilibrado que en verdad encubrirá la imposición de la voluntad de alguna(s) de las partes”²⁸. Tales presupuestos son principalmente dos:

- a) *La existencia de actores sociales fuertes*. Si bien la descripción es un tanto ambigua, podemos determinar y asociar un actor social a la descripción de fuerte en la medida que hayan sido reconocidos de tal forma por la sociedad, ya sea nacional o internacionalmente. Y que además se le reconozca el derecho a la libertad sindical. El diálogo social se funda en el respeto a la libertad sindical y el ejercicio de este derecho. Si los trabajadores no pueden ejercer los derechos internacionalmente reconocidos²⁹, como la huelga y la negociación colectiva, no podrán tener la fuerza para igualar la situación de desigualdad inicial que se da en las relaciones laborales: “allí donde no existe el pleno respeto por la libertad de asociación, el

²⁶ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2011): “*Mapeo de las instancias de Diálogo social en Chile*”. Santiago: Programa Regional para la Promoción del Diálogo y la Cohesión Social en América Latina, p.13.

²⁷ No obstante lo señalado en esta clasificación, no son absolutas, ya que pueden darse negociaciones a nivel de empresa que tengan altos grados de centralización, como la que puede desarrollarse a nivel de empresas transnacionales. Ejemplo de esto es el contrato colectivo celebrado por los Sindicatos y Empresas de Volkswagen de Argentina y Brasil el año 1999.

²⁸ ERMIDA (2006), p.15.

²⁹ Derechos establecidos principalmente en los convenios 87 y 98 de la OIT, el cual se resume principalmente en el derecho de los trabajadores y los empleadores a constituir sin autorización previa las organizaciones que estimen convenientes; el libre funcionamiento de estas; la libertad para elegir a sus representantes; el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores; el derecho a la huelga y a la negociación colectiva.

proceso de diálogo social adolece de falta de legitimidad y, por consiguiente, no puede ser sostenible³⁰.

Para las organizaciones de empleadores igualmente se aplica el requisito de que deben tener suficientemente asegurado el derecho a constituir las organizaciones de carácter gremial que estimen pertinentes.

b) *Que los actores sociales sean representativos e independientes.* Esta característica es esencial, ya que de no ser así, el posible diálogo que pueda existir entre los actores entre sí, o entre estos y el Estado, carecería del fundamento que persiguen; este es, “expresar sus opiniones y participar en el diálogo social con miras a formular y llevar a la práctica medidas económicas generales y específicas”³¹, ya que estas opiniones deben necesariamente interpretar el sentir de un sector de la sociedad, por tanto, si los actores no representaran la voluntad de una mayoría de trabajadores o empleadores, o no tuvieran la independencia necesaria para actuar según sus fines particulares, no podrían llevar a la práctica sus verdaderos cometidos.

2.6. *Condiciones para que exista diálogo social*

Además de los presupuestos ya mencionados, hay ciertas condiciones que facilitan la efectividad del diálogo social a escala nacional, entre estos destacamos:

a) *Los fundamentos democráticos.* Es esencial para que el diálogo social logre alcanzar en plenitud sus fines y logre alcanzar legitimidad en sus resultados, la existencia de un sistema democrático, que logre dotar de un contexto de tolerancia, respeto y valoración de las distintas visiones que en él convergen, cuestión que no ocurre en regímenes autoritarios, en los cuales la construcción de decisiones en la esfera pública está basada en una visión única de la sociedad.

En esta misma línea es que Baylos señala drásticamente “sin democracia no hay acción sindical”³². Ya que la democracia política es un elemento connatural a la propia existencia del sindicato, por su naturaleza el sindicato no puede existir y ser fiel a sus fines y funciones en regímenes autoritarios, y siendo más incisivo aun, el mismo autor señala que “sin libre actuación del sindicalismo no hay democracia política”³³. Otorgándole una gran importancia al respeto de la libertad sindical dentro de una democracia, si se quiere denominar como tal.

³⁰ ISHIKAWA (2004), p. 9.

³¹ FASHOYIN, Tayo (2004): “*Colaboración tripartita, diálogo social y desarrollo nacional*”, En: *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 123, pp. 383 – 384.

³² BAYLOS, Antonio (2002): “*Democracia política y sistema sindical: reflexiones sobre la autonomía del sindicato*”, En: *Sindicatos y cambios económicos y sociales*, Eds. Agustín García Laso, y Wilfredo Sanguinetti Raymond. 1° ed., Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, p. 16.

³³ BAYLOS (2002), p. 16.

Así, no es de extrañarse que en la dictadura militar chilena se asumiera “una visión limitada de la libertad sindical”³⁴, que hacía imposible la existencia de un verdadero diálogo social.

b) *La legitimidad de los intervinientes y la aceptación social del diálogo.* Es necesario para tener un diálogo social fructífero, que los interlocutores sociales sean “capaces de reunir el apoyo adecuado para sostener sus puntos de vista en los temas que abordan”³⁵. Esto se materializa en que las organizaciones reflejen los intereses de sus miembros (aun teniendo en cuenta el bien común de la sociedad incluidas las personas que no trabajan), así como el respaldo de éstos, la unidad en sus dichos y la responsabilidad que le dé seriedad al trabajo que realizan. Si no se reúnen estas condiciones y no se logra que la sociedad en su conjunto lo apruebe, tanto a los intervinientes, como al proceso en sí mismo, el proceso no alcanzará a cumplir de buena manera una de sus finalidades, que es aportar a la paz social.

c) *La voluntad y el compromiso políticos de todas las partes que participan en el diálogo social.* Se requiere que los actores sociales que realizan el diálogo no solo defiendan con esmero sus puntos de vista, sino que estén llanos a negociar, ya que, generalmente los intereses serán contrapuestos dependiendo del tema sobre el que verse el diálogo.

d) *La competencia técnica.* Para que se produzca un diálogo social en que los actores puedan negociar en igualdad de condiciones (o tan solo intercambiar información, pero sin que uno de los actores sea preponderante sobre el otro), se requiere que éstos cuenten con la necesaria competencia técnica y para tal efecto “deberían recibir formación a fin de mejorar sus técnicas de negociación, de comunicación y sus habilidades para la gestión de conflictos”³⁶.

e) *La capacidad de cumplir lo pactado.* Dependerá del tipo de diálogo que se desarrolle, a mayor intensidad del diálogo, mayor es el compromiso y capacidad que debe existir de cumplir cualquier pacto que se adopte a través del proceso de diálogo.

III. PRINCIPALES EXPRESIONES DEL DIÁLOGO SOCIAL EN CHILE RELACIONADAS A LOS SALARIOS

En este punto realizaremos una descripción de las principales instancias de diálogo social en Chile, que se relacionan directamente con los salarios. Para tal efecto, en primer lugar, analizaremos la negociación colectiva en Chile y luego el proceso de fijación del salario mínimo obligatorio.

³⁴ CAAMAÑO, Eduardo; UGARTE, José Luis (2008): “*Negociación colectiva y libertad sindical. Un enfoque crítico*”, Santiago: Legal Publishing, p. 14.

³⁵ ISHIKAWA (2004), p. 10.

³⁶ ISHIKAWA (2004), p. 11.

1. *La Negociación colectiva en Chile*

1.1. *Regulación*

La negociación colectiva en Chile tiene diversas fuentes normativas, pero entre las principales podemos señalar a la constitución política, a los convenios OIT y el código del trabajo.

En la constitución política se reconoce como un derecho de los trabajadores, pero a la vez se indica expresamente que la ley podrá señalar casos en que no se permita negociar colectivamente (art.19 n° 16), lo que quiere decir que no es un derecho absoluto, a pesar de la primera formulación amplia. Al avanzar en el mismo artículo, vemos que esto tiene serias limitaciones que son herencia clara del Plan Laboral impuesto en dictadura en los años 80³⁷. Esto se debe complementar con que la misma Constitución señala como materia de iniciativa exclusiva del presidente de la república sobre leyes que establezcan las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y, determinen los casos en que no se podrá negociar (art. 65 n° 5).

Luego, en cuanto al derecho internacional del trabajo, Chile ha ratificado el convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949 (núm.98), que establece el deber del Estado de adoptar medidas para estimular y fomentar el uso de los procedimientos de negociación colectiva (art.4). En cambio, no ha ratificado el convenio sobre la negociación colectiva, de 1981 (núm. 154), que es mucho más incisivo, ya que, señala que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para posibilitar que todas las categorías de trabajadores de todas las ramas de la actividad económica del país tengan acceso a negociar colectivamente.

Por último, está la regulación del código del trabajo que define a la negociación colectiva como “el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado.” Definición que es una clara muestra de lo pretendido por el Plan Laboral, ya que, no la define como un derecho, sino que establece un concepto meramente instrumental. Esto vendrá a ser un preámbulo a una serie de artículos que expresan claramente las limitaciones de este derecho en Chile.

Si bien son muchas las aristas de la negociación colectiva y las eventuales críticas que pueden realizarse a la regulación del Ct, nos centraremos en las más relevantes en cuanto a manifestación del diálogo social³⁸.

³⁷ Sobre el plan laboral y sus modificaciones, véase: ROJAS MIÑO, Irene (2007): “*Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del plan laboral*”, En: *Revista Ius et Praxis*, año 13, N° 2, pp. 195 – 221.

³⁸ Para un estudio más acabado de las características que han originado profundas críticas a la negociación colectiva en Chile véase: CAAMAÑO, Eduardo; UGARTE, José Luis; GAMONAL, Sergio (2009): “*A construir un nuevo trato laboral. Libertad Sindical, el Derecho a Huelga en Chile y La Negociación Colectiva en el Sector Público*”

1.2. Características

Entre las características de este diálogo, podemos señalar que *se encuentra restringido principalmente al nivel inferior, nivel que corresponde a la empresa*, debido a que solo a este nivel se obliga al empleador a negociar y contratar³⁹, ya que, si bien el art. 334 del Ct establece la posibilidad de que dos o más sindicatos de distintas empresas, o un sindicato interempresa, o una federación o incluso una confederación puedan presentar proyectos de contratos colectivos, el mismo artículo les establece la condición de obtener el acuerdo previo de los empleadores respectivos involucrados en la negociación⁴⁰, lo que hace sumamente difícil realizar una negociación en este ámbito. Además, existe la posibilidad de acuerdo al art. 343 inciso 3° del Ct, en que una vez iniciada la negociación, cada empresa pueda decidir excluirse, existiendo la voluntad de trabajadores y empleador, para luego celebrar un acuerdo a nivel de empresa. Y finalmente, si llega a buen puerto la negociación, “el instrumento respectivo será suscrito separadamente en cada una de las empresas por el empleador y la comisión negociadora”, art. 343 inc. 2. Por lo que queda claro que la opción predilecta del legislador es la negociación colectiva y la contratación colectiva a nivel de empresa.

Luego, podemos clasificar a la negociación colectiva de *Bipartita*, sin perjuicio de la especie de mediación denominada “buenos oficios”⁴¹. No obstante aquello, acertadamente se ha sostenido que en esta materia, la independencia del Estado “no existe, no es más que un mito, porque la intervención que se ejerce por medio del marco legal regulatorio de la autonomía colectiva es enorme”⁴² y siendo más claros, aquella intervención es en perjuicio de la parte trabajadora, ya que crea un modelo excesivamente reglamentario que dificulta en gran medida sus posibilidades de acción.

(*convenio N° 151 OIT*)”, [en línea; formato PDF], Santiago: Fundación Instituto de Estudios Laborales, [fecha de consulta: 18/05/2013], Disponible en:
http://www.fielchile.cl/investigacion/LA%20NEGOCIACION_COLECTIVA_EN_EL_DERECHO_DEL_TRABAJO_CHILENO.pdf.

³⁹ El Art. 329 Ct., señala: El empleador *deberá* dar respuesta por escrito a la comisión negociadora, en forma de un proyecto de contrato colectivo que *deberá* contener todas las cláusulas de su proposición. En esta respuesta el empleador podrá formular las observaciones que le merezca el proyecto y deberá pronunciarse sobre todas las proposiciones de los trabajadores así como señalar el fundamento de su respuesta. Acompañará, además, los antecedentes necesarios para justificar las circunstancias económicas y demás pertinentes que invoque, siendo obligatorio como mínimo adjuntar copia de los documentos señalados en el inciso quinto del art. 315, cuando dichos antecedentes no se hubieren entregado anteriormente.

El empleador *dará respuesta al proyecto de contrato colectivo dentro de los quince días siguientes a su presentación*. Las partes, de común acuerdo, podrán prorrogar este plazo por el término que estimen necesario

⁴⁰ Con la excepción de la negociación de los sindicatos interempresa con sus respectivos empleadores, en donde no se requiere acuerdo previo, pero en este caso, para el empleador siempre será facultativo o voluntario negociar (arts. 304 bis y 304 bis A del Ct).

⁴¹ Establecidos en el art. 374 Bis del Ct. Corresponde a una especie de mediación efectuada por la Dirección del trabajo, y que temporalmente se ubica una vez votada la huelga, y antes de que esta se haga efectiva. Tiene por objeto facilitar el acuerdo entre las partes, pero sus recomendaciones no son vinculantes, y procede solo previa solicitud de una de las partes.

⁴² GAMONAL, Sergio (2002): “*Derecho colectivo del trabajo*”, Santiago: LexisNexis, p. 85.

Y, por último, la negociación colectiva en la empresa en cuanto a la intensidad del diálogo social, cae dentro del tipo *negociación*, ya que, sin perjuicio de todos los reparos existentes, a nivel de empresa existe la obligación de negociar y contratar, por lo que el proceso debe concluir con un acuerdo.

1.3. *Presupuestos del diálogo social y negociación colectiva*

Como anteriormente señalamos, para que exista un verdadero diálogo social y no una imposición unilateral de cualquiera de las partes, es necesario que se cumpla con dos requisitos:

a) *La existencia de actores sociales fuertes*: En este sentido podemos ver claras debilidades en la negociación colectiva, principalmente en la parte trabajadora representada por los sindicatos y los grupos negociadores, y que son fruto de la creación del Plan Laboral, el que establece un sistema de delimitaciones y prohibiciones a las organizaciones sindicales, a la negociación colectiva y a la huelga. Se limita entre otros ámbitos a los sujetos que pueden negociar. Así, no pueden negociar colectivamente los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, los trabajadores contratados exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena transitoria o de temporada y los cargos directivos de las empresas. Además, se establece como sujeto facultado para darle curso a una negociación a los “grupos negociadores”, aun cuando exista sindicato vigente en la empresa, lo que contraviene los instrumentos de la OIT, que sólo autorizan la negociación colectiva con representantes de los trabajadores interesados si no existen organizaciones sindicales en el ámbito del que se trate (de empresa o superior)⁴³.

En cuanto a la huelga, se sostiene que tiene en Chile una regulación que constituye una “total excepcionalidad”⁴⁴ a nivel internacional. Esto debido a que, en primer lugar, en la Constitución “se hace gala de un calculado silencio”⁴⁵, ya que, no se reconoce –pero tampoco se niega– su calidad de derecho fundamental, estableciéndose en el art.19 n° 16 de la Constitución, solamente quienes NO pueden declararse en huelga, lo que ha motivado a los autores iuslaboralistas a señalar que el derecho a la huelga es un derecho constitucional implícito⁴⁶. Luego, a nivel legal la huelga sigue la misma suerte de la negociación colectiva, ya que, se “procedimentaliza”, entendiéndose la huelga sólo como una fase dentro de un proceso de negociación colectiva reglada, a diferencia de lo sostenido en la jurisprudencia de

⁴³ Esta regla se desprende del Convenio núm. 135 (convenio ratificado por Chile), cuyo art. 5 postula que “la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes”. Asimismo, el art. 3, párrafo 2, del Convenio núm. 154 (no ratificado por Chile) dice que “deberán adoptarse, si fuese necesario, medidas apropiadas para garantizar que la existencia de estos representantes [de los trabajadores] no se utilice en menoscabo de la posición de las organizaciones de trabajadores interesadas”.

⁴⁴ CAAMAÑO; UGARTE (2008), p. 78.

⁴⁵ CAAMAÑO; UGARTE (2008), p. 78.

⁴⁶ CAAMAÑO; UGARTE (2008), p. 79.

la OIT “que ampara las huelgas de solidaridad, las de protesta, las nacionales”⁴⁷, rechazando que sea únicamente una etapa del proceso de negociación. Así, el art. 370 del Ct. establece una serie de requisitos y plazos para que aquella pueda tener lugar y ser legal, por lo que en principio toda huelga fuera de la negociación colectiva es ilegal, e incluso puede llegar a ser un delito contemplado en la ley de seguridad del Estado. Por lo que se puede sostener, se carece de un efectivo reconocimiento del derecho fundamental a la huelga⁴⁸ y que “nuestro orden jurídico trasunta una agresiva actitud con respecto de la huelga”, que se encuentra regulado con tal nivel de detalle que el modelo “podría catalogarse, sin duda, como uno de los más intervencionistas en la tradición jurídica continental”⁴⁹.

A todo lo anteriormente señalado, hay que agregar la *escasa cobertura de la negociación colectiva en Chile*. Según cifras oficiales de la Dirección del Trabajo⁵⁰, el 31 de diciembre del año 2011 existían 7.510 instrumentos colectivos vigentes, los que involucraban a un total de 756.464 trabajadores. Las cifras también dicen que el total de la fuerza de trabajo ocupada del sector privado en la misma fecha asciende a 4.863.073, lo que indica que sólo un total de 15,5% están cubiertos por un contrato colectivo. Esto se relaciona directamente con la baja tasa de sindicalización que tiene nuestro país, ya que, el año 2011 solo un 15,7% de la fuerza de trabajo asalariada del sector privado se encontraba afiliada a un sindicato de trabajadores dependientes, mientras que el año 1991 el porcentaje ascendía a un 21,2%. Estas cifras reflejan una deuda clara del retorno a la democracia, ya que, no sólo no se ha fortalecido la sindicalización y negociación colectiva, sino que se ha debilitado en el transcurso de estos últimos 20 años.

Otro de los motivos de la baja cobertura de la negociación colectiva es que “no existen dispositivos legales que promuevan la negociación colectiva en las empresas más pequeñas”⁵¹, ya que si bien se establece la posibilidad de negociar colectivamente por sindicatos interempresas, debe existir el acuerdo previo de los empleadores, requisito que la torna una tarea sumamente dificultosa.

A todo esto se suma la descentralización productiva, que permite que en una misma empresa trabajen muchas veces realizando labores similares trabajadores de una empresa principal y trabajadores de una empresa subcontratista, en la que sin embargo estos últimos

⁴⁷ THAYER, William; NOVOA, Patricio (1998): “*Manual de Derecho del Trabajo*”, 3° ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 279.

⁴⁸ Derecho fundamental reconocido en diversas fuentes normativas a nivel internacional, entre otras el convenio N° 87 de la OIT (arts., 3 y 10), el art., 8.1 letra d.) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales por disposición del art. 5 inciso segundo de la Constitución, adquieren rango constitucional.

⁴⁹ CAAMAÑO; UGARTE (2008), pp. 78 – 80.

⁵⁰ DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2012): “*Compendio de Series Estadísticas 1990-2011*”, [en línea; formato PDF], [fecha de consulta: 30/10 2012], Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-propertyvalue-22777.html>.

⁵¹ LÓPEZ, Diego (2009): “*La ineficacia del derecho a negociar colectivamente*”, En: *Negociación Colectiva en Chile: La debilidad de un derecho imprescindible*, Santiago: Dirección del Trabajo, p.46.

no tienen “acceso legal a negociar colectivamente con la empresa principal, que aprovecha su trabajo, pero no los reconoce como trabajadores propios”⁵².

b) El segundo requisito es que estos *actores sociales fuertes sean representativos e independientes*. Es aquí donde la figura de los grupos negociadores puede tener implicancias, ya que, se ha sostenido que tienen un trato privilegiado, debido a que tienen un quórum menor al que requieren los sindicatos para constituirse, ya que deben reunir, a lo menos, los mismos quórum y porcentajes requeridos para la constitución de un sindicato de empresa o el de un establecimiento de ella, pero referidos al total de los trabajadores facultados para negociar colectivamente, que laboren en la empresa o predio o en el establecimiento, según el caso (art.315 inc. tercero). Como vemos, generalmente el quórum exigido será menor que el requerido para constituir un sindicato de empresa, ya que, la base que se considera en este último es “todos los trabajadores de la empresa, predio o establecimiento”, a diferencia de los grupos de trabajadores donde la base es “el total de los trabajadores facultados para negociar colectivamente”.

Según Caamaño y Ugarte “esta equiparación buscó debilitar el poder de los sindicatos, como una clara reacción al rol político que estos tuvieron en el periodo anterior a 1973 (...). Hay una clara intención económica al debilitar el rol exclusivo de los sindicatos se desarticula su poder negocial”⁵³. Por su parte Rojas Miño, nos señala que esto plantea objeciones de política legislativa, “por los peligros que encierra una estructura de negociación colectiva sin administradores de los instrumentos colectivos por la parte laboral”⁵⁴.

Además, respecto de la *independencia*, es importante destacar que en nuestro país se encuentra ratificado el Convenio 98 OIT, que dispone normas contra la discriminación en razón de sindicalización y contra la injerencia en organizaciones de trabajadores y de empleadores. Además, en el Ct se establece como práctica desleal del empleador en el art. 289, entre otros, los actos de “injerencia sindical” que buscan desde el empleador intervenir en un determinado sindicato, o el ofrecer u otorgar beneficios para evitar la formación de un sindicato, o cualquier tipo de discriminación entre trabajadores con el objeto de desincentivar la sindicalización. No obstante lo señalado, las limitaciones respecto del nivel en que se negocia colectivamente y las demás limitaciones son a la vez limitaciones a la autonomía colectiva, lo que redundaría en la independencia de los actores sociales, quienes ven dificultado llevar a la práctica sus verdaderos cometidos.

⁵² LÓPEZ (2009), p. 47.

⁵³ CAAMAÑO; UGARTE (2008), p. 46.

⁵⁴ ROJAS MIÑO (2007), p. 206.

2. *El salario mínimo*

2.1. *Antecedentes del salario mínimo*

Podemos identificar las primeras expresiones de salarios mínimos a inicios del siglo XX, teniendo su primera expresión normativa en derecho comparado el año 1902 en Australia, en donde por ley se ordenó la fijación de un salario mínimo por ramas de actividad, encargando dicha responsabilidad a un tribunal, denominado “Tribunal Nacional de Conciliación y Arbitrajes”. En tal oportunidad, el mencionado tribunal señaló que “el salario mínimo es aquel que permite la satisfacción de las necesidades normales de un trabajador medio, considerado éste como un ser que vive en una sociedad civilizada”⁵⁵.

A nivel de derecho internacional, se pueden encontrar manifestaciones de la preocupación de la OIT por los salarios, incluso en el texto de su constitución del año 1919, en donde en su párrafo segundo, del preámbulo, señala “existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales”, para luego señalar la urgencia de mejorar dichas condiciones, dando por ejemplo, la necesidad de reglamentación para dar “garantía de un salario vital adecuado”, entre otras reglamentaciones urgentes.

