

Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas

ISSN 0719-2940

www.rfycj.cl



AÑO 3, N°4 (JULIO DE 2014)

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

Dr. Dr. h.c. mult. José Luis Guzmán Dálbora
Universidad de Valparaíso

Dr. Adolfo Vásquez Rocca
Universidad Andrés Bello

Indexada en las Bases de Datos de vLex; Casux; Latindex y Dialnet.

Dirección: Av. Errázuriz N° 2120, Valparaíso.

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

PRESENTACIÓN:

Presentamos a nuestros lectores el volumen N° 4 de la *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, publicación editada por egresados de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. En esta ocasión, tenemos el agrado de presentar trabajos de autores de diferentes países. Esto sin duda es gracias a que la Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas es una publicación digital, gratuita y de libre distribución, nos ha permitido eliminar las distancias en la deliberación y difusión de trabajos sobre diversos tópicos de Filosofía y Derecho.

En “*Sobre La naturaleza garantizadora del Derecho Penal*”, Diego González Lillo, se pregunta y responde acerca de si el Derecho Penal crea por sí mismo sus objetos de protección o únicamente se dedica a castigar la ofensa a bienes jurídicos en ciertos sectores determinados del ordenamiento jurídico, tomando partido por la posición garantizadora.

Contamos también con el privilegio de publicar por primera vez en castellano, el diálogo epistolar publicado en el año 2001 por editorial *Slate* titulado “*Animal Rights*”, sostenido por el profesor de Ética australiano de la Universidad de Oxford, Peter Singer y el juez federal y académico del Derecho, el estadounidense Richard Posner. En él, los autores discurren sobre el estatuto jurídico de los animales, y las posibles vías que permitirían avanzar hacia el tratamiento ético de los mismos.

Helga María Lell en “*Tres concepciones en torno a la científicidad del Derecho*” aborda la discusión acerca del carácter científico del derecho, presentando la postura negatoria de Von Kirchmann, la afirmativa formal de Kelsen y la vinculada a la sociología jurídica de Ehrlich.

Por su parte Diego Muñoz Soto en “*Las facultades de la Inspección del Trabajo y el Recurso de Protección en la jurisprudencia*”, expone el uso que se le ha dado a dicha acción constitucional en relación con la Inspección del Trabajo; para lo cual comenta algunas resoluciones de los tribunales superiores de justicia vinculadas con la materia.

En el trabajo “*Apuntes sobre la regulación económica del matrimonio en los ordenamientos antiguos hispánicos y su vinculación con nuestro actual sistema*”, Ricardo Andrés Loyola Loyola

realiza un análisis histórico de la regulación económica del matrimonio, dando cuenta de la vinculación existente entre la legislación actual de la materia con los antiguos ordenamientos jurídicos hispánicos.

En *“la sinécdoque sionista”*, Michael Marder, discurre sobre la importancia de una porción territorial, propiamente una colina en la ciudad de Jerusalén, históricamente objeto de consagración y fetichismo. Traducción de Luis Garagalza.

Por último Diego Pérez Alfonso en *“Provisión de las vacantes parlamentarias en Chile; situación actual, crítica y propuesta”*, reflexiona y crítica sobre el actual sistema de provisión de vacantes parlamentarias analizando diversos tópicos relacionados como: representatividad, relación entre poderes, facultades presidenciales y titularidad del escaño, etc. Por último el autor, propone reformar el actual mecanismo de reemplazo por uno acorde al sistema democrático que nos rige, teniendo como norte para ello el concepto de representación popular, en cuanto pilar fundamental de la democracia representativa.

Con satisfacción hemos notado que esta publicación ha contribuido y contribuye al fomento de la actividad investigativa, reflexiva y crítica, una de las finalidades principales de este proyecto que ya cumple dos años desde su primera publicación. Esto no habría sido posible sin la esencial colaboración de los autores que han integrado las distintas ediciones de esta revista.

Sabemos que por cada solución alcanzada, múltiples problemas asoman en nuestro horizonte intelectual. La seguridad que otorgan las verdades que van siendo reveladas, se enfrenta a la vertiginosa realidad que siempre nos expone al cambio y nos obliga a buscar soluciones. Las respuestas son alcanzadas a través del trabajo mancomunado de una infinidad de pequeñas contribuciones, destinadas a desarrollar los grandes temas que interesan a la razón humana. Nuestro propósito es persistir en la difusión de nuevas respuestas y nuevas preguntas; ofrecer un espacio a esas pequeñas contribuciones, que, como luciérnagas, de manera fragmentada, nos permiten descubrir la inmensidad de la noche.

Los editores.

ÍNDICE

[DERECHO PENAL] SOBRE LA NATURALEZA GARANTIZADORA DEL DERECHO PENAL, <i>por Diego González Lillo</i>	7
[FILOSOFÍA DEL DERECHO] DERECHOS DE LOS ANIMALES, <i>por Peter Singer y Richard Posner (trad. Sebastian Flores C. y Francisco Zepeda N.)</i>	24
[FILOSOFÍA DEL DERECHO] TRES CONCEPCIONES EN TORNO A LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO, <i>por Helga Lell</i>	48
[DERECHO DEL TRABAJO] LAS FACULTADES DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO Y EL RECURSO DE PROTECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA, <i>por Diego Muñoz Soto</i>	67
[HISTORIA DEL DERECHO] APUNTES SOBRE LA REGULACIÓN ECONÓMICA DEL MATRIMONIO EN LOS ORDENAMIENTOS ANTIGUOS HISPÁNICOS Y SU VINCULACIÓN CON NUESTRO ACTUAL SISTEMA, <i>por Ricardo Loyola Loyola</i>	105
[FILOSOFÍA POLÍTICA] LA SINÉCDOQUE SIONISTA, <i>por Michael Marder (trad. Luis Luis Garagalza)</i>	118
[DERECHO CONSTITUCIONAL] PROVISIÓN DE LAS VACANTES PARLAMENTARIAS EN CHILE; SITUACIÓN ACTUAL, CRÍTICA Y PROPUESTA, <i>por Diego Pérez Alfonso</i>	125
INSTRUCCIONES A LOS AUTORES	148

Estudios

SOBRE LA NATURALEZA GARANTIZADORA DEL DERECHO PENAL

*Diego Antonio González Lillo**

RESUMEN: *¿El Derecho penal crea por sí mismos sus objetos de protección o únicamente castiga la ofensa de bienes jurídicos fraguados en otros sectores del ordenamiento? La respuesta a este interrogante resuelve un argumento que normalmente se conoce como “naturaleza del Derecho penal”. El presente trabajo tiene por finalidad contraponer las dos clásicas posturas en tensión, subrayando las ventajas que ofrece la tesis garantizadora. Con tal objeto, se expondrán brevemente el contenido y proyección que reviste el problema, para acto seguido revisar las diversas formulaciones y fundamentos de la postura aquí defendida, enfatizando su vínculo con la unidad de lo injusto y su rendimiento político-criminal.*

ABSTRACT: *Does Criminal Law creates by itself its objects of protection or only punishes the offense of legal objects forged in other sectors of the system? The answer to this question resolves an argument that is normally known as “nature of Criminal Law”. The purpose of this paper is to oppose the two classical visions in tension, highlighting the benefits the guaranteeing thesis offers. For that purpose, the content and projection of the problem will be exhibited, then the different formulations and foundations of the visions here defended will be revised, emphasizing its link with the unity of the unjust and its political-criminal performance.*

PALABRAS CLAVES: *Naturaleza del Derecho penal - bien jurídico - Política-criminal.*

KEYWORDS: *Nature of Criminal Law - legal objects - political-criminal.*

* Profesor Ayudante de Derecho penal en la Universidad de Valparaíso, Chile.

I. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DEL DERECHO PENAL: SENTIDO Y ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN

Pocas palabras tienen en el mundo jurídico un rendimiento significativo tan profundo como posee la voz *naturaleza*, recurrida asiduamente para fines explicativos o de fundamentación. Uso reiterado que, sin embargo, bien podría movernos a confusión, dado que el Derecho es un obrar eminentemente práctico, enclavado, por ende, en la esfera del deber ser. Es que el vocablo en cuestión, tradicionalmente, tanto en el lenguaje corriente como en el científico, ha servido para designar ideas como “lo innato”, “la esencia de algo”, “realidades neutralmente consideradas”, “conjunto de propiedades que distinguen a una especie de un género”; en definitiva, como base de juicios puramente descriptivos. Con todo –y sirviéndonos de base las ideas de GARDELLA sobre este punto¹–, la expresión naturaleza, translaticiamente, también tiene otro significado, que sí puede compaginarse con una actividad puramente especulativa, y en el cual se unirían dos sentidos que los modernos acostumbran a separar: la idea del ser y la idea del valor, de guisa que la locución termine significando “el ser que debe ser”. En este orden, entendemos que la riqueza y complejidad del tópico a desarrollar estriba, no tanto en mostrar la naturaleza del Derecho penal desde el prisma de lo que éste en términos fácticos es, sino en abordar y presentar un modelo con arreglo al cual éste debiera conformarse; de ahí, pues, que la polémica –pese a que discurre sobre la *naturaleza* de aquél– pueda y efectivamente esté plagada de juicios normativos.

Pues bien, separando a la Dogmática punitiva en dos senderos tan marcados como inconciliables, la cuestión acerca de la naturaleza del Derecho penal inquiriere si acaso éste crea o no sus propias ilicitudes, y si los preceptos penales pueden existir con independencia de las demás partes del universo jurídico. Una hodierna, aunque no tan reciente posición científica mantiene para sí la idea de un Derecho penal de naturaleza constitutiva y, por consiguiente, de índole autónoma y primaria en relación a las restantes parcelas; la otra, con más de tres siglos de tradición

¹ GARDELLA, Juan Carlos (1965): “*Naturaleza y Derecho*”, En: Enciclopedia jurídica Omeba, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, p. 69-74.

histórica como prenda, le reserva una función garantizadora respecto de bienes fraguados en diversos sectores del ordenamiento, atribuyéndole así un carácter accesorio y secundario a la esfera punitiva².

Aunque es sólito apreciar cómo el análisis de este contenido se pasa de contrabando en polémicas de distinto raigambre teórico –en la identificación del destinatario de las leyes penales, por ejemplo–, o derechamente se confunde con el tratamiento de otras características del Derecho penal asaz diferentes –como con su cariz público o fragmentario–, el punto a explorar en lo sucesivo pertenece en propiedad al ámbito de la Filosofía jurídico-penal. Ciertamente, su sentido gravita en desentrañar cuál es el nexo valorativo –de dependencia o autonomía– que vincula a ésta con las diferentes ramas del árbol jurídico. Y, como se aprecia, es cuestión que atañe a los fundamentos generales del Derecho punitivo, dejando a su ver ideas sobre el concepto y funciones del mismo, sin que las conclusiones que arroja cambien sustancialmente según los ordenamientos penales particulares, justificándose plenamente así su tratamiento conjunto con otros temas introductorios al Derecho penal. No obstante, nada de lo antes dicho significa que su estudio sirva al sólo encuentro de recreaciones intelectuales; todo lo contrario, sus soluciones pueden refluir en algunos institutos de la Parte general³, desde luego que en la Parte especial⁴ y, con especial interés, según veremos, en materia de Política criminal.

² Adscribieron a la teoría constitutiva CARRARA, ROCCO, BETTIOL, MEZGER, RODRÍGUEZ DEVESA y FONTÁN BALESTRA. La defienden últimamente también QUINTERO OLIVARES, JESCHECK y HURTADO POZO, por nombrar algunos. Como portavoces de la tesis garantizadora destacaron, entre varios otros, VON LISZT, BINDING, ANTÓN ONECA, JIMÉNEZ DE ASÚA y NÚÑEZ, en su posición original.

³ Así, por ejemplo, a propósito de las denominadas leyes penales en blanco, que muchas veces contienen remisiones al Derecho constitutivo y, en general, importa el tema tratándose de los elementos normativos de índole jurídica que frecuentemente contienen los tipos penales. Del mismo modo, interesa la cuestión con motivo de fundar la posición de garante del agente en la comisión por omisión y en la construcción del deber de cuidado en los delitos culposos. Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (1986-1987): “Reflexiones sobre la naturaleza del Derecho penal en relación con las cuestiones prejudiciales”, En: *Estudios penales y criminológicos*, N° 11, p. 379; ROJAS, Emilio (2013): “Accesoriedad del Derecho penal”, En: *Humanizar y renovar el Derecho penal: estudios en memoria de Enrique Cury*, Editor Alex Van Weezel, Santiago de Chile: Legal Publishing y Thomson Reuters, p. 102-107.

⁴ Adquiriendo relativa actualidad a raíz de la proliferación de los mal llamados delitos económicos y de la tutela penal del ambiente. Véase, con relación a esto último, GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis (1989-1990): “Sobre la accesoriedad del Derecho penal en la protección del ambiente”, En: *Estudios penales y criminológicos*, N° 14, p. 113-135.

Ahora bien, pese a ser objeto de profuso debate durante la primera mitad del siglo XX, este asunto no ha preocupado mayormente al jurista de nuestro tiempo. Las conjeturas en torno a la existencia de supuestas ilicitudes exclusivamente penales y la completa independencia del Derecho penal en la acuñación de los tipos se impusieron con valor de verdad entre los autores contemporáneos, hasta el punto de culminar en un reconocimiento prácticamente unánime de su naturaleza constitutiva. Esta manifiesta desatención, cuando no desinterés, puede reconducirse a lo que algunos han visto como mejor vocación a *“oscurecer los problemas, que para solucionarlos, y que, en todo caso, no se puede resolver de modo general”*⁵. Mientras que, por otro lado, una comprensión estrecha y en extremo desconfiada, que a veces asocia el adjetivo secundario con una inferioridad jerárquica y científica del Derecho penal, ligada a la especial sensibilidad que en algunos despierta el considerarlo cual mera síntesis, dependiente en sus contenidos de otras ramas, explican también semejante repulsa contra la vieja teoría. De toda forma, sirvan tales antecedentes como guía de ruta para una defensa del carácter secundario del Derecho punitivo, tesis que, junto con ser *“harto más antigua, limitadora y garantista que aquella que le asigna funciones constitutivas”*⁶, de paso informa sobre la verdadera posición que éste ocupa en la enciclopedia jurídica.

II. ORIGEN DE LA TESIS GARANTIZADORA Y ALGUNAS DE SUS DIVERSAS FORMULACIONES

Sea por los vientos liberales que la vieron gestarse durante el Siglo XVIII, o por el surgimiento postrero del movimiento codificador, la índole accesoria del Derecho penal tiene sin dudas abolengo filosófico⁷. Así, ya HOBBS había escrito que *“donde no existe ley civil, no puede haber delito, porque no existiendo otra ley sino la de naturaleza, no existe lugar para la acusación”*. Más claro aún en ROUSSEAU, tras postular la existencia de cuatro tipos de leyes distintas, entre

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco (1975): *“Introducción al Derecho penal”*, Barcelona: Bosch, p. 69.

⁶ GUZMÁN DALBORA, José Luis (2010): *“Estudio preliminar”*, En: *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Birnbaum, Franz, Montevideo-Buenos Aires: B de F, p. 24.

⁷ HOBBS, Thomas (2010): *“Leviatán”*, Traducción de Manuel Sánchez Sarto, 16ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, p. 239.

ellas, las criminales que, “*en el fondo, más bien que una clase particular de leyes, son la sanción de todas las demás*”⁸.

En cambio, el rendimiento dogmático de esta idea hubo de esperar hasta la irrupción de BINDING y su teoría de las normas, cuyo punto de arranque fue la decisiva distinción entre ley y norma. En rigor, “*la ley que el delincuente trasgrede precede conceptual y regularmente, pero no necesaria y temporalmente, a la ley que dispone la forma de su condena*”⁹. De tal suerte, el hechor no viola la ley penal, sino la norma ingénita a ella; quien mata a otro cumple la ley penal que tipifica el delito de homicidio, pero quebranta la norma extrapenal que lo prohíbe¹⁰.

Blanco de severas críticas, la teoría de las normas no pudo dar explicación satisfactoria a múltiples interrogantes, motivo que obligó a los partidarios de la postura garantizadora a replantear su fundamento¹¹. Así, una fundamentación diametralmente distinta fue la ofrecida en su día por GRISPIGNI. Para él, la norma prohibitiva revestía una prelación de carácter lógico, en el sentido de que toda conducta reprimida como delito, además de estar prohibida por el precepto penal, lo estaría también por otra norma extrapenal, la cual se antepondría a la primera desde la perspectiva de un *prius* lógico¹². Esta teoría, que presenta al Derecho penal como uno

⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques (2002): “*El contrato social*”, Madrid: Alba, p. 79.

⁹ KAUFMANN, Armin (1977): “*Teoría de las normas*”, versión castellana por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires: Depalma, p. 4.

¹⁰ KAUFMANN (1977), p. 13 y 317. En tanto hubo otros que admitieron la teoría pero con una importante reserva: situando las normas no sólo en el Derecho público sino también en el privado. Cfr. VON BELING, Ernst (1944): “*Esquema de Derecho penal*”, Traducción de la 11ª edición alemana por Sebastián Soler, Buenos Aires: Depalma, Buenos Aires, p. 44. El sentido de la enmienda yace en la duplicación innecesaria de normas que haría Binding cuando, tratando de justificar prohibiciones privadas, las deriva forzosamente a un interés público que no siempre se hallaría comprometido.

¹¹ Se le condenó, entre otros aspectos, por “desconocer que ‘precepto jurídico’ y ‘sanción jurídica’ son elementos esenciales e indisolubles de la ley penal”, y que “una norma jurídica sin sanción es una *contradictio in adjecto*”. ROCCO, Arturo (2005): “*El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*”, traducción, prólogo y notas de Gerónimo Seminara, Montevideo: Editorial B de F, p. 71-72. La verdad sea dicha, para Binding, no sólo la penal, sino todas las ramas del Derecho tendrían un simple carácter sancionatorio, pues las normas atingentes a las leyes de dichas esferas del ordenamiento jurídico tampoco formarían parte de sí mismas, sino del Derecho público general; corolario que sirvió para levantar serias sospechas sobre el trasfondo autoritario de su teoría y aquel deber de obediencia irrestricto hacia el Estado ínsito en ella.

¹² GRISPIGNI, Filippo (1949): “*Derecho penal italiano*”, Traducción de la 2ª edición italiana por Isidoro de Benedetti, 2 Vols., Buenos Aires: Depalma, t. I, p. 177-182.

“ulteriormente sancionatorio”, será gravitante, como enseguida anotaremos, a la hora de justificar tipos penales con injustos aparentemente propios.

Hasta cierto punto, haciendo suyas las ideas del jurista italiano, JIMÉNEZ DE ASÚA también defendió el carácter secundario del Derecho penal, entendiendo que la propiedad esencial del mismo mora, no en la especial prohibición que portan sus preceptos, sino en la redoblada sanción de que se sirve¹³.

Con el andar del tiempo, en una versión bastante más moderada de la doctrina, MAURACH formuló que el Derecho penal es, con relación a las demás parcelas, “*básicamente independiente en cuanto a sus consecuencias y, por el contrario, condicionalmente dependiente en sus presupuestos*”¹⁴. A partir de esta propuesta y otras de similar tenor, es posible advertir cómo un argumento, cuyo debate hasta el momento había sido encausado, preferentemente, en términos lógico-normativos, puede arrojar importantes luces para efectos político-criminales.

Y así, en una línea semejante, es decir, que una estrechamente esta teoría con el carácter de *ultima ratio* de la dolorosa disciplina, puede destacarse últimamente el pensamiento de ZAFFARONI, quien, imprimiéndole una función marcadamente pragmática, sostiene que reconocer una función constitutiva a la ley penal importaría abrir la vía a una aspiración completiva¹⁵.

Sin embargo de las variadas formas de fundar la naturaleza garantizadora del Derecho penal, se aprecia en cada una la convicción de que éste no tiene una vocación creadora de prohibiciones o, derechamente, de bienes jurídicos. Al contrario, tales objetos de protección los extrae del Derecho constitucional (ciertas garantías fundamentales), del Derecho civil (relaciones

¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1963): “*Tratado de Derecho penal*”, Publicados 7 vols., 4ª ed., Buenos Aires: Losada, t. I, p. 41. En sintonía con su maestro, véase, BLASCO FERNÁNDEZ, Francisco (1970): “*Notas en torno a la esencia de lo antijurídico y, en especial, de lo penalmente tipificado*”, En: *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires: Pannedille, p. 380.