Concreción de esta preocupación es el Convenio 26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos del año 1928, el que fue ratificado por Chile con fecha 31 de mayo de 1933 y que, por tanto, se encuentra vigente. En tal convenio se dispone la obligación para los Estados que lo ratifiquen, de establecer o mantener métodos de fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores empleados en industrias o partes de industria, en la medida en que en ellas no exista un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de contratos colectivos u otro sistema y, en las que los salarios sean excepcionalmente bajos (art.1.1). Posteriormente esta preocupación se plasmó en los Convenios 99, de 1951, sobre fijación de salarios mínimos en la agricultura –no ratificado por Chile– y el convenio 131, de 1970, sobre la fijación de salarios mínimos, dirigido a los países en vías de desarrollo –que veremos más adelante–, cada uno con sus recomendaciones asociadas, la Recomendación sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 30), de la Recomendación sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura), 1951 (núm. 89) y de la Recomendación sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 135).

Además de los convenios OIT, existen otros instrumentos internacionales que consagran su preocupación por los salarios mínimos. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece en su art. 23. 3) el derecho de toda persona que trabaja a recibir “una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana...”. Por su parte, el art. 7 del Pacto Internacional

⁵⁵ RIVERA, José Everardo (2002): “*Salario mínimo ¿Afecta la probabilidad de estar empleado? Importancia del grado de restrictividad que enfrenta una persona. Evidencia empírica para Chile*”, Santiago: Instituto de Economía P. Universidad Católica de Chile, p. 8.

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé el derecho a "una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores... condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto...". Y también, a nivel regional, el art. 14 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que prevé que "toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia."

Siguiendo la línea de lo establecido en los instrumentos internacionales citados, la reunión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT, durante su 168ª reunión, definió al salario mínimo como "el nivel de remuneración por debajo del cual no se puede descender ni de hecho ni de derecho, cualesquiera que sean la modalidad de remuneración o la calificación del trabajador"⁵⁶.

De todo lo anterior, se puede extraer claramente el sentido de la fijación de un salario mínimo. Sin embargo, "con el paso del tiempo fue incorporando otros propósitos de diversa índole, los cuales en algunos períodos predominaron poniendo en riesgo el objetivo original"⁵⁷. Siendo utilizado sus inicios efectivamente como un instrumento contra la pobreza, o como una herramienta para disminuir las desigualdades en los ingresos, pero posteriormente fue derivando su utilización, hacia una herramienta más en la política macroeconómica⁵⁸.

Finalmente, hoy el 90% de los países tiene legislación en esta materia; algunos optan por una fijación por ley única a nivel nacional, el 61% de los países tiene una fijación de un único nivel para cada país. En el 21% de los países se determinan salarios mínimos por sector u ocupación, mientras que en un 8% se establece a través de la negociación colectiva y en el 11% se combinan dos o más de las formas antes señaladas⁵⁹. A continuación veremos qué opción toma el legislador en Chile.⁶⁰

⁵⁶ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1992): "Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 26) y a la Recomendación (núm. 30) sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928; al Convenio (núm. 99) y a la Recomendación (núm. 89) sobre los métodos para la fijación de salario", Ginebra: OIT, p. 20.

⁵⁷ MARINAKIS, Andrés; VELASCO, Juan Jacobo (2006): "¿Para qué sirve el salario mínimo? Elementos para su determinación en los países del Cono Sur", Santiago: OIT, p. 12.

⁵⁸ MARINAKIS; VELASCO (2006), p. 11.

⁵⁹ MARINAKIS; VELASCO (2006), p. 12.

⁶⁰ Respecto de Quiénes son los que ganan el salario mínimo, la Fundación Sol, en base a la encuesta Casen 2009, señaló que "En primer lugar, se puede observar que existen 652.273 personas que ganan el salario mínimo o menos, entre las cuales 339.746 son trabajadores asalariados privados. No obstante, dado que en la gran mayoría de las empresas se paga una gratificación garantizada mensual equivalente al 25% de las remuneraciones, aquellos trabajadores que reciben un sueldo base que corresponde al mínimo y gratificaciones, obtienen 1,25 SM. Por tanto, si descontamos a los trabajadores por cuenta propia y empleadores que al no tener contrato de trabajo no tienen derecho a gratificaciones y a los trabajadores del sector público y servicio doméstico que tampoco recibirían un pago por gratificaciones, se puede concluir que 1.058.476 personas ganan un salario mínimo o menos." FUNDACIÓN SOL (2011): "Política de reajuste del Salario Mínimo: Una meta para avanzar al Desarrollo", Santiago: Fundación Sol, p. 13.

2.2. Marco Normativo del Salario mínimo en el Chile actual

En Chile, además de encontrarse ratificados los instrumentos internacionales señalados anteriormente, se consagra a nivel constitucional el derecho a una justa retribución, en el art. 19 n° 16 inciso 1°, que señala “toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo *con una justa retribución*”.

Sobre qué debemos entender por justa retribución o remuneración –utilizadas para este efecto como sinónimos–, se ha dicho que “es la que permitiría al trabajador su libre desarrollo espiritual y material y también el de su familia”⁶¹. Y en el mismo sentido, que debe ser proporcionada y suficiente para vivir una vida digna y libre, como asimismo, debe ser proporcionada a la calidad y cantidad del trabajo desarrollado y que, para tal efecto, no debe estar bajo un mínimo que debe asegurar el Estado bajo los criterios del Convenio 131 de la OIT⁶² (que más adelante estudiaremos). Por tanto en este caso, se entiende que el derecho a una justa retribución está establecido principalmente en favor de aquella parte de la población que accede a remuneraciones especialmente bajas y que como parte débil de un contrato de trabajo, debe tener asegurado un mínimo que le permita vivir digna y libremente, de lo que se sigue que el establecimiento de un salario mínimo irrenunciable sería la principal garantía del derecho a una justa retribución, es decir, podemos ver un concepto plenamente concordante con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

En cuanto a la concreción legal de este derecho a una justa retribución en la figura del salario mínimo obligatorio, se establece un salario mínimo obligatorio de carácter general y único a nivel nacional y, podemos decir que hoy está regulado en diversas fuentes normativas. En primer lugar, el Ct en su art. 44 inciso 3° establece “el monto mensual del sueldo no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual. Si se convinieren jornadas parciales de trabajo, el sueldo no podrá ser inferior al mínimo vigente, proporcionalmente calculada en relación con la jornada ordinaria de trabajo”⁶³. Luego tenemos la ley 20.614 publicada el 20 de julio del 2012, que reajusta el monto del salario mínimo de \$182.000 establecido por la ley 20.524 de julio del 2011 a \$193.000, el monto del ingreso mínimo mensual para los trabajadores mayores de 18 años de edad y hasta de 65 años de edad. Además, eleva de \$135.867 a \$144.079 el monto del ingreso mínimo mensual para los trabajadores mayores de 65 años de edad y para los trabajadores menores de 18 años de edad. Toda la normativa antes señalada no hace distinción alguna por sector económico ni territorial.

⁶¹ CARVAJAL, Gabriela (2008): “*El ingreso mínimo mensual*”, En: *Manual de consultas laborales y previsionales*, N° 273, p. 11.

⁶² NOGUEIRA, Humberto (2009): “*Derechos Fundamentales y Garantías constitucionales*”, Tomo III, Santiago: Librotecnia, p. 417.

⁶³ Anterior a la reforma de la ley 20.281 el ingreso mínimo correspondía a la remuneración en términos generales, es decir, se incluía en su base de cálculo todas las formas de remuneración que se pagaran mes a mes, con la sola excepción expresa de lo establecido en el art. 8 del decreto ley N° 670. Hoy solo se integra en su base de cálculo el sueldo, o sueldo base, que es el estipendio fijo que percibe el trabajador, por el tiempo de prestación de sus servicios en la empresa.

Además de estas exclusiones, existen normas especiales para los discapacitados mentales, quienes por aplicación del art. 16 de la ley 18.600, pueden fijar una remuneración libremente convenida entre las partes, no aplicándose a este respecto las normas sobre ingreso mínimo.

Las exclusiones descritas, si bien pueden tener sentido desde una óptica puramente económica, ya que, existe la necesidad de fomentar el empleo en dichos sectores de trabajadores, que pueden resultar eventualmente “menos productivos” (en especial en el caso de los discapacitados mentales), no parece tener el mismo sentido desde la óptica de la dignidad del trabajador, ya que, el objetivo tenido en vista al momento de fijar un salario mínimo, es plenamente aplicable a estos trabajadores, quienes tienen las mismas –o incluso más– necesidades económicas que el resto de la población laboralmente activa. Además, la clave está en que la inserción de estos trabajadores se haga en labores que realmente sean capaces de desarrollar.

Por tanto, de existir un incentivo –que es evidentemente necesario– para que el empleador contrate trabajadores de sectores etarios poco empleados, o trabajadores discapacitados, este incentivo no debiera en caso alguno ir en perjuicio del trabajador. Además, tampoco parece razonable que en regiones en donde el costo de vida (como en la zona austral) es hasta 30% más elevada que en el resto del país, no se considere una suma diferente, “ajustada a las necesidades de los trabajadores y sus familias”, como establece el Art. 3 del Convenio 131 OIT.

2.3. *Convenio 131 de 1970 sobre “La fijación de los salarios mínimos”*

El Convenio 131 de 1970 sobre “La fijación de los salarios mínimos” fue ratificado por Chile con fecha 13 de septiembre de 1999, promulgado por DS 649 de 26 de abril del 2000 y publicado en D.O. de 29 de julio de 2000.

Este convenio, tiene por objetivo fundamental asegurar –de manera general– la protección de los trabajadores contra remuneraciones excesivamente bajas, para este efecto es que además de establecer en el art. 1.1 la obligación de los Estados ratificantes de “establecer un sistema de salarios mínimos que se aplique a todos los grupos de asalariados cuyas condiciones de empleo hagan apropiada la aplicación del sistema”, en el art. 3 se fijan criterios que se deben tener en consideración al momento de fijarlo, estos son: 1) Las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales; 2) los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo.

Posteriormente, el art. 4 del convenio establece que se deben fijar y reajustar en el tiempo los salarios mínimos de los trabajadores a los cuales se les aplica este convenio a través

de mecanismos adaptados a las condiciones y necesidades del Estado ratificante. La manera en que esto se realiza, es –o debería ser– una manifestación del Diálogo Social, analizado en extenso al principio de este trabajo, ya que, como establece el punto 2 de este art. “*deberá disponerse que para el establecimiento, aplicación y modificación de dichos mecanismos se consulte exhaustivamente con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, o, cuando dichas organizaciones no existan, con los representantes de los empleadores y de los trabajadores interesados*”. Para que ello sea posible, es necesario proteger el principio de igualdad entre las organizaciones y que sus representantes cuenten con la competencia necesaria para encarnar los intereses generales del país.

2.4. *Cómo se fija el salario mínimo en Chile*

En Chile el salario mínimo –denominado ingreso mínimo– se fija por ley, la cual en términos estrictamente jurídicos tiene el mismo trámite que cualquier otra. En efecto, desde los años 90 del siglo pasado hasta la actualidad, tenemos 20 leyes que reajustan el salario mínimo, ya sea, de manera anual o plurianual, como es el caso de la ley 19.564 del año 1998 que estableció reajustes salariales para los años 1998 a 1999, 1999 a 2000 y 2000 a 2001 y, como la ley 20.039 del año 2005 que reajustó los ingresos mínimos por los años 2005 a 2006 y 2006 a 2007. Del resto, todos los años ha existido un reajuste anual, pero es importante destacar que ningún cuerpo normativo chileno establece una periodicidad fija.

Sabemos que uno de los aspectos más importantes a la hora de fijar un salario mínimo, según dispone el Convenio 131 de la OIT, es el deber de consulta con las organizaciones de trabajadores y empleadores en cuanto al establecimiento, aplicación y modificación del salario mínimo, y a los trabajadores excluidos de este.

En cuanto al establecimiento, aplicación o modificación, según la Fundación Sol, Chile “utiliza el sistema de fijación en el cual el Gobierno dialoga con los trabajadores, y luego el Parlamento ratifica la decisión” pero dejando en claro que “no es un sistema de consulta bipartito ni tampoco uno donde un comité decida sobre el salario”⁶⁴, ya que, Chile “no posee un mecanismo regulado y formal de negociación o por lo menos de consulta”⁶⁵, lo que implica que “para los parámetros internacionales queda catalogado dentro de los sistemas con menor grado de consulta”⁶⁶.

Este “diálogo” con los trabajadores comienza en los años 90, en el contexto político del término pactado de la dictadura. Ya en el programa básico de gobierno la concertación de partidos por la democracia se demuestra “el interés del gobierno democrático por el tema de la concertación social”⁶⁷, así efectivamente se señala en dicho programa que se “estudiará

⁶⁴ FUNDACIÓN SOL (2011), p. 7.

⁶⁵ GONZÁLEZ, Víctor (2010): “*La fijación del salario mínimo dentro del sistema de relaciones laborales. La experiencia de Chile y Uruguay*”, Santiago: Universidad Alberto Hurtado, Documentos de trabajo 1, p. 5.

⁶⁶ FUNDACIÓN SOL (2011), p. 8.

⁶⁷ ROZAS, María (2008): “*Globalización y concertación social en Chile*”, Santiago: OIT, p. 15.

la creación de instancias flexibles de concertación y negociación entre los actores económicos a nivel nacional, por ramas de actividad o área territorial”⁶⁸, y es precisamente en concreción de estas ideas, que el 27 de abril de 1990 “se adoptó el *Acuerdo Marco* suscrito por Manuel Bustos y Arturo Martínez, en representación de la CUT; Manuel Feliú, en representación de la CPC, y por el Presidente Patricio Aylwin y sus Ministros Carlos Ominami (Economía, Fomento y Reconstrucción), Alejandro Foxley (Hacienda) y René Cortázar (Trabajo)”⁶⁹. Dicho acuerdo que trataba diversas materias y constaba de 6 partes –el que se constituía como un compromiso a largo plazo– tenía precisamente en su sexta parte el apoyo explícito de los firmantes al proyecto ley del Ejecutivo para aumentar el monto del ingreso mínimo legal. Tenía el mérito de ser la “primera vez que trabajadores, empresarios y gobierno concordaban en una visión común del desarrollo social, económico y político del país, comprometiéndose a recorrer un camino que superaba los viejos esquemas de confrontación”⁷⁰.

Luego otra de las experiencias, es el Acuerdo del 30 de abril de 1991, de carácter tripartito (CUT y ANEF; CPC, CONUPIA, CNC, SNA, SONAMI, SOFOFA, CCHC y ABIF) y el Gobierno, sobre (entre otras materias) criterios para la determinación del ingreso mínimo, y posteriormente el Acuerdo del 30 de abril de 1992, de carácter tripartito (CUT, CPC, Gobierno), sobre el reajuste del ingreso mínimo, y la constitución de una instancia tripartita permanente para dar seguimiento a los acuerdos nacionales, entre otros. Y el último Acuerdo Marco es el de 5 de mayo de 1993. Al igual que los anteriores, fue un acuerdo tripartito entre la CUT, CPC y el Gobierno, con el ministro de Hacienda y Trabajo. En aquella ocasión se acordó un reajuste al salario mínimo de \$46.000.

En tales acuerdos “se estableció que se debía considerar la inflación esperada y el incremento en la productividad del trabajo”⁷¹ para la fijación del salario mínimo. No obstante la importancia histórica de estos “Acuerdos Marco”, se vieron dificultados debido a que “los actores sociales participantes limitaron las negociaciones, ya que la CUT por un lado, consideraba que los logros eran insuficientes y puntuales, mientras que los empresarios tomaron una actitud antinegociación de nuevas reformas”⁷². Y por otra parte, “todos sus contenidos no comprometieron a todos los dirigentes intermedios y de base, quedándose en las superestructuras de la Confederación de la Producción y del Comercio y la CUT”⁷³.

Estas experiencias que tuvieron lugar apenas regresada la democracia, más que ser diálogo social, corresponden a una forma de concertación social, ya que, se generan al margen de la institucionalidad establecida y en un hábitat de desregulación, lo que les da libertad para decidir cuándo, cómo y sobre qué se negocia, en ese sentido se construyen principalmente en

⁶⁸ CONCERTACIÓN DE PARTIDOS POR LA DEMOCRACIA (2002): “*Programa básico de gobierno*”, En: *¿La concertación desconcertada? Reflexiones sobre su historia y su futuro*, Compiladores ORTEGA, Eugenio; MORENO, Carolina, Santiago: LOM ediciones, p. 182.

⁶⁹ MORGADO, Emilio (2006): “*Diálogo social y políticas públicas*”, Santiago: OIT, p. 20.

⁷⁰ ROZAS (2008), p. 15.

⁷¹ MARINAKIS; VELASCO (2006), p. 168.

⁷² FUNDACIÓN INSTITUTO DE ESTUDIOS LABORALES (2007), p. 19.

⁷³ ROZAS (2008), p. 15.

base a voluntad política, no son por tanto instancias a priori vinculantes, ni de forma, ni contenido preestablecido.

Posteriormente existen experiencias que corresponden a una forma más institucional de diálogo social centralizado, como el “Foro Social Productivo” de 1995, instancia tripartita desarrollada en el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, y en donde participaba la CUT, la CPC y el ministro de Hacienda. Uno de los cuatro grandes focos a tratar era el salario mínimo. Luego, han existido otras instancias que no han logrado tener el impacto buscado por sus creadores, por lo que han resultado –a la larga– ineficaces para configurar un diálogo social, como el Consejo de Diálogo Social del gobierno de Ricardo Lagos, o El Consejo de Encuentro Social para un Trabajo Decente del Gobierno de Michelle Bachelet.

Hoy nos encontramos con que no existe ninguna instancia formal de diálogo social y, como señala la Fundación Sol, sólo existe una consulta informal –no vinculante en ningún caso–, ni menos vemos la existencia de grandes concertaciones sociales, como las de inicios de los 90, que impliquen participación efectiva de los trabajadores y empleadores en la determinación de los salarios.

Entonces, podemos señalar que hoy en día no se cumplen los presupuestos mínimos o base para la existencia de un diálogo social en este proceso, el que no podemos calificar ni de concertación social, ya que, si bien se dio en los 90, hoy no están creadas las condiciones para que tenga lugar, ni de diálogo social en forma de negociación, ya que esto requiere una intensidad de gran relevancia, ni tampoco de consulta, ya que, se requiere como explicamos en el capítulo de diálogo social, de cierta formalidad y compromiso, y solo podríamos eventualmente calificar como Intercambio de información a este proceso, y que aun en esos términos es débil, ya que como Marinakis y Velasco señalan que éste es un proceso “donde no se comparte información estadística relevante”⁷⁴. Luego, tampoco existen actores sociales fuertes involucrados en la fijación, ya que, como evidenciamos anteriormente, la tasa de sindicalización alcanza apenas un paupérrimo 15,7% de los trabajadores dependientes, que no logra constituirlo como un actor relevante. Mismo criterio permite concluir que no existe una real representatividad debido a la debilidad de la participación de los actores sociales en un proceso (participación eventual e informal), donde no hay una búsqueda de consenso y prevalece casi únicamente la propuesta del gobierno que en definitiva es negociada con el parlamento y la oposición en general más que con las organizaciones de trabajadores y empleadores.

IV. CONCLUSIONES

Al comienzo de este trabajo nos planteamos dos preguntas que consideramos centrales, estas son: frente a la desigualdad de condiciones existentes entre las partes de una relación laboral a la hora de contratar, ¿Cuál es el “remedio” –de los revisados– que privilegia la ley chilena?, luego ¿tienen suficiente participación los trabajadores en los procesos de

⁷⁴ MARINAKIS; VELASCO (2006), p. 168.

negociación colectiva y fijación del salario mínimo en Chile? Y es en dirección a responder a tal pregunta que se orientaran estas conclusiones.

1. Durante este trabajo, al realizar un breve análisis del diálogo social de manera abstracta y luego centrarlo en los procesos de fijación de salario en Chile, pudimos evidenciar distintas situaciones que merecen la pena ser destacadas en estas conclusiones, en primer lugar, la existencia de un proceso internacional de promoción del diálogo social, que se basa en el entendimiento de su importancia en la contribución a la democracia, permitiendo conocer, discutir y resolver con grados importantes de representación, las controversias que se susciten en el plano laboral, ya sea a nivel nacional o internacional. Este proceso se ha llevado adelante principalmente por la OIT desde el año 1998, dentro del programa “Trabajo Decente”. Luego, a pesar de este proceso de promoción internacional, en Chile no se evidencia un crecimiento relevante en el desarrollo de diálogo social. En tal sentido la principal, y más intensa forma de diálogo, esto es, la negociación, y más concretamente la negociación colectiva, se ve rígida y llena de trabas tanto en su posibilidad de aplicación, como en su desarrollo mismo. Así, como características principales –y críticas– es que su desarrollo se encuentra a nivel de empresa (nivel inferior de diálogo social), además existen diversas empresas excluidas, trabajadores excluidos de la posibilidad de negociar, diversos plazos que la vuelven un proceso rígido, instituciones excepcionalísimas y que atentan contra la libertad sindical como la figura del “reemplazo de trabajadores en huelga”, entre otras características, que explican en parte la escasa cobertura de la negociación colectiva en Chile, en la que sólo un total de 15,5% de la fuerza laboral activa está cubierta por un contrato colectivo, lo que está además relacionado a una baja tasa de sindicalización, que solo alcanza un 15,7% de la fuerza de trabajo asalariada del sector privado, tasas que incluso son inferiores a las registradas a comienzos de los años 90, cuando el país recién salía de una dictadura que limitaba de manera importante el derecho de asociación, y que por su naturaleza autoritaria, hacía imposible la existencia de diálogo social, que sabemos, tiene como uno de sus condiciones de existencia, los fundamentos democráticos de la sociedad en que se desarrolla.

Frente a esta situación es que se puede afirmar categóricamente que los trabajadores no tienen suficiente participación en los procesos de negociación colectiva, lo que hace evidente la necesidad urgente de reformas profundas al sistema que se hagan cargo de diversos problemas. En primer lugar, como dijimos anteriormente, para que exista un diálogo social, deben necesariamente existir actores fuertes, independientes y representativos, lo que en Chile no ocurre claramente si miramos las tasas de sindicalización, por lo que es perentorio buscar mecanismos que fomenten la sindicalización, eliminando las trabas existentes para la formación de sindicatos, explorando fórmulas que permitan acrecentar la sindicalización de trabajadores principalmente de pequeñas empresas, quienes con la legislación actual, difícilmente pueden si quiera completar los quórums mínimos exigidos. Esto se relaciona directamente con la participación de los trabajadores en la negociación colectiva, en la cual actualmente no existe un verdadero espacio de diálogo social de carácter permanente y extendido, por lo cual es necesario revisar el ámbito objetivo donde ésta se realiza, explorando

alternativas diversas como la negociación colectiva pluriempresarial vinculante, o la negociación por sector económico o productivo.

En cuanto al proceso de fijación del salario mínimo y su relación con la figura del diálogo social, vimos que a pesar de existir Convenios OIT, principalmente el 26 y el 131, que obligan al Estado a fijar un salario mínimo, y a consultar con las organizaciones más representativas de trabajadores su establecimiento, aplicación o modificación, en la práctica no se ha respetado tal obligación de manera permanente en el tiempo, ya que, si bien en la década de los 90 existieron diversos acuerdos que se desarrollaron bajo la forma de “concertación política” entre organizaciones de empleadores, trabajadores y el Estado en esta materia, ya desde la década del 2000 en adelante no se ha desarrollado un proceso de diálogo social importante en tal sentido. Este aspecto es de gravedad debido a que, como vimos anteriormente, los trabajadores sindicalizados y los trabajadores bajo la aplicación de un contrato colectivo corresponden a bajas tasas de la población laboralmente activa, por lo que los trabajadores a quienes se les aplica (y a quienes no) carecen de participación alguna en el proceso de fijación de salarios, quedando sujetos a lo que se establezca en su contrato individual o la ley, ambas fuentes carentes de real negociación. Por todo lo anterior es que podemos afirmar que los trabajadores no tienen la suficiente participación en este proceso, lo que torna sumamente necesario reorientar la política de fijación de salarios mínimos, buscando la creación de mecanismos institucionales de participación de los trabajadores, ya que, quedando a la libertad del ejecutivo y el legislador vimos que no necesariamente se produce la participación de los actores sociales, y así cumplir efectivamente con lo establecido en el Convenio 131 OIT.

Por último, –pero no menos importante– respondiendo la pregunta de ¿Cuál remedio privilegia nuestra legislación?, conforme lo expuesto a lo largo de este trabajo, parece evidente que el legislador privilegia la aplicación de la ley que fija el salario mínimo mensual, por sobre la negociación colectiva, la cual se encuentra muy limitada, al contrario de la aplicación del salario mínimo, que se encuentra muy expandido. En este sentido, parece necesario destacar que consideramos que de existir niveles mayores de negociación colectiva y, por tanto, de contratación colectiva, el tema del salario mínimo pasaría a un segundo plano en la agenda nacional, siendo solo una base que sirva de información al momento de contratar colectivamente, ese es precisamente el camino hacia el cual se debería transitar, pero en Chile la situación es la inversa, al no existir altos niveles de negociación colectiva, es que el proceso de fijación del salario mínimo y su aplicación son de relevancia nacional y marcan la agenda pública, por la gran cantidad de trabajadores afectados por aquel, trabajadores que lamentablemente muchas veces no son actores protagónicos de ningún real proceso de negociación respecto de sus condiciones de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___ALARCON BRAVO DE LA RUEDA, Percy; MORENO DE LA VEGA LOMO, Fernando (2009): “*Diálogo y Concertación social en la conformación de las políticas sociales en el ámbito europeo, estatal y regional*”, *El caso de España*, En: *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, N° 125.

___BALTERA, Pablo; MORALES, Gabriela. (2010): “*Las condiciones para el Diálogo social en la pequeña empresa. La perspectiva de los actores. Un estudio de casos*”. Santiago: Dirección del Trabajo.

___BAYLOS, Antonio (2002): “*Democracia política y sistema sindical: reflexiones sobre la autonomía del sindicato*”, En: “*Sindicatos y cambios económicos y sociales*”, Eds. Agustín García Laso, y Wilfredo Sanguineti Raymond.1° ed., Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

___CAAMAÑO, Eduardo; UGARTE, José Luis (2008): “*Negociación colectiva y libertad sindical. Un enfoque crítico*”, Santiago: Legal Publishing.

___CAAMAÑO, Eduardo; UGARTE, José Luis; GAMONAL, Sergio (2009): “*A construir un nuevo trato laboral. Libertad Sindical, el Derecho a Huelga en Chile y La Negociación Colectiva en el Sector Público (convenio N° 151 OIT)*”, [en línea; formato PDF], Santiago: Fundación Instituto de Estudios Laborales, [fecha de consulta: 18/05/2013], Disponible en: http://www.fielchile.cl/investigacion/LA%20NEGOCIACION_COLECTIVA_EN_EL_DERECHO_DEL_TRABAJO_CHILENO.pdf.

___CARVAJAL, Gabriela (2008): “*El ingreso mínimo mensual*”, En: *Manual de consultas laborales y previsionales*, N° 273.

___COMISIÓN ASESORA LABORAL Y DE SALARIO Mínimo (2010): “*Informe Final*”, [en línea; formato PDF], [fecha de consulta: 22/ 04/2013], Disponible en: <http://www.sindicalchile.cl/Informe%20Final%20Comision%20Asesora%20Laboral%20y%20de%20Salario%20Minimo.pdf>.

___CONCERTACIÓN DE PARTIDOS POR LA Democracia (2002): “*Programa básico de gobierno*”, En: *¿La concertación desconcertada? Reflexiones sobre su historia y su futuro*, Compiladores ORTEGA, Eugenio; MORENO, Carolina, Santiago: LOM ediciones.

___CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1992): “*Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 26) y a la Recomendación (núm. 30) sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928; al Convenio (núm. 99) y a la Recomendación (núm. 89) sobre los métodos para la fijación de salario*”, Ginebra: OIT.

___DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2012): “*Compendio de Series Estadísticas 1990-2011*”, [en línea; formato PDF], [fecha de consulta: 30/10 2012], Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-propertyvalue-22777.html>.

___ERMIDA, Oscar (2006): “*Diálogo Social: Teoría y práctica*”, En: *Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*. N° 157.

___FASHOYIN, Tayo (2004): “*Colaboración tripartita, diálogo social y desarrollo nacional*”, En: *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 123.

___FIELDS, Gary (2003): “*El trabajo decente y las políticas de desarrollo*”, En: *Revista Internacional del Trabajo*, OIT, Vol. 122. N° 2.

___FUNDACIÓN INSTITUTO DE ESTUDIOS LABORALES (2007): “*Diálogo Social en Chile: Una evaluación histórica (1990-2006)*”, [en línea; formato PDF], [fecha de consulta: 12/05/2013], Disponible en: http://www.fielchile.org/articulos/estudio_dialogo_social_en_chile_sin_anexo.pdf.

___FUNDACIÓN SOL (2011): “*Política de reajuste del Salario Mínimo: Una meta para avanzar al Desarrollo*”, Santiago: Fundación Sol.

___GAMONAL, Sergio (2002): “*Derecho colectivo del trabajo*”, Santiago: Lexis Nexis.

___GERIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio (2000): “*Principios de la OIT sobre la negociación colectiva*”, En: *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 110.

___GHAI, Dharam (2003): “*Trabajo decente. Concepto e indicadores*”, En: *Revista Internacional del Trabajo*. OIT, Vol. 122. N° 2.

___GONZÁLEZ, Víctor (2010): “*La fijación del salario mínimo dentro del sistema de relaciones laborales. La experiencia de Chile y Uruguay*”, Santiago: Universidad Alberto Hurtado. Documentos de trabajo 1.

___ISHIKAWA, Junko (2004): “*Aspectos clave del diálogo social nacional: Un documento de referencia sobre el diálogo social*”, Ginebra: Oficina internacional del trabajo.

___LÓPEZ, Diego (2009): “*La ineficacia del derecho a negociar colectivamente*”, En: *Negociación Colectiva en Chile: La debilidad de un derecho imprescindible*, Santiago: Dirección del Trabajo.

___MARINAKIS, Andrés; VELASCO, Juan Jacobo (2006): “*¿Para qué sirve el salario mínimo? Elementos para su determinación en los países del Cono Sur*”, Santiago: OIT.

___MORGADO, Emilio (2006): “*Diálogo social y políticas públicas*”, Santiago: OIT.

___NOGUEIRA, Humberto (2009): “*Derechos Fundamentales y Garantías constitucionales*”, Tomo III, Santiago: Librotecnia.

___OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2011): “*Mapeo de las instancias de Diálogo social en Chile*”, Santiago: Programa Regional para la Promoción del Diálogo y la Cohesión Social en América Latina.

___RIVERA, José Everardo (2002): “*Salario mínimo ¿Afecta la probabilidad de estar empleado? Importancia del grado de restrictividad que enfrenta una persona. Evidencia empírica para Chile*”, Santiago: Instituto de Economía P. Universidad Católica de Chile.

___RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (1998): “*La institucionalización de la representación de intereses: los Consejos económicos y sociales*”, En: *El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica*, coord.: Federico Durán López, CES, Madrid.

___ROJAS MIÑO, Irene (2007): “*Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del plan laboral*”, En: *Revista Ius et Praxis*, año 13, N° 2.

___ROMAGNOLI, Umberto (2004): “*La concertación social en Europa: luces y sombras*”, En: *Revista de Derecho Social* N° 26.

___ROZAS, María (2008): “*Globalización y concertación social en Chile*”, Santiago: OIT.

___SOMAVIA, Juan (1999): “*Memoria del Director General: Trabajo Decente*”, [en línea], Conferencia Internacional del Trabajo, [fecha de consulta: 12/05/2013], Disponible en: [http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm#Fortalecimiento del diálogo social](http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm#Fortalecimiento%20del%20di%C3%A1logo%20social).

___THAYER, William; NOVOA, Patricio (1998): “*Manual de Derecho del Trabajo*”, 3° ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

___VILLASMIL, Humberto (2002): “*La estrategia del diálogo social: de la concertación al reparto del poder decisorio en las relaciones laborales*”, [en línea; formato PDF], Oficina Internacional del trabajo, [fecha de consulta: 03/06/2013], Disponible en: http://oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/estrategia_dial_soc%5BHV%5D.pdf.

ARTÍCULO ELIMINADO POR INFRACCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

DISCRIMINACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA VÍCTIMA: ¿SE TRATA DE SITUACIONES CARACTERIZADAS POR MAYORES NIVELES DE ANTIJURICIDAD MATERIAL?

*Ángela Peralta Jordan**

RESUMEN: *El objeto de este trabajo es cuestionar la existencia de un mayor grado de antijuricidad material en aquellos delitos en que el autor hace elección de la víctima actuando con una finalidad discriminatoria, cuestión que permitiría al juez aumentar su pena. Para este cometido, abordaremos la antijuricidad material en consideración al resultado del delito, esto es, de la afectación o puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos penalmente, y evaluaremos la necesidad de tratar penalmente el problema de la discriminación. Finalmente, deliberaremos sobre la posibilidad de considerar la igualdad (o el “derecho a la no discriminación”) un bien jurídico a valorar en los tipos penales antidiscriminatorios.*

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to question the existence of a higher degree of material unlawfulness in those offenses where the author chooses the victim acting with a discriminatory purpose, a question that would allow the judge to increase the penalty. For this purpose, we will address the material unlawfulness regarding the result of the crime, that is, the involvement or endangerment of a protected right, and we will evaluate the need to address the problem of criminal discrimination. Finally, we will deliberate on the possibility of considering equality (or the "right to non-discrimination") a legal right to assess anti-discrimination in the offense.*

PALABRAS CLAVE: *Bien jurídico – Antijuricidad material – Discriminación – Igualdad*

KEYWORDS: *Legally – Material unlawfulness – Discrimination – Equality*

I. INTRODUCCIÓN

Ya no cabe duda que el Derecho penal “conforma y expresa constantemente las valoraciones dominantes en el seno de la sociedad, lo que significa que es un espejo [...] de su cultura, y, por lo mismo, de la evolución y crisis de ésta”¹. Crisis que se hace evidente en nuestra época a través de las nuevas concepciones políticas que exigen al Estado abandonar la actitud abstencionista y dictar normas que extiendan su tutela a otras materias de preocupación de la población.

En este contexto, la actividad valorativa de los legisladores nacionales en orden a determinar los bienes dignos de protección ha supuesto desde varias décadas atrás la justificación de todo aquello

* Egresada de Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: a.p.jordan.88@hotmail.com

¹ GUZMÁN DALBORA, José Luis (1993): “Exposición y crítica de una reducción del Derecho penal”, En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, N° 11, p. 211.

susceptible de ser lesionado en el sistema social, haciendo parte de la categoría de bienes jurídicos a sin fines de intereses.

En el marco de esta expansión del Derecho penal, la teoría clásica del bien jurídico viene a proporcionar un problema práctico, aún no resuelto por la doctrina más tradicional, y que es la falta de contención del fenómeno de la criminalidad y la ineficacia de las sanciones ya comprendidas en la normativa penal.

Lo anterior, se funda en la creciente sensación de inseguridad derivada –aunque no siempre– del aumento de la violencia y de la constante transmisión que dicho fenómeno tiene en los medios de comunicación masiva. Esto, es lo que ha permitido al legislador hacer (falsa) política mediante la punición de todas aquellas conductas que pudieran resultar peligrosas.

Finalmente, es la conjugación entre esta necesidad desesperada de controlar las diversas formas de violencia motivadas por fines discriminatorios, y la concepción clásica, que aboga por “el principio de que el Derecho penal sólo puede proteger bienes merecedores de dicha tutela”², y por tanto, sólo la comprensión adecuada de éstos puede legitimar las normas jurídicas que los protege, la que nos permite desarrollar la cuestión sobre la justificación de la intervención del Derecho penal en el problema de la discriminación.

II. CONCEPTO DE ANTIJURICIDAD

1. *Naturaleza predominantemente objetiva. Críticas a la teoría subjetiva de la antijuricidad*

Desde el punto de vista de la concepción neoclásica del delito³, la antijuricidad denota un juicio de valor que retrata una relación de contraste entre un acto típico y un ordenamiento jurídico determinado, o el Derecho si se quiere⁴. En esta línea, “la antijuricidad implica afectación del bien jurídico y contrariedad de la conducta típica con todo el ordenamiento jurídico”⁵, o, que es lo mismo –pero desde su faz negativa– “es la comprobación de que un acto prohibido por la norma penal no está excusado por una causal de justificación”⁶.

No obstante, el juicio de desvalor del acto no comprende únicamente el contraste objetivo con el Derecho en su conjunto o la afectación del bien jurídico contenido en la norma penal, sino que requiere, en determinados casos, la valoración de la subjetividad del autor a través de la concurrencia de los

² MIR PUIG, Santiago (2004): “Valoraciones, normas y antijuricidad penal”, En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06 – 02, p. 02:1 – 02:19, p. 7

³ Que es aquella que distingue, en la estructura del delito: acto, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.

⁴ Concuerdan con la idea de contrariedad al Derecho: MEZGER, JIMÉNEZ DE ASÚA, PETROCELLI, CARRARA, entre otros. Sobre la noción de la antijuricidad ver DEL VILLAR B., Waldo (1962), “*La antijuricidad*”, Prensas de la Valparaíso: Escuela de Derecho de Valparaíso, Universidad de Chile, pp. 13 – 18).

⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan (2005): “*Obras completas*”, Vol. 1 “Derecho penal: parte general”, Lima: Ara Editores, p. 642.

⁶ GARRIDO MONTT, Mario (2005): “*Derecho penal, Parte general: Nociones fundamentales de la teoría del delito*”, Tomo II, 4ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 133.

denominados *elementos subjetivos del injusto*⁷. Estos elementos, si bien pueden ubicarse entre los elementos del tipo, es evidente que, en determinados casos, pueden definir la antijuricidad del acto⁸; de hecho “la mayoría de los autores que admiten la existencia de determinados momentos subjetivos ubicados más allá de los márgenes de la culpabilidad sitúan a tales elementos en el régimen de la antijuricidad”⁹. Por esta razón es que podemos afirmar que la antijuricidad es un *juicio de valor predominantemente objetivo*

Aceptar una concepción contraria –nos referimos a la teoría subjetiva¹⁰– significaría trasladar el Derecho penal al campo de la moral, entrando a valorar ya no el resultado del acto típico, en razón de que si éste está o no permitido por el ordenamiento jurídico, sino que se estaría desaprobando los motivos o la voluntad mala del sujeto en orden a afectar bienes jurídicos. Ya lo señalaba Politoff “no hay ninguna ideología ‘inocente’ y de ahí que nos resistamos a aceptar concepciones que tienden a subordinar en todo caso la antijuricidad material a la ética, porque de esto al Derecho penal ‘del carácter’ hay sólo un paso”¹¹. Sin embargo, hay quienes por largo tiempo otorgaron al Derecho penal la labor de contribuir al mantenimiento del orden ético social dentro de la comunidad. Dicha concepción vulnera bajo nuestro parecer todas las bases de un Derecho penal liberal.

Como fuere, destacaremos por ahora que, si constituyese la *intención o finalidad discriminatoria* del autor un elemento subjetivo del injusto a valorar en determinado caso, pues ésta sería la única instancia de apreciación de la subjetividad del autor, más la antijuricidad dice estrecha y preponderantemente relación con el resultado del acto típico, y por tanto, con un juicio de desvalor objetivo de la conducta.

2. Elementos subjetivos del injusto y los motivos del juicio de culpabilidad.

Siguiendo en la delimitación de nuestro tema, es preciso diferenciar el *ánimo discriminador* como elemento subjetivo del injusto, con la parte motivadora del juicio de reproche que impulsan al sujeto a cometer un determinado delito.

Así, afirmaremos que “en la antijuricidad interesa la dirección de la voluntad de atentar contra bienes jurídicos valiosos; [y] en la culpabilidad interesa cómo se gestó la decisión lesionadora”¹². La antijuricidad dice relación con la finalidad del autor y la culpabilidad con los motivos que deciden la voluntad del agente. Ya lo señalaba ZAFFARONI a propósito de los delitos de odio y de persecución en

⁷ Ejemplos de ellos son: el ánimo de lucro en el robo y el hurto, el ánimo lascivo en el abuso sexual, o el ánimo *injuriandi* en las injurias, por mencionar algunos.

⁸ Consideran los elementos subjetivos del injusto, en determinados casos, como fundamento de la antijuricidad: MAYER, MEZGER, JIMÉNEZ DE ASÚA, ZAFFARONI (del último autor ver ZAFFARONI E., Raúl (2008): “*Observaciones sobre la delincuencia por odio en el Derecho Penal argentino*”, En: *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Madrid: Edisofer S.L., p. 1743), entre otros. Ver síntesis de los autores que aceptan y rechazan la existencia de los elementos subjetivos del injusto en: DEL VILLAR B. (1962), pp. 80 –91.

⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (2008): “*Los elementos subjetivos del tipo penal*”, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires: B de f, p. 48.

¹⁰ Siguen la teoría subjetiva: DOHNA, RADBRUCH, ROCCO, CARNELUTTI, MESSINA, WELZEL, GRISPINI, JENKA, MERKEL, ANTONISEI, VON FERNECK, etc. (ver DEL VILLAR B. (1962), pp.67 – 78).

¹¹ POLITOFF LIFSCHITZ, (2008), p. 52.

¹² GARRIDO MONTT, (2005), p. 143.

Argentina: “la *persecución* no parece ser ningún motivo sino una finalidad o una intención, en tanto que el *odio* es claramente un motivo”¹³.

En nuestro punto, la voluntad del autor se puede examinar desde dos planos distintos: desde la antijuricidad y desde la culpabilidad. En el primero, el agente, con la intención o finalidad de discriminar a una persona, envía un mensaje a través de la víctima al grupo al que ésta pertenece, matándola, lesionándola, en fin, afectando bienes jurídicos, cuestión que aumenta el ilícito de la conducta pues ésta “se aprecia [objetivamente] en cuanto posición de rebeldía en contra del Derecho”¹⁴; mientras que en el segundo –en el plano de la culpabilidad– los motivos del autor sólo permitirán observar la subjetividad que lo impulsó a cometer el acto típicamente antijurídico, nutriendo la decisión del juez en orden a si es o no posible exigirle otra conducta. De esta forma, sería apreciable en un determinado caso por ejemplo, la finalidad discriminatoria del agente, y al mismo tiempo, motivos fundados en razones económicas, o viceversa.

La distinción que hacemos tiene especial relevancia para ubicarnos en el juicio que vamos realizar ante un tipo penal específico o una agravante de la responsabilidad en razón de nuestro tema. Por esto, desde ya dejaremos en claro que excede al objeto de este trabajo el examen de la culpabilidad del agente, y abocaremos nuestra investigación sobre aquellos delitos en los cuales se observa un determinado *ánimo discriminatorio* como elemento subjetivo del injusto y/o cuyo resultado implique un mayor grado de antijuricidad. En otras palabras, serán nuestros objetos de análisis aquellos delitos en que la finalidad del autor implique la selección de la víctima en razón del grupo al cual pertenece, ya sea racial, sexual, étnico, religioso, etc., sin entrar en lo absoluto en la parte motivadora o caracterológica del juicio de reproche que se pudiera efectuar una vez acreditada la antijuricidad del acto.

3. *Antijuricidad material.*

3.1. *Desvalor del resultado.*

Para ubicarnos de manera específica en el objeto de esta investigación es preciso determinar a qué nos referimos con antijuricidad material, y lo haremos en contraposición a lo que mayoría de la doctrina denomina *antijuricidad formal*.

Según POLITOFF, ésta dice relación con “la simple contradicción del comportamiento típico y el derecho”¹⁵, cuestión que se traduce en “la falta de autorización legal expresa [o causal de justificación] para realizar una conducta socialmente dañosa”¹⁶.

¹³ ZAFFARONI E., (2008), p. 1742.

¹⁴ GARRIDO MONTT, (2005), p. 143.

¹⁵ GARRIDO MONTT, (2005), p. 138.

¹⁶ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (2006) “*Lecciones de Derecho penal chileno: parte general*”, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 209, citando a VON LISZT.

No coincidimos con aquellos que consideran la antijuricidad formal sinónimo de la tipicidad del acto¹⁷, pues entendemos, según la concepción unitaria de la antijuricidad y el carácter fragmentario del Derecho penal, que dicho elemento –la tipicidad– es propio y exclusivo del ámbito penal, no así la antijuricidad, que implica el contraste –en este caso formal– del acto típico con todo el ordenamiento jurídico¹⁸⁻¹⁹.

Como fuere, hay consenso en que no basta con la disconformidad formal del acto, sino que es preciso dar contenido material al injusto mediante la afectividad del bien jurídico. Así, la *antijuricidad material* ha sido definida como “la dañosidad social de la conducta, esto es, la lesión o peligro efectivo en que se ha puesto el bien jurídico protegido por cada norma en particular”²⁰, cuestión que, según veremos, permitirá al juez graduar el injusto.

La distinción entre ambas faces de antijuricidad es posible apreciarla, además de conceptualmente, desde el punto de vista del objeto al cual se refieren o en el cual radican; así, afirmaremos que la antijuricidad formal considera el *desvalor del acto* realizado por el autor y la antijuricidad material el *desvalor resultado* del delito.

Es así, debido a que son numerosos los delitos que consideran, en el examen formal de la antijuricidad, elementos subjetivos del injusto que determinan la apreciación “contraria a derecho” del mismo. De esta manera, al realizar el contraste del acto típico con el ordenamiento en su conjunto, debe considerarse la intención o finalidad del autor, al punto que si ésta llegara a faltar el acto se tornaría lícito o sería castigado como delito común, vale decir, como aquellos que tienen sujeto activo y pasivo innominado²¹. En los delitos que conllevan estas exigencias –elementos subjetivos del injusto– hay preeminencia de la voluntad del agente, por tanto, es aquí, en el examen formal, donde se aprecia el *desvalor del acto* del autor.

Por otro lado, nada de esto puede considerarse al evaluar la lesión o puesta en peligro efectiva de un bien jurídico determinado, y que es lo que entendemos por *desvalor del resultado*. Tiene razón BUSTOS RAMÍREZ cuando asevera que “sólo mediante el desvalor del resultado se puede establecer una conexión entre la norma prohibitiva y permisiva [o causa de justificación]; sólo mediante él se puede valer todo el ordenamiento jurídico; una valoración necesita de un objeto y este no es la acción, que ya fue valorada por la norma y no podrá ser valorada nuevamente, si no es la afección real del bien jurídico”²².

¹⁷ Nos referimos a la crítica que efectúa JIMÉNEZ DE ASÚA contra VON LIZST (creador de la teoría del contenido material de la antijuricidad), quien señala: “Bien mirado, todo se reduce a que von Lizst confunde la antijuricidad formal con la tipicidad. En suma, la antijuricidad material es la antijuricidad propia”. Rechazan también la distinción entre antijuricidad formal y material: SOLER, BETTIOL, FISCHER, VON HIPPEL, MANZINI, ROCCO, ANTONISEI, PETROCELLI, entre otros (ver en DEL VILLAR B., (1962) pp. 94 – 99).