¹⁴ MAURACH, Reinhart (1994): “*Derecho penal. Parte general*”, Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone, 2 vols., Buenos Aires: Editorial Astrea, t. I, p. 36.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio (2003): “*Derecho penal*”, con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, 2ª edición, Buenos Aires: Ediar, p. 487.

de familia), del Derecho administrativo (medios personales de la Administración), etcétera, de guisa que el Derecho punitivo sólo anuncia el castigo de precisas formas de lesionarlos, recortando a partir de ellas su propio ámbito de antijuridicidad. De ahí, también, sus caracteres de accesorio y sancionador; porque, de un lado, su castigo complementa la protección de bienes jurídicos gestados por otros sectores del ordenamiento, y, del otro, cumple un rol instrumental con relación a tales Derechos constitutivos¹⁶.

III. PARA UNA DEFENSA DEL CARÁCTER SECUNDARIO DEL DERECHO PENAL

En opinión de algunos, la intervención punitiva es originaria por cuanto se subordina a criterios propios, especialmente rigurosos, protegiendo no todos los bienes jurídicos, sino sólo algunos de ellos y únicamente ante sus ofensas más graves¹⁷. No obstante, y aun cuando esto último es en realidad descripción pura de su índole fragmentaria, los parámetros estrictos a los que se sujeta la intervención punitiva –piénsese en los principios de legalidad, ofensividad y culpabilidad–, más bien representan garantías para el ciudadano en cuanto reglan límites formales y materiales a la réplica más violenta del ordenamiento¹⁸. Es cierto, se trata de postulados en su mayoría propios, pero éstos fundamentalmente fijan la oportunidad, forma y ámbito de acción del Derecho de castigar; no añaden un contenido adicional al bien que se intenta proteger, ni en contrapartida al injusto que se sanciona. Cosa parecida puede predicarse respecto de los criterios particulares de interpretación empleados en la Dogmática penal –que, consentimos, no tienen por qué plegarse a los de otras ramas–, por cuanto, de cierta dependencia valorativa en la que

¹⁶ Sobre este punto, guarda especial importancia la relación que el Derecho punitivo mantiene con el político, toda vez que éste designa el sentido u orientación del primero. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel (1995): “*Orden político y orden penal*”, En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, N° 2, p. 202. Y, asimismo, muy a la vista ha de tenerse el vínculo de carácter lógico que lo mancomuna con el Derecho civil, el cual continuamente proporciona objetividad jurídica a los delitos. Véase al respecto, RODRÍGUEZ DEVESA, Luis y SERRANO GÓMEZ, Alfonso (1994): “*Derecho penal español. Parte general*”, 17ª edición, Madrid: Dykinson, p. 23.

¹⁷ Así, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2004): *Curso de Derecho penal. Parte general*, 3ª reimpresión, Madrid: Editorial Universitas, p. 72.

¹⁸ En esta misma línea, RODRÍGUEZ RAMOS (1986-1987), p. 383.

mece, no necesariamente debe desprenderse otra de orden conceptual¹⁹. Y es precisamente esta la explicación causal de que el concepto jurídico-penal de empleado público perfectamente pueda ser distinto del manejado en el Derecho administrativo, o que la noción de cosa mueble adaptada al hurto sea diversa de aquella proporcionada por el Código civil. Estos casos, antes que manifestaciones de una pretendida índole autónoma del Derecho penal, son consecuencia natural de su independencia científica y de su carácter valorativo, que le posibilitan ir perfilando los extremos de su injerencia y, con todo, no llegan hasta el punto de desnaturalizar las instituciones, ni de permitirle crear *ex nihilo* objetos de protección. En definitiva, dicha labor de selección penal estricta, entendida como soberanía en la acuñación de los tipos, no necesita identificarse con un reconocimiento *ex novo* de bienes jurídicos; éstos siguen siendo los mismos, y unos solos, no más que reforzados ahora por aquella vigorosa sanción que es la pena²⁰.

El restar categoría científica y jerarquía jurídica al Derecho penal ha sido crítica extendida entre los detractores de su índole sancionatoria²¹. En cuanto a lo primero, debe recordarse que la amenaza de pena posee una intensidad y atributos de los que carecen otro tipo de coerciones jurídicas, amén de mantener estrechas conexiones con distintos saberes –como la Filosofía, Psiquiatría, Biología, Sociología, etcétera–, por lo que la Ciencia punitiva, por necesidad, debe elaborar un sistema basado en conceptos muchas veces propios, y que cobran sentido y aplicación sólo dentro de sus confines. Gracias a esto puede hacer gala de un sello inconfundible. Respecto de lo segundo, basta comprender que sin el refuerzo de la sanción penal, muchas instituciones del Derecho privado, y aun del público, no pasarían de ser una simple quimera, por todo lo cual

¹⁹ ROJAS (2013), p. 99.

²⁰ En lo que podríamos tener como singular aplicación de la *navaja de Ockham*, sirva la siguiente imagen del maestro argentino: “una caja de seguridad custodiada por dos agentes, sigue siendo sólo una caja de seguridad”. ZAFFARONI, Eugenio (1981): “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, 5 vols. Buenos Aires: Ediar, t. I, p. 59.

²¹ Así, Bettiol, quien consideró que un Derecho penal con carácter secundario “es un Derecho renego que debe solicitar de otros las muletas para marchar en su ruta dura y fatigosa”. Rocco, en tanto, denunció que “admitir el carácter secundario del Derecho penal conduce lógicamente a la destrucción de la disciplina”. Y Quintano Ripollés reclamó que “la teoría sancionatoria atribuye al Derecho penal un papel ancillar [*sic*] y vicariante (...) mero apéndice de tal o cual ordenamiento”.

resulta estéril perseverar en que su esencia secundaria vicia el prestigio que como rama autónoma del Derecho éste se ha ganado²².

De otra parte, en nada conmociona a la naturaleza sancionatoria del Derecho penal que su intervención sea en algunos casos previa a la cobertura que brindan otros sectores del ordenamiento²³. A falta de norma expresa que prohíba la conducta en el Derecho extrapenal, casi siempre existe cuando menos un principio positivo, lógicamente anterior a la ley penal, que funda su antijuridicidad²⁴. Esto resulta del todo factible si consideramos que el orden de conexión lógica de las ideas no suele coincidir con el orden temporal de su aparición en la conciencia, y, así, es frecuente que el hombre no discurra sobre ciertos derechos hasta el momento en que se ha pretendido arrebatárselos. Ni esto último, ni que el Derecho penal intervenga a veces en forma previa, debería invalidar en modo alguno la prioridad lógica que detenta la norma extrapenal²⁵. Urge considerar que no en pocos casos las normas jurídicas revisten directamente las formas del pensamiento²⁶, y de este modo es bastante frecuente que el Derecho se nos presente desde la perspectiva de su lesión o puesta en peligro –por ser ésta la formulación más sencilla, pero a la vez indispensable de los bienes primarios–, antes que la de su protección, pues de ello se ocuparán las restantes tutelas jurídicas, mucho más específicas, complejas y eficaces, impulsadas por un sentido de la urgencia distinto. Así y todo, como pronto indicaremos, esta prelación lógica no

²² ZAFFARONI (1981), p. 58-59; NOVOA MONREAL, Eduardo (1985): “*Curso de Derecho penal chileno*”, 2ª edición, 2 vols., Santiago: Ediar, t. I, p. 31. Sin ir más lejos, el connotado penalista chileno entendía que, por ocuparse del respeto a los bienes jurídicos de la más alta trascendencia, el Derecho penal podía ser tenido como el “verdadero pilar del Derecho”.

²³ Así, sin embargo, Jescheck, patrocinando que el Derecho penal es la forma histórica más antigua de manifestación del Derecho y, todavía hoy, regula ciertos ámbitos de forma autónoma, sin necesidad de recurrir a otras ramas. JESCHECK, Hans-Heinrich (2002): “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, traducción de la 5ª edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Editorial Comares, p. 57.

²⁴ GRISPIGNI (1949), p. 182. Así, también, Del Vecchio, cuando bien señala que “la noción elemental de justicia, está implícita en la fenomenología jurídica primitiva, y sobreentendida en las mismas formulaciones penales, aun cuando éstas parezcan subsistir por sí o extrínsecamente se presenten como *prius*”. DEL VECCHIO, Giorgio (1974): “*Filosofía del Derecho*”, 9ª edición corregida y aumentada, traducción por Luis Legaz y Lacambra, Barcelona: Bosch, p. 87.

²⁵ Sobre el “*a priori* lógico” y “*a posteriori* psicológico” en el Derecho, véase, RECANSENS SICHES, Luis (1970): “*Tratado general de Filosofía del Derecho*”, 4ª ed., México: Porrúa S. A., p. 238-239.

²⁶ Así, VANNI, Icilio (1941): “*Filosofía del Derecho*”, traducción por Rafael Urbano, Madrid: Francisco Beltrán, p. 68.

puede –o no debería– empujarnos al exceso de justificar cualquier tipo de injusto que simultáneamente surja con el tipo legal.

Basta analizar cualquier figura delictiva, para concluir que envuelve tangencialmente un principio que no es formulado por ella, sino por otra rama del Derecho, o bien por éste en su conjunto; aun cuando verse sobre alguna conducta aparentemente prohibida sólo en la esfera criminal²⁷. La tipicidad impone a la norma penal concretar con toda precisión una antijuridicidad que en otras zonas del ordenamiento puede ya existir, no más que prescrita en términos genéricos²⁸. Y, por eso, no es del máximo interés indagar si el Código penal dispensa o no una defensa primaria a determinados bienes jurídicos –como ocurre con la libertad sexual, el honor o los intereses demográficos de la comunidad–, por cierto que lo hace; la cuestión trasunta en dilucidar si aquellos bienes existen indiferentemente de su protección penal, y aquí la respuesta positiva otra vez se impone por necesidad. El mero ejercicio de suprimir mentalmente la normativa extrapenal, nos trasladaría a un páramo en que el Derecho punitivo se ofrecería vacío en contenido o por entero ayuno de justificación.

En el terreno práctico, las cuestiones prejudiciales civiles en el proceso penal obsequian buena prueba en abono de la tesis aquí defendida. Pese a su apariencia de estricto asunto procesal, las referidas cuestiones encierran aspectos sustantivos de fondo. Creadas especialmente para esclarecer la concurrencia de algún elemento del tipo, circunstancia modificatoria o extintiva de responsabilidad penal, generalmente corresponden a relaciones jurídicas pertenecientes a otro

²⁷ Clásicas son las citas a la omisión de socorro, la falsificación de documentos privados que no causan perjuicios a terceros, la tentativa y el maltratamiento de animales, como paradigma de ilícitos exclusivamente penales. Es de apreciar, sin embargo, que el supuesto deber de solidaridad subyacente en la omisión de socorro también se manifiesta en otros ámbitos, así, en el salvamento marítimo o en responsabilidad civil médica. En la falsificación de instrumento privado, se omite que, junto con la indemnización de perjuicios, existen otras sanciones civiles, por ejemplo, la nulidad del acto jurídico y su inoponibilidad. En la tentativa, si bien tampoco procede la sanción civil del resarcimiento, sí existe en cambio facultad para impedir el daño a través de medidas cautelares. En el maltrato de animales, es notorio que el objeto jurídico atentado a través de él –sea que se trate del sentimiento público de piedad, del interés moral de la comunidad o derechamente del ambiente– no es invención vasalla del Derecho penal.

²⁸ Porque del propio principio de legalidad podría decirse que es derivación de la máxima “está permitido todo aquello no se prohíbe expresamente”. A contrapelo de lo que ocurre en el ámbito civil, donde es sólito encontrar cláusulas generales de antijuridicidad, como son los artículos 2314 y 2329 del Código Civil chileno.

sector del ordenamiento, denotando la paladina dependencia del Derecho represor a la hora de configurar sus preceptos²⁹.

Otra de las consideraciones esgrimidas en favor de la naturaleza garantizadora del Derecho penal la constituye el carácter unitario que cubre a la antijuridicidad, idea que se infiere a partir de la unidad del sistema jurídico en general. Como se explicará, atribuir una función constitutiva a la ley penal –por acotado que sea el ámbito– importa afirmar la existencia de ilicitudes penales especiales, conclusión que resulta inaceptable desde que la antijuridicidad es una categoría común a cada parte del Derecho. El firmamento normativo es unitario por cuanto sus preceptos reconocen un fundamento de validez común y, por ende, ha de existir una correcta armonía entre sus enunciados cada vez que presentan puntos de contacto³⁰. Si no es de este modo, el Derecho perdería coherencia en tanto Ciencia y eficacia como regulador social de conductas. Levantar concepciones diferenciadas sobre lo injusto y admitir que cada mandato se inspira en valoraciones propias conspiraría contra su lógica interna, favoreciendo la gestación de antinomias normativas que lo harían inmanejable en su aplicación, al tiempo que representaría claudicar anticipadamente a todo propósito de seguridad jurídica.

Que eminentes penalistas y filósofos del Derecho ensayaran contrastes conceptuales entre lo injusto civil y lo injusto penal, empero, fracasando en sus intentos, es prueba reveladora de lo sostenido³¹. En este sentido, MAGGIORE lleva toda la razón cuando dice que las tentativas por

²⁹ Véase, especialmente, RODRÍGUEZ RAMOS (1986-1987), p. 380-389.

³⁰ Debe pararse mientes en que esto va más allá de las preferencias que a cada uno merezca la llamada “Teoría pura del Derecho”; antes bien, se trata de una exigencia de coherencia y de lógica formal, estrictamente necesaria para la conservación de cualquier ordenamiento jurídico. Aun así, para un análisis lato de la materia, véase, KELSEN, Hans (1982): *“Teoría pura del Derecho”*, traducción de la 2ª edición alemana por Roberto J. Vernengo, México D.F.: UNAM, p. 214-217.

³¹ Así, por ejemplo, Hegel identificó en su construcción dialéctica a la síntesis con la pena, instrumento por el cual se anula la voluntad criminosa por él denominada “oposición consciente contra el Derecho”; lo injusto civil, en cambio, evoca al daño generado sin malicia, por mera negligencia. HEGEL, George (1955): *“Filosofía del Derecho”*, 4ª edición, traducción de Angélica Mendoza, Buenos Aires: Claridad, p. 100-108. Se critica, por un lado, la existencia de delitos culposos a los que falta oposición consciente al Derecho y, por otro, que a ciertas infracciones dolosas no se impone siquiera la menor pena, así, al incumplimiento doloso de obligaciones civiles. Carrara, desde una perspectiva objetiva, prefiere asociar el ilícito civil a un daño personal y reparable; la sanción penal, en tanto, la vincula a conductas que generan un daño social, irreparable mediante acción directa. CARRARA, Francesco (1967): *“Programa de Derecho criminal”*, 2ª edición, traducción de José Ortega Torres, 10 vols., Bogotá: Temis, t. VI, p. 39. Por ser indiscutible que en ciertos delitos el daño es claramente reparable –como se aprecia en los atentados contra

elaborar una diferencia sustantiva a partir de la sanción que a cada ilícito se aplica es, en realidad, confesión de dicha imposibilidad³². Y es toda sensatez; después de afirmar la unidad del ordenamiento jurídico, no puede predicarse algo distinto respecto de la antijuridicidad, que no es otra cosa que su negación. Una nítida expresión del carácter unitario de la antijuridicidad, título de coherencia y racionalidad del ordenamiento, lo constituyen las causas de justificación – especialmente la de obrar en ejercicio legítimo de un derecho–, por cuanto demuestran que el juicio decisivo acerca de la licitud o ilicitud de una conducta depende de la valoración que efectúa el Derecho en su conjunto³³. De esta base sobre la cual se construye el edificio jurídico no puede sustraerse el Derecho penal, porque, así como en su tiempo sostuvo JELLINEK, “*todo Derecho es, según su ser íntimo, idéntico, y todo injusto es unitario*”³⁴, hasta el punto de resultar pleonástico hablar de lo injusto penal, lo injusto civil, etcétera, como si cada uno fuese un mundo distinto.

Salvo voces minoritarias, el carácter unitario de la antijuridicidad es ampliamente aceptado por la doctrina penalista³⁵. Dicho lo cual, quienes pregonan el carácter constitutivo de la rama se empeñan en demostrar que tal teoría no compromete el axioma en mención³⁶. En nuestro sentir, la tesis secundaria no destierra la eventualidad de que entre los demás Derechos

la propiedad–, se rechaza esta teoría. Sobre otros criterios divisores de lo injusto civil y lo injusto penal, con sus respectivas críticas, véase, CASTEJÓN y MARTÍNEZ DE ARIZALA, Federico (1949): “*Teoría de la continuidad de los Derechos penal y civil*”, Barcelona: Bosch, p. 20-39.

³² MAGGIORE, Giuseppe (1954): “*Derecho penal*”, traducción de José Ortega Torres, 5 vols., Bogotá: Temis, t. I, p. 262.

³³ Véase, especialmente, MERKEL, Adolf (2004): “*Derecho penal. Parte general*”, traducción del alemán por P. Dorado Montero, Montevideo: B de F, p. 159. En aplicación a la índole secundaria del Derecho penal, véase, SOLER, Sebastián (1956): “*Derecho penal argentino*”, 5 tomos., Buenos Aires: Tipográfica Editora, t. I., p. 24.

³⁴ JELLINEK, Georg (2008): “*Injustos absoluto y relativo*”, [en línea, formato PDF], traducción directa del alemán por José Luis Guzmán Dalbora, [fecha de última consulta: 03/06/2014]. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r1.pdf>.

³⁵ Como excepción, merece destacarse a Gunther, hasta el extremo de sostener la existencia de causas de justificación exclusivamente penales. Para una completa exposición y crítica, véase, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2011): “*La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*”, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires: B de F.

³⁶ A propósito de la omisión de socorro, Cury reclama “que fuera del Derecho penal no exista norma alguna que consagre un deber de solidaridad no significa que dicha conducta sea aprobada o indiferente para el Derecho civil”. CURY, Enrique (2005): “*Derecho penal. Parte general*”, 7ª edición, Santiago de Chile: Ediciones UC, p. 87. En la misma línea, GARCÍA-PABLOS, Antonio (2006): “*Introducción al Derecho penal*”, 4ª ed., Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, p. 92. Evidentemente, esta respuesta sólo puede estimarse suficiente para casos en que la norma penal introduce valoraciones en ámbitos jurídicamente no abarcados, y, empero, de todos modos podría devenir cuestionable desde una perspectiva político-criminal, según diremos.

constitutivos se susciten conflictos normativos –aspiración que excedería abrumadoramente su cometido–, pero se justifica plenamente al prever de manera más fiable posibles contradicciones de carácter axiológico, que son las de auténtica gravedad³⁷.

Y, sin embargo, todo cuanto hemos sostenido hasta ahora no cobra real sentido sino al hilo de la siguiente idea: el carácter secundario de esta rama constituye una garantía elemental para los ciudadanos de cara a eventuales arbitrariedades. Con notorio acierto, ya MAURACH había anotado que, en esencia, se trata de una “*exigencia político-jurídica dirigida al legislador*”³⁸; como es lógico, éste no puede recurrir por mero antojo a la más contundente y represiva de las ramas. Un ejercicio racional del poder supone –como hace tiempo proclamó SILVELA– tener presente que únicamente puede proteger y restaurarse aquello cuya existencia previamente se ha afirmado y consentido, y es que sólo así se legitima socialmente la enérgica coerción. En efecto, los bienes jurídicos son entidades objetivas referidas a valores fundamentales afincados culturalmente, que no surgen de un momento a otro, ni de forma azarosa o particular, sino que son producto de un consenso social que, justamente, opera al margen del Derecho penal. De esta suerte, que los bienes jurídicos se fragüen en el Derecho extrapenal, determina que la antijuridicidad de una conducta no puede, en términos lógicos, surgir de manera espontánea con la descripción del tipo legal, sino que necesariamente debe ser previa³⁹. Si esto fuese a la inversa, es decir, si se admitiera que el injusto nace a veces de modo simultáneo a la fijación del tipo, cualquier conducta que repentinamente vistiera ropajes de gravedad podría prohibirse bajo amenaza de pena, dando

³⁷ Sobre las contradicciones lógicas y axiológicas en el Derecho penal, véase, DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel (1981): “*Nueva crónica del crimen*”, Valparaíso: Edeval, p. 190-197.