¹⁸ En contraria, hay quienes consideran que el desvalor del acto significa la realización típica de la conducta (ver BUSTOS RAMÍREZ, (2005), pp. 133 – 140).

¹⁹ Tampoco compartimos la concepción que entiende la antijuricidad como simple infracción a la norma imperativa. Según MIR PUIG, “si lo antijurídico es lo prohibido por la norma imperativa, sólo pueden ser antijurídicas las conductas voluntarias, no los resultados separados de ellas” (ver MIR PUIG, (2005), pp. 13 y 14).

²⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, (2006), p. 209.

²¹ BUSTOS RAMÍREZ, (2005), p. 797.

²² BUSTOS RAMÍREZ, (2005), p. 135.

Y es en este plano precisamente que abocaremos nuestra investigación. Cualquier apreciación subjetiva que diga relación con la finalidad o intención del autor en orden a discriminar a una persona afectando sus bienes jurídicos, debe ser valorada en el plano de la antijuricidad formal, mas no en el de la material, que es la que le da contenido a este elemento del delito. Sólo consideraremos para nuestro estudio el resultado que la conducta del agente pudiera causar en razón de la selección de su víctima.

3.2. *Construcción del juicio de desvalor material del acto.*

Ya destacábamos lo importante que es determinar la afectividad lesionadora del acto típico para valorar éste desde el punto de vista de la antijuricidad material. Así, pareciera que la cuestión central del juicio de desvalor que comentamos dice estrecha relación con la noción de bien jurídico, o mejor dicho, con la teoría que explica las bases y el proceso de valoración del mismo²³. En efecto, si sabemos que “la sanción penal solo [es] posible cuando [hay] una efectiva inobservancia”²⁴ de la norma, traducida en la consecuente vulneración a un bien jurídico, pues es preciso partir nuestro análisis determinando qué bienes, cómo y porqué se protegen²⁵.

Hassemer afirmaba que “la salvación de una teoría del delito no está en la búsqueda de un principio general que cubra el conjunto de objetos [...], sino en la búsqueda de categorías que con ayuda puedan clarificar en todo tiempo la génesis de los objetos del delito, la cambiante definición social de «dignos de protección»”²⁶.

Para Von Liszt, dichas categorías provienen del campo de la metafísica o de la realidad social; “son las relaciones sociales mismas, la posición concreta que en ella ocupan los individuos, su intermediación con objetos y entes, y sus transformaciones por la interacción social”²⁷. Entendido así, “se evita toda tendencia que lleve simplemente a castigar ideas, los pensamientos o la simple peligrosidad del autor, sólo así se garantiza que lo que se protege no son determinadas visiones del universo, sino al hombre concreto dentro de una relación social concreta”²⁸.

²³ En contra se manifiestan OTTO y JAKOBS, quienes sostienen que “el derecho penal no tiene por función principal o exclusiva la defensa de bienes jurídicos, sino, ante todo, la función simbólica del ordenamiento normativo entendido como instrumento de orientación e institucionalización de la confianza mutua”. Citado por BARATTA, Alessandro (2004): “*Criminología y sistema penal*”, Montevideo-Buenos Aires: B de f, p. 13 (nota al pie).

²⁴ BARATTA, (2004), pp. 130 y 131, refiriéndose a WELZEL.

²⁵ Ídem., p. 133. El autor establece tres niveles de análisis que hay que considerar al momento de valorar la protección a un bien determinado: “en primer lugar [la existencia de] los bienes jurídicos, luego sus presupuestos explicativos, y enseguida además la necesidad de proteger mediante una norma punitiva”.

²⁶ BARATTA, (2004), p. 128, en su crítica a AMELUNG.

²⁷ BARATTA (2004), p. 133.

²⁸ BARATTA (2004), p. 136.

En esta línea, la teoría de las normas de cultura de M. E. MAYER considera al bien jurídico como “particulares normas de cultura reconocidas por el Estado”²⁹, el que se encarga de realizar una “operación crítica a la cultura [y establecer] el deslinde entre lo jurídico y lo antijurídico”³⁰.

Ahora bien, tales concepciones sobre los presupuestos del bien jurídico no implican siempre la comprensión del hombre en una sociedad determinada según las exigencias de un Estado social y democrático. La política que un Estado asuma según sus propias exigencias puede divergir de las primeras. Así, por ejemplo, el alzamiento de un objeto a la categoría de bien jurídico no va a estar necesariamente condicionado por la discusión participativa de los ciudadanos ni va a ser criticado en un futuro proceso de revisión; que es aquello que Bustos Ramírez llamó el carácter dinámico del bien jurídico y que lo constituye como un principio garantizador de carácter cognoscitivo³¹.

Inclusive, en un Derecho autoritario, “ante el dilema clásico de si un hecho está prohibido porque es malo (*prohibitum quia malum*) o es malo porque está prohibido (*malum quia prohibitum*), este planteamiento optará por lo segundo. Ello descargará al legislador de la necesidad de justificar sus prohibiciones penales por la dañosidad social de los hechos penados”³².

Entran aquí, las consideraciones de política criminal que el Estado sopesa sobre “la gravedad de los hechos, los diferentes bienes jurídicos en juego, el contexto social histórico, los principios de un Estado de derecho, la dignidad de la persona humana, etc.”³³.

Resulta de relevancia entonces el origen o procedencia de la norma punitiva; *si el nacimiento de ésta es arbitrario, la materialidad antijurídica del acto* (según las nociones dogmáticas que hemos revisado) *no siempre se va a condecir con la real afectividad al bien jurídico protegido por la norma*, pudiendo darse casos en que ni siquiera éste se encuentre presente. Hablamos de tipos que prescinden de la protección a un bien determinado, de aquellos que protegen bienes ya valorados en otras normas penales, redundando en el objeto de protección, o de otros que sufren de vaguedad, indefinición, y carencia de fundamentación plausible³⁴.

Así, y según los términos en los que hemos entendido el contenido material del injusto, afirmaremos que en tales casos, *no puede, bajo ningún motivo, considerarse materialmente antijurídica una conducta que transgrede una norma que no protege bien jurídico alguno o lo protege sin válido fundamento*.

²⁹ GUZMÁN DALBORA, José Luis (1993): “Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la Teoría de Max Ernest Mayer”, En: *Revista de Derecho penal y Criminología*, N° 3, Madrid: Separata, p. 236.

³⁰ GUZMÁN DALBORA, José Luis (1993), p. 232.

³¹ BUSTOS RAMÍREZ, (2005), p. 132.

³² MIR PUIG, (2004), p.16. En la misma línea, los resultados de criminología crítica de BARATTA indicaron que el sistema punitivo es “un subsistema funcional de la producción material e ideológica (legitimación) del sistema social global, es decir, de las relaciones de poder y de propiedad existentes, más que como instrumento de tutela de intereses y derechos particulares de los individuo” (ver BARATTA, (2004), p. 301).

³³ BUSTOS RAMÍREZ, (2005), p. 139.

³⁴ Entre estos encontramos: la sodomía (art. 365), el incesto (art. 375), el incendio calificado (art. 474 inc. final), el duelo (art. 404 y 405), el abigeato (art. 448 bis), el discutido delito de aborto consentido (art. 344), el de asociación ilícita (art. 292), el escándalo público (art. 373), entre otros; todos del Código Penal chileno (en adelante CP).

*Los bienes jurídicos deben cumplir con un estándar que les permita ser definidos, en la actividad valorativa, de manera clara y fundamentada*³⁵. De lo contrario, volveríamos al positivismo puro del siglo XIX, propio de la concepción formalista de Binding³⁶, quien atribuyó la categoría de bien jurídico a aquello que el legislador considera de importancia para tener una sana convivencia social, de manera tal que todo aquello que tenga la debida autorización del legislador será delito, y todo delito tenderá a la protección de un bien jurídico; cuestión que muchas ocasiones se aleja de la realidad.

Dicha visión de las cosas se escapa de la *función político garantista* que debe cumplir el bien jurídico, y que es la que permite limitar la labor de legislador en orden a establecer delitos que afecten o pongan en peligro efectivamente un bien preexistente en la realidad social (más allá del Derecho)³⁷, independientemente de las “convicciones valorativas dominantes”³⁸. Dicho de otro modo, “el concepto político-criminal de bien jurídico condiciona la legitimidad de una norma penal a que sirva a la protección de valores que la merezcan”³⁹.

Ahora bien, para que se genere tal merecimiento de la pena no resulta suficiente –pero sí necesaria– la conducta de afectación o amenaza al bien jurídico, sino que se requiere además de la “[contraposición de] principios orientados a la limitación de la punibilidad”⁴⁰ como el de subsidiariedad, dañosidad social, tolerancia, humanidad, protección de la dignidad del hombre y el derecho penal de hecho⁴¹. Se requiere especialmente que, en la calificación del bien jurídico, es establezca la necesidad de la amenaza penal, la cual sólo será posible ante la incapacidad de las demás instancias de control social.

En esta línea, HASSEMER identifica además tres elementos que deben comprenderse en la noción de bien jurídico, como forma de limitar la intervención a las libertades de las personas, a saber, el concepto de bien jurídico:

- a) *Debe adecuarse a la realidad*, lo que quiere decir “una relación correcta entre Derecho y vida [...], un puente firme hacia los «verdaderos» bienes de las personas hoy en día”⁴²;

³⁵ HASSEMER difiere señalando, “si la determinación del concepto de bien jurídico es precisa, y sólo por eso, rica en consecuencias políticocriminales, pero no parece adecuarse al derecho penal real, la teoría del bien jurídico siempre parece quedarse atrás en el desarrollo del derecho penal” (ver HASSEMER, Winfried (1989), “*Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*”, en *Revista Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Revista trimestral, dirigida por Ricardo C. Núñez, p. 280).

³⁶ Sobre la biografía, bibliografía y aportaciones del autor ver *Estudio preliminar acerca de Karl Binding y de su obra* en: BINDING, Karl (2009): “*La culpabilidad en Derecho penal*”, Montevideo-Buenos Aires: B de f, traducido por Manuel Cancio Meliá del original “Die Schuld im deutschen Strafrecht”, pp. XI-XXXVII.

³⁷ Sobre la función política y de garantía, ver BIRNBAUM, Johann Michael Franz (2010): “*Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*”, Valparaíso: Edeval, traducido por José Luis Guzmán Dalbora, del original “Ueber das Erfodernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besondere Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”.

³⁸ HASSEMER, (1989), p. 277.

³⁹ MIR PUIG, (2004), p. 7.

⁴⁰ HASSEMER, (1989), pp. 277 – 278.

⁴¹ HASSEMER, (1989).

⁴² HASSEMER, Winfried (2007): “*¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*”, En: *La teoría del bien jurídico*, por Roland Hefendehl, versión española, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, p. 104.

- b) *Debe ser selectivo y nítido*, lo que “exige diferenciaciones precisas de los objetos y denominaciones cercanas a los hechos”⁴³; y
- c) *Debe ser generalmente comprensible*, lo que impide “generalizaciones nebulosas”⁴⁴.

Sólo el cumplimiento de dicho estándar permitirá la debida congruencia entre la compleja actividad valorativa de determinación de bienes jurídicos, realizada por el legislador, y el carácter materialmente antijurídico de la conducta que afecte dichos bienes.

3.3 Graduación de la antijuricidad material.

Visto el proceso de construcción del juicio de desvalor material del injusto, es preciso abordar brevemente algunas ideas que luego nos permitirán responder al problema central de la investigación, que es la graduación de la antijuricidad material en razón de la selección discriminatoria de la víctima por parte del agente.

En Chile la actividad valorativa que significa dicha graduación la realiza el juez en la fase de determinación judicial de la pena⁴⁵. En ella, el juez, con conocimiento y conjugación de todos los elementos, individualiza la pena “sobre la base del injusto concreto realizado y del sujeto concreto responsable”⁴⁶.

El juez debe medir su determinación según las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal⁴⁷ contenidas en los arts. 10, 11, 12 y 13 del CP. En nuestro tema, debemos mencionar la reciente introducción 21^a al art. 12 del CP⁴⁸, empero, ya establecimos la respectiva distinción entre la parte motivadora de la conducta del autor y los elementos subjetivos del injusto que podrían, en determinado caso, elevar el grado de antijuricidad (aunque, como ya se dijo, desde la perspectiva de la antijuricidad formal, mas no la material). Por esto, no es preciso analizar en dicho campo la mencionada circunstancia agravante.

⁴³ HASSEMER, Winfried (2007).

⁴⁴ HASSEMER, Winfried (2007).

⁴⁵ Comentario sobre el sistema de determinación de la pena en Chile ver POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (2002): “*Texto y comentario del Código Penal chileno*”, Tomo I, Libro primero, Parte general, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 323 – 382.

⁴⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2006): “*Lecciones de Derecho penal. Parte general*”, Madrid: Editorial Trotta, p. 538.

⁴⁷ Art. 62 CP señala: “las circunstancias atenuantes ya gravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes”.

⁴⁸ Ésta considera circunstancia agravante “cometer el delito o participar en él *motivado por* la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca” (sobre el particular ver Ley N° 20.609 de 24 de julio de 2012 que establece medidas contra la discriminación). Al respecto cabe mencionar además el Art. 64 del CP, que dispone: “las circunstancias [...] agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causal personal, servirán para [...] agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurran”.

Con todo, sabemos además que para graduar la pena en razón de la antijuricidad material del acto típico, debe realizarse una valoración positiva del bien jurídico contenido en la norma penal, y la consiguiente valoración negativa del resultado del delito (efectiva lesión o puesta en peligro del bien protegido).

Sobre el plano positivo, ya hemos dicho que el bien jurídico, junto con fundamentar la intervención penal, permite medirla en proporción a la jerarquía determinada por el legislador. “De la jerarquía de los bienes jurídicos, que, por ejemplo, coloca la vida por encima del patrimonio, resultan grados de intensidad de las lesiones que son baremos para enjuiciar la proporcionalidad de las intervenciones estatales que, como reacción a la lesión, interfieren en la libertad del ciudadano”⁴⁹.

Mientras que en el plano negativo es preciso hacer un análisis cualitativo y cuantitativo. Por lo pronto, pre diremos que podrá ser penado más gravemente el acto típicamente antijurídico que signifique mayor afectividad al bien jurídico protegido por la norma penal respectiva, que otro que sólo pone en peligro o lesiona “menos” el mismo bien; hablamos en este caso de la medición de la intensidad de la afectación que pudiera darse, por ejemplo, ante el caso de consumación y de tentativa respectivamente.

De la misma manera, la graduación en términos cuantitativos permite que sea más gravoso el acto típico pluriofensivo, vale decir, que afecte a más de un bien jurídico protegidos por el tipo penal, que aquel que vulnere sólo un bien jurídico.

Así lo establece en definitiva el CP chileno en su art. 69, que dispone que “dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número de atenuantes y agravantes y a la mayor o menor *extensión del mal* producido por el delito”, es decir, a la mayor o menor afectación de el o los bienes jurídicos protegidos en la norma vulnerada.

III. TRATAMIENTO PENAL DE LA DISCRIMINACIÓN

1. *Delitos en particular*

Para responder a nuestra pregunta sobre el grado de antijuricidad material en los casos en que el autor hace elección discriminatoria de su víctima, analizaremos algunos delitos que han sido considerados más gravosos debido a que, según su resultado, comprenden un mayor nivel de injusto.

1.1. *Genocidio*

El genocidio es definido por la Convención para la Prevención y Sanción del crimen de Genocidio como “cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c)

⁴⁹ HASSEMER (2007), p. 99.

Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”⁵⁰.

Respecto a la denominación del delito de genocidio, no es un tema pacífico. Muchos prefieren denominarlo genocidio⁵¹. “Lo cierto es que el término de genocidio [...] se usó en los debates de Nuremberg, y adquirió inmediatamente gran popularidad, tomando estado oficial en el seno de la VI comisión del Consejo Económico y Social de la O.N.U.”⁵².

Por otra parte, el genocidio es considerado un crimen internacional gravísimo contra la humanidad (pues atenta a los derechos primarios y esenciales del hombre), de carácter consuetudinario y de *ius cogens*⁵³.

De ahí que son varios los instrumentos y organismo internacionales que lo han rechazado. Sólo por esbozar los más trascendentes en la historia de la reacción penal a este crimen, encontramos: el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg; el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; el Tribunal Penal Internacional para Ruanda; y la actual Corte Penal Internacional⁵⁴. Todos estos tribunales fueron y son (en el caso de la CPI), competentes para conocer actos constitutivos de este crimen, y que marcaron el siglo XX⁵⁵.

En este contexto de protección, el *bien jurídico* primario protegido por la normativa internacional, además de la vida o la integridad física y moral de las víctimas, es, según WERLE, la existencia misma de determinados grupos; considerado el hombre como un individuo social, que tiene existencia social. Según este autor “los miembros [del grupo] en sí son, por lo general, el objeto de la agresión, sin embargo, las lesiones o puestas en peligro de intereses individuales sólo se tienen en cuenta por el derecho penal internacional cuando el individuo es atacado, precisamente, como consecuencia de su pertenencia al grupo”⁵⁶. No obstante ello, ya veremos que detrás de cualquier bien colectivo y de los bienes individuales ya mencionados, siempre se esboza la dignidad de la persona como interés adicionalmente protegido.

⁵⁰ Artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del crimen de Genocidio de 9 de diciembre de 1948.

⁵¹ El más importante y creador del término es el argentino FRANCISCO LAPLAZA.

⁵² SILVA SILVA, Hernán (1995): “*El delito de Genocidio ante el Derecho penal y el Derecho internacional público*”, En: *La dignidad de la persona*, Jornadas Chilenas de Derecho Público, vol. 3, Valparaíso: Edeval, p. 200, citando a JIMÉNEZ DE ASÚA.

⁵³ En Chile, la consideración del crimen de genocidio la hace la Ley N° 20.357 publicada en el Diario Oficial el 18 de julio de 2009. En ella “la descripción del aspecto subjetivo que define al genocidio es equivalente en el Estatuto y en la ley, lo mismo que los grupos protegidos, basándose ambos en el artículo 2 del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948”. Citado de CÁRDENAS ARAVENA, Claudia (2010): “*La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la Ley N° 20.357*”, En: *Revista de derecho (Valdivia)*, vol.23, n° 2, Valdivia, pp. 23 – 44.

⁵⁴ Artículo 6 del Estatuto de Roma.

⁵⁵ Sobre los acontecimientos que significan este crimen ver WERLE, Gerhard (2005): “*Tratado de Derecho penal internacional*”, traducido por Claudia Cárdenas Aravena, María del Pilar Díaz Pita y otros, Valencia: Tirant lo blanch, pp. 309 y siguientes.

⁵⁶ WERLE (2005), p. 316.

Por otro lado, el término genocidio proviene etimológicamente del griego “genos”, que quiere decir raza, y “caedere” que en latín significa matar, a pesar de que la actividad típica comprenda además otros núcleos distintos al de dar muerte. Empero, lo importante es que dichos actos se supeditan al *propósito o intención de ocasionar destrucción* (total o parcial) en un grupo generalmente⁵⁷ nacional, étnico, racial o religioso; propósito o intención que se constituye en el plano de la antijuricidad como un *elemento subjetivo del injusto* que determinará, en el caso concreto, la concurrencia de la misma.

Como consecuencia de lo anterior, y a pesar de que la motivación discriminatoria del autor no sea suficiente para la concreción de este crimen, diversos códigos lo han considerado parte de aquellos que, animados por una finalidad discriminatoria, *resultan más gravosos desde el punto de vista de su resultado*, aumentando finalmente la pena. Para ellos la finalidad discriminatoria “forma parte de la intención de destruir ese grupo o comunidad y, por ello, en virtud de ese propósito no se castigan como delitos independientes los actos concretos realizados”⁵⁸. Sin embargo, no debemos dejar de considerar que la intención del agente dice estrecha relación con agredir a la víctima pero sólo por su pertenencia a un grupo específico; “al autor debe importar la destrucción del grupo y no la víctima en su individualidad”⁵⁹

1.2. Persecución.

Al igual que el genocidio, el delito agravado de persecución (ya sea como circunstancia agravante o como tipo especial) responde a un mayor contenido de injusto.

El Estatuto de Roma lo considera Crimen de lesa humanidad y lo define como la “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género [...], u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”⁶⁰. Asimismo, aclara el concepto de persecución señalando que por éste “se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”⁶¹.

Como se ve, esta figura puede incluir diversas formas de comisión típica, sin embargo, “lo decisivo es siempre el carácter objetivamente discriminatorio y lesivo de derechos de la acción”⁶². Aun así, tampoco se debe tratar de cualquier ánimo discriminador, sino que la privación de derechos debe ser manifestación

⁵⁷ Se dice generalmente ya que las víctimas del crimen pueden ser cualquier grupo de personas determinado a partir de cualquier criterio arbitrario (CP francés).

⁵⁸ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (1999): “Informe sobre los delitos de discriminación en el derecho penal comparado (a la luz del Proyecto de Ley sobre discriminación racial y étnica (Boletín N° 2142-17))”, En: *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Vol. 5, N° 002, Red AL y C, Talca, p. 197, citando a Bernal DEL CASTILLO.

⁵⁹ WERLE (2005), pp. 337 – 338.

⁶⁰ Artículo 7.1.h del Estatuto de Roma.

⁶¹ Artículo 7.2.g del Estatuto de Roma.

⁶² WERLE (2005), p. 403.

de una política discriminatoria que permita mirar el hecho desde un punto de vista más general⁶³. Lo anterior, dada la exigencia del elemento de contexto de los Crímenes de lesa humanidad.

Concretamente el autor debe dirigir su conducta contra determinadas personas “en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales”⁶⁴, y lo debe hacer “por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género [...], o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”⁶⁵. Se excluyen de estos, la discriminación motivada por la tendencia sexual y por el estatus socioeconómico de la víctima ya que no existen principios de derecho internacional que los comprendan de manera específica.

En definitiva, este delito se manifiesta cuando el autor “se dirige contra una víctima que pertenece a un grupo discriminado en razón de un perjuicio y con objeto persecutorio; [acción que lógicamente] no impacta sólo a ésta, sino que es un mensaje que se envía a través de la víctima”⁶⁶.

1.3. *Femicidio.*

Situación distinta se perfila en el delito de femicidio. Porque si bien en él también se protege a un grupo determinado de víctimas, las mujeres, éste no requiere de ningún elemento de carácter subjetivo del autor que determine un mayor grado de injusto. Lo relevante para la configuración del delito de femicidio es el sexo de la víctima, más no el ánimo discriminador del agente; de manera que si el autor actuó con o sin ánimo discriminatorio no reporta elementos adicionales a la concreción del delito.

Sin embargo, y la razón por la cual hacemos referencia al femicidio, es que quienes defienden su tipificación señalan que igualmente éste conllevaría un “*plus de injusto* que justifica la agravación de las penas [...] teniendo como elemento de consideración de fondo el reconocimiento de la situación de discriminación en que se encuentran las mujeres y la necesidad de avanzar hacia una igualdad sustancial, abandonando la mera igualdad formal entre mujeres y hombres”⁶⁷.

En este contexto, la derogación de disposiciones penales discriminatorias en un principio⁶⁸ y la adopción de nuevas leyes contra la violencia doméstica, (independientemente de que la víctima fuera mujer) luego, llevaron a gran parte de las organizaciones que luchan contra toda forma de violencia a la

⁶³ “El Código Civil del Reich, por ejemplo, tan sólo atribuía plenos derechos civiles a los «nacionales de sangre alemana o afín». Otras medidas legales impedían a los judíos el acceso a profesiones, o cargos públicos, afectaban a sus propiedades o a su vida familiar o limitaban su libertad deambulatoria”, En: WERLE (2005), p. 404.

⁶⁴ Artículo 7.1.h.2 de los Elementos de los Crímenes.

⁶⁵ Artículo 7.1.h.3 de los Elementos de los Crímenes.

⁶⁶ ZAFFARONI E. (2008), p. 1743.

⁶⁷ MUNÉVAR, M., Dora Inés (2012), “*Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género*”, En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 14, (1), p. 155.

⁶⁸ Como “las normas que extinguían la responsabilidad penal del presunto violador por el matrimonio posterior de la víctima, las disposiciones que atenuaban sustancialmente la sanción penal del marido que mataba a su cónyuge en caso de adulterio [o] las normas civiles que respaldaban el llamado “derecho de corrección” del padre y marido sobre la mujer”. Citado de TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí (2009): “Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas pendientes”, En: *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Santiago, p. 43.

mujer y al mundo político concretamente a definirse por encontrar en el ámbito penal una de las formas de resolver este problema.

Dicha opción permitiría cumplir un fin simbólico de la norma, en orden a reconocer la situación de violencia y a buscar prevenirla mediante su penalización, evaluar a los órganos intervinientes en el proceso de penal y hacer evidente la importancia que tiene para el Estado la solución de este conflicto.

No obstante aquello, son los mismos propulsores de esta alternativa quienes han identificado las dificultades que significa la tipificación de este delito⁶⁹.

Por una parte, y en virtud del principio de legalidad, el Derecho penal viene de alguna manera a restringir el concepto de femicidio, excluyendo otras situaciones que, según organizaciones feministas, deberían considerarse como parte de él⁷⁰; son las muertes de mujeres que ejercen la prostitución, los suicidios de mujeres motivados por sometimiento violento, o las muertes de mujeres fuera del ámbito familiar o íntimo. En Chile particularmente, sólo se sanciona el *femicidio íntimo*, vale decir, aquel en que la víctima es o haya sido cónyuge o conviviente del agente⁷¹.

En segundo lugar, la consideración de la víctima <mujer> implica el riesgo de la “exclusión y discriminación [...] respecto de otras formas de violencia de género cuyas víctimas no son mujeres, especialmente respecto de personas con una identidad de género diversa”⁷².

Como sea, la tipificación del delito de femicidio ya es una realidad en España y en algunos países latinoamericanos⁷³.

⁶⁹ Dificultades extraídas de TOLEDO VÁSQUEZ (2009), p. 45.

⁷⁰ Según SANTIBÁÑEZ y VARGAS el término femicidio fue utilizado por la ONU el año 2001 refiriéndose al asesinato de mujeres como resultado extremo de la violencia de género que ocurre tanto en el ámbito privado como en el espacio público (ver SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena; VARGAS PINTO, Tatiana (2011): “*Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)*”, En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 38, N° 1, Santiago, nota al pie 4).

⁷¹ A pesar de esto, no queda claro en el tipo penal chileno si el femicidio debe generarse con motivo u ocasión de la relación que liga al autor y a la víctima. Según MERA, una relación “lejana y sin relación plausible con el homicidio” no sería elemento suficiente para condenar al autor de femicidio (ver MERA FIGUEROA, Jorge (2009): “*Femicidio*”, En: *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Santiago, pp. 41 – 50).

⁷² TOLEDO VÁSQUEZ (2009), p. 46.

⁷³ En España se optó por agravar el delito de lesiones graves (art. 148), los malos tratos (art. 153), las amenazas de un mal no constitutivo de delito (art. 171) y las coacciones (art. 172), cuando han sido cometidos por un hombre contra su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. Sin embargo, la tendencia en otras partes de Europa es incluir dentro de los delitos de discriminación el motivo o finalidad de violentar por el sexo o género de la víctima (ver, por ejemplo, el artículo 225-1 del CP Francés). En Latinoamérica, por su parte, se puede ver análisis completo en: MUNÉVAR (2012), pp. 135 – 175, en el cual se muestran algunas de las iniciativas de tipificar el femicidio, ya sea como tipo especial o como agravante de la responsabilidad.

En Chile, a diferencia de otros países que han optado por un tipo autónomo de femicidio⁷⁴, se decidió agravar el delito de violencia doméstica (ley N° 20.066) y reformar el delito de parricidio (art. 390 del CP).

La ley N° 20.480 de 18 de diciembre de 2010 modifica el CP en su art. 390, incorporando en su inciso 2° lo siguiente: "Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio"⁷⁵.

Concretamente, lo que hace la reforma es aclarar el término que comentamos, no lo agrava, sino que lo precisa especificando que en el caso que la víctima sea o haya sido cónyuge o conviviente del autor, tomará la denominación de femicidio. De esta manera, las tipificaciones del femicidio en gran parte de Latinoamérica "establecen una figura penal diferenciada por sexo, pero sin penalidad agravada, es decir, se sanciona con *la misma pena* que la misma conducta en los casos en que la víctima sea un hombre"⁷⁶. Más claramente, si el sujeto pasivo es varón, será parricidio, y si es mujer, será femicidio.

La agravación de la conducta viene dada por otras circunstancias comprendidas en el art. 12 del CP. Se trata de las circunstancias 6ª, 18ª y la ya mencionada 21ª incorporada a propósito de la Ley antidiscriminación; y también por el art. 400 del CP que agrava la pena de las lesiones, aumentándola en un grado, cuando la víctima sea algunas de las personas mencionadas en el art. 5 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar (Ley N° 20.066). En todas ellas, se comprende la situación de ser una mujer la víctima del delito.

En la práctica, aplicando cualquiera de estas agravantes se cumpliría la lógica de calificar la conducta del agresor que se aprovecha del "estado mayor de indefensión en el que se halla la víctima [...] donde existe conocimiento, confianza, cariño"⁷⁷.

Sin embargo, hay quienes se oponen a la identificación del crimen de parricidio con el de femicidio. MERA FIGUEROA, por ejemplo, señala que lo que distingue el femicidio del parricidio es que en el primero "se afecta la vulnerabilidad de la víctima, se trata de una cuestión de género, es la condición de mujer de la víctima la que incrementa el injusto de su homicidio. Y el derecho penal debiera dar cuenta de esta especificidad, de esta mayor vulnerabilidad como elemento determinante de un injusto específico. La absorción del femicidio en el parricidio diluye esta especificidad"⁷⁸.

No obstante, el legislador sanciona, con la pena más elevada de nuestro ordenamiento penal, la *muerte dolosa* de quien es o ha sido cónyuge o conviviente del autor, para lo cual exige que el parricida "conozca las relaciones que los ligan".

⁷⁴ Como Costa Rica, Guatemala, México, El Salvador, entre otros.

⁷⁵ Ver Ley N° 20.480 de 18 de diciembre de 2010 que modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia intrafamiliar, estableciendo el "femicidio", aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio. En ella se introducen además el numeral 11 al art. 10 del CP sobre el estado de necesidad general, se modifica un elemento de la violación, se agregan circunstancias agravantes para los delitos sexuales, etc.

⁷⁶ TOLEDO VÁSQUEZ (2009), p. 45.

⁷⁷ SANTIBÁÑEZ TORRES; VARGAS PINTO (2011), p. 205.

⁷⁸ MERA FIGUEROA, Jorge (2009): "Femicidio", En: *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Santiago, p. 55.

A los delitos desarrollados se pueden agregar otros que también regulan aspectos relativos a la discriminación, pero que sólo mencionaremos, tales como: el crimen *apartheid*, los delitos de incitación al odio y a la hostilidad discriminatoria, las injurias discriminatorias, la denegación de prestaciones por motivos discriminatorios, las asociaciones ilícitas con fines discriminatorios, etc.

2. *El bien jurídico: derecho a la no discriminación*⁷⁹.

Como punto de partida traeremos a colación el bien conocido proceso de la *expansión del Derecho penal* que ha marcado la pauta en las últimas décadas. Porque si bien no es objeto de esta investigación abordar el estado actual de dicho fenómeno, sí es relevante indagar sobre las bases que nos permitirán explicar la preferencia de los Estados de tratar penalmente el problema de la discriminación.

La crisis del clásico sistema punitivo garantista⁸⁰ y los crecientes desafíos que la globalización impone (como nuevo marco de ideas), han llevado a los sistemas jurídicos del mundo a plantearse soluciones que se traducen básicamente en la criminalización de las “nuevas conductas”. La tendencia a la creación de nuevos bienes jurídicos-penales, a la ampliación de los espacios de riesgo penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía⁸¹, así como la clara criminalización en el estadio previo a lesiones de bienes jurídicos⁸², cuyos marcos penales aumentan desproporcionalmente sus penas, se comprenden en el fenómeno de la expansión del Derecho penal.

En este sentido, el Derecho penal deja de ser la *última ratio*, y se mantiene la idea de que, para lograr una protección efectiva y preventiva de determinados bienes, pues ésta debe ser necesariamente punitiva. La voluntad política entiende el Derecho penal como la “mano dura” que vendrá a dar respuestas

⁷⁹ Aclaremos desde ya que la denominación “derecho a la no discriminación” la extraímos de POLITOFF en su informe sobre los delitos de discriminación en el derecho penal comparado (POLITOFF LIFSCHITZ (1999), La concepción de que la igualdad o la no discriminación es un derecho equiparable a la categoría de bien jurídico proviene del pensamiento *constitucionalista estricto* que tiende a considerar los derechos fundamentales contenidos en la Carta Magna límites intrínsecos de aquello que el legislador debe criminalizar. Esta tendencia postula la completa adherencia de los objetos penalmente relevantes a los preceptos de la Constitución, como son aquellos que contienen los derechos fundamentales. Sin embargo, y a pesar de coincidir en la importancia que estos derechos significan para la limitación de la intervención punitiva, nos resulta difícil defender la concepción constitucionalista estricta que comentamos, puesto que, de aceptarla, podría llegarse al absurdo de que, en un Estado democrático de Derecho, se prive al legislador de tutelar penalmente bienes carentes de positivación y que nacen espontáneamente del ejercicio democrático, dejando esta labor exclusivamente al poder constituyente. Por otra parte, resulta evidente que no todos los tipos penales existentes encuentran su fundamento en la Carta Magna.

⁸⁰ Ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús – María (2000): “*La insostenible situación del Derecho Penal*”, Prólogo a la edición española. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.) – Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), Granada: Editorial Comares.

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús – María (1999): “*La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, 1ª. Ed., Madrid: Cuadernos Civitas, pp. 17 y 18.

⁸² JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ (2005), “*Derecho penal del enemigo*”, 1ª ed., Buenos Aires: Editorial Hammurabi, pp. 74 y 75.

a las reivindicaciones sociales, emanadas de situaciones de emergencia, pero que hasta el momento no las ha dado.

Ahora bien, más allá de este punto, que ya nos tocará criticarlo, es evidente que, junto con este proceso de criminalización de las “nuevas conductas”, se produzca una especie de posicionamiento del Estado respecto de cierta categoría de personas. Así, la política de “criminalizarlo todo” se ha extendido a la protección de personas que se consideran “débiles” o “en estado de riesgo” de ser víctimas de algún tipo de discriminación: son las mujeres, los menores, las minorías étnicas y sexuales, entre otros.

En este sentido, el argumento que fundamenta la *necesidad de tratar penalmente* la problemática de la discriminación viene dado por el afán de visibilizar el problema y hacerle frente de la manera más dura que la intervención del Estado puede hacerlo. De esta manera se da a entender al conocimiento público la efectividad de la protección dirigida a un grupo vulnerable específico, y se evidencia (y por qué no decirlo, se estigmatiza), dicho y sea de paso, la persecución penal a los autores de este tipo de delitos⁸³.

En cumplimiento de ambos fines la acción punitiva se apoya sobre la protección de bienes jurídicos que ya han sido comprendidos en otros tipos penales, pero que ante la problemática específica que comentamos, han resultado insuficientes.

Sin embargo, según el informe de Politoff sobre los delitos de discriminación en el Derecho penal comparado⁸⁴, la necesidad de protección penal, y no tan sólo la civil, viene dada por cuatro factores: 1) la dificultad de identificar al autor por parte de la víctima; 2) la posición de poder que generalmente ejerce el autor sobre la víctima; 3) los costos y la lentitud del proceso civil que hacen “ilusorio un amparo efectivo del discriminado”⁸⁵; y 4) el carácter preventivo de la violencia que ejerce simbólicamente la represión penal. Para el autor, sólo a través del aparataje punitivo se pueden enfrentar de manera efectiva las conductas criminógenas y discriminatorias.

Ahora bien, cabe preguntarse entonces cuáles son los *bienes jurídicos* en juego que legitiman esta intervención penal. Para POLITOFF las figuras delictivas de discriminación punible tienen su fundamento en el bien jurídico del “derecho a la no discriminación”, el que sirve como correlato de los principios de *dignidad e igualdad* del ser humano:

La *igualdad*, entendida como principio normativo que se ocupa del “como deberían ser las cosas”, no es más que “no discriminación y no discriminación es simplemente la cancelación de ciertos rasgos

⁸³ De acuerdo a este afán que explicamos, los autores de los delitos de discriminación (como el parricida celópata, el violador, el genocida) constituyen parte importante en la estrategia del legislador de generar la sensación de que se está recogiendo el sentimiento popular de castigar este tipo de conductas. Dichos autores se posicionan como lejanos al ordenamiento jurídico y, por tanto, como enemigos de la sociedad, como individuos peligrosos sobre los cuales ninguna política de persuasión o rehabilitación hace efecto. Sobre el particular ver ZAFFARONI E., Raúl (2006): “*El enemigo en el Derecho penal*”, 1ª ed., Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, comercial, industrial y financiera.

⁸⁴ POLITOFF LIFSCHITZ, (1999), pp. 193 – 213.

⁸⁵ POLITOFF LIFSCHITZ, (1999), p. 212.

como razones relevantes para la diferenciación normativa⁸⁶, tales como el sexo, raza, clase social, nacionalidad, etc.

Y *dignidad*, según la precisó MAIHOFER, como el hecho que, visto negativamente, consiste “en lo inadmisibles de hallarse entregado un hombre al poder o al arbitrio de otro u otros hombres... [Es] la pérdida de uno mismo y del mundo, [...] el total avasallamiento de un ser humano por otro, [...] el sentimiento de degradarse de sujeto a objeto para cumplir únicamente los fines de otro”⁸⁷.

En este sentido la idea de igualdad y dignidad se encuentran estrechamente relacionadas, ya que la última viene precisamente a demostrar la igualdad entre todos los seres humanos. O como señalaba Kant, “y así el hombre entra a participar en la igualdad de todos los seres racionales, cualquiera que fuere su rango; igualdad por lo que se refiere a ser un fin y a la estimación por los demás como tal y a no poder ser utilizado como mero medio para los fines de otros”⁸⁸.

Sobre la base de estos bienes, pero considerando la afectación de otros, diversos cuerpos punitivos han reconocido los delitos de discriminación, tales como Código Penal francés, alemán, holandés y español⁸⁹, por mencionar algunos. A estos cabe agregar importantes instrumentos internacionales que protegen el principio de igualdad entre las personas, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial que obliga a los Estados a castigar penalmente toda conducta, incitación o difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial⁹⁰.

⁸⁶ ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra; AGUILERA BERTUCCI, Daniela; VÁSQUEZ BRAVO, Andrea (2007): “*Lejos del poder. Hacia una implementación de una ley de cuotas en Chile*”, En: *Revista de Derecho*, Valdivia: Universidad Austral de Chile, vol. XX N° 2, p. 16.

⁸⁷ MAIHOFER, Werner (2008): “*Estado de Derecho y Dignidad Humana*”, Buenos Aires-Montevideo: B de f, traducido por José Luis Guzmán Dalbora, p. XIII.

⁸⁸ MAIHOFER, Werner (2008), p. XIV, citando a KANT.

⁸⁹ El **CP Francés**, en su Capítulo V “de los atentados contra la dignidad de la persona”, Sección 1: “de las discriminaciones”, considera los delitos de negación de prestación, servicio o contratación y obstaculización de actividad económica por razones discriminatorias (artículo 225-2). Además castiga la discriminación cometida por persona depositaria de autoridad (artículo 432-7) y el crimen de Genocidio (artículo 211-1). Asimismo, la Sección Séptima del **CP Alemán** sobre los “hechos punibles contra el orden público” sanciona los delitos de incitación al odio en contra de un grupo nacional, racial, religioso o étnico, denominado como “amotinamiento del pueblo” (§ 130) y el genocidio (§ 220a). El **CP Holandés**, por su parte, sanciona los delitos de incitación a la discriminación en público (art. 137d), la ofensa discriminatoria (art. 137c) y la discriminación por quien ejerce cargo público, profesión u empresa (art. 137g y 429). Finalmente, el **CP Español** reconoce los delitos de genocidio (art. 607), amenazas para atemorizar a un grupo étnico (art. 170); provocación a la discriminación contra grupos o asociaciones (art. 510) o la realizada por medios de publicidad (art. 510.1); discriminaciones en el empleo (art. 314); asociaciones ilícitas que promuevan la discriminación (art. 515.5º), etc.; además de la circunstancia agravante del art. 22.4ª que consiste en cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación [...]. Sobre estas disposiciones ver GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2011), “*Comentarios al Código Penal*”, adaptado a la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010 con entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010, 2ª ed., Lex Nova, España.

⁹⁰ Pueden agregarse otros textos internacionales como: *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*; *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*; *Conferencia Mundial contra el Racismo, la*

En todos ellos, se hace referencia de alguna u otra forma a los *efectos o resultados de la conducta discriminatoria*, mas no a la motivación del autor⁹¹.

En todos, por lo demás, se manifiesta la idea de rechazo a la desigualdad o discriminación injusta o arbitraria, por un lado, pero persistiendo en el razonamiento de que puede haber un trato desigual para quienes se encuentran en situación de desigualdad, por otro⁹². De aquí es entonces el favorecimiento y consideración penal en orden a tipificar las conductas que atenten a determinados grupos de personas.

3. *Respuesta a nuestra pregunta: Fundamentos que determinan el (igual o mayor) grado de antijuricidad material.*

Vistos los argumentos que fundamentan la criminalización de los actos de discriminación, es preciso analizar críticamente los argumentos expuestos, vistos desde la teoría clásica del bien jurídico presentada en el primer capítulo, para determinar el igual o mayor grado de antijuricidad material en dichos actos.

En primer lugar, es importante destacar la correcta reacción de la comunidad internacional en orden a visibilizar e incluso conceptualizar el problema de los actos de discriminación. Coincidimos en que dichos actos pueden, en determinado momento, generar importantes manifestaciones de violencia en contra de grupos que claramente pueden catalogarse de “vulnerables” o situados en un contexto de “desventaja”.

En segundo lugar, compartimos la exigencia que se hace “al Estado de corregir las desigualdades injustas mediante –si es necesario– otras desigualdades de naturaleza compensatoria”⁹³. Adherimos a la idea de que “una desigualdad se convierte en instrumento de igualdad, por el simple motivo de que corrige una desigualdad precedente”⁹⁴.

Sin embargo, a estas alturas ya es importante preguntarse: ¿constituye realmente el “derecho a la no discriminación” un bien jurídico que justifique aumentar la pena del autor que lo vulnera? Además ¿existe una verdadera necesidad penal que fundamente la creación de nuevos tipos que castiguen los actos discriminatorios? ¿Es el Derecho penal el encargado de responder al problema de la discriminación? Y

Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; entre otros.

⁹¹ Esto queda claramente manifestado en el concepto de discriminación que entrega la Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, y según la cual “se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga *por finalidad o por efecto* destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza [...]”.

⁹² Sobre la diferencia entre la igualdad por equiparación y la igualdad por diferenciación ver ZÚÑIGA FAJURI; AGUILERA BERTUCCI; y VÁSQUEZ BRAVO, (2007) pp. 16 – 22.

⁹³ ZÚÑIGA FAJURI; AGUILERA BERTUCCI; y VÁSQUEZ BRAVO, (2007), p. 19.

⁹⁴ ZÚÑIGA FAJURI; AGUILERA BERTUCCI; y VÁSQUEZ BRAVO, (2007), citando a BOBBIO.

según esto ¿cómo debería, en definitiva, graduar el juez la pena del autor que atentó contra la víctima llevado por una finalidad discriminatoria?

Al respecto hemos dicho que el derecho a la no discriminación no es más que la faz negativa de la igualdad, la cual se fundamenta, al igual que otros derechos humanos, en la idea de la *dignidad de la persona*.

Y antes de indagar sobre el “derecho a la no discriminación”, es preciso hacer una aclaración: La dignidad de la persona suele confundirse con aquello que posibilita su materialización, vale decir, los bienes jurídicos. El concepto de dignidad humana no es jurídico, sino filosófico, pero que, sin embargo, sirve de apoyo y fundamento a varias instituciones jurídicas como la de la igualdad. Así, “la violación a la dignidad humana [...] no se produce por la amenaza o el daño de uno u otro de los bienes jurídicos que interesan a todo ser humano, sino por la destrucción de una nota o atributo del ser humano en cuanto tal, la misma que es fuente de aquellos bienes, aunque no se confunda con la suma de éstos ni menos con uno u otro de ellos en particular”⁹⁵. De ahí que desde ya hacemos la aclaración de no considerar la dignidad de la persona un bien jurídico comprendido en los tipos que comentamos⁹⁶.

Dicho esto, cuestionaremos la calificación de la *igualdad* (o el derecho a la no discriminación) como bien jurídico protegido por las normas penales antidiscriminatorias. Pues según el *estándar* mencionado precedentemente –y el cual deben satisfacer los bienes jurídicos– dicha calificación no sería correcta.

Precisaremos que el rechazo a admitir la igualdad como bien protegido por los tipos antidiscriminatorios no proviene de la falta de adecuación social o de la poca claridad o comprensión que dicho bien pudiera significar en su calificación; a pesar de la “política criminal moderna y divagadora [que tiende a] la utilización de bienes jurídicos vagos y demasiado generalizadores”⁹⁷.

Sino que la igualdad carece de aquello que simple e irrenunciablemente puede justificar la intervención del Estado en la libertad de las personas, que es el *real merecimiento de la pena o la necesidad de tratar penalmente un conflicto social*.

Como sabemos el Derecho penal no tiene la misión de proteger todo aquello que es posible de ser lesionado. Porque si así fuera, cualquier persona quedaría al alcance de la legislación penal de emergencia, ya que lo realmente útil es la seguridad de un Estado protector de todo aquello posible de lesionar. El Derecho penal, en este sentido, debe proteger lo que es realmente necesario proteger y siempre como *ultima ratio*, vale decir, cuando no sea posible hacerlo al amparo de otra rama del ordenamiento jurídico.

⁹⁵ MAIHOFER, (2008), p. XIV.

⁹⁶ Al contrario de tal consideración, los españoles reconocen en diversas disposiciones penales actos contrarios a la integridad moral y a la dignidad de la persona, afirmando que éstos son los bienes jurídicos afectados. Para mayor abundamiento, véase SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso (2007), “*Derecho penal. Parte especial*”, 12ª ed., Madrid: Dickinson, pp. 190 y ss.

⁹⁷ HASSEMER, “(2007), p. 96.

O dicho más directamente, “la misión del Derecho penal no es otra que la protección de bienes jurídicos, esto es, aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en Sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública”⁹⁸. En efecto, si no existe bien jurídico protegido, pues la intervención del Estado en la libertad de conducta del individuo no estaría legitimada.