³⁸ MAURACH (1994), p. 34.

³⁹ En opuesto sentido, Jiménez De Asúa, en cuyo pensamiento la tipicidad cumple, generalmente, la función de concretar lo injusto, mientras que, excepcionalmente, lo señala. Lo concreta si la antijuridicidad precede cronológicamente a la descripción típica de lo que, por ser injusto, ha de ser punible. Lo señala, en cambio, cuando hasta aquel momento la acción no era injusta, pero su gravedad circunstancial determinó que nacieran juntos lo injusto y el tipo. JIMÉNEZ DE ASÚA (1963), t.III., p. 780. En un intento bastante forzado, Grispigni, quien también se había representado casos en que la prohibición penal ni siquiera encontrase correlato implícito en las demás ramas, hizo una suerte reserva diciendo que: “una vez que ha intervenido la norma penal, se integran y completan inmediata y automáticamente otras parcelas del Derecho, cuyas normas extraen su *praeceptum* de la nueva norma penal”. GRISPIGNI (1949), p. 186.

pábulo a objetos de protección que, en estricto rigor, no sean bienes jurídicos⁴⁰. Va de suyo que este modo de pensar el Derecho penal se entrelaza de mejor forma con la denominada función garantista que está llamada a cumplir la teoría del bien jurídico, o sea, impedir la incriminación de conductas no lesivas de objetos valorados socialmente y exigir una revisión crítica permanente del sistema punitivo en su todo. En fin, desde un prisma político-criminal, para quien es suspicaz –como cada día la experiencia enseña a ser en estos temas–, basta con asociar funciones creadoras a la norma penal, y acompañarla de un empleo discrecional como poder de sometimiento, para que emerja el riesgo de retroceder a prácticas abominables, como el castigo de meras desobediencias y otros groseros atropellos al principio de ofensividad. No tan censurable desde sus fines, aunque asimismo nociva, la lamentable tendencia en la legislación penal moderna de expandir el instrumento punitivo al abrigo de un recurso indiscriminado a la pena y a su efecto simbólico, es también peligro latente de la pretendida autonomía del Derecho penal, o al menos, mucho más factible de su mano⁴¹.

Sin dudas, por el interés y la complejidad que envuelve, el argumento atendido merece una reflexión y desarrollo más acabado del que hemos sido capaces de ofrecer en estas cuartillas. Con todo, nos asiste la convicción de que su verdadero rendimiento político-criminal se obtendrá cuando deje de enfocarse como cuestión de lógica formal, visión que, estimamos, conduce únicamente a interrogarse cómo es y se nos presenta el Derecho penal, petrificando la discusión. Más provecho reportaría cuestionarnos cómo éste debiera ser para responder a un modelo realmente garantista; orientado a lo que más arriba citamos: “ser que debe ser”.

⁴⁰ GUZMÁN DALBORA, José Luis (1993): “*Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la teoría de Max Ernst Mayer*”, En: *Revista de Derecho penal y Criminología*, N° 3, p. 239.

⁴¹ Así puede apreciarse, verbigracia, en las últimas enmiendas practicadas al artículo 390 del Código penal chileno, dirigidas a ampliar la faz subjetiva del parricidio a los convivientes y ex convivientes, en circunstancias de que el Derecho de familia nacional no acusa mudanzas al respecto, toda vez que sigue siendo un modelo de los denominados “abstencionistas”.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

__BETTIOL, Giuseppe (1965): “*Derecho penal*”, 4ª ed., traducción por José León Pagano, Bogotá: Temis.

__BLASCO FERNÁNDEZ, Francisco (1970): “*Notas en torno a la esencia de lo antijurídico y, en especial, de lo penalmente tipificado*”, En: *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires: Pannedille.

__CARRARA, Francesco (1967): “*Programa de Derecho criminal*”, 2ª edición, traducción de José Ortega Torres, 10 vols., Bogotá: Temis.

__CURY, Enrique (2005): “*Derecho penal. Parte general*”, 7ª edición, Santiago de Chile: Ediciones UC.

__DE RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel (1995): “*Orden político y orden penal*”, En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, N° 2.

__DEL VECCHIO, Giorgio (1974): “*Filosofía del Derecho*”, 9ª edición corregida y aumentada, traducción por Luis Legaz y Lacambra, Barcelona: Bosch.

__GARCÍA-PABLOS, Antonio (2006): “*Introducción al Derecho penal*”, 4ª ed., Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces.

__GARDELLA, Juan Carlos (1965): “*Naturaleza y Derecho*”, En: Enciclopedia jurídica Omeba, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica.

__GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis (1989-1990): “*Sobre la accesoriadad del Derecho penal en la protección del ambiente*”, En: *Estudios penales y criminológicos*, N° 14.

__GRISPIGNI, Filippo (1949): “*Derecho penal italiano*”, Traducción de la 2ª edición italiana por Isidoro de Benedetti, 2 Vols., Buenos Aires: Depalma.

__GUZMÁN DALBORA, José Luis (1993): “*Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la teoría de Max Ernst Mayer*”, En: *Revista de Derecho penal y Criminología*, N° 3.

__ (2010): “Estudio preliminar”, En: *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, BIRNBAUM, Franz, Montevideo-Buenos Aires: B de F.

__HEGEL, George (1955): “*Filosofía del Derecho*”, 4ª edición, traducción de Angélica Mendoza, Buenos Aires: Claridad.

__HOBBS, Thomas (2010): “*Leviatán*”, Traducción de Manuel Sánchez Sarto, 16ª ed., México: Fondo de Cultura Económica.

__JELLINEK, Georg (2008): “*Injustos absoluto y relativo*”, [en línea, formato PDF], traducción directa del alemán por José Luis Guzmán Dalbora, [fecha de última consulta: 03/06/2014]. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r1.pdf>.

__JESCHECK, Hans-Heinrich (2002): “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, traducción de la 5ª edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Editorial Comares.

__JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1963): “*Tratado de Derecho penal*”, Publicados 7 vols., 4ª ed., Buenos Aires: Losada.

__KAUFMANN, Armin (1977): “*Teoría de las normas*”, Versión castellana por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires: Depalma.

__KELSEN, Hans (1982): “*Teoría pura del Derecho*”, traducción de la 2ª edición alemana por Roberto J. Vernengo, México D.F.: UNAM.

__LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2004): *Curso de Derecho penal. Parte general*, 3ª reimpresión, Madrid: Editorial Universitas.

__MAGGIORE, Giuseppe (1954): “*Derecho penal*”, traducción de José Ortega Torres, 5 vols., Bogotá: Temis.

__MAURACH, Reinhart (1994): “*Derecho penal. Parte general*”, Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone, 2 vols., Buenos Aires: Editorial Astrea.

__MUÑOZ CONDE, Francisco (1975): “*Introducción al Derecho penal*”, Barcelona: Bosch.

__NOVOA MONREAL, Eduardo (1985): “*Curso de Derecho penal chileno*”, 2ª edición, 2 vols., Santiago: Ediar.

__QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1958): “*Compendio de Derecho penal*”, 2 vols., Madrid: Revista de Derecho Privado.

__RECANSÉNS SICHES, Luis (1970): “*Tratado general de Filosofía del Derecho*”, 4ª ed., México: Porrúa S. A.

__ROCCO, Arturo (2005): “*El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*”, Traducción, prólogo y notas de Gerónimo Seminara, Montevideo: Editorial B de F.

__RODRÍGUEZ DEVESA, Luis y SERRANO GÓMEZ, Alfonso (1994): “*Derecho penal español. Parte general*”, 17ª edición, Madrid: Dykinson.

__RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (1986-1987): “*Reflexiones sobre la naturaleza del Derecho penal en relación con las cuestiones prejudiciales*”, En: *Estudios penales y criminológicos*, N° 11.

__ROJAS, Emilio (2013): “*Accesoriedad del Derecho penal*”, En: *Humanizar y renovar el Derecho penal: estudios en memoria de Enrique Cury*, Editor Alex Van Weezel, Santiago de Chile: Legal Publishing y Thomson Reuters.

__ROUSSEAU, Jean-Jacques (2002): “*El contrato social*”, Madrid: Alba.

__VANNI, Icilio (1941): “*Filosofía del Derecho*”, traducción por Rafael Urbano, Madrid: Francisco Beltrán.

__VON BELING, Ernst (1944): “*Esquema de Derecho penal*”, Traducción de la 11ª edición alemana por Sebastián Soler, Buenos Aires: Depalma, Buenos Aires.

__ZAFFARONI, Eugenio (1981): “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, 5 vols. Buenos Aires: Ediar.

__ (2003): “*Derecho penal*”, con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, 2ª edición, Buenos Aires: Ediar.

DERECHOS DE LOS ANIMALES

Debate entre *Peter Singer & Richard Posner**

Lo que se presenta a continuación, es un dialogo epistolar del año 2001 entre el juez federal de los Estados Unidos y académico del Derecho, Richard Posner, y el filósofo de la ética aplicada, Peter Singer. La discusión se centra en el estatus jurídico de los animales, el rol de la argumentación ético-filosófica frente a la fuerza de las intuiciones morales sólidamente afianzadas en una sociedad y el progreso histórico material como motores de cambio social, y en las implicancias de reflexionar y actuar consistentemente con una filosofía utilitarista.

El texto se presenta por primera vez a los lectores de habla hispana, traducido por los editores de la *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, con autorización del propio Singer.

De: Peter Singer

Para: A. Posner, Richard

Lunes, 11 de junio 2001, a las 11:55 PM Hora del Pacífico

Estimado juez Posner,

Yo no soy abogado, y mucho menos un juez, pero he notado un creciente interés en los círculos legales en el tema de la condición jurídica de los animales. Esto parece haber sido provocado en parte por los esfuerzos del Proyecto Gran Simio, la publicación de Steven Wise *Rattling the Cage*¹, y por el hecho de que en varias escuelas, incluyendo Harvard, ahora están enseñando cursos de derechos de los animales. Usted revisó *Rattling the Cage* en la *Revista de Derecho de Yale*, y a pesar de ser crítico respecto a la argumentación racional de que la ley debe reconocer a los chimpancés y otros grandes simios como personas jurídicas, su tono fue

* Traducción de Sebastián Flores Cuneo y Francisco Zepeda Navarro. Publicación original de Peter Singer and Richard Posner. Animal Rights, Slate. June 2001.

¹ Steven M. Wise (2000): *Rattling The Cage: Toward Legal Rights For Animals*, New York Time, Basic Book's.

respetuoso y tomó en serio el argumento. Eso me ha animado a tratar de persuadirle –porque soy un experto en ética, no un abogado-, de que hay una profunda cuestión *ética* respecto del cambio de la situación de los animales.

Antes del surgimiento del moderno movimiento de los animales había sociedades para la prevención de la crueldad contra los animales, pero estas organizaciones ampliamente aceptaban que el bienestar de los animales no humanos merece protección sólo cuando los intereses humanos no están en juego. Los seres humanos eran vistos como muy distintos e infinitamente superiores a todas las formas de vida animal. Si nuestros intereses entran en conflicto con los suyos, son siempre sus intereses los que tienen que ceder. En contraste con este enfoque, la visión que quiero defender pone a los humanos y a los animales no humanos, *como tales*, en un mismo plano moral. En ese sentido argumenté, en *Liberación Animal*², que “todos los animales son iguales”. Pero para evitar malentendidos comunes, tengo que ser cuidadoso al explicar exactamente lo que quiero decir con esto. Es evidente que los animales no humanos no pueden tener derecho a voto o ser penalmente responsables de lo que hacen. Ese no es el tipo de igualdad que quiero extender a los animales no humanos. La forma fundamental de igualdad es *la misma consideración de intereses*, y esto es lo que debemos extender más allá de los límites de nuestra propia especie. Básicamente, esto significa que si un animal siente dolor, su dolor importa tanto como el que siente un ser humano, mientras ambos dolores sean de similar entidad. Aprender qué tan malo es el dolor no depende de la especie que lo sufre.

La gente suele decir, sin pensarlo mucho, que *todos* los seres humanos son infinitamente más valiosos que cualquier animal de cualquier otra especie. Esta opinión se debe más a nuestros intereses egoístas y a antiguas enseñanzas religiosas que reflejan estos mismos intereses que a la razón o la reflexión moral imparcial. ¿Qué característica ética relevante existiría en *todos* los seres humanos, pero *no* en los animales no humanos? Nos gusta distinguirnos de los animales diciendo que sólo los humanos son racionales, pueden usar el lenguaje, son conscientes de sí mismos, o

² Singer, Peter (1995): *Animal Liberation*, Pimlico. Una versión en español de esta publicación se ha publicado por la editorial Taurus: Singer, Peter (2011): *Liberación animal: el clásico definitivo del movimiento animalista*, Taurus.

son autónomos. Pero estas habilidades, por más importantes que sean, no nos permiten trazar la línea necesaria entre *todos* los seres humanos y los animales no humanos. Porque hay muchos seres humanos que no son racionales, conscientes de sí mismos, autónomos, o que carecen de lenguaje; para empezar, todos los seres humanos de menos de 3 meses de edad. E incluso si se les excluye, por considerar que tienen el potencial para desarrollar estas capacidades, hay otros seres humanos que no tienen este potencial. Lamentablemente, algunas personas nacen con daños cerebrales tan graves que nunca serán capaces de razonar, verse a sí mismos como seres independientes que existen en el tiempo, tomar sus propias decisiones, o aprender alguna forma de lenguaje.

Si sería absurdo dar a los animales derecho a voto, no sería menos absurdo dar ese derecho a los bebés o a los seres humanos gravemente retardados. Sin embargo, seguimos dando la misma consideración a sus intereses. No los criamos para la alimentación en establos superpoblados o probamos productos de limpieza del hogar en ellos. Tampoco debemos hacerlo. Pero hacemos estas cosas a los animales no humanos que muestran una mayor capacidad de razonamiento que estos seres humanos. Esto es porque tenemos un prejuicio en favor de la opinión de que todos los seres humanos son de alguna manera infinitamente más valiosos que cualquier otro animal. Por desgracia, esos prejuicios no son inusuales. Al igual que los racistas y sexistas, los especistas dicen que el límite de su propio grupo también es una frontera que separa a los seres más valiosos de todos los demás. No importa cómo seas, si eres un miembro de mi grupo, eres superior a todos los que no son miembros de mi grupo. Los especistas favorecen a un grupo mayor que el de los racistas, al igual que lo ha hecho un gran círculo de interés, pero todos estos prejuicios descansan en un hecho arbitrario y moralmente irrelevante –pertenencia a una raza, sexo o especie– como si fuera moralmente crucial. El único límite aceptable a nuestra preocupación moral es el punto en que no hay conciencia del dolor o del placer, ni preferencias de ningún tipo. Es por eso que los cerdos cuentan, pero las lechugas no. Los cerdos pueden sentir dolor y placer. Las lechugas no.

Una advertencia final: he estado argumentando en contra de la idea ampliamente aceptada de que tenemos justificación para descartar los intereses de un animal sólo porque no es miembro de la especie *Homo sapiens*. No me he pronunciado contra la idea más limitada de que hay algo especial en los seres con las capacidades mentales que poseen los seres humanos normales, una vez que han pasado la infancia, y que ante una cuestión de vida o muerte, es justificado dar más peso a salvar sus vidas. Por supuesto, algunos seres humanos no poseen estas capacidades mentales, y podría decirse que algunos animales no humanos sí; aquí volvemos a los chimpancés y otros grandes simios con los que empecé. Pero sin importar qué decidamos sobre el valor de una vida, esta es una cuestión independiente de nuestras decisiones acerca de las prácticas que causan sufrimiento. Lamentablemente una gran parte de lo que los estadounidenses hacen a los animales, especialmente en la crianza para alimentación en las modernas granjas industrializadas, provoca un prolongado sufrimiento en miles de millones de animales cada año. Dado que podemos vivir una vida muy buena sin hacer esto, no es correcto ocasionar este sufrimiento, con independencia de la cuestión de la injusticia consistente en privarles la vida a estos animales.

Peter Singer.

De: Richard A. Posner

Para: Peter Singer

Martes, 12 de junio 2001, a las 12:00 am PT

Estimado profesor Singer:

Estoy impresionado por su lúcido y contundente argumento para modificar el estatuto ético de los animales; hay mucho en lo que estoy de acuerdo. Estoy de acuerdo, por ejemplo, en que los seres humanos no son infinitamente superiores o infinitamente más valiosos que otros animales; de hecho, estoy dispuesto a dejar el "infinitamente". Estoy de acuerdo en que *somos* animales y no semi-ángeles con alma. Estoy de acuerdo en que la crueldad innecesaria y el abandono de animales están mal y que deben asumirse algunos costos para reducir el

sufrimiento de los animales criados para la alimentación humana o para otros fines, sometidos a exámenes médicos o de otro tipo y a la experimentación.

Pero no estoy de acuerdo en que tenemos un deber con los (otros) animales derivado de ser miembros iguales de una comunidad integrada por todos los seres en el universo que pueden sentir dolor, y que no es más que el “prejuicio”, como los prejuicios raciales o el sexismo, el que nos hace “discriminar” a favor de nuestra propia especie. Usted asume la existencia de una comunidad universal de dolor y exige razones sobre por qué nuestro límite de interés debiera estar restringido. Parto de la base hacia arriba, con el hecho brutal de que nosotros, como otros animales, preferimos a nuestros iguales, como nuestra propia familia, nuestra “manada” con la que nos toca correr (por ser animales sociales), y las congregaciones más grandes construidas sobre el modelo de las más pequeñas, de las cuales la más grande para la mayoría de nosotros es nuestra nación. Los estadounidenses tienen menos sensibilidad respecto de los dolores y los placeres de los extranjeros que de otros americanos, y menos aún de los de la mayoría de los animales no humanos con los que compartimos el mundo.

Ahora usted podrá replicar que estos son sólo hechos de la naturaleza humana; sin relevancia normativa. Pero la tienen. Supongamos que un perro amenaza a un bebé humano y la única manera de evitar que el perro muerda al niño es causar un dolor severo en el perro; más dolor que el que la mordida causaría al bebé. Usted tendría que decir, dejen que ese perro muerda al niño (porque “si un animal siente dolor, su dolor importa tanto como el que siente un ser humano, mientras ambos dolores sean de similar entidad”). Pero el hombre medio (¡no sólo los padres del bebé!), incluyendo un filósofo cuando no está conscientemente comprometido en filosofar, diría que sería monstruoso perdonar al perro, a pesar de que ello redunde en minimizar la suma de dolor en el mundo.

No me siento obligado a defender esta reacción; es una intuición moral más allá de cualquier razón que pudiera darse en su favor, e impermeable a cualquier razón que usted o cualquier persona podría dar en su contra. La pertenencia a la especie humana no es un hecho

“moralmente irrelevante”, como la raza y el sexo de los seres humanos han llegado a parecer. Si la irrelevancia moral de la humanidad es lo que enseña la filosofía, y así tenemos que elegir entre la filosofía y la intuición que dice que la pertenencia a la especie humana es moralmente relevante, entonces la filosofía es la que se tiene que ir.

Hacia el final de su declaración usted distingue entre el dolor y la muerte y reconoce que las habilidades mentales de los seres humanos pueden hacer sus vidas más valiosas que las de los animales. Pero este argumento también está en conflicto con nuestras más profundas intuiciones. Esto implica que la vida de un chimpancé es más valiosa que la vida de un ser humano que, debido a que padece un retraso mental profundo (aunque no comatoso), tiene una capacidad mental inferior a la del chimpancé. Existen, sin duda, estos casos. De hecho, hay personas en las últimas etapas de la enfermedad de Alzheimer que, aunque estén conscientes, tienen menos actividad mental que un perro. Pero matar a una persona así sería un asesinato, mientras que no es un delito que un veterinario mate a la mascota, debido a que se ha vuelto incontinente con la edad. La lógica de su posición implicaría tratar estos asesinatos por igual. Y si, por ejemplo, pudiésemos convenir en que la vida de un ser humano normal es 100 veces más valiosa que la de un chimpancé normal, usted tendría que reconocer que si una persona tuviera que elegir entre matar a un ser humano o 101 chimpancés, debería matar al ser humano. Contra la profunda repugnancia que tales resultados generan, el concepto de una comunidad transhumana de seres que sienten dolor bate en vano sus alas de oropel.