Dicha concepción del *ius puniendi* proviene justamente del entendimiento sobre la limitación negativa que los derechos humanos ejercen sobre él; principalmente de la garantía de proporcionalidad que significa un “principio de legitimación prospectiva conforme a la racionalidad de los fines, que incluye el examen de la adecuación y necesidad de la pena como medio de control social, y la preponderancia del fin de protección respecto de su naturaleza y cuantía”⁹⁹.

Aceptar que la igualdad entre las personas (o el “derecho a la no discriminación”) es un bien jurídico-penal relevante, implica en primer lugar, asegurar la tendencia de que el Derecho penal es la única –entre todas– herramienta eficiente de la que se dispone para solucionar los problemas de carácter social. Como bien precisa Silva Sánchez, “no es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales”¹⁰⁰.

En segundo lugar, significa afirmar el carácter netamente preventivo de las disposiciones que prohíben los actos discriminatorios. Es decir, además de querer dar cuenta de una situación de desventaja, al parecer invisible¹⁰¹, se busca prevenir, mediante la penalización de algunos individuos, la realización de conductas discriminatorias. Como atribuyendo “a la pena el *único* fin de la prevención de los delitos futuros, protegiendo la mayoría no desviada, y *no* el de la prevención de los castigos arbitrarios o excesivos, tutelando la minoría de los desviados y de todos aquellos considerados en esta categoría”¹⁰².

Dicho razonamiento, atenta precisamente contra la dignidad del individuo –que es aquello que sirve de fundamento a la institución jurídica de la igualdad– pues lo trata “como simple medio para conseguir una ventaja social que es deliberadamente manipulada por los órganos que producen y aplican [el] Derecho”¹⁰³.

Por último (y lo más importante), atribuir a la igualdad el carácter de bien jurídico implica aceptar que los supuestos de violencia contra determinado grupo de víctimas no se encuentran acogidos por los tipos penales existentes, o que estos simplemente no resultan suficientes ante los nuevos desafíos de

⁹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich (1981), “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, Vol. 1º, Bosch, Barcelona, traducción y ediciones realizada por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde del original “*Lehrbuch des Strafrechts*”, p. 9.

⁹⁹ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2007): “*Derechos fundamentales y Derecho penal*”, En: *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 9, p. 48.

¹⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, (2000), p. 19.

¹⁰¹ Tanto los tipos de genocidio, de persecución y el femicidio se generaron como consecuencia de actos imperceptibles (en el sentido de nuevos y no regulados por el ordenamiento jurídico) y despreciables a la vez.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi (1995), “*El Derecho penal mínimo*”, en *Prevención y teoría de la pena*, Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., dirigido por Juan Bustos Ramírez, p. 34.

¹⁰³ MAIHOFFER, (2008) p. XIV.

criminalidad que imponen los últimos tiempos. Nos preguntamos entonces ¿son idóneos acaso, los tipos y las penas actuales que protegen la vida o la integridad física de las personas, para proteger la vida e integridad física de los grupos afectados por estos actos discriminatorios?

Creemos que la respuesta es positiva. La necesidad del legislador penal de proteger a determinado grupo de víctimas no proviene del hecho de que el acto merezca de una pena mayor, sino de un interés político de hacer entender en la población de que se está atacando de la manera más dura un problema catalogado de “insostenible”, por un parte; y de la incapacidad de resolver en otras sedes problemas estrechamente relacionados con la estructura de un sistema social, por otra. Si, efectivamente los tipos de homicidio o lesiones no han resultado aptos o eficientes para sancionar actos contra los grupos discriminados, pues el problema se erradica en ámbito cultural, educacional o inclusive procesal-penal, mas no en sede penal.

Ya lo señalaba Toledo Vásquez a propósito de la violencia contra las mujeres, la ley que sanciona el femicidio “probablemente no permitirá reducir la tasa de estos delitos, como ninguna ley penal lo hace. Al parecer la única posibilidad de que estas cifras se reduzcan se relaciona con la más diligente actuación en los casos de violencia que aún no constituyen femicidio”¹⁰⁴.

Visto así, cómo se debería entonces determinar la pena en razón del grado de antijuricidad material. Pues bien, partiremos de la base cuantitativa de la graduación del injusto mencionada anteriormente, y que indica que resulta más gravoso el acto pluriofensivo que aquel que sólo afecta sólo un bien jurídico. Bajo este prisma, podría pensarse que al responsable de los delitos de genocidio, persecución o femicidio, le puede ser atribuido una pena mayor –que la de un delito común– pues, además de afectar la vida o la integridad corporal de la víctima, vulnera el principio de la dignidad mediante la violación del bien jurídico de la igualdad (o el “derecho a la no discriminación”) comprendidos en dichos tipos.

Sin embargo, ya hemos manifestado que representa un error valorar la igualdad como un bien jurídico, debido a la falta de necesidad de tratar penalmente el problema de la discriminación. De manera tal, que la graduación de la pena sólo puede ser determinada en razón de la mayor o no afectación a los “verdaderos” bienes jurídicos protegidos por la norma penal específica.

Y planteada la cuestión en tales términos ¿cómo respondemos entonces a la inquietud de visualizar, sancionar y prevenir las conductas discriminatorias señalada precedentemente? Pues, en primer lugar, adoptando “políticas públicas destinadas a reestructurar los estereotipos sobre el rol de las mujeres [grupos étnicos, naciones, sexuales, etc.] en la sociedad y promover la erradicación de patrones socioculturales discriminatorios”¹⁰⁵; y en segundo lugar, individualizando, deteniendo, procesando, juzgando, condenando y haciendo cumplir la pena a quienes cometen delito comunes, como el homicidio, las lesiones, etc.¹⁰⁶.

¹⁰⁴ TOLEDO VÁSQUEZ, (2009), p. 50.

¹⁰⁵ MERA FIGUEROA, (2009), p. 54.

¹⁰⁶ ZAFFARONI E., (2006), p. 182.

IV. CONCLUSIONES

1. Las normas jurídicas no son meros mandatos coactivos, sino exigencias que deben ajustarse a las necesidades y valoraciones de orden social. En este sentido, no basta con la sola contradicción de la conducta del autor con el Derecho en su conjunto (antijuricidad formal), sino que se requiere, además, que aquella lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos protegidos en dicha norma (antijuricidad material).
2. La antijuricidad material dice relación con “un daño para la comunidad que justifica la caracterización del delito como comportamiento socialmente dañoso”¹⁰⁷. Dicho comportamiento puede verse exigido, en ciertos casos, por un *elemento subjetivo del injusto*, que es aquel que va a determinar el carácter antijurídico del mismo.
3. En un Estado inspirado en servir a las necesidades de la comunidad y en respetar las libertades y garantías mínimas del individuo, la actividad valorativa de elevación de entes a la categoría de bienes jurídicos debe ser congruente con el carácter materialmente antijurídico de la conducta que los afecta.
4. En la determinación de los bienes jurídicos se debe cumplir un estándar mínimo, que significa, especialmente, tener al Derecho penal como *última ratio* para resolver un conflicto social. Así, la pena sólo es merecida cuando el castigo resulta imprescindible (principio de subsidiariedad del Derecho penal).
5. El problema de la discriminación ha sido enfrentado en sede penal por diversos legisladores nacionales y también por la comunidad internacional. Se cree que el poder punitivo es el único medio eficaz para visibilizar, prevenir y sancionar los actos discriminatorios. En este contexto, los delitos de genocidio, persecución, femicidio, entre otros, han basado su legitimación en considerar la igualdad (o el derecho a la no discriminación) el bien jurídico protegido por tales tipos.
6. La igualdad, como manifestación de la idea de dignidad humana, no puede calificarse como bien jurídico, pues, el problema que busca resolver –la discriminación– carece del elemento de merecimiento de pena. Es decir, no resulta necesario o imprescindible tratarlo penalmente. Dicho fenómeno debe resolverse en sede distinta a la penal, puesto que ésta ya regula los supuestos de homicidio, lesiones, etc.
7. Suele confundirse la necesidad de cambiar las estructuras sociales y de generar políticas públicas que disminuyan el grado de violencia provocada por finalidades discriminatorias, con la necesidad efectiva de tratar penalmente (es decir, con la posibilidad de intervenir en la libertad de las personas) los conflictos sociales.

¹⁰⁷ JESCHECK, (1981) p. 316.

8. El Derecho penal no es apto para erradicar la violencia por discriminación; pero sí lo es para enfrentar todo tipo de violencia, sea o no motivada por un ánimo discriminatorio.

9. Por lo anteriormente expuesto, no existe mayor grado de antijuricidad material en aquellos casos en que el autor hace elección discriminatoria de su víctima, pues no hay otro bien jurídico que esté lesionando además de los ya protegidos por los tipos penales comunes. Razón por la cual no debería, por este criterio, aumentarse su pena.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___BARATTA, Alessandro (2004): “*Criminología y sistema penal*”, Montevideo-Buenos Aires: B de f.

___BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2007): “*Derechos fundamentales y Derecho penal*”, En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9, Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile

___BINDING, Karl (2009): “*La culpabilidad en Derecho penal*”, traducido por Manuel Cancio Meliá del original “*Die Schuld im deutschen Strafrecht*”, Montevideo-Buenos Aires: B de f.

___BIRNBAUM, Johann Michael Franz (2010): “*Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*”, traducido por José Luis Guzmán Dalbora del original “*Ueber das Erfodernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besondere Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*”, Valparaíso: Edeval.

___BUSTOS RAMÍREZ, Juan (2005): “*Obras completas*”, Vol. 1 “Derecho penal: parte general”, Lima: ARA Editores.

___CÁRDENAS ARAVENA, Claudia (2010): “*La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la Ley N° 20.357*”, En: *Revista de derecho (Valdivia)*, vol.23, n° 2, Valdivia.

___DEL VILLAR B., Waldo (1962): “*La antijuricidad*”, Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso, Valparaíso: Universidad de Chile.

___FERRAJOLI, Luigi (1995): “*El Derecho penal mínimo*”, En: *Prevención y teoría de la pena*, dirigido por Juan Bustos Ramírez, Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda.

___GARRIDO MONTT, Mario (2005): “*Derecho penal, Parte general: Nociones fundamentales de la teoría del delito*”, Tomo II, 4ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

___GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2011): “*Comentarios al Código Penal*”, adaptado a la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010 con entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010, 2ª ed., España: Lex Nova.

___GUZMÁN DALBORA, José Luis (1993): “*Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la Teoría de Max Ernest Mayer*”, En: *Revista de Derecho penal y Criminología*, Separata, Madrid, N° 3.

___GUZMÁN DALBORA, José Luis (1993): “*Exposición y crítica de una reducción del Derecho penal*”, En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, N° 11.

___HASSEMER, Winfried (1989): “*Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*”, En: *Revista Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Revista trimestral, dirigida por Ricardo C. Núñez.

___HEFENDEHL, Roland (2007): “*¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*”, En: *La teoría del bien jurídico*, por, versión española, VV.AA, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

___HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2006): “*Lecciones de Derecho penal, Parte general*”, Madrid: Editorial Trotta.

___JAKOBS, Günther; CANCIO, Meliá (2005): “*Derecho penal del enemigo*”, 1ª ed., Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

___JESCHECK, Hans-Heinrich (1981): “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, Vol. 1º, Bosch, traducción y ediciones realizada por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde del original “*Lehrbuch des Strafrechts*”, Barcelona.

___MAIHOFER, Werner (2008): “*Estado de Derecho y Dignidad Humana*”, traducido por José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires-Montevideo: B de f.

___MERA FIGUEROA, Jorge (2009): “*Femicidio*”, En: *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Santiago, [en línea; formato PDF], [fecha de consulta: 01/12/2012], Disponible en:
<http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/files/Tipificar%20el%20femicidio%20un%20debate%20abierto.pdf>.

___MIR PUIG, Santiago (2004): “*Valoraciones, normas y antijuricidad penal*”, En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-02, [en línea; formato PDF], [fecha de consulta 01/10/2012], Disponible en:

<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf>.

___MUNÉVAR M., Dora Inés (2012): “*Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género*”, En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2012, 14, (1), [en línea; formato PDF], [fecha de consulta 15/09/2012] Disponible en:

http://www.sci.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792012000100006&lng=es&nrm=iso.

___POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (1999): “*Informe sobre los delitos de discriminación en el derecho penal comparado (a la luz del Proyecto de Ley sobre discriminación racial y étnica (Boletín N° 2142-17)*”, En: *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Vol. 5, N° 002, Red AL y C, Talca.

___POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (2010): “*Estudio Necrológico o la perseverancia creadora de una vida emigrante*”, En: *Revista de Estudios de la Justicia*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 12.

___POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (2008), “*Los elementos subjetivos del tipo penal*”, 2ª ed., B de f, Montevideo- Buenos Aires.

___POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (2006): “*Lecciones de Derecho penal chileno: parte general*”, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

___ORTIZ QUIROGA, Luis (2002), “*Texto y comentario del Código Penal chileno*”, Tomo I, Libro primero-Parte general, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

___SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena; VARGAS PINTO, Tatiana (2011): “*Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)*”, En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 38, N° 1, Santiago.

___SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAILLO, Alfonso (2007): “*Derecho penal. Parte especial*”, 12ª ed., Madrid: Dikinson.

___SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1999): “*La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, 1ª. Ed., Madrid: Cuadernos Civitas.

___SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2000): “*La insostenible situación del Derecho Penal*”, Prólogo a la edición española, Editado por Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Granada: Editorial Comares.

___SILVA SILVA, Hernán (1995): “*El delito de Genocidio ante el Derecho penal y el Derecho internacional público*”, En: *La dignidad de la persona*, Jornadas Chilenas de Derecho Público, vol. 3, Valparaíso: Edeval.

___TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí (2009): “*Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas pendientes*”, En: *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Santiago, [en línea; disponible en PDF], [fecha de consulta 01/10/2012], Disponible en: <http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/files/Tipificar%20el%20femicidio%20un%20debate%20abierto.pdf>.

___WERLE, Gerhard (2005): “*Tratado de Derecho penal internacional*”, traducido por Claudia Cárdenas Aravena, María del Pilar Díaz Pita y otros, Valencia: Tirant lo Blanch.

___ZAFFARONI E., Raúl (2008): “*Observaciones sobre la delincuencia por odio en el Derecho Penal argentino*”, En: *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Madrid: Edisofer S.L.

___ZAFFARONI E., Raúl (2006): “*El enemigo en el Derecho penal*”, 1ª ed., Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, comercial, industrial y financiera.

___ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra; AGUILERA BERTUCCI, Daniela; VÁSQUEZ BRAVO, Andrea (2007): “*Lejos del poder. Hacia una implementación de una ley de cuotas en Chile*”, En *Revista de Derecho*, Valdivia: Universidad Austral de Chile, vol. XX N° 2.

LEGISLACIÓN UTILIZADA

___Código Penal Chileno.

___Código Penal Español.

___Código Penal Alemán.

___Código Penal Francés.

___Código Penal Holandés.

___Ley chilena N° 20.480 de 18 de diciembre de 2010 que modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia intrafamiliar, estableciendo el “femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio.

___Ley chilena N° 20.609 de 24 de julio de 2012 que establece medidas contra la discriminación.

NORMAS INTERNACIONALES

___Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza.

___Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

___Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

___Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia.

___Convención para la Prevención y Sanción del crimen de Genocidio.

___Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

___Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

___Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

___Declaración Universal de Derechos Humanos.

___Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

___Elemento de los Crímenes de la Corte Penal Internacional.

EL ABOGADO: BREVE RESEÑA DE SU EVOLUCIÓN Y CARACTERÍSTICAS

*Ricardo Loyola Loyola**

RESUMEN: *El desarrollo del oficio de abogado se vincula directamente con la evolución social y el mantenimiento de la paz y cordura de los integrantes de los conglomerados humanos, previniendo el uso de la fuerza y la violencia en la resolución de sus conflictos. Labor esencial es la defensa y búsqueda de la justicia para sus clientes o patrocinados por caridad.*

Una profesión tan ligada a la raíz y sentimientos humanos va desarrollándose junto con estos, que poco a poco le van dando espacio, valoración y en suma, un estatuto propio que lo moldeará para el devenir. Un repaso de la historia y la esencia del ser abogados se hace necesario desde los primeros textos y grupos sociales que conocieron de este oficio hasta los hispánicos que sentaron la base de nuestra idiosincrasia nacional y continental.

PALABRAS CLAVES: *Abogado – Justicia – Procurador – Audiencia – España – Indias - Roma*

ABSTRACT: *The development of the profession of lawyer is directly linked to the evolution of society and the maintenance of peace and sanity of the members of the clusters, preventing the use of force and violence in the resolution of their conflicts. Essential task is the defense and pursuit of justice for their clients or sponsored charity.*

A profession as linked to human feelings will root and develop along with these, which gradually are giving him space, valuation and has a specific statute that mold to the future. A review of the history and the essence of law and is necessary from the earliest texts and social groups who knew of this office to Hispanics who laid the foundation of our national character and continental.

KEYWORDS: *Lawyer - Justice - Attorney - Hearing - Spain - India - Roma*

I. INTRODUCCIÓN

La defensa de los individuos ante estrados, el cultivo de la ciencia del derecho, la doctrina, el pensamiento jurídico es un campo en el cual se desenvuelve una tipología de estudiosos que la historia ha denominado “abogados” o *advocātus* en su locución latina más antigua. Comúnmente los diccionarios tradicionales lo han definido como aquel licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico¹, sin embargo a nuestro modo de ver el *advocātus* es mucho más que aquello y la sola reducción del término a la defensor y/o asesoramiento en cuestiones de derecho no parece ser adecuada, ya que este personaje debe ser un ser pensante no un simple ejecutor y tras su defensa, tras su consejo, debe y es necesario que realice un ejercicio de reflexión

*Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso. Presidente de la Sociedad de Historia y Geografía de la Provincia de Marga-Marga. Correo electrónico: ricardo.loyolal@gmail.com

¹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA: vigésima segunda edición.

que le lleve a interpretar, pensar, reformar, complementar, activar y en suma actualizar la norma o el derecho frío existente en la cultura o letras que lo contienen, para llegar este efecto en la comprensión de la profesión daremos un repaso por la evolución histórica de la misma y sus definiciones a través del devenir de los tiempos.

II. CONCEPTOS BREVES Y CLAVES

Para comenzar daremos un vistazo a una definición muy activa del jurista francés Dupin, corregida por Pablo Campos Carballar, la cual fue expuesta a comienzos del siglo XIX, en esta señala que el abogado es un hombre de bien, versado en la jurisprudencia y en el arte de hablar bien; que concurre a la administración de la justicia, ora ayudando con sus consejos a los que han recurrido a él, ora defendiendo en juicio sus intereses de viva voz o por escrito, ora decidiendo por sí mismo sus diferencias cuando las han sometido a su conocimiento². Esta definición más galante nos muestra un profesional más intelectual y menos *máquina*, ya que piensa y tiene ciertas virtudes que le hacen ser digno de cierta nobleza, ya que para su buen desempeño necesita poseer cualidades sobresalientes.

El origen de la profesión, vemos desde ya está cargado con estos conceptos morales, según Domat nuestra sociedad en sus prístinos albores, manifiesta un estatus de igualdad en cuanto a las necesidades y naturalezas de los individuos, como tal no existe diferencia entre cada uno, no siendo ninguno superior al otro o dependiente de un tercero, la igualdad natural se refleja en las necesidades por medio de la cual a cada uno se le da derecho a los objetos que ha criado Dios para satisfacerlas. Sin embargo, la sociedad no pudo tolerar por mucho tiempo esta completa igualdad, por lo cual Dios estableció una superioridad y dependencia tanto natural como civil, la primera manifestada en las relaciones de familia entre progenitores y descendientes, la segunda entre el soberano y sus súbditos, así como de los jueces sobre los particulares, todo esto con el fin de contener y amalgamar a la multitud.

La superioridad de uno sobre otros se manifiesta claramente en el hecho que Dios repartió de forma dispar los bienes, creando diversas condiciones, lo que hace que la colectividad se mantenga sumisa en la obediencia, contribuyendo de esta forma a que los que están sobre los otros, se contengan dentro de los límites de la moderación, atendido su estado natural, que los constituye como iguales ante la multitud. Este ordenamiento social resulta clave para reprimir el deseo de dominar y el de poseer, ambos son perniciosos y provocan conflictos; el deseo de dominar viola la igualdad natural y la dependencia establecida por Dios y el de poseer produce disputas, riñas y muertes; generando ambos los más grandes campos fértiles de injusticias que quebrantan el orden de la sociedad civil, momento en el cual debe intervenir la magistratura y los letrados o el abogado. Los pleitos que surgen de toda esta debacle pueden solucionarse de dos formas, la primera es acudiendo a los jueces con el respeto y sinceridad que le deben a su Creador, para lo cual no hubiese sido necesaria la presencia de un abogado; la otra forma es la contraria, exacerbado por las pasiones que incentivaron a cometer excesos, violencias y, en suma, a litigar,

² CAMPOS CARBALLAR, Pablo (1842): *“La abogacía o el arte del abogado”*, p. 2.

los individuos comienzan a faltar el respecto a la autoridad judicial, desconociendo su deber de sinceridad para ante la justicia, alterando lo hechos como una forma de ganar algo que no se puede por la fuerza. En este último escenario se hace necesaria e imprescindible la labor de los abogados, quienes en los tribunales introducen la moderación de la verdad, extirpan los arrebatos escandalosos y moderan la defensa propia y visceral del litigante, despojando estas de las pasiones.

Ahora otra causa o necesidad de la abogacía, nace también de la infinidad de leyes, las cuales dificultosas y oscuras, impiden a los particulares defenderse por si mismos con el solo buen sentido y buena fe, ni aún en muchos casos les permite llegar a conocer la justicia de sus propios intereses; para esto se hizo necesario contar con personas instruidas en la interpretación de los preceptos legales, necesitando allí a los abogados.

Esto último es producto de la evolución, desarrollo que nos lleva razonablemente a concluir que en un comienzo no existieron abogados, dado lo sencillo del acontecer cotidiano e interactuar de las personas, sin embargo, según se va complejizando la sociedad se necesita del intelecto de un tercero para defender sus pretensiones y ese intelecto se vuelve pensante, agente modificador y actualizador de las normas que a diario ocupa su colectivo.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA PROFESIÓN. ANTIGÜEDAD A ROMA

Como hemos observado, al tornarse la sociedad más compleja, aparece y se hace necesaria la labor del abogado en ésta. Desde los prístinos años de organización humana se intentó arreglar de alguna manera los problemas entre partes y conservar el orden restableciendo el statu quo o normalidad indispensable para el buen desenvolvimiento político y civil de un conglomerado.

Un breve repaso a través de la historia universal nos mueve a observar que el pueblo egipcio por ejemplo, escogía para solucionar sus conflictos del universo de su reino treinta varones, quienes conformarían los juzgados, en estos no se empleaban abogados o profesionales similares, sino que el actor y el reo, por escrito o de palabra, planteaban los motivos de su debate, buscando cada uno con sus argumentos convencer al juez, sin las audacias y artes propias de la abogacía³.

Por su parte, los judíos, en tiempos de Moisés, no conocían tampoco este tipo de defensa profesional, las defensas ante los sistemas judiciales existentes eran realizadas, ya sea, personalmente, por parientes o amigos⁴, sin embargo, entre ellos existían algunos sabios con un empleo muy parecido al de los abogados, pues resolvían dificultades y dudas que se suscitaban entre el bajo pueblo sobre algún punto de la vida jurídica tradicional, por su labor no recibían

³ DE BOVADILLA, Castillo (1649): *Política para Corregidores y Señores Vasallos en tiempos de paz y de guerra*, Tomo II, Madrid, p. 339.