Lo que se necesita para convencernos de cambiar nuestro trato hacia los animales no es la filosofía, y mucho menos una filosofía atea (atendiendo a que una de las premisas de su argumento es que no tenemos alma) en una nación religiosa, sino aprender a sentir el dolor de los animales como nuestro dolor y aprender que (si es que es un hecho, yo no lo sé) podemos aliviar esos dolores sin reducir sustancialmente nuestro nivel de vida y del resto del mundo sin sacrificar el progreso científico y médico. La mayoría de nosotros, quizá sobre todo aquellos de nosotros que hemos vivido con animales, tenemos la empatía suficiente con el sufrimiento de los animales para apoyar las leyes que prohíben la crueldad y el abandono. Podríamos ir más lejos si

supiéramos más acerca de los sentimientos de los animales y sobre la existencia de alternativas de bajo costo para reemplazar la utilización dolorosa de los animales. Así, para ampliar y fortalecer las leyes que protegen a los animales, no se necesitan argumentos filosóficos que reduzcan a los seres humanos al nivel de los demás animales, sino hechos; hechos que estimulen una mayor respuesta empática con el sufrimiento animal y que alivien su preocupación por los costos de las medidas para reducir dicho sufrimiento.

Richard A. Posner

De: Peter Singer

Para: A. Posner, Richard

Martes, 12 de junio 2001, a las 11:55 pm Hora del Pacífico

Estimado juez Posner,

Estamos de acuerdo en que los seres humanos son animales y que no son infinitamente más valiosos que otros animales. Más importante aún, estamos de acuerdo no sólo sobre la injusticia de la crueldad innecesaria hacia a los animales, sino también en que debemos incurrir en algunos costos para reducir el sufrimiento de los animales criados para la alimentación u otros fines humanos. Yo espero que esto signifique que podríamos estar de acuerdo en algunas reformas prácticas, por ejemplo, no permitir a los productores de cerdo o de ternera confinar a sus animales de tal manera que incluso no puedan darse vuelta o caminar unos pasos. Tal vez también estaremos de acuerdo que Estados Unidos debe seguir a Europa en la eliminación de las jaulas de gallina que impiden que las aves estiren las alas o anidar en un área protegida. Puesto que hay formas alternativas de producción que sólo cuestan unos pocos centavos por libra o por docena de huevos más, se trata de costos modestos para nosotros, con grandes beneficios para los animales.

Aunque tengo la esperanza, no sé si apoyaría esas reformas, debido a la gran pregunta que todavía nos divide que es ¿qué tan lejos deberíamos ir para reducir el sufrimiento animal? ¿Hay

alguna base para decir con razón que podemos ocasionar más sufrimiento a un animal que el que experimentaríamos nosotros de no infligir tal sufrimiento? En otras palabras, ¿es justificado dar preferencia a los sufrimientos de los seres humanos, sólo porque son seres humanos, y no a otros animales que sufren?

Usted dice que parte desde el hecho brutal consistente en que nosotros, como otros animales, preferimos a nuestros iguales. Pero, ¿quiénes son “nuestros iguales”? Usted sugiere que son nuestra propia familia, nuestra “manada”, y “las congregaciones más grandes construidas sobre el modelo de las más pequeñas, de las cuales la más grande para la mayoría de nosotros es nuestra nación”. Usted señala que los estadounidenses han disminuido su preocupación por los extranjeros y más aún por los animales no humanos. Es cierto, pero eso es probablemente algo por lo que el presidente Bush está tomando la tarea en este momento, en su gira europea, y con razón. No es éticamente defendible poner los intereses económicos de los estadounidenses por encima del mayor sufrimiento que el continuo calentamiento global probablemente traiga a millones de personas en los países sin recursos para defenderse contra el cambio climático.

Por supuesto, a veces se justifica la parcialidad: los niños están mejor cuidados por sus padres que por extraños, por lo que se quieren potenciar los lazos familiares. Pero, en general, soy más escéptico respecto de intuiciones morales comunes de lo que usted parece ser. No hace mucho tiempo las leyes que perseguían a los homosexuales estaban justificadas por referencias a la intuición moral de la gente común, e incluso los nazis afirmaban que sus leyes se apoyaban sobre “la sana sensibilidad de la gente”. ¿No es probable que estas reacciones se basen en instintos que tienen sus raíces en nuestra historia evolutiva? Si es así, mientras nosotros los ignoremos bajo nuestra responsabilidad, no debemos concederles ningún valor probatorio. En otras palabras, el hecho de que las personas suelen tener una reacción moral determinada no contribuye mucho a demostrar que esta reacción es la que deberían tener. Por todo ello, redirigiría lo que dice respecto al choque entre reacciones morales intuitivas y la filosofía: en la medida en que seamos seres éticamente reflexivos y pensantes, es la reacción instintiva, y no la filosofía, la que se tiene que ir. Si usted no acepta esto, entonces ¿también está preparado para defender la preferencia de los

estadounidenses por los de su raza o grupo étnico? ¿Es posible, en consonancia con el punto de vista ético que parece tener, que nosotros argumentemos por motivos éticos en contra del racismo, si vivimos en una sociedad en la que las intuiciones racistas están profundamente arraigadas?

Le debo una respuesta a sus comentarios sobre la maldad de matar a determinadas categorías de seres humanos, por ejemplo aquellos con la enfermedad de Alzheimer. Personas con tal condición han sido capaces de expresar sus deseos sobre cómo deben ser tratados, si es que alguna vez se encuentran en tal situación. Cuando lo han hecho, debemos seguir sus deseos. Si es más grave matar a un ser humano con la enfermedad de Alzheimer que matar a un perro con una mayor capacidad mental, esto se debe a los intereses de los seres humanos que actualmente no tienen la enfermedad de Alzheimer, pero que están preocupados por cómo van a ser tratados si en el futuro desarrollan esta condición.

En su párrafo final dice que lo que tenemos que hacer para convencer a la gente de tratar a los animales mejor es conseguir que sientan “el dolor de los animales como nuestro dolor”. Estoy totalmente de acuerdo en que este es un enfoque útil, pero no hace que la filosofía se vuelva irrelevante. Cuando empecé a pensar en la ética de nuestro tratamiento de los animales estaba viviendo en Inglaterra a principios de 1970. La preocupación empática por los animales estaba entonces ampliamente difundida, pero era comúnmente descartada por los políticos y los defensores del statu quo como “mero sentimentalismo”. Los argumentos éticos que yo y otras personas desarrollamos ayudaron a convencer a mucha gente de que el tratamiento de los animales no era algo para “amantes de los animales”, sino que era un serio problema ético. Ese cambio de actitud ha puesto a Reino Unido –de hecho, a toda la Unión Europea –, muy por delante de los Estados Unidos en su ley de protección animal. Nos hace falta más empatía, pero también tenemos que tomar nuestros sentimientos empáticos más seriamente. Un poco de filosofía puede demostrar por qué debemos hacerlo.

Peter Singer.

De: A. Posner, Richard

Para: Peter Singer

Miércoles, 13 de junio 2001, a las 12:00 am PT

Estimado profesor Singer:

Para empezar con un área en la que estamos de acuerdo, si es cierto que los métodos alternativos de producción de carne reducirían sustancialmente el sufrimiento de los animales a un costo insignificante, estoy a favor de su implementación, porque me gustan los animales y por lo tanto no quiero verlos sufrir innecesariamente. Pero yo no estaría dispuesto a obligar según mi punto de vista a otros que no están de acuerdo. No veo la necesidad o la justificación de la coerción. Si suficientes personas llegan a sentir el sufrimiento de estos animales como propio, la opinión pública y las preferencias del consumidor inducirán a los productores a cambiar sus métodos. En la misma forma, mientras más altruistas se vuelvan los estadounidenses hacia los extranjeros, mayores serán los costos que estarán dispuestos a incurrir en beneficio de los extranjeros.

En lo que no estoy de acuerdo con usted es sobre la cuestión de si el argumento ético puede o debe afectar cómo nos sentimos acerca de los animales (o extranjeros). Mi opinión es que el argumento ético es y debe ser impotente ante tenaces instintos morales. Usted señala con razón que tales instintos a menudo se equivocan. Pero entonces la necesidad es señalar los errores. En el siglo XVIII, era un delito capital en algunos estados americanos tener relaciones sexuales con un animal. Uno de los motivos de este duro castigo era la creencia en que ese coito daría lugar al nacimiento de monstruos. La creencia era errónea, al demostrarlo, se socavó la justificación del castigo.

En la medida en que la falta de consideración por el sufrimiento de los animales tiene su origen en errores de hecho, señalar los errores puede cambiar nuestras intuiciones sobre la

consideración que le debemos los animales. Descartes creía que los animales no sentían dolor; que las expresiones externas que revelaban dolor eran engañosas. La gente que creía esto, nada querría hacer con las leyes que prohíben la crueldad con los animales. Ahora tenemos buenas razones para creer que Descartes estaba equivocado. Nosotros también tenemos buenas razones para creer que los aztecas estaban equivocados acerca de la eficacia de los sacrificios humanos y que la ideología nazi, al igual que otras ideologías racistas, se basaba en conceptos erróneos acerca de la biología evolutiva y racial. Aceptar las premisas cartesianas, aztecas, o nazis y sólo discutir contra sus inferencias sería inútil.

Para mí lo más importante y valioso de su influyente libro *Liberación Animal* es la información que transmite (en parte a través de fotografías) sobre el real sufrimiento de los animales. Esta información es un correctivo valioso para el pensamiento ignorante y erróneo. Pero los argumentos que no identifican errores en hechos que sustentan o refuerzan nuestros instintos morales no hacen nada para socavar esos instintos; y tampoco deberían hacerlo. Yo sostenía en mi respuesta a su primera declaración que es un error dar el mismo peso al dolor de un perro como al dolor de un hijo y que está mal matar a una persona para salvar a 101 chimpancés, aunque una vida humana sea sólo 100 veces tan valiosa como la vida de un chimpancé. Sustenté estos juicios en la intuición. Contra esta intuición no tiene respuesta fáctica, como la tendría si mi intuición se basara en la creencia de que los perros no sienten dolor y que los chimpancés no tienen actividad mental.

Dije también que la lógica de su argumento, de nuevo en conflicto con nuestras más profundas intuiciones, consiste en preferir la vida de un perro a la vida de una persona con la enfermedad de Alzheimer. Usted contestó que debemos tener en cuenta los sentimientos de una persona que, sabiendo que algún día podría tener la enfermedad, se angustia ante la idea de ser asesinado, cuando la enfermedad progresa hasta cierto punto. Muy bien, pero ¿qué pasa con la gente -y hay muchos-, a quienes les gustaría firmar un contrato ejecutorio para ser asesinados si se vuelven dementes? Este contrato no sería exigible, y el médico que lo cumpla y mate al paciente con la enfermedad de Alzheimer sería un asesino. La intuición moral que induce a este resultado

puede ser impugnada fácticamente a medida que aprendemos más sobre la enfermedad de Alzheimer, a medida que más personas sufren de ella, y a medida que la gente acepte más el papel de los médicos como “ángeles de misericordia”. A lo que la intuición moral no es vulnerable, es a un argumento ético que reduce la cuestión a una comparación de las habilidades mentales canina y humana.

Me gustaría, por último corregir cualquier impresión que pueda haber dado en el sentido de estar tratando de justificar “dar preferencia a los sufrimientos de los seres humanos, sólo porque son seres humanos, y no otros animales que sufren”. Yo no me veo comprometido, en nuestro debate, con la justificación de cualquier cosa que no sea el escepticismo sobre el poder de los argumentos filosóficos. No digo que nuestra preferencia por los seres humanos respecto de otros animales esté justificada, sólo digo que es un hecho profundamente arraigado en nuestro pensamiento actual, un hecho basado en creencias que pueden cambiar, pero no un hecho que puede ser sacudido por la filosofía. Yo particularmente no quiero decir que tenemos justificación para dar preferencia a los sufrimientos de los seres humanos “sólo porque son seres humanos” los que están sufriendo. Ponemos primero a los seres humanos debido a que *somos* seres humanos. Si fuéramos gatos pondríamos primeros gatos, sin importar lo que los filósofos pudieran decirnos.

Richard A. Posner.

De: Peter Singer

A: A. Posner, Richard

Miércoles, 13 de junio 2001, a las 8:30 pm hora del Pacífico

Estimado juez Posner,

Su segunda respuesta conduce nuestro análisis a una cuestión fundamental sobre la naturaleza de la ética. Pero antes de entrar en esto, permítame comentar la cuestión que plantea en su primer párrafo. Suponiendo que existen métodos alternativos de producción de carne que reducirían sustancialmente el sufrimiento de los animales a un costo insignificante, usted dice

que le gustaría ver estos métodos propagarse, pero no ve una justificación en la coerción. En otras palabras, usted no quiere ver prohibidos los métodos de crianza existentes en Estados Unidos, como muchos de ellos ya lo están en Europa. Usted está dispuesto a dejar este cambio a la elección del consumidor. Ese enfoque, aplicado coherentemente, también nos lleva a rechazar muchas otras leyes, por ejemplo las que prohíben el uso de trabajo infantil o las que requieren a las fábricas cumplir las normas básicas de salud y seguridad ocupacional.

Sobre este punto –en contraste con nuestro primer intercambio sobre el estatus moral de los animales–, parece que mi posición es más acorde con los puntos de vista morales comunes que la suya. Por supuesto, ¡yo no diría que esto demuestra que estoy en lo cierto y usted está equivocado! Más bien, creo que hay muchos casos en que los costos de la coerción pueden ser compensados por los beneficios que aportan a los débiles y los vulnerables. Debido a que mucha gente, lamentablemente, sólo piensa en sus propios intereses, siempre habrá un mercado de bienes más baratos fabricados por productores sin escrúpulos que los fabricados con una mayor preocupación por el bienestar de los trabajadores, los animales o el medio ambiente. Dentro de la esfera de acción de un gobierno democrático está la posibilidad de excluir del mercado a aquellos que no cumplen las normas que la mayoría estime convenientes. O así argumentaría yo.

Permítame ahora poner en este debate su escepticismo sobre el poder del argumento ético, que dice “es y debe ser impotente ante tenaces instintos morales”. Incluso en este punto de vista, el argumento ético podría desempeñar un papel en la solución de cuestiones sobre las que no hay instintos morales tenaces. Tal vez, el verdadero alcance de un gobierno democrático es uno de esos temas. En ese caso, ¿no necesitamos argumentos éticos para resolver el desacuerdo entre nosotros sobre si el Estado debería prohibir los métodos de producción animal que causan gran sufrimiento para la obtención de beneficios triviales?

Pero en cualquier caso, no acepto la afirmación de que el argumento ético “es y debe ser impotente ante tenaces instintos morales”. Me pregunto por qué escribió “y debe ser” en esa frase. ¿Quiere decir que puede ofrecer razones en contra de la afirmación de que no debiera

permitirse que el argumento ético anulara los tenaces instintos morales? Si es así, ¿no indica eso que el razonamiento, o la argumentación, es la última fuente de autoridad en la ética? Pero si eso no es lo que significan esas tres palabras ¿qué significarán entonces? ¿Que tenemos un tenaz instinto moral en contra de permitir que la argumentación ética anule los tenaces instintos morales? Dudo que eso sea cierto, y si lo fuere, sería una petición de principios para apelar a ella.

Tal vez esto se parece a un mero truco de debate que se apoya en tres palabras que deslizó sin pensar demasiado. Pero el hecho de que haya usado esas palabras sólo muestra lo difícil que es, también para usted, ser un escéptico moral minucioso. Nuestros instintos morales son hechos sobre nosotros mismos y no pueden ser ignorados, pero, como he dicho antes, simplemente podemos darlos por sentados. (No ha respondido a mi pregunta acerca de cómo, en una sociedad profundamente racista, usted piensa que podemos argumentar a favor de una misma preocupación por todas las personas, independientemente de su raza). Somos seres racionales, capaces de buscar justificaciones más amplias. Puede haber algunos que sean lo suficientemente despiadados para decir que sólo se preocupan por sus propios intereses o los intereses de los de su propio grupo, y si alguien se interpone en el camino, peor para ellos; pero muchos de nosotros tratamos de justificar nuestra conducta en términos más amplios y aceptables. Así es como la discusión ética se pone en marcha, y por qué le corresponde examinar, criticar, y en el largo plazo, derrumbar tenaces instintos morales. Piense en lo lejos que hemos llegado, en un tiempo relativamente corto, en lo que respecta a cuestiones como la integración racial, la anticoncepción, el sexo fuera del matrimonio, la homosexualidad, el suicidio, y muchas otras áreas en las que los instintos morales parecían muy fuertes y muy tenaces. Parece muy dudoso que todos estos cambios se hayan producido simplemente porque hemos descubierto nuevos hechos, y si esa es su pretensión, debe decirnos cuáles son los hechos nuevos, y por qué dieron lugar a cambios en las actitudes morales.

Pues volviendo al tema con el que comenzamos, ha dejado en claro que no está tratando de justificar la mayor consideración que damos a los seres humanos sobre otros animales, sino que se limita a decir que esta preferencia es “un hecho profundamente arraigado en nuestro

pensamiento actual, un hecho basado en creencias que pueden cambiar, pero no un hecho que puede ser sacudido por la filosofía”. Dado que esta es en sí misma una afirmación fáctica, está abierta a la refutación empírica. Casi cada vez que voy a una conferencia a discutir temas acerca de los animales, alguien me dice que *Liberación Animal* ha cambiado su vida y los llevó a convertirse en vegetariano, o un activista de los animales, o ambas cosas. Usted puede decir que esto es porque el libro les informó sobre algunos hechos acerca de cómo tratamos a los animales. No niego que esta información contribuye de forma importante al impacto del libro, pero mi impresión es que para muchas personas el argumento ético fue también crucial. Muchas de las personas que cambiaron sus vidas como resultado de la lectura del libro no eran amantes de los animales, o estaban especialmente interesados en ellos, o simpatizaban con sus necesidades, antes de leer el libro. Casi todos ellos disfrutaban comiendo carne, y por lo menos uno recuerdo ;que era dueño de una tienda que vende artículos de cuero! Así que sus intereses no los llevan a convertirse en vegetarianos, y aunque no puedo probar que fue el argumento ético el que les mueve, eso es lo que ellos dicen, y parece que es la explicación más obvia del éxito del libro.

Peter Singer.

De: Richard A. Posner

Para: Peter Singer

Jueves, 14 de junio 2001, a las 12:00 am PT

Estimado profesor Singer:

Los niños estadounidenses son parte de la comunidad americana, como un asunto de la ley y del amor. Pensamos que es mejor para ellos y para la sociedad en su conjunto que estén en la escuela que trabajando. No los consideramos activos lucrativos de sus padres. Esto se ha convertido en una profunda intuición moral en nuestra sociedad; apoyada también por argumentos pragmáticos. Una pregunta más difícil es si, al negarse a importar productos fabricados con trabajo infantil, debemos tratar de coaccionar a otros países a adoptar nuestras normas morales. El trabajo infantil no se consideraba malo, pero eso era en un momento en que

pocas personas recibían una educación y existía una pobreza generalizada que requería que todas las personas, de cualquier edad, se pusieran a trabajar. En la medida en que estas condiciones siguen existiendo en países del Tercer Mundo, no es obvio que maximicemos la utilidad (para utilizar su criterio preferente de bienestar social), tratando de erradicar el trabajo infantil a través de boicots de productos fabricados con él. Y me sorprende que considere como normativo lo que “la mayoría considera deseable”, porque la mayoría también desea comer carne.

Pero todo eso es un tema aparte. El principal problema que usted plantea es el papel de argumento ético. Usted pregunta cómo se puede argumentar contra el racismo en una sociedad “profundamente racista”. Mi respuesta es, apuntando a las falaces creencias que sustentan el racismo. Si su racismo no se basa en falsas creencias, sino en el interés material, el argumento será impotente. Había un montón de argumentos en contra de la esclavitud negra antes de 1861, pero costó una guerra civil poner fin a la práctica.

Usted pregunta cómo es que nuestras normas morales respecto a la raza, la homosexualidad, el sexo fuera del matrimonio, la anticoncepción, y el suicidio han cambiado en los últimos tiempos, si no fue a través de argumentos éticos. Esta es una gran pregunta a la que no puedo hacer justicia en el espacio asignado a mí. Pero permítaseme señalar, en primer lugar, que los filósofos no se han destacado en ninguno de los movimientos a los que usted se refiere. Thurgood Marshall, Earl Warren, y Martin Luther King Jr. tuvieron mucho más que ver con el desarrollo de una norma contra la discriminación que cualquier académico; y las más influyentes feministas, como Betty Friedan y Catherine MacKinnon, no eran filósofas tampoco. Las fuerzas motrices en cuanto a nuestro cambio de actitudes hacia el sexo, no fueron filosóficas o, incluso en el fondo, ideológicas. Eran materiales. A medida que la economía pasó de fabricación (trabajo sucio, pesado) a los servicios (más liviano, más limpio), a medida que la anticoncepción se hizo más segura y más confiable, mientras el deseo por familias numerosas disminuía (la sustitución de la calidad por la cantidad de niños), y la disminución de la mortalidad infantil permitió a las mujeres reducir el número de sus embarazos y aun así alcanzar su tasa deseada de reproducción, tanto la demanda de mujeres en el mercado de trabajo como la

oferta de mujeres en el mercado laboral aumentó. Con las mujeres trabajando más y teniendo como consecuencia una mayor independencia económica, exigieron y obtuvieron una mayor independencia sexual. El sexo fuera del matrimonio, el sexo no destinado a procrear, incluido por lo tanto el sexo homosexual, comenzó a parecer menos “antinatural” de lo que había parecido hasta entonces. Al mismo tiempo, los mitos sobre el reclutamiento de homosexuales explotaron, la homosexualidad fue entendida como algo genético o innato más que como una consecuencia de un “estilo de vida” y elección, y así la hostilidad hacia los homosexuales disminuyó. La historia de nuestras cambiantes costumbres sexuales es más compleja que esto, pero este boceto da una idea de cómo prefiero explicar el cambio social. La argumentación ética no juega ningún papel en la explicación.

Dice que hay varios lectores de *Liberación Animal* que han sido persuadidos por los argumentos éticos en el libro, y no sólo por los hechos y las ilustraciones. Pero si es así, es probable que lo sea sólo porque estos lectores no se dan cuenta de la radicalidad de la visión ética que sustenta su punto de vista de los animales, una visión ética que encuentra mayor valor en un cerdo sano que en un niño profundamente retrasado, en las órdenes de infligir un menor dolor a un ser humano para evitar un dolor mayor a un perro, y que, con tal que un chimpancé tenga el 1 por ciento de la capacidad mental de un ser humano normal, se requeriría el sacrificio de un ser humano para salvar a 101 chimpancés. Si *Liberación Animal* hubiera hecho hincapié en estas implicancias de su filosofía utilitaria, habría tenido muchos menos lectores convencidos; y también si hubiese tratado simplemente de convencer nuestra facultad racional, y no agitar nuestra relación empática con los animales.

Richard A. Posner.

De: Peter Singer

A: A. Posner, Richard

Jueves, 14 de junio 2001, a las 6:00 pm hora del Pacífico

Estimado juez Posner,

Este “diálogo” ha sido un placer y una experiencia muy enriquecedora. Llevándola a su fin, voy a comenzar por aclarar dos tergiversaciones de mis puntos de vista en su último mensaje, y luego voy a tratar de reunir a algunas conclusiones acerca de las diferencias entre nosotros.

Usted sugiere que atribuyo importancia normativa a “lo que la mayoría considera deseable”, y que esto es incompatible con mis argumentos en contra de comer carne. Pero lo que dije fue: “Dentro de la esfera de acción de un gobierno democrático está la posibilidad de excluir del mercado a aquellos que no cumplen las normas que la mayoría estime convenientes”. Así que la importancia normativa que doy a las opiniones de la mayoría se circunscribe sólo dentro del contexto de lo que un gobierno democrático puede hacer correctamente. No hay indicios de que la mayoría tiene la razón. Habría algo extraño en un gobierno democrático que prohíba el consumo de carne si la mayoría de sus ciudadanos están firme y constantemente a favor de comer carne, pero esto no dice nada sobre los aciertos y errores de comer carne en sí. Los gobiernos democráticos suelen tomar malas decisiones, a pesar de que las decisiones se hayan realizado correctamente, de conformidad con los principios de la democracia.

También me atribuye la peculiar posición de que “con tal que un chimpancé tenga el 1 por ciento de la capacidad mental de un ser humano normal, se requeriría el sacrificio de un ser humano para salvar a 101 chimpancés”. No hay nada en mi posición que me obligue a llegar a esa conclusión. Incluso si a las palabras “1 por ciento de la capacidad mental de un ser humano normal” se les puede dar un sentido claro, yo nunca he dicho que la capacidad mental puede ser agregada de esta manera a fin de decidir qué vida se debe resguardar. Por el contrario, en libros

como *Ética Práctica* y *Repensando la Vida y la Muerte*³ he sugerido que la capacidad de verse a uno mismo como existente en el tiempo, con un pasado y un futuro, es una parte importante de lo que hace que matar a algunos seres sea peor que matar a otros. Así que si tener sólo 1 por ciento de la capacidad mental de un ser humano normal significa que un animal carece de esa capacidad, entonces hay motivos para rechazar el enfoque matemático que usted describe.

Ahora tratemos el hilo principal de nuestra discusión. Mi argumento inicial fue que hacemos mal al dar menos consideración a los animales, de la que damos a los miembros de nuestra propia especie, simplemente porque no son humanos. En respuesta indicó que esto es contrario a una profunda intuición moral, y luego afirmó que el argumento ético “es y debe ser impotente ante tenaces instintos morales”. Esta frase constituyó tanto una afirmación fáctica como normativa. Le he preguntado por qué hizo tal afirmación normativa, y cómo la defendería, pero su respuesta se centró en la afirmación fáctica. Quisiera hacer hincapié, por tanto, en que se trata de dos afirmaciones muy diferentes.

Sobre la afirmación fáctica, mucho depende de cómo se la formula. Que el argumento ético a menudo lucha en vano contra un tenaz instinto moral es totalmente cierto; en realidad contiene un elemento tautológico, ya que si los instintos cedieran con facilidad, no serían tenaces. Sin embargo, mi propia experiencia, que asciende ahora a más de 30 años de desarrollo de argumentos éticos sobre cuestiones controvertidas, me convence de que el argumento ético es a veces eficaz incluso en contra de puntos de vista morales profundamente asentados. No limito, por cierto, la idea de “argumento ético” a “argumentos expuestos por los académicos especialistas en ética”. Así que al señalar que Martin Luther King Jr. y Betty Friedan no fueron especialistas en ética, no demuestra que ellos no utilizaron argumentos éticos o que sus argumentos no fueron efectivos.

³ Una versión en español: Singer, Peter (1997): *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*, Barcelona, Paidós.

Si fuera evidente que ningún argumento ético ha logrado cambiar las intuiciones morales profundamente asentadas de ni siquiera una persona, entonces no tendría mucho sentido la discusión de la pretensión normativa, es decir, si debemos ser inducidos por argumentos éticos para rechazar estas intuiciones. Pero como esto no es evidente, o al menos no para mí, la pretensión normativa se vuelve importante, y todavía quiero saber por qué cree que el argumento ético *debe* ser impotente ante tenaces instintos morales. ¿Qué ética puede verse detrás de esa afirmación? ¿Está usted dispuesto a dar razones en su favor? Si es así, usted mismo se está involucrado en una discusión ética.

Tal vez, sin embargo, se niega a defender la afirmación de que sería *malo* que el argumento ético fuera eficaz contra tenaces instintos morales. Esto estaría en consonancia con algunas de las cosas que dice, en las que suena como un escéptico moral duro, una especie de Trasímaco moderno, que descarta a toda a ética como simple fraude, o encubrimiento de los intereses más egoístas. El escepticismo moral completo es, sin duda, una manera de responder a los argumentos éticos que he esbozado en favor de los animales, pero logra este objetivo a un muy alto costo, porque significa que usted no puede idear ningún otro argumento ético, por ejemplo, contra el racismo o la homofobia, en una sociedad con intuiciones racistas u homofóbicas arraigadas profundamente, que no descansan en ningún error de hecho. Tenga en cuenta que si usted es realmente un escéptico, debe concluir que estos argumentos no sólo dejarán de ser eficaces, sino también que no hay motivos para decir que los racistas y homofóbicos están equivocados. Si tiene que llegar a estos extremos para resistir mis argumentos a favor de un nuevo estatuto ético de los animales, al menos en lo que a este intercambio de ideas se refiere, estoy dispuesto a dejar mi caso y espero que pocos lectores estén de acuerdo con su escepticismo ético de largo alcance.

Peter Singer.

De: Richard A. Posner

Para: Peter Singer

Viernes, 15 de junio 2001, a las 12:00 am PT

Estimado profesor Singer:

Yo no soy un escéptico moral en el sentido de pensar que las creencias morales no tienen ningún efecto sobre el comportamiento humano. Sólo soy escéptico respecto de que tales creencias se pueden cambiar a través de argumentos filosóficos (especialmente los de los filósofos académicos, dado el carácter protegido de la carrera académica moderna en los Estados Unidos y otros países ricos liberales), a diferencia de ser cambiado por la experiencia, por los cambios en las circunstancias materiales, por el demostrado éxito o fracaso de particulares principios morales como medio de hacer frente a los problemas de la vida y el ejemplo personal, la autoridad carismática, y las apelaciones a la emoción. En el intercambio de ayer me dio ejemplos de cómo los principios morales, por ejemplo en cuanto al sexo, son cambiados por tales cosas, y me preguntó si la filosofía académica ha desempeñado un papel significativo en los cambios que he discutido.

Aunque usted tiene razón en que la eficacia y la solidez de los argumentos morales son *analíticamente* dos temas distintos, éstos están relacionados. Una razón por la que los argumentos morales no son eficaces en el cambio de comportamiento es su falta de contundencia—su radical inconclusividad—, en una sociedad moralmente diversa como la nuestra, donde la gente puede y se pone a discutir a partir de premisas incompatibles. Pero hay algo más profundo. El argumento moral a menudo parece verosímil cuando no está bien razonado, o no está completo lógicamente, pero casi siempre es inverosímil cuando es lógico. Un utilitarista ilógico (un utilitarista “moderado”, como podríamos llamarlo) se contenta con decir que el dolor es malo, que los animales sienten dolor, por lo que, en igualdad de condiciones, debemos tratar de aliviar el sufrimiento de los animales, si es que podemos hacerlo a un costo modesto. Usted, un poderoso utilitarista lógico, un utilitarista “duro”, no se contenta con ideas tan simplonas.

Usted quiere seguir a su extremo lógico la proposición de que el dolor es una mala experiencia, para quien sea que la experimente. Así que no se inmuta ante la implicancia lógica de su filosofía de que si un cerdo de matadero experimenta más dolor que un ser humano, el cerdo tiene un derecho superior a nuestra consideración; o que un chimpancé merece una mayor consideración que un humano severamente retrasado.

Usted desafió mi ejemplo de los 101 chimpancés. Invocando el lado positivo de la utilidad (el dolor es el lado negativo), usted sostuvo que “la capacidad de verse a uno mismo como existente en el tiempo, con un pasado y un futuro, es una parte importante de lo que hace que matar a algunos seres sea peor que matar a otros”. Es decir, usted dice “seres” en lugar de “seres humanos”. Existen pruebas científicas de que los primates no humanos tienen cierta capacidad de *“ver [se] como existentes en el tiempo, con un pasado y un futuro”*, y quise sugerir con mi ejemplo que esta capacidad podría ser de hasta un 1 por ciento en relación a la capacidad del ser humano medio. Y entonces se sigue de la lógica de su posición que es incluso peor matar a 101 de estos primates que matar a un solo ser humano normal, y mucho menos a una sola persona retrasada, cuya capacidad de verse a sí mismo como existente en el tiempo, con un pasado y un futuro, puede ser un poco superior a la media de los chimpancés. Esta conclusión dura, está implícita en su declaración de que “hacemos mal al dar menos consideración a los animales, *simplemente* porque no son humanos”⁴.

La postura utilitarista “moderada” sobre los derechos de los animales es una intuición moral de muchos, probablemente la mayoría de los estadounidenses. Nos damos cuenta de que los animales sienten dolor, y pensamos que infligir dolor sin motivo es malo. Nada de valor práctico se añade al arropar a esta intuición con el lenguaje de la filosofía, y mucho se pierde cuando la intuición se vuelve una etapa en la argumentación lógica. Cuando la bondad hacia los

⁴ La cursiva es del autor.

animales es convertida en un deber de ponderación de los dolores de los animales y de las personas por igual, se muestran extraños panoramas de ingeniería social. Usted ha dicho que sería “algo extraño en un gobierno democrático que prohíbe el consumo de carne si la mayoría de sus ciudadanos están firme y constantemente a favor de comer carne”, pero no dice que sería *malo* imponer el vegetarianismo a la mayoría (no toda legislación democrática es mayoritaria). Tampoco indica reservas sobre la legislación que impondría el vegetarianismo a una minoría de la población que se muestra firme y constantemente a favor de comer carne. Si el 49 por ciento de la población tuviera fuertes intenciones de comer carne, ¿creería correcto prohibírselos, sólo porque eran una minoría en un sistema democrático? Deduzco que usted lo haría; y es un ejemplo de por qué creo que es mejor prescindir de argumentos filosóficos y políticos para alcanzar un cambio moral.

Usted sugiere que un voto de abstinencia de argumentos filosóficos nos impide condenar el racismo y la homofobia. No es así. Las causas y consecuencias de la intolerancia tienen una larga y bien estudiada historia, rica en lecciones que no requieren un giro filosófico para convencernos. Son las lecciones de la historia, y no el pensamiento de Platón, Aristóteles, Kant o Heidegger, las que provocaron que la mayoría de los filósofos, junto con los no filósofos, con el tiempo se mostraran en contra del racismo y la homofobia. La filosofía sigue al cambio moral, no lo causa, ni lo lidera.

Trasímaco en la *República* de Platón, con quien me comparó, enseñó que el poder hace el derecho; Sócrates, en la *República*, al tiempo que rechazaba la definición de justicia de Trasímaco, abogó por la censura, la destrucción de la familia, y un régimen totalitario de filósofos. Así que la filosofía moral tiene su lado duro (considere también la defensa de Aristóteles de la esclavitud, y la de Kant de la pena capital) y en nuestro debate, profesor Singer, es usted el tipo duro, y yo el blando, el sentimental, dispuesto a basar los derechos de los animales en la empatía, no dispuesto a seguir la lógica utilitarista hasta las duras consecuencias esbozadas más arriba.

Pero sería un error concluir de forma tan negativa. Quiero terminar constatando la alta estima personal y profesional que tengo por usted. Admiro la claridad de su pensamiento y su coraje intelectual al llevar la lógica de su filosofía hasta el final: a sus inaceptables conclusiones.

Richard A. Posner

TRES CONCEPCIONES EN TORNO A LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO

*Helga María Lell**

RESUMEN: *En este artículo se sintetizan tres afamadas propuestas en torno a la científicidad de la disciplina jurídica construidas a partir de lo que ocurre con el sentido de las normas jurídicas y de acuerdo a los criterios modernos de las ciencias. La primera de ellas, expuesta por von Kirchmann, constituye la más conocida concepción negatoria de la científicidad basada en la constante variación de las instituciones jurídicas. La segunda y la tercera afirman la científicidad disciplinar pero desde perspectivas diferentes. Kelsen construye su teoría acentuando las normas jurídicas en una versión formalizada al extremo, lo que implica desproveerlas de contenido y erradicar su sentido. Por su parte, Ehrlich sostiene la científicidad pero reconoce el rol que ocupan los jueces en la interpretación normativa y los problemas que apareja el lenguaje.*

ABSTRACT: *In this article I present three famous proposals about whether the legal discipline is a science or not. The first one is von Kirchmann's and it is the most well-known denial theory and it is grounded on the permanent changes of the rules. The second and the third ones affirm that Law is a Science but they do so from different perspectives. On one hand, Kelsen focuses on the formal version of legal rules, which implies not to take care about their content or sense. On the other hand, Ehrlich recognizes the scientific characteristic of Law but also includes the relevance of legal interpretation carried out by judges and the problems brought up by language.*

PALABRAS CLAVES: *Cientificidad – derecho – von Kirchmann – Ehrlich – Kelsen – normas jurídicas – interpretación.*

KEY WORDS: *Science – law – von Kirchmann – Ehrlich – Kelsen – legal rules – interpretation*

I. INTRODUCCIÓN

* Abogada, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad Nacional de La Pampa. Especialista y Maestranda en Estudios Sociales y Culturales, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de La Pampa. Doctoranda en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Austral. Becaria interna del Conicet. Docente en Filosofía del Derecho y Derecho Político. Correo electrónico: hlell@ius.austral.edu.ar.

La concepción moderna de las ciencias ha puesto en vigencia un modelo epistemológico basado en las ciencias formales y las ciencias naturales como guías¹. Esto condujo a que otros conjuntos de conocimientos debieran asimilarse a ellas o permanecer en la sombra como estudios poco confiables o pseudocientíficos² o, al menos, menos resonantes. En este marco, la Ciencia del Derecho también debió atravesar el test de cientificidad. Este artículo pretende difundir tres posturas en relación con su paradigma de época y postularlas en torno a lo que ocurre con el sentido de las normas jurídicas³. Las tres teorías expuestas son cercanas temporalmente⁴ a efectos de mostrar las reacciones en un contexto semejante. La primera de ellas, expuesta por von Kirchmann, constituye la más conocida concepción negatoria de la cientificidad basada en la constante variación de las instituciones jurídicas. La segunda y la tercera afirman la cientificidad disciplinar pero desde perspectivas diferentes⁵. Kelsen construye su teoría acentuando las normas jurídicas en una versión formalizada al extremo. Ello implica desproveerlas de contenido y erradicar su sentido. Solo interesa su estructura lógica. Por su parte, Ehrlich sostiene la cientificidad pero reconoce el rol que ocupan los jueces en la interpretación normativa y los problemas que apareja el lenguaje.

No obstante lo dicho, antes de exponer estas tres posturas, se describe, brevemente, algunas características de concepción de las ciencias modernas

¹ Este criterio es decimonónico. En la actualidad, si bien la disputa no ha sido resuelta, sí ha sido, por decirlo de alguna manera, superada en tanto el foco de interés se ha desviado a otros temas.

² O, como afirma Lévi-Strauss, si a las disciplinas sociales, excepto la Lingüística, se las denomina *ciencias* es solo en virtud de una ficción semántica y una esperanza filosófica. LÉVI-STRAUSS, Claude (2008): "Una encuesta difícil", En: *El Correo de la UNESCO. Claude "Levi-Strauss: miradas distantes"*. N° 5.

³ Estas tres posturas son ampliamente conocidas por lo que la finalidad de difusión se reduce más bien a una suerte de recordatorio de estos pensamientos en torno al eje convocante.

⁴ Von Kirchmann escribe a mediados del siglo XIX, Ehrlich publica su cuantiosa obra entre ambos siglos y Kelsen, en el siglo XX (sus obras más importantes son elaboradas en la primera mitad, no obstante continúa introduciendo reformas sustanciales hasta su muerte, acaecida en 1973).

⁵ Cabe aclarar que existe una disputa entre Ehrlich y Kelsen acerca de qué es la Ciencia del Derecho. Algunos autores han calificado esta discusión como meramente verbal puesto que cada uno parte de un concepto diferente de Derecho. Al respecto se puede consultar: ROBLES MORCHÓN, Gregorio (1976): "La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la Ciencia Jurídica", En: *Anuario de filosofía del derecho*, N° 19, 1976-1977, pp. 183-198 REHBINDER, Manfred (1967): "Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich", En: *Schriftenreihe des Instituts für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung der Freien Universität Berlin*, Bd. 6. Berlin: Duncker & Humblot. y Kantorowicz, HERMANN (1911): *Rechtswissenschaft und Soziologie*. Mohr.

II. LA CONCEPCIÓN MODERNA DE LAS CIENCIAS Y LA CIENCIA DEL DERECHO

Comenta Massini Correas⁶ que el paradigma científico moderno (que se funda con los descubrimientos matemáticos de Descartes)⁷ coloca a las ciencias exactas como ejemplo de rigor, certeza y claridad en las demostraciones. Así, ciencias solo eran aquellas que respondían a los cánones de las deducciones lógicas.