⁴ Un símil llega a existir en Chile en algunos juicios llevados a cabo ante nuestro máximo tribunal, para mayor claridad puede examinarse el juicio que sigue Petronila Valencia contra su hermana Antonia Valencia sobre la validez de un contrato de venta de unas tierras en Quilpué, jurisdicción del partido de Quillota 1818-1822, ARCHIVO DE LA REAL AUDIENCIA: Volumen 1409, Pieza 3°.

más que una recompensa de parte de los diezmos y se consideraban como miembros del cuerpo de oficiales de justicia, llegando muchas veces a ocupar alguna plaza en la judicatura. Iguales categorías de sabios tuvieron los caldeos, babilonios y persas.

Sin embargo, quizás el primer pueblo que vio nacer el ejercicio de la profesión a que nos avocamos fue el griego, cantera inagotable de sabiduría, dio a luz entre sus muchos personajes a Pericles quien es considerado el primero en usar la elocuencia en el ejercicio de la abogacía. Luego se introdujo la costumbre, tanto en el Areopago de Atenas cuanto en los otros tribunales de Grecia, de hacerse asistir en los juicios por oradores famosos a fin de dar más firmeza a las acusaciones o defensas planteadas; de esta forma fue Antiphon el primero que compuso, para algunos de sus conciudadanos, oraciones que ellos pronunciaban para sostener su derecho en juicio, lo mismo hicieron Lisias, Isócrates y Demóstenes, aunque muchas veces ellos mismos pronunciaban sus oraciones⁵.

Es interesante detenerse un minuto ante la realidad griega, un pueblo que nos ha legado importantes enseñanzas históricas, científicas y filosóficas, fue también el responsable de organizar los requisitos para estos primeros abogados u oradores por medio de la legislación de Dracón y Solón, en la cual se estableció que para ser orador era preciso ser libre, relegándose de la profesión a los esclavos que no podían optar a un empleo considerado noble y de gran fama, no podían serlo tampoco los infames entendiéndose por tales a los que hubiesen faltado el respeto a sus padres, los que rehusaren defender a la patria o no quisieren aceptar un cargo público, los que hacían actos de comercio torcidos a las buenas costumbres, los que habían disipado su fortuna personal o heredada, los que administraban rentas públicas salvo que rindiesen cuenta detallada de su administración con anticipación. Existía finalmente una importante prohibición hacia las mujeres, quienes no podían acceder a los oficios del foro en razón al pudor que conviene tener en razón de su sexo.

El modelo griego fue la base del romano, tras el cual se organizó el mayor imperio y se asentó el sistema jurídico más antiguo que aún continúa rigiendo. Desde su más prístina organización los *patres* se organizaron algunos en el senado y otros como defensores de los plebeyos, ejerciendo gratuitamente su ministerio a favor de una persona de más baja condición y que más tarde evolucionara a una oprimida en el foro a la cual patrocinará, denominándose defensores patronos. El término patrono se ocupó puesto que pasaban a tener el lugar de los padres respecto a los clientes, lo cual significaba que estos debían tenerle el mismo respeto que tienen los hijos respecto a su progenitor, los esclavos a su señor y los libertos a los que le concedieron dicho beneficio.

Entre patrono y cliente existía una serie de derechos y deberes que eran diferentes para cada uno, convirtiéndose en una estrecha relación que sobrepasaba los límites de una meramente profesional, situación que no pareció sostenerse en el tiempo, más aún tras el cambio de los reyes por la República, en este período los clientes o necesitados de defensa dejaron de preferir a los

⁵ CAMPOS CARBALLAR (1842), p. 5 y ss.

patronos y recurrieron a los oradores titulares, quienes muy pronto desplazaron con su elocuencia a los antiguos defensores de la ciudadanía.

Estos nuevos defensores, los oradores, tenían estudios sobre jurisprudencia lo que a la vez los convertía en grandes jurisconsultos, tal es el caso de Cicerón, sin embargo, al decir jurisconsultos no debemos confundirlos con los prudentes, quienes tenían como función interpretar el derecho, pero con conclusiones que tenían fuerza de ley y obligaban a la magistratura. Vale destacar que sus conclusiones, así como las leyes, fueron en una primera época secretas y desconocidas para el pueblo, lo cual no cambió sino hasta que Flavio Scriba las expuso a todos quienes quisieren instruirse de sus derechos.

En un comienzo, quedando establecido de manera formal en la ley de las XII Tablas, el cargo de patrono o defensor sólo podía ser ejercido por patricios, o sea, por personas del primer orden social de Roma, quienes por medio de su actuar en el foro se aseguraban de ascender a mejores posiciones políticas y sociales, tal como sucedió con Catón el grande y Cicerón. Al mudar la República, el foro romano cambia drásticamente, dejando de observarse patricios y siendo los plebeyos los que se dan cita frecuentemente sirviendo de patronos a los patricios, la elocuencia con estos cambios decayó y el oficio de orador fue prácticamente olvidado, pasando a destacar los llamados *causidici, advocati o et patroni*. El término *advocato* es el origen del título de abogado, cuyo significado es que quien lo tenía para si estaba llamado a defender a las partes.

La mezcla de plebeyos y patricios en el foro no fue razón para privar de nobleza a la profesión, pero si provocó el cambio en sus requisitos, así por ejemplo el emperador Alejandro Severo permitió a los libertos desempeñar funciones de patronos con tal que fuesen versados en las letras, Constancio ordenó que los pontífices de las provincias fuesen elegidos de entre los abogados, otros emperadores en fin y en honra a la densidad poblacional, limitaron el número de abogados y su duración en el cargo cuando defendiesen los intereses del Fisco.

Con el tiempo y evolución romana, se perfilará aún más la profesión y delineará las bases de lo que es hoy, con requisitos tan usuales y cotidianos como los de haber estudiado cinco años las artes del derecho, tal como ocurre de manera tradicional en las Universidades Públicas en nuestro país.

IV. EL ABOGADO EN ESPAÑA Y EN LAS INDIAS OCCIDENTALES

Como hemos analizado brevemente, el origen de la profesión de abogado es tan antigua como la historia de la humanidad, radicando este oficio en la ignorancia muchas veces de la población en general de sus propios derechos y la injusticia, que ejerce su tiranía sobre los más débiles; estos dos factores se conjugan para que surja un grupo de sujetos que distinguidos por su celo, talento y luces son los llamados a proteger a los indefensos tal como lo hicieran en sus comienzos los patronos y defensores de oprimidos.

En la península Ibérica en principio, no se conoció del oficio masivo de defensores letrados sino hasta los tiempos de Alfonso X El Sabio (última mitad del siglo XIII); la razón de

esta ausencia se debe a que las antiguas leyes visigodas eran breves y concisas, los procesos judiciales se organizaban a la usanza de los sumarios, por lo que también gozaban de la brevedad de la legislación de fondo, incluyendo en ésta una norma que establecía específicamente que nadie puede hacer el mal aduciendo que no sabe las leyes o el derecho, ni aún si hiciera mal quedar sin una pena señalando que no sabe las leyes o el derecho⁶. Para el derecho visigodo, muy enraizado en el Reino de Castilla, los litigantes en un proceso podían acudir personalmente ante los magistrados defendiendo sus propias causas y teniendo prohibición de llevar las ajenas, salvo que se tratase de casos específicos como el marido respecto de su mujer, el jefe de familia por sus empleados domésticos o criados o las altas personas como los obispos, prelados, ricos hombres y poderosos con un fin altruista de restablecer la justicia o proteger al desvalido, en todo caso no podían estos presentarse por sí mismos en los tribunales a defender sus causas, sino que debían hacerlo por medio de asertores o procuradores. La regla general de la prohibición de defenderse por voceadores o letrados queda establecida en la Ley II, Título II de los “*Compenzamientos*” y de los “*Pleytos*” Libro II del Fuero Juzgo, en la cual se establece perentoriamente que los pleitos no deben ser estorbados por “voces”, refiriéndose a estos terceros defensores de los litigantes.

La evolución finalmente de las leyes hispánicas, fraccionándose y dispersándose en una serie de cuerpos establecidos para la regencia a modo local, derivó a que fuese necesario que existieran o se educaran personas que dominasen la legislación de un determinado territorio o la general, en casos más exigentes. El soberano de mediados del siglo XIII, Alfonso X, al igual que Justiniano, que consideraba a los abogados como guerreros (*nec enim solos, nostro imperio militare credimus, qui gladiis et clipeis et thoracibus nituntur, sed etiam advocati: militant nanque causarum patroni, qui glorisae vocis confisi munimine laborantibus spem, et vitam et posteros defendunt*⁷), dejó testimonio en su cuerpo legislativo, Las Partidas, del aprecio que sentía hacia la profesión del abogado, así como también en su mandato la erigió como un oficio público, estableciendo la exigencia de un examen y su aprobación para ejercerla, junto con un juramento de fiel desempeño de sus deberes inherentes e inscripción en un registro de abogados a nivel peninsular⁸.

El importante Código de Las Partidas establecía un elogio que antecedió a los preceptos que regulaban la profesión del abogado, se decía que era un oficio muy provechoso, necesario para librar de mejor manera los pleitos, aún más cuando quienes lo ejercen son buenos y leales en lo que hacen; su importancia radica en que pueden persuadir a los juzgadores, por esto tuvieron bien los Sabios antiguos, que hicieron las leyes, establecer un estatuto de aquellas personas que pueden razonar por otros tanto respecto de demandado como demandante en los

⁶ FUERO JUZGO: Libro II, Título I, Ley III; la misma norma se repite en FUERO REAL: Libro I, Título VI, Ley IV; PARTIDA I: Título I, Ley XX; NUEVA RECOPIACIÓN: Libro III, Título II, Ley II.

⁷ CAMPOS CARBALLAR (1842), p. 25.

⁸ El reinado de Alfonso X, fue el primero en ocuparse sistemática de los problemas en el foro y el reconocimiento de la profesión de abogado. Se dictaron varias reglas para mantener el orden en el foro, especialmente tras los desordenes que realizaban los voceros, estos procuradores de los primeros tiempos en Castilla. Para mayor abundamiento sobre el tema se recomienda consultar a: MARTÍNEZ MARINA, Francisco (1828): “*Ensayo Histórico-Crtico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los Reynos de León y Castilla especialmente sobre el Código de D. Alonso el Sabio conocido con el nombre de las Siete Partidas*”, Madrid.

juicios, supliendo la incapacidad de los mismos quienes por no saber razonar, por miedo o por vergüenza puedan verse privados de sus derechos⁹. Como una definición se establece que el abogado es quien está tras la acción judicial impetrada, actuando por los demás, tanto por el actor como por el demandado, y se llama abogado, ya que representa las voces de las partes, o sea él dice por ellos¹⁰.

A posterior de estas definiciones, casuística y reglamentariamente se regulaba paso a paso lo que concierne a la profesión, requisitos, prohibiciones, formas de actuar o defender en ciertos casos, etc., estableciendo en suma un estatuto pormenorizado acerca del actuar en juicio y en la vida profesional, el cual se trasladó en barco hacia nuestro continente donde, con el correr del años, solamente se adaptó. Cabe recordar, sin el ánimo de ahondar sobre el tema, que la reglamentación fijada en Las Partidas fue en general aplicada de forma masiva en el continente americano, el cual desprovisto de un ordenamiento universal para los nuevos territorios, vio fructificar el nacimiento de soluciones casuísticas para cada caso en particular que se suscitaba en nuestros suelos, por lo cual los nuevos oidores, presidentes, corregidores, gobernadores y virreyes aplicaron, al contrario de lo que ocurría en la península, de manera principal este código heredado del rey Alfonso X, siendo sus normas las que guiarán muchas veces el actuar y las decisiones de los órganos emplazados en las Indias.

Sin embargo y pese a la gran valorización de Las Partidas, las Indias igualmente tuvieron una legislación propia, nunca general, establecida en la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias o “Recopilación de Leyes de Indias”. En estas también se dedicó un título especial para los abogados, título XXIV del Libro II; no obstante en este se regularon algunas materias respecto a los requisitos, prohibiciones y actuar, más lo que respecta al fondo, o sea los conceptos, siguen siendo los mismos de Las Partidas, por lo cual la integración de ambos textos debiese darnos como resultado el abanico general y completo del estatuto del abogado en el continente americano tras la conquista hispánica.

Las Leyes de Indias en esta parte, recogen principalmente lo establecido por el Rey Felipe II en las ordenanzas de audiencias de 1563, considerando de esta forma a los abogados como auxiliares de la administración de justicia¹¹, una diferencia notable que encontramos con nuestra legislación actual, en la cual no se les califica como tales dentro del Título XI del Código Orgánico de Tribunales, sino que en uno especial, el número XV, definiéndolo como una persona revestida de autoridad, que posee la *auctoritas*, para defender y representar a otro en juicio.

Como integrante del aparato jurisdiccional establecido en las Indias y representado por las Audiencias, (instituciones judiciales que tuvieron como fin aplicar la justicia y el derecho en los nuevos territorios, así como también frenar el ímpetu y hegemonía de los gobernadores, por ejemplo la dinastía Colón y la instauración de la Audiencia de Santo Domingo con ese preciso

⁹ LAS SIETE PARTIDAS: Partida III, Preámbulo al Título VI.

¹⁰ LAS SIETE PARTIDAS: Partida III, Título VI, Ley I.

¹¹ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (1994): “*Manual de Derecho Indiano*”, México: Universidad Autónoma de México, p. 152.

fin en 1528), el abogado debía ser necesariamente examinado por el presidente y oidores de la Audiencia en la cual deseaba litigar. El candidato a abogado junto con el examen debía inscribirse en un registro o matrícula de abogados, esto significaba que corrientemente se usase el término de “abogado de la Audiencia de Lima”, “abogado de la Audiencia de Santiago” etc., según el lugar donde se matriculase y diese su examen. Si no cumplía estos requisitos en una primera vez se le apremiaba con la suspensión de su oficio por el tiempo de un año y pago de una multa de cincuenta pesos; si incurría por segunda vez en la falta se le doblaba la pena y en una tercera ocasión se le inhabilitaba perpetuamente¹². Para ser recibido a examen de abogado, era necesario haber tenido cuatro años de pasantía contados desde el día que se recibió de bachiller, pudiendo las audiencias dispensar algún tiempo de los cuatro años con tal que no llegase a un año, y habiendo motivo justo se pondría en noticia al Rey para que concediera dicha dispensa, según lo establecía la Cédula de 19 de octubre de 1768.

Para actuar debidamente en juicio y ser investido con la facultad para representar a otro, se requería que el bachiller (aquel que ha recibido el primer grado en alguna facultad mayor¹³) fuese examinado en la audiencia donde impetraría la defensa, no pudiendo asentarse en los estrados donde existieran otros doctores y licenciados, a la vez debía respetar el orden de antigüedad entre cada uno según el orden de su titulación no pudiendo ponerse uno en lugar del otro, bajo la pena de suspensión del oficio por un año completo. Luego de ser examinado se le tomaba juramento por medio del cual se comprometía solemnemente a no ayudar en las causas injustas, acusar injustamente ni dejar desamparadas a las partes que representa aun cuando no tuvieran un futuro favorable en sus pretensiones. El incumplimiento de estas obligaciones morales llevaba consigo que, por ejemplo en el caso de un actuar con malicia, culpa, negligencia o impericia, surgiera la obligación de reparar los daños y perjuicios que sufriera su representado, aumentando el monto si esta falta se producía en el grado de apelación o suplicación, donde se elevaba al doble los montos a indemnizar, estableciendo un curioso pero importantísimo caso de responsabilidad profesional.

Respecto al pago de honorarios por los servicios profesionales, estos debían acordarse antes de iniciar la tramitación del proceso y en dinero, no pudiendo consistir en una parte de la cosa disputada, ni el ofrecimiento de seguir el juicio a costa del mismo abogado obteniendo de esto algún dividendo particular. La tasación final del pago la realizaban el Presidente y los Oidores de la Real Audiencia conforme a las leyes existentes en Castilla y multiplicado según el arancel vigente en la respectiva Audiencia si lo hubiere.

Lo interesante del estatuto que regula la profesión del abogado en las Indias, es el establecimiento explícito de una serie de deberes, algunos muy parecidos a los que actualmente conocemos. Si se enumerasen, sintéticamente serían los siguientes:

¹² RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS: Libro II, Título XXIV, Ley I.

¹³ GONZÁLEZ ARNAO, Vicente (1826): “*Diccionario de la Real Academia Española*”.

- a) Se impone a los abogados el deber de ayudar fielmente a las partes que representen, no pudiendo actuar maliciosamente, ni mucho menos reiterar prolongadamente sus intervenciones y/o probanzas debiendo ceñirse a que estas fuesen ciertas y verdaderas.
- b) Se establece que los abogados no dejen a la parte que comenzaron a ayudar, sino hasta haber fenecido la causa, bajo pena de verse privado de su salario y debiendo indemnizar de los perjuicios a su cliente.
- c) Si un abogado ayudare a una parte en primera instancia no podrá ayudar contra la misma parte a otra en la segunda o tercera instancia, bajo pena de ser suspendido del oficio de abogado por un tiempo de diez años y cincuenta pesos a favor de la cámara.
- d) Secreto profesional. Este es uno de los grandes y quizás más importantes deberes que debe cumplir el abogado, el cual es inherente a su esencia de tramitar problemas y negocios privados de un tercero. La importancia de este deber es llevada a lo máximo en la legislación indiana estableciéndose en la ordenanza 224 de las “Ordenanzas de Audiencias” dictada por Felipe II en 1563, posteriormente incorporada en la ley XI, Título XXIV, Libro II de la Recopilación de Leyes de Indias, que *si algún abogado descubriere el secreto de su parte a la contraria o a otra en su favor, o si se hallare que aconseja a ambas partes contrarias en el mismo negocio, o sino quisiere jurar lo contenido en estas ordenanzas, y en las leyes y pragmáticas de estos reinos de Castilla, demás de lo sobre esto en derecho establecido, por el mismo hecho sea privado, y desde luego le privamos el oficio de la abogacía; y si después usare de él en cualquiera forma, pierda la mitad de sus bienes para nuestra cámara.* Nótese lo importante que es el secreto profesional, el soberano legislador lo asimila a no prestar juramento a las leyes reales (una traición para con el Rey) y a la vez lo sanciona privándole de su oficio y aumenta la sanción en caso de no acatarla, haciéndole perder la mitad de sus bienes, demostrando con esto una importante vinculación de un deber moral importantísimo y gravitante en la escena profesional, que tiene aparejada una fuerte consecuencia jurídica.
- e) Ante los estrados, el abogado no podía hablar sin la autorización de los magistrados y no podía formular preguntas impertinentes.
- f) Finalmente, un deber también importantísimo que dice relación con el buen celo profesional, es aquel que establecía que los abogados no debían dilatar los pleitos, por el contrario debían procurar abreviarlos cuanto fuera posible, especialmente cuando se tratase de temas en que estuvieran envueltos los naturales. A esto se sumaba la obligación que tenían de entregar oportunamente los antecedentes a los receptores, debiendo proporcionar a estos funcionarios a buen tiempo los interrogatorios, todo esto bajo pena de indemnizar la dilación en la que incurre el letrado.

El profesional encargado de tomar las interrogaciones, estampar las notificaciones y demás actuaciones que son de su cargo, era el receptor ordinario o del número, el cual constituía un oficio vendible y renunciable al cual estaba prohibido su acceso a mulatos y mestizos. Su principal función era recibir las probanzas salvo las testimoniales que se rindan en el lugar de la Audiencia, solamente puede recibirlas cuando se den fuera del asiento del tribunal. En cuanto a sus honorarios, cobraban por planas escritas, lo cual para ser regulado se estableció que pusieran

en cada una 30 reglones y en cada reglón 10 partes, debiendo escribir en ellas con buena letra y al pie de ella escribir los derechos que llevan por esta razón, salario, tiras (derecho que se pagaba en las escribanías por tomar el pleito que iba en apelación al tribunal superior y se regulaba por las hojas a tanto por cada una) y autos¹⁴.

Finalmente y para concluir el somero análisis de la figura del abogado en la legislación indiana, debemos hacer presente que existía una institución de beneficencia y de ayuda social, tal como hoy podrían ser las clínicas jurídicas universitarias, la institución de los abogados de turno o la Corporación de Asistencia Judicial, es el caso de los “Abogados de Pobres”, cuyo salario se pagaba de las penas de la cámara y gastos de justicia. Las penas de cámara eran una especie de multas a beneficio del fisco que tenían un destino propio como atender los gastos judiciales, gastos de estrado y justicia, etc. Se encontraban a disposición limitada de los tribunales y la de las obras pías favoreciendo a hospitales, orfanatos y otros similares. Las libranzas de estos fondos se regulaban en el Título XXV, Libro II de la Recopilación de Leyes de Indias. En lo que respecta a nuestra Audiencia santiaguina, según el profesor Dougnac, estos abogados jugaron un papel importantísimo desarrollando una labor encomiable en un terruño donde no existían grandes adelantos ni ciudades y donde pocos tenían capital para asesorarse por un letrado en los estrados.

V. RECOPIACIÓN DE ALGUNAS NORMAS A TRAVÉS DEL TIEMPO QUE REGULARON LA ACTIVIDAD DEL ABOGADO

Para finalizar este trabajo, pasaremos revista a algunos cuerpos legales que han tratado de alguna manera el tema de los abogados en la historia, transcribiendo las normas pertinentes, partiendo desde el cuerpo legal más antiguo, el Digesto, para terminar con la regulación hispánica indiana. Para esta recopilación se han transcrito y escogido en su gramática original cada una de estas piezas jurídicas con el fin de apreciar las mismas en su verdadero contexto, tal como una pieza arqueológica que se fuese observada in situ.

1. *Digesto. Libro III, Título I, Ley II. De Postulando*¹⁵

“Postulare autem est desiderium suum, vel amici sui in iure aprud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere, vel alterius Desiderio contradicere”.

2. *Codex Repetitae Praelectionis. Libro II, Título VI. De officio advocati*¹⁶

Quisquis vult esse causidicus, non idem in eodem negotio sit advocatus & iudex: quoniam aliquem inter arbitros & patronos oportet esse delectum.

Ante omnia autem universi advocati ita praebeant patrocinia iurgantibus: ut non ultra quam litium poscit utilitas, in licentiam conviciandi, & maledicendi temeritatem prorumpant:

¹⁴ DOUGNAC RODRÍGUEZ (1994), p. 152.

¹⁵ GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso (1889): “*Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte*”, Barcelona.

¹⁶ JUSTINIANO (1719): “*Codicis Repetitae Praelectionis Libri XII*”.

agant, quod causa desiderat: temperent se ab injuria. Nam si quis adeo procax fuerit, ut non ratione sed probris putet esse certandum, opinionis suae imminutionem patietur, nec enim conniventia commodanda est, ut quisquam negotio derelicto in adversarii contumeliam aut palam pergar, aut subdole.

3. *Decretales. Libro I, Título XXXVII. Capítulo I Del Concilio Lateranense tercero, año de 1179*¹⁷

El Clérigo ordenado in sacris, ó Beneficiado no puede ser Abogado en el fuero secular; sino por sí, su Iglesia, ó personas miserables.

4. *Fuero Juzgo. Libro II. Título III De los Mandadores, é de las cosas que mandan. Ley III*

Si algún omne non sabe, ó non quiere dezir su querella por sí, déla en escrito á su personero, en que aya testimonias, ó seyellos. E si aquel personero se lezar venzer por pleyto ó por enganno, quanto perdió por él el sennor del pleyto, todo ge lo deve entregar el personero de los suyo, é quanto pudiera ganar, é non lo quiso ganar, otrosí todo lo debe pechar de los suyo: y dizemos que el siervo non deve seer personero de nenguno en pleyto, si non de su sennor, ó de su senora, ó por alguna eglesia, ó por algun pobre, ó del rey.