Pero no solo las disciplinas exactas asumieron el papel de modelo, sino que a ellas se sumaron, en el siglo XIX, las ciencias naturales con sus postulados fácticos y método experimental. Conforme a esto, el modelo científico se extendió a lo empíricamente verificable.

Ante este panorama, algunos juristas concibieron la Ciencia del Derecho como un saber experimental, descriptivo de hechos y de afirmaciones empíricamente constatables. Al igual que las ciencias naturales, la Ciencia del Derecho debía abordar hechos jurídicos (ya sean leyes estatales, sentencias judiciales, hechos sociales, entre otros, según la escuela que emprendiera la tarea de estudio), describirlos, sistematizarlos, compararlos y encontrar principios explicativos generales que arrojaran predictibilidad y certeza en los fenómenos.

La concepción moderna de las ciencias brinda parámetros de científicidad conforme a los cuales las ciencias fácticas (dentro de las cuales se encontraría la Ciencia del Derecho) deben reunir las siguientes cualidades: son empíricas en tanto parten de los hechos y los describen con prescindencia de su valor emotivo, son explicativas pues trascienden los hechos y su descripción para exponer sus causas y traducirlos en términos de leyes generales y son analíticas: abordan problemas circunscriptos para descomponerlos en elementos, su investigación es especializada en un objeto delimitado y conforme a una perspectiva definida, es metódica y planificada. El conocimiento científico es claro y preciso, sus resultados son comunicables y públicos, es sistemático pues conecta ideas lógicamente y es general ya que ubica enunciados particulares en

⁶ MASSINI, Carlos Ignacio (1983): *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del Derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

⁷ No obstante, no se puede desconocer la importancia de la lógica aristotélica que, aunque su origen radica en la Antigüedad, su fuerza rectora ha llegado como modelo hasta la modernidad.

esquemas amplios. También es legal pues busca leyes que expliquen los hechos singulares para aplicarlos como pautas generales (leyes naturales y sociales). Es predictivo puesto que las leyes generales se aplican para imaginar cómo puede ser el futuro a partir del pasado, las conclusiones científicas son verificables, es decir, deben aprobar la constatación empírica, las ciencias son abiertas puesto que todo conocimiento es refutable⁸.

III. LA CONCEPCIÓN NEGATORIA DE LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO DE VON KIRCHMANN

La atribución de carácter científico al saber jurídico se encuentra estrechamente ligada a los caracteres que se consideran propios de la ciencia en general. Desde el paradigma moderno de las ciencias que responde a los cánones positivistas, se transitaron dos posturas posibles: la afirmación o la negación de tal atributo. Dentro de cada una de estas posturas se abren múltiples posibilidades de acuerdo a los fundamentos. Aquí nos abocaremos a la concepción negatoria de la científicidad del Derecho a través de la postura de von Kirchmann⁹.

⁸ BUNGE, Mario (1975): *La Ciencia, su método y su filosofía*. Buenos Aires, Siglo Veinte; BUNGE, Mario (1997): *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*. 1ª edición. Edición revisada. Buenos Aires, Ed. Sudamericana.

⁹ Se ha tomado la postura de von Kirchmann debido a que es una cita obligada por su trascendencia, pero también debido a que, como se ha dicho, su visión tiene en cuenta el cambio en las normas jurídicas. Sin embargo, cabe mencionar que no es la única postura negatoria relevante. A solo título ejemplificativo se pueden mencionar la postura del realismo norteamericano que acerca al Derecho a una técnica de predicción sobre del actuar judicial; la escuela crítica que entiende al Derecho como un discurso o relaciones de poder y la exposición de Marcelo Aftalión. (AFTALIÓN, Marcelo (1996): “El revés del derecho”. *El Derecho*. 24 de mayo de 1996. T. 167), en: “El revés del derecho”, artículo en el que argumenta que la tarea del jurista es la de hacer política y elaborar ideologías por lo que el ropaje científico que pretende dársele a tales labores es para darle visos de objetividad al deber de obedecer a una autoridad y esconder la arbitrariedad sociocultural o política de dicho deber de obediencia (PETTORUTI, Carlos Enrique y SCATOLINI, Julio César (2005): *Elementos de Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley). Sobre la opción de poner en cabeza de von Kirchmann el ejemplo de la postura negatoria, esta obedece a que constituye el ejemplo más corriente en el común de la bibliografía que pretende introducir las preocupaciones de fines del siglo XIX y principios del siglo XX en relación a la posibilidad de constituir una Ciencia del Derecho (algunos ejemplos de ello son: FASSÒ, Guido (1996): *Historia de la Filosofía del Derecho*. Tomo 3. Siglos XIX y XX. Madrid, Ediciones Pirámide, Biblioteca EUDEMA; ATIENZA, Manuel (1985): *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova; PETTORUTI y SCATOLINI, 2005, DÍAZ, Elías (1971). *Sociología y Filosofía del Derecho*. Taurus Humanidades; PACHECO, Máximo (1990). *Teoría del Derecho*. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990; BORNIA, Mónica Beatriz (2004): *Introducción al Derecho. Sus temas*. Buenos Aires, La Ley, etc.). Al respecto, Vernengo señala que sería bueno archivar de una buena vez el alegato de von Kirchmann sobre el valor científico de la jurisprudencia (al señalar esto, polemiza directamente con Atienza en tanto se refiere al análisis que este último hace en una de sus

Desde una perspectiva positivista, este jurista negó valor científico al conocimiento jurídico por su no concordancia con el modelo de las ciencias naturales que propugnaba la observación neutral de la naturaleza (valga la redundancia), la posibilidad de experimentación y la de la obtención de un conocimiento de nociones universales. Asimismo, el procurador prusiano apuntó que las ciencias naturales poseen un objeto que reúne las notas de universalidad, permanencia, estabilidad e inmutabilidad. Por el contrario, la jurisprudencia, que gira en torno a la legislación, no ha sido capaz de encontrar un objeto que reúna tales características. Las leyes de las ciencias naturales explican sus fenómenos de la misma manera en cualquier tiempo y espacio, mientras que las instituciones jurídicas mutan constantemente su regulación y experimentan las más diversas modalidades de consagración normativa. El argumento central, entonces, radica en la índole individual y cambiante de la jurisprudencia en contraste con la generalidad y estabilidad de los demás objetos científicos. Como señala Novelli¹⁰, precisamente, el Derecho pertenece a la casta de las cosas singulares, irreductibles a su esquematización en una ley general porque es esencialmente mudable y huidizo.

La no científicidad de la jurisprudencia consiste en que los objetos de las ciencias naturales conservan sus características en todo tiempo y espacio y permiten el hallazgo de las leyes que los rigen. Por el contrario, en la jurisprudencia, cuando por fin se halla el auténtico concepto de una institución, es probable que el objeto ya haya cambiado.

obras. A su vez, Atienza le responde en otro artículo al cual se le suma una nueva réplica de Vernengo. (VERNENGO, Roberto J. (1986): "Ciencia jurídica o técnica política: ¿es posible una ciencia del Derecho?" [en línea; formato PDF], En: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N°3, pp. 289-295 [Fecha de consulta 20/07/2014], Disponible en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10982/1/Doxa3_17.pdf; VERNENGO, Roberto J. (1986b): "Réplica a la respuesta de M. Atienza" [en línea; formato PDF], En: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N°3, pp. 313-314 [Fecha de consulta 20/07/2014], Disponible en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10984/1/Doxa3_19.pdf; ATIENZA, Manuel (1986). "Sobre la jurisprudencia como técnica social: respuesta a Roberto J. Vernengo" [en línea; formato PDF], En: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N°3, pp. 297-311 [Fecha de consulta 20/07/2014], Disponible en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10983/1/Doxa3_18.pdf.

¹⁰ NOVELLI, Mariano (2006): "Las ideas de Kirchmann acerca de la ciencia jurídica. Consideraciones sobre epistemología y derecho" [en línea; formato PDF], En: *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Vol. 29, pp. 103-109 [Fecha de consulta 20/07/2014], Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/907/727>.

La siguiente peculiaridad que emerge, es la variabilidad del Derecho natural como objeto de la jurisprudencia. El sol, la luna y las estrellas brillan hoy como hace miles de años, las rosas florecen hoy como lo hacían en el paraíso. Pero, mientras, el Derecho se ha convertido en algo más. El matrimonio, la familia, el Estado, la propiedad han sido objeto de las más diversas formaciones.¹¹

Los resultados de las labores de los científicos, entonces, solo pueden ser inestables y lo único constante en ellos es que permanentemente se encuentran en tela de juicio. Así, la jurisprudencia siempre llega con retraso en relación con la evolución progresiva y nunca puede alcanzar la actualidad.

Como consecuencia derivada de lo anterior, la jurisprudencia, en caso de procurar la permanencia forzada de los conceptos elaborados y, por lo tanto, la de su objeto normativo, atendería ella misma contra el desarrollo del Derecho.

Por otro lado, la jurisprudencia carecía de influencia en la realidad y para qué sirve conocer un objeto o una situación si no es con el fin de intervenir sobre él o ella. Mientras los legisladores crean leyes, un objeto cognoscible para el pueblo y que interviene directamente sobre la convivencia social, la pretendida Ciencia Jurídica cae en puras especulaciones y en disquisiciones sin sentido práctico. Peor aún, cuando produce conocimiento, lo hace sobre una legislación que ya no vive en el pueblo, que ha cambiado y que el pueblo ya no conoce.

La tarea de la jurisprudencia es también como la de todas las demás ciencias. Ella tiene que entender su objeto, hallar sus leyes, convertirse en el final de las cuestiones, reconocer la relación y la conexión de las formaciones particulares y, finalmente resumir sus conocimientos en un sistema simple. Mi tema se disuelve en la pregunta acerca de: ¿Cómo ha resuelto la jurisprudencia estas funciones? ¿Qué tiene ella de particular en

¹¹ Traducción propia. KIRCHMANN, Julius Hermann von (1848): *Die Werthlosigkeit der jurisprudenz als wissenschaft: ein Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin, Verlag von Julius Springer. Edición digital de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, p. 10.

*comparación con lo que hacen otras ciencias? ¿Llega en forma anticipada o mirando hacia el pasado?*¹²

Por último, la jurisprudencia carecería de valor científico por no haber creado nada para el conocimiento del objeto de su estudio. Para von Kirchmann, lo central de la jurisprudencia es dar a conocer al pueblo la legislación vigente. En estos términos: ¿de qué ha servido la Ciencia Jurídica? Para el procurador prusiano, la respuesta es poco y nada en tanto no logra dar cuenta con actualidad de la normatividad.

En síntesis, las objeciones que realiza von Kirchmann a la científicidad de la jurisprudencia provienen de la ausencia de las características de inmutabilidad, permanencia y universalidad en su objeto. La ciencia de lo variable, singular y contingente, de acuerdo a la concepción moderna, no puede existir¹³.

IV. LA FORMALIZACIÓN DEL DERECHO Y KELSEN

Kelsen intentó, en su *Teoría Pura del Derecho*¹⁴, elaborar una teoría jurídica que respondiera a los estándares de las ciencias positivistas y, que como tal, estuviera depurada de toda ideología política o consideraciones morales. Su propósito fue el de elevar el estudio del Derecho al rango de ciencia diferenciada de la moral, de la política y de las ciencias naturales de

¹² Traducción propia. KIRCHMANN (1848), p. 8.

¹³ NOVELLI, 2006; FITTA QUIRINO, Juan Carlos (2010): "La jurisprudencia no es ciencia. A 125 años de la muerte de Julios Hermann von Kirchmann" [En línea; formato PDF], En: *Argumentos*. México, N° 64, Vol. 23/ septiembre-diciembre 2010, pp. 313-324 [Fecha de consulta 20/07/2014], Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952010000300015&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0187-5795; PACHECO, 1990; CIURO CALDANI, Miguel Ángel (1986): "Acerca de la crítica jurídica de Kirchmann", En CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *Estudios Jusfilosóficos*. Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, pp. 161-174; DÍAZ, 1971.

¹⁴ Se han utilizado la versión francesa y dos versiones con traducción al español de la *Teoría Pura del Derecho*, una efectuada por Vernengo y la otra por Nilve (ver KELSEN, Hans (1962): *Théorie Pure du Droit*, Eisenmann, Charles (trad.). 2° édition. Paris, Dalloz ; KELSEN, Hans (1982): *La Teoría Pura del Derecho*. Vernengo, Roberto J. (trad.), 2° ed. México, UNAM; KELSEN, Hans (2008): *Teoría Pura del Derecho*. Nilve, Moisés (trad.). 4° edición. 7° reimpresión. Buenos Aires, Eudeba).

modo tal que su progreso dejara de ser lento y claudicante en comparación con el de las otras disciplinas científicas con ella emparentadas¹⁵.

La teoría propuesta por el maestro vienés se aboca al estudio del derecho positivo en general (no a ordenamientos jurídicos en particular) para determinar qué es el Derecho y cómo se forma. Es decir, prescinde de toda consideración de política jurídica acerca de cómo debería ser. La característica de pureza deviene del hecho de que la *Teoría Pura del Derecho* ignora todo lo que no responde a su definición. El objeto de estudio son las normas positivas y desde un enfoque formal por lo que no existe cabida para consideraciones valorativas¹⁶.

En este marco, las normas jurídicas como objeto de estudio son juicios hipotéticos que se rigen por el principio de imputación (no de necesidad): ante determinado antecedente (conducta ilícita) debe ser la sanción¹⁷. Las normas jurídicas son enunciadas mediante un uso del lenguaje prescriptivo (no pueden predicarse valores veritativos de ellas). Esto las diferencia de los enunciados científicos que las describen: las reglas de derecho (pueden ser verdaderas o falsas ya que son empíricamente verificables).

¹⁵ Ejemplo conspicuo de esta postura de Kelsen son los siguientes párrafos de la *Teoría Pura del Derecho*: “¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas u no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante. En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase” (KELSEN (1982), p. 11). Es interesante destacar con Aimone Gibson (AIMONE GIBSON, Enrique (1996). “Política e ideología en el pensamiento de Hans Kelsen” en Oliva, Claudio (ed.). *Estudios sobre Hans Kelsen*. Valparaíso, Edeval, pp. 229-241) que hablar de materias como la justicia, valores, ética, moral, política, entre otros, implica referirse, precisamente, al material que el mismo Kelsen desecha y, por lo tanto, en la perspectiva kelseniana se constituyen en temáticas residuales.

¹⁶ KELSEN, 1982.

¹⁷ Las normas así presentadas son las que pueden clasificarse como normas primarias ya que son las que imputan una sanción a la comisión de un hecho ilícito. Por su parte, las normas secundarias constituyen meros auxiliares que permiten conocer cuál es la conducta debida.

En cuanto a la validez normativa, esta es parte de su existencia e implica que ella ha sido creada por un acto conforme al procedimiento y contenido y por el órgano que la norma de grada superior establece. El proceso de fundamentación es ascendente hasta arribar al tope del ordenamiento jurídico piramidal. La fundamentación del ordenamiento jurídico depende de su eficacia pues la norma hipotética fundamental (no es positiva pues es un supuesto gnoseológico) señala que debe obedecerse al constituyente originario. Es decir, cuando una primera constitución ha resultado eficaz, todas las normas derivadas de ella serán válidas¹⁸.

Esta somera síntesis ha sido expuesta con la finalidad de demostrar la influencia de la concepción moderna de las ciencias pues ha dado origen a las discusiones en torno a la Ciencia del Derecho como tal y ha obligado a repensar constantemente acerca de su objeto en torno a las ideas kelsenianas. En principio, el jurista vienés logró mostrar la importancia de las normas jurídicas como parte del espectro jurídico empíricamente analizable. Pero además de la relevancia expuesta, Kelsen logró superar en buena medida las críticas de von Kirchmann puesto que su descripción de normas jurídicas es completamente formal y, por ello, inmutable en el tiempo. Mientras se dé el juicio lógico de carácter hipotético-deductivo, entonces, habrá norma y objeto del derecho. Se ha dicho que la superación de las críticas del procurador prusiano ha sido solo “en buena medida” puesto que este jurista se refería a las normas provistas de sentido, a las instituciones jurídicas materiales, al contenido de las normas. Kelsen, más que resolver este problema desvió el cambio como solución.

V. LA INTERPRETACIÓN Y EL DERECHO PARA EHRLICH

En los acápites precedentes se han expuesto las visiones sobre la cientificidad del Derecho de von Kirchmann y de Kelsen. En este apartado se presenta la postura de Ehrlich. En virtud de que la concepción acerca del Derecho de este pensador se centra en una perspectiva sociológica, no se desarrolla en forma detallada su pensamiento. No obstante ello, sí es menester destacar

¹⁸ Kelsen (1982) y AFTALIÓN, E., VILANOVA, J., RAFFO, J. (1999): *Introducción al Derecho*. 3° ed. Buenos Aires, Abeledo – Perrot.

algunas de las tesis de este pensador, sobre todo las que presenta en una en sus obras a los efectos de mostrar el rol de la interpretación jurídica que desarrollan los jueces y su relación con la 'Ciencia' del Derecho.

Ehrlich fue contemporáneo y compatriota de Kelsen¹⁹ por lo que es interesante observar los puntos de partida en común. Carrino²⁰ apunta que al primero le inquietaba una cuestión que, al fin de cuentas, también preocupó al maestro vienés, y que consiste en cuál es la relación entre el derecho formalmente válido y las relaciones de vida de un pueblo con tanta diversidad interna como el caso del Imperio Austro-Húngaro. En otras palabras, ¿cómo puede ser que de una diversidad sociológica pudiera surgir una unidad jurídica? No obstante este punto inicial en común, las respuestas de cada uno fueron opuestas: Ehrlich se abocó a la vida del Derecho y Kelsen a las cualidades formales de las normas jurídicas²¹.

Su posición, al igual que la de Kelsen, se inscribe en el marco del positivismo aunque difieren en el objeto empírico. Ehrlich considera que la Ciencia del Derecho es parte de la ciencia

¹⁹ Esta afirmación es más bien genérica puesto que, en realidad, Ehrlich es diecinueve años mayor que Kelsen y su deceso se produjo cincuenta y un años antes que el del segundo. No obstante ello, sus pensamientos sí se entrecruzaron, tal es así que Kelsen realizó una reseña crítica de la obra de Ehrlich lo que motivó la réplica de este.

²⁰ CARRINO, Agostino (1993): "Eugen Ehrlich e Hans Kelsen: una controversia sulla sociologia del diritto". *Working Paper*, N° 79, Barcelona, Universtità di Napoli, 1993.

²¹ En palabras de CARRINO (1993), p.2-3) "Lo que es importante subrayar es que la vida en Bucovina, provincia lejana del Imperio Austro-Húngaro, permitió a Ehrlich el preguntarse por el mismo problema, que, en el fondo, agitaba, en Viena, a Hans Kelsen, alrededor de veinte años más joven que Ehrlich: ¿cuál es la relación entre el derecho formalmente válido y las relaciones reales de la vida de pueblos tan diversos (en Bucovina cohabitamos alemanes y judíos, rusos y rumanos, gitanos y eslovacos, y muchas otras nacionalidades)? ¿Cuál es la relación entre unidad y multiplicidad en el derecho? ¿Cómo es posible que esa multiplicidad real sea una unidad (jurídica)? ¿Cómo es posible que semejante unidad –el derecho del Imperio Austro-Húngaro–, sea, a pesar de ser un derecho único y unitario, una diversidad sociológica? El mismo interrogante mueve, desde el principio, a Ehrlich y Kelsen, pero las respuestas, como veremos, serán radicalmente diferentes. Ehrlich parte de la vida del derecho, mientras que Kelsen, teniendo bien presente en su mente los contrastes y las diferencias de la realidad social, se plantea como problema prioritario, no la laceración de la vida real, sino aquel de la unidad de las formas jurídicas, aunque este problema, en una reflexión más profunda, es también es un problema de la vida, en la cual existen tanto la unidad como la multiplicidad." Traducción propia.

teórica de la sociedad, es decir, de la sociología del Derecho²² y que, por lo tanto, la observación de los hechos, de la sociedad misma, es su método²³.

Pero, como se ha manifestado al comenzar este apartado, no es la intención aquí presentar el pensamiento de Ehrlich sino tan solo algunas de sus reflexiones particulares y, en especial, las que aparecen en su escrito “Libre Investigación del Derecho y Ciencia del Derecho libre”²⁴ puesto que revelan, dentro del paradigma de la época, una visión en cuanto al rol de la interpretación jurídica. En la obra mencionada, Ehrlich retoma una tesis expuesta en otro artículo acerca de las lagunas en el Derecho según la cual el juez, cuya tarea es decidir conforme al Derecho positivo vigente, aprovecha las oscuridades del ordenamiento jurídico y los conceptos “más resbaladizos”²⁵ para tener en cuenta las exigencias de la evolución del Derecho. En concordancia con ello señala que el Derecho no es un sistema cerrado y pleno de reglas jurídicas abstractas sino que consiste en decisiones particulares y, por ello, el juez, cuando las reglas jurídicas se lo permiten, adapta el Derecho a las necesidades propias del contexto de interpretación²⁶. El énfasis está puesto en la

²² Al respecto, por ejemplo, dice: “El término *Jurisprudenz* ha comprendido la ciencia del derecho tanto práctica como teórica; y es probable que esta terminología consuetudinaria sea retenida pero será necesario distinguir entre la teoría del derecho en el sentido propio del término, la ciencia del derecho, por un lado, y la ciencia jurídica práctica (*Jurisprudenz*), simplemente, por el otro. Desde que el derecho es un fenómeno social, cada clase de ciencia jurídica (*Jurisprudenz*) es una ciencia social; pero la ciencia jurídica en el propio sentido del término, es una parte de la ciencia teórica de la sociedad, de la sociología. La sociología del derecho es la ciencia teórica del derecho (*die wissenschaftlicheLebrevomRecht*”). (EHRlich, Eugen (1936/2002): *Fundamental principles of the sociology of law*. Moll, Walter (translator), 4° printing. New Jersey: Transaction Publisher: 25). Traducción propia.

²³ FUCITO, Felipe (1999): *Sociología del derecho. El orden jurídico y sus condicionantes sociales*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

²⁴ Ver EHRlich, Eugen (2005): “Libre investigación del derecho y ciencia del derecho libre”, En: *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*. Gómez García, Juan Antonio, Muñoz de Baena, José Luis y Robles Morchón, Gregorio (Traducción, notas y estudios preliminares), Madrid/Barcelona, Marcial Pons, pp. 53-107.

²⁵ La calificación de “más resbaladizos” es utilizada por Ehrlich. De acuerdo a la tradición actual podría pensarse en la expresión de “conceptos jurídicos indeterminados” ampliamente difundida en el terreno del derecho administrativo. De cualquier manera, Ehrlich tiene en mente expresiones a las cuales, en virtud de los problemas propios del lenguaje tales como la vaguedad, la ambigüedad o la textura abierta, se les pueden brindar diferentes significados según las circunstancias interpretativas. Asimismo, dentro de los ejemplos que este autor brinda, incluye algunos principios como el de la buena fe. En este caso se refiere a la dificultad de definir qué es la buena fe de manera exacta aunque los jueces sí recurren a ella para calificar ciertos hechos y argumentar sus posiciones. Si bien no es lo que tiene en mente Ehrlich, creo que se puede recurrir nuevamente a la idea de un concepto analógico que se manifiesta en diferentes realidades y en distintos grados, a la par que da lugar a la discrecionalidad del juez a la hora de fallar.

²⁶ Por ejemplo, dice: “Una disposición legal puede ser totalmente inútil para condiciones y casos legales para los cuales nunca ha sido formada. Una disposición legal es sin embargo una nueva creada por el juez o el jurista, incluso

actividad creativa, ya sea en forma consciente o inconsciente, del juez que debe hallar una decisión equitativa acorde con las circunstancias de los casos concretos.

El juez, en efecto, está vinculado al Derecho legal y al consuetudinario, a la tradición y a los principios expresados en decisiones anteriores, pero todo esto no es considerado como fundamento de la decisión, sino más bien como límite hasta el cual se extiende la libertad del juez. Al respecto, sólo le sirve como pauta el principio de que la decisión ha de hallarse conforme a las reglas del arte jurídico: con otras palabras, dicha decisión no puede echar por tierra, sin más ni más, las reglas que hasta ahora han estado vigentes de forma general. Así, ciertamente, se impide el paso a innovaciones repentinas y demasiado atrevidas, pero de ningún modo se impide su desarrollo orgánico²⁷.

En las líneas antes citadas, Ehrlich reconoce la posibilidad de mutaciones en los sentidos atribuidos a las formulaciones normativas, fenómeno que usualmente ocurre en forma gradual²⁸. Esto es producto de los planteos antagónicos que son llevados ante los jueces y que requieren una solución que provenga de un sujeto (el juez) pero que no dependan de su voluntad (es decir, que no sean arbitrarias) sino de un sentimiento general de justicia emanado de una fuente superior. Así, el jurista debe encontrar y declarar el derecho vigente, pero al hacerlo también añade algo.

Otra cuestión que apunta Ehrlich es que la relevancia que se le otorga al Derecho en la vida cotidiana depende de las personas llamadas a aplicarlo, afirmación que contrasta notablemente con la concepción moderna y dogmática de la Ciencia del Derecho que confía en el método exegético para conocer la voluntad del legislador y alcanzar un sentido verdadero y

a pesar de que otra disposición legal sea citada desde el antiguo código para servir como su base". (EHRlich, Eugen y ISAACS, Nathan (1922): "The Sociology of Law" en *Harvard Law Review*, Vol. 36, No. 2 (Dec., 1922), pp. 130-145. Publicado por The Harvard Law Review Association: 143). Traducción propia.

²⁷ EHRlich (2005), p. 58.

²⁸ Como puede notarse, la aseveración que realiza Ehrlich deriva en un punto común con la propuesta hermenéutica que se expone en esta tesis, es decir, el que implica el desentrañamiento del sentido de los textos normativos en contextos diferentes al de enunciación y frente a hechos y en contextos que motivan una actualización del significado de tales textos.

único de las normas jurídicas, a la par que subsume al juez al rol de mero autómatas y boca de la ley.

Para este autor, las leyes, que son asumidas como la fuente principal del Derecho, han surgido de un proceso de cristalización del derecho consuetudinario y del derecho de los juristas. El derecho moderno, basado en las legislaciones repletas de prescripciones como expresiones máximas de la esencia del Estado funcional, se presenta a sí mismo como inamovible y completo. No obstante ello, esto es solo una apariencia ya que, como apunta el iusfilósofo austríaco, todos los sistemas de reglas tienen lagunas jurídicas y no existe medio para detener la evolución de las instituciones sociales que brindan contenido a las normas de decisión.

¿Por qué acaece esta ficción? En palabras del mismo Ehrlich:

De todas maneras, por lo general es infinitamente más fácil decidir de forma correcta un determinado caso que establecer una norma abstracta y dotada de validez general para todos los casos concebibles: no puede sostenerse seriamente que una regla proporcionará la solución más justa incluso para aquellos casos para los que no fue pensada en absoluto. En realidad, el objetivo que se pretende con el descubrimiento técnico del derecho no es éste, sino otro enteramente distinto: el de crear un Derecho, si no siempre justo, sí al menos seguro y previsible, y al propio tiempo ofrecer protección frente a un tratamiento arbitrario y partidista del Derecho²⁹.

Si estas son las dos intenciones perseguidas, es decir, la de la seguridad jurídica y la de la previsibilidad de las decisiones, el Derecho ha fracasado y continuará fracasando en su misión, puesto que no es un dogma rígido. Aún más, el autor en tratamiento asegura que la administración de justicia usualmente encuentra las soluciones justas aun cuando deba recurrir a “caminos circunvalatorios” para ello ya sea porque modifica el sentido hasta ese entonces atribuido en la aplicación de una ley o porque la relega al olvido.

²⁹ EHRlich (2005) p. 58.

Por otro lado, para alcanzar la caracterización de objetivas de las decisiones judiciales, el Derecho se vale de recursos como la colegialidad y las instancias de recursos. Sin embargo, esta empresa es caracterizada como inútil en tanto toda aplicación de una regla general a un caso particular es efectuada por sujetos individuales.

Como puede notarse, el pensamiento de Ehrlich realiza un aporte allí donde Kelsen había dejado vacío al Derecho. Kelsen, para superar las objeciones que se presentaban a la creación de una teoría general del Derecho, como las formuladas por von Kirchmann, recurrió a una formalización extrema. En este punto, Ehrlich no se preocupó por las formas sino por la vida del Derecho, cómo se manifiesta en la sociedad y era receptado por los jueces y por la legislación.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La discusión respecto de la científicidad disciplinar del Derecho proviene de larga data sin lograr acuerdos. En este breve artículo se han presentado tres posturas. Dos de ellas son ampliamente reconocidas tales como la negatoria de von Kirchmann y la afirmativa y formal de Kelsen. La postura de Ehrlich no suele ser tan citada en los estudios iusfilosóficos como sí lo es en el ámbito de la sociología jurídica.

Asimismo, la preocupación central en la presentación de estos pensadores ha sido poner en relieve cómo su teoría se preocupa por el cambio en la normatividad y en la interpretación jurídicas. Von Kirchmann reconoció lisa y llanamente que el Derecho es sumamente cambiante y que esta es una característica intrínseca. Precisamente, dado este defecto³⁰ el Derecho no puede ser una ciencia por carecer de capacidad de predicción y de brindar explicaciones universales. Las descripciones siempre son tardías puesto que cuando algo ha sido comprendido, el objeto ha cambiado.

³⁰ Por supuesto que también se lo podría caracterizar como una virtud pero, en el marco del pensamiento de von Kirchmann en relación a la científicidad de la disciplina jurídica, esta característica es un obstáculo para la adquisición de tal estatus.

Por su parte, Kelsen logra sortear el problema del cambio jurídico al reducir las normas jurídicas a estructuras completamente formales. Con ello erradica el contenido de las prescripciones por lo que este deja de formar parte del objeto de estudio. Solo es tenido en cuenta en la faceta nomodinámica para constatar la validez material de una norma, es decir, si ha sido creada de acuerdo al contenido de una norma superior.

Por último, Ehrlich, compatriota de Kelsen, postula que el Derecho se compone de enunciados elaborados mediante lenguaje y que, por lo tanto, revisten un conjunto de problemas. Estos inconvenientes tales como la ambigüedad, la textura abierta o la vaguedad, constituyen puertas para que los operadores judiciales puedan reinterpretar los textos jurídicos a la luz de las circunstancias concretas y de los hechos de cada caso. Las normas jurídicas que importan aquí son más bien las individuales que llenan de vida a las normas jurídicas generales. Para este pensador la interpretación es una parte vital del Derecho como disciplina social.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___AFTALIÓN, E., VILANOVA, J., RAFFO, J. (1999): *Introducción al Derecho*. 3° ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

___AFTALIÓN, Marcelo (1996): “El revés del derecho”. *El Derecho*. 24 de mayo de 1996. T. 167.

___AIMONE GIBSON, Enrique (1996): “Política e ideología en el pensamiento de Hans Kelsen” en Oliva, Claudio (ed.). *Estudios sobre Hans Kelsen*. Valparaíso, Edeval.

___ATIENZA, Manuel (1985): *Introducción al Derecho*. Barcelona, Barcanova.

___ATIENZA, Manuel (1986): “Sobre la jurisprudencia como técnica social: respuesta a Roberto J. Vernengo” [En línea; formato PDF], En: Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, N°3, pp. 297-311, [Fecha de consulta 20/07/2014], Disponible en:

http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10983/1/Doxa3_18.pdf.

___BORNIA, Mónica Beatriz (2004): *Introducción al Derecho. Sus temas*. Buenos Aires, La Ley.

___BUNGE, Mario (1975): *La Ciencia, su método y su filosofía*. Buenos Aires, Siglo Veinte.

___BUNGE, Mario (1997): *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*. 1° edición. Edición revisada. Buenos Aires, Ed. Sudamericana.

___CARRINO, Agostino (1993): “Eugen Ehrlich e Hans Kelsen: una controversia sulla sociologia del diritto”. *Working Paper*, N° 79, Barcelona, Università di Napoli, 1993, [Fecha de consulta 04/06/2013]. Disponible en:

<http://www.recercat.net/bitstream/handle/2072/1401/ICPS79.pdf;jsessionid=3C14C42271C6072C940535E6166C9514.recercat1?sequence=1>.

___CIURO CALDANI, Miguel Ángel (1986): “Acerca de la crítica jurídica de Kirchmann”, en Ciuro Caldani, Miguel Ángel. *Estudios Jusfilosóficos*: Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

- ___DÍAZ, Elías (1971): *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus Humanidades.
- ___EHRlich, Eugen (1936/2002): *Fundamental principles of the sociology of law*. Moll, Walter (translator). 4° printing. New Jersey: Transaction Publisher.
- ___EHRlich, Eugen (2005): “Libre investigación del derecho y ciencia del derecho libre”. *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*. Gómez García, Juan Antonio, Muñoz de Baena, José Luis y Robles Morchón, Gregorio (Traducción, notas y estudios preliminares). Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- ___EHRlich, Eugen y ISAACS, Nathan (1922): “The Sociology of Law” en *Harvard Law Review*, Vol. 36, No. 2 (Dec., 1922), pp. 130-145. Publicado por The Harvard Law Review Association, [Fecha de consulta 05/06/2013], Disponible en <http://www.jstor.org/stable/1329737>.
- ___FASSÒ, Guido (1996): *Historia de la Filosofía del Derecho*. Tomo 3. Siglos XIX y XX. Madrid: Ediciones Pirámide, Biblioteca EUDEMA.
- ___FITTA Quirino, Juan Carlos (2010): “La jurisprudencia no es ciencia. A 125 años de la muerte de Julios Hermann von Kirchmann”. *Revista Argumentos. Estudios críticos de la sociedad*. N° 64, año 23/ septiembre-diciembre 2010, Universidad Autónoma Metropolitana, [Fecha de consulta 20/07/2014], Disponible en <http://scielo.unam.mx/pdf/argu/v23n64/v23n64a15.pdf>.
- ___FUCITO, Felipe (1999): *Sociología del derecho. El orden jurídico y sus condicionantes sociales*. Buenos Aires, Editorial Universidad.
- ___KANTOROWICZ, Hermann (1911): *Rechtswissenschaft und Soziologie*. Mohr.
- ___KELSEN, Hans (1962) : *Théorie Pure du Droit*. Eisenmann, Charles (trad.), 2° édition. Paris: Dalloz.
- ___KELSEN, Hans (1982): *La Teoría Pura del Derecho*. Vernengo, Roberto J. (trad.). 2° edición, México, UNAM.

___KELSEN, Hans (2008): *Teoría Pura del Derecho*. Nilve, Moisés (trad.). 4° edición. 7° reimpresión. Buenos Aires, Eudeba.

___KIRCHMANN, Julius Hermann von (1848): *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft: ein Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*. Berlin: Verlag von Julius Springer. Edición digital de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, [Fecha de consulta 12/08/2011], Disponible en:

<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/werthlosigkeitDerJurisprudenz.pdf>.

___LÉVI-STRAUSS, Claude (2008): “Una encuesta difícil”, En: *El Correo de la UNESCO*. Claude “Levi-Strauss: miradas distantes”, N° 5.

___MASSINI, Carlos Ignacio (1983): *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del Derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

___NOVELLI, Mariano (2006). “Las ideas de Kirchmann acerca de la ciencia jurídica.

___Consideraciones sobre epistemología y derecho” [en línea; formato PDF], En: Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social. Vol. 29, pp. 103-109, [Fecha de consulta 20/07/2014], Disponible en:

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/907/727>.

___PACHECO G., Máximo (1990). *Teoría del Derecho*. 4° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1990.

___PETTORUTI, Carlos Enrique y SCATOLINI, Julio César (2005). *Elementos de Introducción al Derecho*. Buenos Aires: La Ley.

___REHBINDER, Manfred (1967). “Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich”, en *Schriftenreihe des Instituts für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung der Freien Universität Berlin*, Bd. 6. Berlin: Duncker & Humblot.

___ROBLES MORCHÓN, Gregorio (1976): “La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la Ciencia Jurídica” en *Anuario de filosofía del derecho*, N° 19, 1976-1977, pp. 183-198. [Fecha de consulta 27/05/2013], Disponible en:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1985431>.

___VERNENGO, Roberto J. (1986): “Ciencia jurídica o técnica política: ¿es posible una ciencia del Derecho?” [En línea; formato PDF], En: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N°3, pp. 289-295 [Fecha de consulta 20/07/2014], Disponible en:

http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10982/1/Doxa3_17.pdf.

___VERNENGO, Roberto J. (1986b): “Réplica a la respuesta de M. Atienza”, En: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N°3, pp. 313-314 [Fecha de consulta 20/07/2014], Disponible en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10984/1/Doxa3_19.pdf.

LAS FACULTADES DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO Y EL RECURSO DE PROTECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

*Diego Muñoz Soto**

RESUMEN: *El siguiente artículo pretende exponer el uso que se le ha dado al recurso de protección, en aquellos casos donde la autoridad administrativa competente, la Inspección del Trabajo, ha cursado multas en virtud de las facultades que le confiere la ley. Esto trae como consecuencia el ampliar y desnaturalizar determinados derechos fundamentales, restando protagonismo al procedimiento contencioso administrativo creado para conocer de este tipo de asuntos. En primer lugar se hará referencia al órgano de la Inspección del Trabajo y el Recurso de Protección; luego, se expondrán y comentarán resoluciones de los tribunales superiores de justicia sobre la materia, para, finalmente, concluir y confirmar la tesis que en el presente trabajo se sostiene.*

ABSTRACT: *This paper aims to expose the use given to the Chilean action of protection, focusing on the cases in which the competent administrative entity, the Labor Inspection, has imposed fines leaning on the authorization provided by law. As a consequence of this, certain fundamental rights are amplified, being their nature altered as well, producing a decrease in the importance of the litigious-administrative procedures. Firstly, the Labor Inspections faculties and characteristics will be exposed. Then, the action of protection's characteristics will also be described. Finally, resolutions on the matter from the superior Courts of Justice will be exposed and commented in order to reaffirm the author's thesis.*

PALABRAS CLAVE: *Inspección del Trabajo – Recurso de Protección – Derechos Fundamentales – Procedimiento Contencioso Administrativo – Comisiones especiales – facultades de los órganos administrativos – interpretación.*

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

KEYWORDS: *Labor Inspection – action of protection – fundamental rights – Litigious-administrative procedure – special commission – administrative authority’s powers – interpretation.*

I. INTRODUCCIÓN

La legislación laboral, independizada de la legislación civil, supone una intervención del Estado a favor de los trabajadores para poner tope a las asimetrías entre éstos y sus respectivos empleadores. Frente a los dogmas liberales de la igualdad, el abstencionismo normativo del Estado y el entendimiento directo entre los individuos en el mercado del trabajo¹, y no siendo suficiente, a veces, la vía judicial para solucionar los problemas, ni mucho menos legislar ilusoriamente sin tener una entidad que haga cumplir la ley, frente a esto surgen órganos administrativos creados para alcanzar los fines y objetivos que se propone el Estado en materia laboral, que en Chile lleva el nombre de Dirección del Trabajo. Por otro lado, es en la segunda mitad del siglo XX cuando se crea una acción constitucional casi sin comparación alguna en nuestro ordenamiento jurídico, como lo es el recurso de protección, que tiene por finalidad la restauración del imperio del derecho a favor de las personas cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados, sea por particulares, sea por órganos pertenecientes al Estado, entre los cuales se encuentra la Inspección del Trabajo. De este órgano administrativo y su relación con el recurso de protección se expondrá en las siguientes líneas.

II. LA DIRECCIÓN E INSPECCIÓN DEL TRABAJO: CREACIÓN, FACULTADES Y MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. *Creación y facultades*

Para poder entender de mejor manera el asunto, es necesario exponer someramente qué es la Dirección y la Inspección del Trabajo y cuáles son sus facultades.

¹ LIZAMA PORTAL, Luís (2003): “*Derecho del Trabajo*”, Santiago, LexisNexis, p. 4.