5. *Fuero Viejo de Castiella. Libro III. Título I De los Alcaldes, e de los Boceros; e de los que son emplazados para ante suos alcaldes, e de los demandados por do se deven judgar: e de la pena, en que cae el demandador, si non prueba sua demanda: e otrosi del demandado, si niega, e gelo prueban. Ley II.*

Si algund ome quisier facer bocero a otro sobre demanda, que el aya, e eso mesmo, si lo quisier toller contra algund otro contra él, puedelo facer vocero en esta guisa: delante del Alcalde, estando amas las partes delante, deve decir ansi al Alcalde: sobre esta demanda, que e contra fulan, e devela nombrar, o el contra mi, fago mio vocero a fulano me en tal manera, que por quanto el dijier, e raçonare, o por el juicio que le tomare, yo lo otorgo, e lo abré por firme; e si non fuer abonado, el Señor de la demanda deve dar fiador para cumplir todo lo que fuer judgado: e si se aunieron amos a dos, quanto le dè porque sea vocero, si el vocero fiare sobre sua palabra de aquel, quel diò la vos, puedelo demandar e auerlo por fuero; e sil tomare peños, puedel demandar por fuero, que gelos quite, e el Alcalde devel dar plaço en adelante non es tenuto el bocero de responderle con los peños, si non quisier, e que se parta dello. E el ome, que dier sua vos a otro, si dier vos de demanda, quanto ganaren e mejoraren de la vos, quel tovier, andando en aquel pleito, deve ser de aquel, quel diò la vos, e la demanda; e el bocero, que rescribe la demanda, puede aplaçar por èl, e puede dar testigos, e rescivir jura, mas non puede jurar por èl; e aquel, que rescive la vos non puede dar otro ninguno, que raçone por èl. E si alguna muger quisier facer bocero en demandando, o en respondiendo, non puede sin otorgamiento de suo marido. Mas si

¹⁷ PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier (1791): “*Teatro de la Legislación Universal de España e Indias por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas: y alfabético de sus títulos y principales materias*”, Tomo I, Madrid, p. 30.

ome doliente ovier demanda contra algunos, o algunos contre èl, el Alcalle deve ir a casa del enfermo deve mandara suo contendor, que sea y delante, e si el Alcalle non poder allà ir, el enfermo deve facer suo bocero delante cinco omes bonos, si la demanda fuer de debda, e si fuere mueble, con dos testigos de sua vecindat, e deve decir: yo fago mio bocero a tal ome sobre tal demanda, que fulan movia contra mi, o yo quiero mover contra èl (e deve mostrar la demanda queal es)e quanto èl raçonare en aquel pleito, é por el juicio quel tomare, que el que quedará por èl: tal bocero como este, probando el Alcalle, develo rescivir. E si ome de fuera de Viella alguna demanda a contra ome de la Viella, e non puede venir al pleito por enfermedad, que a, o por otra escusa derecha, deve facer bocero con tres testigos, e probarlo ante el Alcalle, si menester fuer; e a tal bocero el Alcalle develo rescivir, e la parte contra quien es, develo rescivir. E si el bocero fuer de mas lejos, que el alfos, e los testigos non poder traer, probandol con Carta sellada con sellos de los Alcalles del logar, dò fiço el Bocero, o con sello de Rico-ome, o de conceio, o de Abat Benito, vale por fuero, e el Alcalle develo rescivir.

6. Leyes de Estilo. Ley XIX Cómo deben partir á las Partes los Abogados de algún Lugar

Si alguno toma todos los Abogados del Lugar para si, el Alcalde no gelo debe consentir, è deve decir à este que tomó a todos los Abogados, que escoja dellos los que quisiere que le cumpla, è de los otros debe dar Abogado à la otra Parte: à tal que no sea su pariente, ni mucho su amigo de aquel contra quien le demanda ser Abogado: ca si fuere su pariente fasta el quinto grado, ò que sea en grado que le pueda heredar, no lo debe el Alcalde conscribir. Pero que el Alcalde debe tomar juramento del Abogado que se escusa, que no lo face maliciosamente.

7. Fuero Real de España. Libro I. Título IX De los Bozeros. Ley I

Todo home que á otro demandare, el demandado haya tercer día para haber Consejo sobre la demanda, è para buscar Bozero; è si Bozero no puidiere haber, è lo pidiere al Alcalde que ha de juzgar el Pleyto; de gelo de aquellos que suelen tener las voces. Otrosí, deve dar Bozero al demandador, si haber no lo puidiere, è avéngase con el Bozero, de quanto galardón le fara por su ayuda; è si avenir no se puidiere con él, dele la valia de la veintena parte de la demanda; è si no quisiere tomar la voz, el Alcalde le dé otro Bozero: y este no tenga voz en todo aquel año, en toda la villa, sino la suya propria; è si otra voz tubiere, peche por cada voz que tubiere cinquenta maravedís, la mitad al Rey, è la otra meitad al Alcalde, porque despreció su mandamiento.

8. Ordenamiento de Leyes (Ordenamiento de Alcalá) Título III. De los Abogados. Ley única De los Abogados; que plaço deve aver el que los pidiere

Si el demandado, ò el demandado pidiere plaço de abogado antes del pleyto contestado, aya tercer dia para esto, del dia que le fuere puesta la demanda; et si lo pidiere despues del pleyto contestado, pueda aver plaço de nueve dias, si lo oviere menester, è non mas; et el Judgador apremie al Abogado, que ayude è la parte, que lo demandare.

9. *Siete Partidas. Partida III. Título VI. De los Abogados. Ley II. Quien puede ser Bozero, e quien non lo puede ser por sim nin por otro*

Todo ome que fuere sabidor de derecho, o del fuero, o de la costumbre de la tierra, porque lo aya usado de grand tiempo, puede ser Ahogado por otri. Fueras ende el que fuesse menor de diez e siete años. O el que fuesse sordo; que non oyesse nada. O el loco. O el desmemoriado. O el que estouiesse en poder ageno, por razon que fuesse desgastador de lo suyo. Ca ninguno destos non deue ser Bozero por si, nin por otro. E esso mismo dezimos, que Monge, nin Calonge reglar, non pueden ser Bozeros por si, nin por otri. Fueras ende por los Monesterios, o por las Iglesias, do fazen mayor morança, o por los otros logares, que pertenezcan a estos.

10. *Ordenanzas Reales de Castilla. Libro II. Título XIX De los Abogados. Ley I Que en la Corte se reciba juramento de los Abogados.*

El Rey Don Alonso en Madrid. Petición III.

Porque los Abogados muchas veces à sabiendas toman cargo de pleitos contra derecho por dilatar las causas, de que viene gran daño a los que piden Justicia, que no la pueden alcanzar. Porende ordenamos, y mandamos: que en la nuestra Corte los nuestros Alcaldes apremien, y manden à los Abogados que fagan juramento en debida forma, que en los pleitos, en que hubieren de ayudar à las partes, que sean pleitos derechos: y que no ayudarán a pleitos maliciosos, según su entender. E si pendiente el pleito, el Abogado viere, y entendiere, que la parte, à quien ayuda, no trae buen pleito, que lo dexee luego, y no le ayude mas, ni razone por el: è si despues, que assi jurare, no lo hiciere, y fuere fallado, que maliciosamente, y contra consciencia ayuda à mal pleito, que sea declarado por perjuro, y echado fuera de nuestra Corte: y no sea osado de usar mas del dicho officio en la dicha nuestra Corte, ni en otro nuestro señorío.

11. *Autos Acordados. Libro II. Título XVI De los Abogados de Corte, i Chancillerias, i ante las otras justicias del reino. Auto IV. 187. 1. Part.- Citado en las notas 2, tit. 14, lib. 11 y 9. Tit. 22, lib. 5 de la Novísima.- Los Abogados en las informaciones firmen los derechos, u otra cosa, que uvieren llevado, ò les fuere prometida por si, ò por otras personas.*

El Consejo en Madrid á 11 de Julio de 1617. lib. 4 fol. 44.

Aviendo tenido noticia de que los Abogados de esta Corte no cumplen lo proveido por la Pragmatica de 20 de Febrero de este año; mandaron que por aora se guarde en todo, i por

todo, como en ella se contiene; i cumpliéndola, los dichos Abogados pongan, i firmen al pie de las informaciones en derecho, que hicieren, los derechos, premios, u otras cosas, que por si, ò por interpositas personas uvieren recibido, i llevado, ò les fuere prometido por ellos; so las penas en la dicha Pragmatica contenidas, que se executaràn en ellos, i en sus bienes, irremisiblemente.

12. Recopilación de Leyes de Indias. Libro II. Título XXIV De los Avogados. Ley IX. Que los Avogados no dexen à la parte que començaron à ayudar, hasta ser fenecida la causa, pena del salario y daño, que le resultare.

Otrosi Mandamos, que si el Avogado tomare una vez á su cargo ayudar á una parte, no sea ossado a dexar, hasta ser fenecido el pleyto, y si lo dexare, perda el salario, y pague al señor de el pleyto qualquier daño, que le viniere; pero si dexare el pleyto, conociendo, que la causa es injusta lo pueda hazer.

VI. CONCLUSIONES

Desde tiempos remotos e inmemoriales, la labor del abogado ha sido bien ponderada, se ha puesto a este intelectual como el garante, el representante de los derechos de los demás, el promotor de la paz social y el factor necesario para la resolución definitiva de los conflictos sociales. De esta forma tanto en su ejercicio libre reconocido por algunas legislaciones, como en su rol de auxiliar de la administración de justicia, ha sido la voz que pone orden y da su visión a los magistrados para resolver una disputa.

Hoy en nuestra sociedad y en el derecho, se ve al abogado como un simple actor social investido de una leve autoridad para representar, olvidando su rol de servicio social, de recomponedor de lazos, lo mismo se observa en estrados, donde en la mayoría de los casos el patrocinante de la acción no busca resolver el pleito, sino que dilatarlo con un fin especulativo y de esa forma termina descomponiendo aún más la relación beligerante entre los contendientes.

Finalmente, dando un breve vistazo a la situación actual de la abogacía y observando la falta muchas veces de criterio y la pérdida de la razón de ser de la profesión, se vuelve menester repensar y observar hacia atrás y reencontrar la profesión con su pasado, con su sentido y en suma con su propio contenido que la ha hecho merecedora de los más grandes elogios a través de la larga historia de la humanidad.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ___ARCHIVO DE LA REAL AUDIENCIA: Volumen 1409, Pieza 3°.
- ___CAMPOS CARBALLAR, Pablo (1842): *“La abogacía o el arte del abogado”*.
- ___DE BOVADILLA, Castillo (1649): *“Política para Corregidores y Señores Vasallos en tiempos de paz y de guerra”*, Tomo II, Madrid.
- ___DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA: vigésima segunda edición.
- ___DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (1994): *“Manual de Derecho Indiano”*, México: Universidad Autónoma de México, p. 152.
- ___FUERO JUZGO: Libro II, Título I, Ley III.
- ___FUERO REAL: Libro I, Título VI, Ley IV.
- ___GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso (1889): *“Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte”*, Barcelona.
- ___GONZÁLEZ ARNAO, Vicente (1826): *“Diccionario de la Real Academia Española”*.
- ___JUSTINIANO (1719): *“Codicis Repetitae Praelectionis Libri XII”*.
- ___LAS SIETE PARTIDAS: Partida III, Preámbulo al Título VI.
- ___LAS SIETE PARTIDAS: Partida III, Título VI, Ley I.
- ___MARTÍNEZ MARINA, Francisco (1828): *“Ensayo Histórico-Crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los Reynos de León y Castilla especialmente sobre el Código de D. Alonso el Sabio conocido con el nombre de las Siete Partidas”*, Madrid.
- ___NUEVA RECOPIACIÓN: Libro III, Título II, Ley II.
- ___PARTIDA I: Título I, Ley XX.
- ___PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier (1791): *“Teatro de la Legislación Universal de España e Indias por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas: y alfabético de sus títulos y principales materias”*, Tomo I, Madrid.
- ___RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS: Libro II, Título XXIV, Ley I.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Los escritos deben ser originales. Se enviarán por correo electrónico a francisco.zepeda@rfycj.cl, como archivo de texto adjunto en formato: doc u docx, de extensión no inferior a 5 carillas ni superior a 20, en tamaño carta, con letra “Times New Roman” tamaño 12 y las notas y referencias a pie de página en tamaño 10, interlineado sencillo y márgenes “moderado”.

Debe incluir un resumen-abstract de no más de 12 líneas y 7 palabras clave-keywords ambos en español e inglés.

2. Sólo se publicarán textos inéditos. Excepcionalmente y con el acuerdo del *Consejo Editorial* se podrán publicar trabajos no inéditos por el interés que ellos puedan revestir. En este caso se incluirán los datos de la anterior publicación en el documento.

3. Para las notas y referencias a pie de página se seguirán las siguientes normas o estándares.

- NCh1143.Of1999 Documentación – Referencias bibliográficas – Contenido, forma y estructura; equivalente a norma ISO 690: 1987 (*Information and documentation – Bibliographic references – Content, form and structure*).
- NCh1143/2.Of2003 Información y documentación – Referencias bibliográficas – Parte 2: Documentos electrónicos o partes de ellos; equivalente a norma ISO 690-2 (*Information and documentation – Bibliographic references – Part 2: Electronic documents or parts thereof*).

3.1 Referencias completas de bibliografía legislación y jurisprudencia.

La primera cita ya sea de una obra, legislación o jurisprudencia deberá ser completa, las siguientes de las mismas serán abreviadas. Al final de los trabajos deberá consignarse el listado final, de bibliografía, legislación, y jurisprudencia utilizada bajo los títulos que muestran a continuación: “Bibliografía utilizada”, se ordenaran por autor y en orden alfabético; “Legislación utilizada”, se ordenaran por número de ley; “Jurisprudencia utilizada”; las sentencias se ordenarán cronológica y alfabéticamente por el nombre de las partes.

Documentos impresos

- a) **Libros.** La referencia completa se constituye con los siguientes elementos: 1. AUTOR (ES); (EN VERSALES), 2. Año de edición (entre paréntesis), 3. “*Título de la publicación*” (en letra cursiva y entre comillas dobles), 4. Lugar de publicación, 5. Editorial, 6. Página/s.

APELLIDO(S), Nombre (Año): “*Título del libro*”, Mención de responsabilidad secundaria (traductor; prologuista; coordinador; etc.), Lugar de edición: editorial, Página/s.

Ejemplos:

- Un autor KELSEN, Hans (1995): “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, Estudio preliminar de Guillermo Gasió, Trad. y notas de Roberto J. Brie. Supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Madrid: Tecnos, p. 20.
- Dos autores BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2005): “Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América”, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 88.

- b) **Partes de un libro.** La referencia completa se constituye de los siguientes elementos: 1. AUTOR (ES); (EN VERSALES), 2. Año de edición (entre paréntesis), 3. “Título de la parte” (entre comillas), 4. En: *título de la obra (en cursiva)*, 5. Edición, 6. Lugar de edición, 8. Editorial, 9. Página/s.

APELLIDO(S), Nombre (Año de edición): "Título de la parte", En: *Título de la obra*, Mención de responsabilidad secundaria (traductor; prologuista; coordinador; etc.), Edición, Lugar de edición: editorial, N° de Página/s.

Ejemplos:

- Un autor GARGARELLA, Roberto (2008): "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El “constitucionalismo popular” frente a la teoría de Carlos Nino", En: *Homenaje a Carlos S. Nino*, Coords. Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenktrantz, Buenos Aires: La Ley, Facultad de Derecho, UBA, p. 203.
- Un autor GUASTINI, Ricardo (2009): “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, En: *Neoconstitucionalismo(s)*, Ed. Miguel Carbonell, 4° ed., Madrid: Trotta, p. 49.

- c) **Artículos de publicación seriada (revista).** La referencia completa se constituye de los siguientes elementos: 1. AUTOR (ES) DEL ARTÍCULO, 2. Año de publicación, 3. “Título del artículo” (entre comillas), 4. En: *Título de la publicación seriada*, 5. Volumen o Número, 6. Página/s.

APELLIDO(S), Nombre (Año de publicación): "Título del artículo", En: *Título de la publicación seriada*, Volumen o número, Página/s.

Ejemplos:

- Un autor DELGADO CASTRO, Jordi (2011): “La unificación de la jurisprudencia como objeto de los recursos procesales. Una referencia a la experiencia española en la materia”, En: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 58, p. 145.
- Dos autores FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y MIRANDA ARRATIA, Patricia (2011): “Las transformaciones de la administración del Estado: El Banco Central de Chile en el marco de las nuevas “administraciones independientes”, En: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 58, p. 40.

- d) **Tesis no publicadas.** La referencia completa se constituye de los siguientes elementos: 1. AUTOR (ES), 2. (Año de publicación), 2. "Título" (entre comillas dobles), 3. Dirección (Director, guía o evaluador de la tesis, 5. Lugar, 6. Nombre de la Universidad, Facultad o Escuela, 7. Página/s.

APELLIDO(S), Nombre (Año de publicación): "Título de la tesis", Dirección, Institución académica en la que se presenta, Página/s.

Ejemplos:

- Un autor PAPIC VARGAS, Miguel (2010): "La inadecuada extensión de las medidas para mejor resolver al juicio ejecutivo", Profesor guía: Alberto Balbontín, Valparaíso: Universidad de Valparaíso; Facultad de Derecho y Ciencias sociales, p. 87.
- Dos autores MARZI MUÑOZ, Daniela y URZÚA CUEVAS, David (2006): "Eficacia social de relevantes instituciones del Derecho sucesorio chileno", Profesor guía: Aldo Valle, Valparaíso: Universidad de Valparaíso; Facultad de Derecho y Ciencias sociales, p. 23.

- e) **Ponencias de Congresos.** Se citan como parte de una monografía: véase: 3.1.2.

- f) **Legislación.** La cita de constituye de los siguientes elementos: 1. País, 2. *Título, número o ambas (en cursiva)*, 3. Publicación, 4. Fecha.

País. Título, *Publicación y número*, Año de publicación.

Ejemplo:

Chile, *Ley de Matrimonio Civil N° 19.947*, Diario oficial, 17 de mayo de 2004.

- g) **Jurisprudencia.** En la cita de las sentencias se debe señalar: 1. *Las partes (en cursiva)*, 2. Tribunal, 3. Fecha, 4. Sede de edición. Se sugiere indicar además el tipo de acción y procedimiento correspondiente; y, en fin, la identificación de la sede de edición en que ha sido publicada la sentencia bajo su título completo o abreviado, según el estándar ISO y las indicaciones de volumen, año, secciones y página.

Ejemplo:

Tamaya con Atocha, Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo, II, sección 7^a, pp. 65-73.

Documentos Electrónicos¹

- a) **Libros electrónicos.** La cita se constituye de los siguientes elementos: 1. AUTOR(ES), 2. Año de publicación (entre paréntesis), 3. "Título" (*entre comillas dobles y cursiva*), 4. Tipo de medio [en línea, CD-ROM, etc; entre corchetes], Mención de responsabilidad secundaria (traductor; prologuista; coordinador; etc.), 5. Edición, 6. Editor, 7. Fecha de consulta [entre corchetes], 8. Disponibilidad y acceso².

APELLIDO(S), Nombre (Año de publicación): "Título del libro", [tipo de medio y formato], Mención de responsabilidad secundaria (traductor; prologuista; coordinador; etc.), Editor, Pagina/s, [Fecha de consulta], Disponibilidad y acceso.

Ejemplo:

RICKERT, Heinrich (1960): "Teoría de la definición", [en línea; formato PDF], Trad. Luis Villoro, Ed. Héctor López Bello, [fecha de consulta 19/2/2012], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=454>

- b) **Artículos o contribuciones de revistas electrónicas seriadas.** La cita se constituye de los siguientes elementos: 1. AUTOR(ES), 2. Título (*en cursiva*), 3. Tipo de medio [en línea, CD-ROM, etc; entre corchetes], 4. En: Título de la publicación principal, 5. Número o Volumen, 6. Página(s), Fecha de consulta [entre corchetes], Disponibilidad y acceso.

APELLIDO(S), Nombre (Año de publicación): "Título del artículo"[Tipo de medio y formato], En: Título de la publicación principal, Número o volumen, página, [Fecha de consulta], Disponibilidad y acceso.

Ejemplo:

ALEXY, Robert (2009): "Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho" [en línea; formato PDF], En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 32, pp. 67- 84, [Fecha de consulta: 27/2/2012], Disponible en: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01715418215691980708813/044469.pdf?incr=1>

3.2 Referencias abreviadas en las notas al pie de página. Para utilizar las referencias abreviadas la primera cita debe haberse hecho completa.

- a) En las referencias abreviadas a libros, artículos de revista, y demás formatos, se señalará en la nota al pie: 1. PRIMER APELLIDO DEL AUTOR (EN VERSALES), si hay 2 o más autores con el mismo apellido se incluirán los dos apellidos, 2. Año de la publicación (entre paréntesis) y, 3. Pagina/s.

¹ Son aquéllos documentos que están en formato electrónico, creados, almacenados y difundidos por un sistema informático.

² Requerido para documentos en línea.

Ejemplos:

- Un autor KELSEN (1995), p. 156.
Dos autores BELTRÁN y GONZÁLEZ (2005), p. 88.

En el caso que se citen dos o más obras de autores en una misma referencia, se escriben los apellidos y respectivos años de publicación separados por un punto y coma dentro de un mismo paréntesis:

Ejemplo:

KELSEN (1995), p. 156; BELTRÁN y GONZÁLEZ (2005), p. 88.

Al citar textualmente (palabra por palabra), se transcribirá la cita tal cual está en el texto original (entre comillas) y se incluirá una vez cerradas las comillas entre paréntesis: 1. APELLIDO DEL AUTOR (EN VERSALES), 2. Año de publicación, 3. Página.

Ejemplo:

“La demanda de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución [y] toma como punto de partida la idea de un peligro concreto que viene de determinada dirección” (SCHMITT, 2009 p. 93.)

Si se citan dos o más obras de un determinado autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra.

Ejemplo: GUASTINI (2005a) y GUASTINI (2005b)

- b) **Referencia abreviada de normas.** Se deberá indicar, en su caso, el número de la ley o nombre y su año.

Ejemplo: Ley N° 18.525, de 1986.

- c) **Referencias abreviadas de jurisprudencia.** Todas las citas a pie de página de jurisprudencia deben indicar: 1. Nombre de las partes, 2. Año de dicha sentencia (entre paréntesis).

Ejemplo: Tamaya con Atocha (1999).

4. Utilización de siglas y abreviaturas no que no estén en el listado de la revista³.

4.1 Las siglas que vayan a utilizarse en el texto, y que no figuren en la lista inicial de abreviaturas, aparecerán entre paréntesis con la frase “en adelante” después de la primera referencia en el texto.

Ejemplos: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE); Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE); Ley de Matrimonio Civil (en adelante LMC).

³ La tabla de abreviaturas se encontrará disponible en el sitio de la revista.

4.2 Las abreviaturas deberán cerrarse con un punto.

Ejemplos: Art., Dr., Prof., Núm.

5. Se usará el formato *cursiva* para los siguientes casos: palabras en lengua extranjera y palabras que quieran enfatizarse o destacarse dentro del escrito.