La Dirección del Trabajo fue creada en 1967², entre otros motivos³, para alcanzar un adecuado desarrollo económico y social del país, en el sentido de velar por la correcta aplicación de las leyes que garantizan los derechos de los trabajadores. También, debido a la importancia cada vez más creciente de la legislación laboral, dado el desarrollo industrial y agrícola, además de la activa participación del trabajador en este proceso, hacía necesaria la existencia de un organismo ágil y capaz de realizar convenientemente la labor técnica y fiscalizadora respectiva. Es, a su vez, un órgano que pertenece a la administración del Estado, que depende del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, y se relaciona con éste a través de la Subsecretaría del Trabajo.

Siguiendo en lo que respecta al artículo 1º de la ley que la crea, se cuentan entre sus funciones, sin perjuicio de otras que le encomienden otras leyes, las siguientes:

- “a) La fiscalización de la aplicación de la legislación laboral;*
- b) Fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo”.*

Este órgano fiscalizador está integrado por varios departamentos y oficinas, pero en la práctica, quizás su función más importante es la de fiscalizar y velar por la correcta aplicación de la legislación laboral, la que es llevada a cabo por los Inspectores del Trabajo. En efecto, el artículo 18 establece que la Dirección del Trabajo ejercerá sus funciones por medio de las Inspecciones Provinciales, Departamentales y Comunales que determine el Director. En este orden de ideas, y en el ejercicio de sus funciones, según el artículo 23, los Inspectores del Trabajo tendrán el carácter de ministros de fe respecto de todas las actuaciones que realicen en el ejercicio de sus funciones, dentro de las cuales podrán tomar declaraciones bajo juramento. En consecuencia – continúa el artículo– los hechos constatados por los Inspectores del Trabajo y de los cuales deban

² Chile, *Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1967*, que dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo, Diario Oficial, 29 de septiembre de 1967.

³ Así lo establecía el decreto promulgatorio del Decreto con Fuerza de Ley en comento.

informar de oficio o a requerimiento, constituirán presunción legal de veracidad para todos los efectos legales, incluso para los efectos de la prueba judicial.

A mayor abundamiento, en virtud del artículo 24, los “inspectores podrán visitar los lugares de trabajo a cualquiera hora del día o de la noche. Los patrones o empleadores tendrán la obligación de dar todas las facilidades para que aquéllos puedan cumplir sus funciones; permitirles el acceso a todas las dependencias o sitios de faenas; facilitarles las conversaciones privadas que deseen mantener con los trabajadores y tratar personalmente con los Inspectores los problemas que deban solucionar en sus cometidos”.

Por otra parte, según el artículo 27, los Inspectores del Trabajo podrán actuar de oficio y aún fuera de su territorio jurisdiccional, cuando sorprendan infracciones a la legislación laboral o cuando sean requeridos por personas que se identifiquen debidamente. De estas actuaciones, el Inspector estará obligado a informar por escrito al respectivo Jefe de la jurisdicción en que intervino, dentro del siguiente día hábil, salvo causa justificada.

Con esto se han expuesto sólo algunas de las facultades de este órgano administrativo que, sin duda, nos ayudarán a comprender de mejor manera lo que se desarrollará más adelante, digamos por ahora que sus facultades son amplias si tenemos en cuenta que el título IV de aquel cuerpo legal, el cual dedica varios de sus artículos (25 al 39) a establecer cuáles son sus atribuciones. Más aún, estas funciones se ven complementadas por el artículo 505 del Código del Trabajo, el cual encomienda a la Dirección del Trabajo la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación.

2. Medios de impugnación

La administración pública lleva a cabo su finalidad de satisfacer el interés público de diversas maneras; una de ellas es la facultad de policía, la que tiene por objeto garantizar a la comunidad que sus individuos ejercerán sus derechos de propiedad y libertad sin dañar los derechos o intereses de otros miembros de la comunidad, ésta es la llamada potestad sancionadora

de la administración del estado⁴. Como gran parte de los órganos de la administración, las sanciones, dictámenes y otras declaraciones de juicio deben tomar la forma de actos administrativos⁵ y así ocurre con la Inspección de Trabajo. Tales sanciones son reclamables ante los Juzgados de Letras del Trabajo (que es el tribunal que conoce de estas materias contencioso administrativas), dentro de 15 días hábiles contados desde su notificación, según el artículo 503 del mencionado cuerpo legal, el cual se tramitará de acuerdo al procedimiento de aplicación general del párrafo 3º, del capítulo II, del título I, a menos que la cuantía de la multa sea igual o menor a diez ingresos mínimos mensuales, caso en el cual el procedimiento de impugnación se sustanciará de acuerdo a las reglas del procedimiento monitorio.

Por otro lado, también se ha establecido un mecanismo de control administrativo, que es conocido por la propia Dirección del Trabajo, el cual consiste en la reconsideración de la multa impuesta al empleador⁶. La resolución del Director que emane producto de esta reconsideración es, a su vez, reclamable ante el juez de letras del trabajo dentro de 15 días desde su notificación, en conformidad con el artículo 474. Finalmente, tratándose de pequeños y micro- empresarios, en aquellos casos en que no se hubiera optado por alguna de las impugnaciones mencionadas, se puede solicitar la sustitución de la multa por alguna de las modalidades prescritas en el artículo 506 ter⁷, la cual será autorizada por la Inspección del Trabajo solamente una vez en el año

⁴ BERMÚDEZ, Jorge (2013): *Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental*, En: *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1er semestre, p.425- 426.

⁵ Chile, *Ley 19.880 de Bases de Procedimiento Administrativo*, Diario Oficial, 29 de mayo de 2003. “Artículo 2º. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa (...).”

⁶ Chile, *Decreto con Fuerza de Ley que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo*, Diario oficial, 16 de enero 2003; Artículo 511: “Facultase al Director del Trabajo, en los casos en que el afectado no hubiere recurrido de conformidad al artículo 503 y no hubiere solicitado la sustitución del artículo 506 ter de este Código, para reconsiderar las multas administrativas impuestas por funcionarios de su dependencia en la forma siguiente:

1. Dejando sin efecto la multa, cuando aparezca de manifiesto que se ha incurrido en un error de hecho al aplicar la sanción.

2. Rebajando la multa, cuando se acredite fehacientemente haber dado íntegro cumplimiento, a las disposiciones legales, convencionales o arbitrales cuya infracción motivó la sanción.”

⁷ Art 506 ter: (...) 1. Si la multa impuesta es por infracción a normas de higiene y seguridad, por la incorporación en un programa de asistencia al cumplimiento, en el que se acredite la corrección de la o las infracciones que dieron origen a la sanción y la puesta en marcha de un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo. Dicho programa deberá implementarse con la asistencia técnica del organismo administrador de la ley N° 16.744, al que se encuentre

respecto de la misma infracción, aunque, en estricto rigor, esta última no es sino un derecho que se le otorga al infractor para sustituir determinadas multas y no un medio para impugnar la legalidad del acto en cuestión, toda vez que aceptan los hechos y el derecho, pero manifiesta la disposición de cumplir la sanción de otra manera.

III. EL PROBLEMA

En rigor, se suscitan varios problemas a propósito de las facultades fiscalizadoras de la Inspección del Trabajo, puesto que en el ejercicio de sus funciones dicta actos administrativos que pueden vulnerar los derechos de los particulares. Ocurre que si bien existen medios judiciales y administrativos para impugnar la validez de estos actos administrativos emanados de la Inspección del Trabajo, no es menos cierto que, en tanto que es un acto y que este puede ser a su vez arbitrario o ilegal, puede afectar ciertos derechos fundamentales, los cuales pueden ser susceptible de la acción constitucional de protección.

1. *Recurso de protección.*

El artículo 20 de la Constitución Política de la República contempla una acción que tiene por objeto el restablecimiento del imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado; es el comúnmente conocido “recurso de protección”, que permite al afectado recurrir directamente a la Corte de Apelaciones respectiva, la que posteriormente deberá decretar las

afiliada o adherida la empresa infractora y deberá ser presentado para su aprobación por la Dirección del Trabajo, debiendo mantenerse permanentemente a su disposición en los lugares de trabajo. La presente disposición será igualmente aplicada por la autoridad sanitaria que corresponda, en aquellos casos en que sea ésta quien aplique la sanción.

2. En el caso de multas no comprendidas en el número anterior, y previa acreditación de la corrección, de la o las infracciones que dieron origen a la sanción, por la asistencia obligatoria del titular o representante legal de la empresa de menor tamaño, o de los trabajadores vinculados a las funciones de administración de recursos humanos que él designe a programas de capacitación dictados por la Dirección del Trabajo, los que tendrán una duración máxima de dos semanas. La solicitud de sustitución deberá presentarse dentro del plazo de treinta días de notificada la resolución de multa administrativa (...).

medidas necesarias con el fin de subsanar las agravios de los derechos producidos y asegurar su debida protección⁸.

En palabras de Molina⁹, para que sea procedente el recurso de protección es necesario que se reúnan los siguientes requisitos: a) ocurrencia de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, los que pueden ser, a su vez, cometidos por particulares o por la misma administración; b) que por causa de ellos se haya producido una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho fundamental; c) que esos derechos o garantías del artículo 19 del mismo cuerpo constitucional estén protegidos por el recurso de protección. Trataré, a su vez, estos dos últimos puntos.

En primer lugar, la Constitución menciona los tres grados de vulneración que puede sufrir un particular: privación, perturbación y amenaza. Hay *privación* cuando se produce un despojo –ya sea total o parcial– del legítimo derecho o garantía. La *perturbación* significa una alteración en las condiciones normales en que se ejerce un derecho o garantía y, finalmente, hay *amenaza* cuando existe un peligro potencial, pero inminente de privación total o parcial, o perturbación en el ejercicio de aquellos derechos¹⁰. Sin embargo, si el acto recurrido es consistente con las normas legales que lo sustentan, pero es inconstitucional, los tribunales competentes nada pueden hacer para amparar el derecho fundamental lesionado, ya que implicaría arrogarse una facultad que no le es propia, la cual es pronunciarse sobre la constitucionalidad de ley y ello está vedado. Además, si bien el acto debe ser arbitrario o ilegal, no se debe perder de vista que en lo que respecta al segundo de éstos, no basta con la sola infracción de la legalidad para hacer lugar al recurso, según lo señala una parte de la doctrina¹¹.

No obstante lo anterior, es sabido que el recurso de protección supone varias ventajas procesales en comparación con los lentos procedimientos ordinarios que tardan años en afinarse,

⁸ RÍOS, Lautaro (2006): “La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno”, En: *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 4º, n°2, p. 113.

⁹ MOLINA GUAITA, Hernán (2006): “Derecho Constitucional”, Concepción, LexisNexis, p. 283.

¹⁰ MOLINA (2006), p. 283.

¹¹ GÓMEZ BERNALES, Gastón (2005): “Derecho Fundamentales y Recurso de Protección”, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, p. 25.

entre los que se cuentan la informalidad, que se manifiesta en la no exigencia de patrocinio de abogado, ni exigir poder del afectado, entre otras, y la concentración¹². En esta última característica, 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, genera un gran incentivo para preferir esta vía al momento de impugnar la validez de una acción u omisión antijurídica de los órganos de la administración del Estado¹³. Es así como, se ha transformado en el mecanismo procesal ordinario de control contencioso administrativo y, en la especie, en otra forma del procedimiento de impugnación de los actos administrativos dictados por la Inspección del Trabajo en el ejercicio de sus funciones, no obstante estar consagrado dichos procedimientos en el artículo 503 anteriormente transcrito.

En lo que respecta a los derechos protegidos por el Recurso de Protección, me referiré a ella luego, específicamente a los artículos 19 N° 2, 19 N°3 inciso 4 y 19 N° 24, estos son la igualdad ante la ley, la interdicción de comisiones especiales y el derecho de propiedad, dando mayor extensión al segundo de ellos.

2. *Los derechos “vulnerados”*

En esta sección se expondrá qué ha ocurrido en la práctica con el recurso de protección frente a las actuaciones de la Inspección del Trabajo. Por lo pronto, cabe hacer presente lo siguiente: se ha hecho una interpretación amplia de los derechos fundamentales por parte de la jurisprudencia, al punto de transformarlos en instrumentos configuradores del derecho administrativo, no obstante ser estas normas de escasa densidad normativa¹⁴. Volviendo al caso concreto, en términos generales, se ha aludido a que la Inspección del Trabajo, al fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral, determinar infracciones, aplicar multas, interpretar cláusulas de los contratos, entre otros, estaría invadiendo las competencias que se le han entregado

¹² RÍOS, (2006), pp.113 – 115.

¹³ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2006): *“El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo”*, En: *La Justicia Administrativa*, Santiago, LexisNexis, p.131.

¹⁴FERRADA BÓRQUEZ (2006): p. 143.

a los tribunales de justicia¹⁵, lo que, en consecuencia, vulneraría otros derechos fundamentales, especialmente la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad y por sobre todo, el derecho al juez natural o interdicción de comisiones especiales.

2.1. *Igualdad ante la ley y el cómputo de los plazos*

Es un derecho fundamental usualmente alegado por los recurrentes y que precisamente está protegido por el Recurso de Protección de extrema importancia en nuestros tiempos. Por lo pronto, la Constitución consagra este derecho en el artículo 19 N° 2:

“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Para Díaz¹⁶ además de este derecho, existiría otro implícitamente, llamado “igualdad en la aplicación de la ley”, que es posible ubicarlo en el catálogo de derechos fundamentales¹⁷. Este derecho tiene varias aristas: por un lado el sentido clásico que se le ha dado a la igualdad, esto es, “tratar de la misma manera a lo igual y tratar de diversa manera a lo desigual”. Además define, a propósito de lo anterior, la igualdad en la aplicación de la ley como “el deber del juzgador de tratar de la misma manera a lo igual y, por el contrario, el deber de tratar de diversa manera a lo desigual”. En consecuencia, concluye algo a lo que llama “noción completa de igualdad en la aplicación de la ley”, entendiendo por tal “*la exigencia de que el juzgador utilice las mismas disposiciones, las interprete del mismo modo y adopte una misma decisión respecto de casos que coinciden en la totalidad de sus aspectos fácticos jurídicamente relevantes y utilice diversas disposiciones*

¹⁵ GÓMEZ BERNALES (2005): p. 47.

¹⁶ DÍAZ GARCÍA, Ivan (2012) “*Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, Iusfundamentalidad y consecuencias*”, En: *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 18, n°2. pp. 33 -76

¹⁷ En este sentido, para los efectos del presente artículo, voy a identificar el artículo 19 N° 2 de la CPR con la definición de da el autor para salvar así el problema que presentan por lo general los derechos fundamentales, a saber, la indeterminación que generalmente se les atribuye.

respecto de los casos que divergen en uno o más de sus aspectos fácticos jurídicamente relevantes". Sobre esto último, no solo es un deber del juzgador, sino que también de aquellos que, no obstante no ser juzgadores, de todas formas tienen el deber de aplicar e interpretar la legislación en función de las potestades que les otorga la ley entre los cuales se encuentra la Inspección del Trabajo.

¿Cuál ha sido el uso que le ha dado la jurisprudencia a este derecho fundamental? Pues bien, la Corte de Apelaciones de Concepción¹⁸ acogió la acción deducida por la recurrente, en el cual se alegaba una discriminación arbitraria por el rechazo de una solicitud de sustitución¹⁹ de una multa cursada por la Inspección Provincial del Trabajo de aquella ciudad por haber sido ésta interpuesta fuera de plazo. La contienda se producía a propósito de cuál era la norma aplicable al caso concreto y sobre cómo debía contarse el plazo para presentar la solicitud, esto es, si en el caso era procedente aplicar lo prescrito en el artículo 25 de la LBPA²⁰ o, si por el contrario, debían seguirse las reglas generales establecidas por el Código Civil, en el artículo 50²¹; por un lado, sostenía la recurrente la primera postura, arguyendo que la aplicación de la segunda norma citada vulneraba el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, postura que sostenía la Inspección del Trabajo.

La Corte de Apelaciones, luego de darle la razón a la recurrente en el sentido de que ésta había recurrido dentro del plazo que establece la ley, en el considerando decimoquinto sostuvo:

¹⁸“*Transportes Terrestres Mena Limitada con Inspección Provincial del Trabajo de Concepción*”, Corte de Apelaciones de Concepción (recurso de protección), 28 de Marzo de 2013, En: MicroJuris.

¹⁹ Hacía el recurrente uso del derecho que otorga el artículo 506 ter del Código del Trabajo que ya habíamos mencionado.

²⁰ LBPA, Artículo 25. “Cómputo de los plazos del procedimiento administrativo. Los plazos de días establecidos en esta ley son de días hábiles, entendiéndose que son inhábiles los días sábados, los domingos y los festivos. Los plazos se computarán desde el día siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto de que se trate o se produzca su estimación o su desestimación en virtud del silencio administrativo. Si en el mes de vencimiento no hubiere equivalente al día del mes en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día de aquel mes”. Cuando el último día del plazo sea inhábil, éste se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.”

²¹ Chile, *Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 21 de 2013 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del código civil y otros cuerpos legales*, Diario oficial, 30 de mayo de 2000. Art. 50. “En los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República, o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aun los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues en tal caso no se contarán los feriados”.

“Que de acuerdo a lo razonado, al no considerar la Inspección del Trabajo que el plazo consagrado en el artículo 506 ter del Código del Trabajo es de días hábiles, ha actuado de manera discriminatoria y ha afectado la garantía del artículo 19 N° 2 de la Constitución, al no permitirle a la recurrente tramitar la sustitución de las multas aplicadas”.

Respecto de esta misma materia, sobre los mismos hechos relevantes del caso, es igual el parecer de la Corte de Apelaciones de Temuco²², esgrimiendo argumentos similares a los que mencionó la Corte de Apelaciones de Concepción, que en la especie sostuvo:

“Sexto: Que para resolver la controversia se debe tener presente que la solicitud de reconsideración presentada ante la Inspección del Trabajo es un recurso entablado en sede administrativa, de manera que, al no existir norma expresa que establezca lo contrario, debe aplicarse supletoriamente el artículo 25 de la Ley N°19.880, que se refiere al cómputo de los plazos en el procedimiento administrativo, disposición que señala que éstos son de días hábiles, entendiéndose que son inhábiles los días sábados, los domingos y los festivos.

Octavo: Que es un hecho no controvertido que la notificación de la sanción de la cual reclama el recurrente, le fue notificada el 10 de septiembre de 2012 y que el recurso de reconsideración fue presentado el 25 de octubre de 2012, esto es, conforme a lo razonado, dentro del plazo de treinta días hábiles contados desde la notificación de la resolución que impone la multa.

Noveno: Que, en consecuencia, la recurrida, al declarar inadmisibile el recurso de reconsideración entablado por la recurrente por estimarlo extemporáneo, ha incurrido en un acto ilegal, por cuanto se negó a tramitar un recurso contemplado en la ley y que fue deducido dentro de plazo, afectando con su conducta la garantía constitucional de igualdad ante la ley que esgrime el recurrente, razón por la cual el arbitrio deducido en autos será acogido”

²² “*Farmacias Cruz Verde S.A con Inspección Comunal del Trabajo Victoria*, Corte de Apelaciones de Temuco (recurso de protección), de 15 febrero 2013, En: MicroJuris.

Se suma a este parecer una sentencia²³ de la Corte de Apelaciones de La Serena, donde también era objeto del juicio la manera de contar los plazos para efectos de interponer las solicitudes administrativas ante la Inspección del Trabajo, sobre la base del mismo derecho fundamental vulnerado, en ella se sostiene:

“Séptimo: Que, como lo ha resuelto reiteradamente la jurisprudencia emanada de los tribunales superiores de justicia, debe tenerse presente que la solicitud de reconsideración que se interpone ante la Inspección del Trabajo, es un recurso que se presenta en la etapa administrativa, de manera que, por no existir norma expresa que establezca lo contrario, debe aplicarse en forma supletoria el artículo 25 de la ley N°19.880, que se refiere precisamente al cómputo de los plazos en el procedimiento administrativo, disposición que señala que éstos son de días hábiles, entendiéndose que son inhábiles los días sábados, los domingos y los festivos

Noveno: Que, en consecuencia, se estima ilegal la actuación de la recurrida, desde que se negó la tramitación de un recurso contemplado en la ley presentado dentro del plazo legal, afectando con ello las garantías de igualdad ante la ley y el debido proceso, contempladas en los numerales 2° y 3° inciso quinto del artículo 19 de la Constitución Política de la República, porque al desconocer la autoridad recurrida el plazo legal en toda su extensión, ha dado un trato arbitrario que no puede ser aceptado, no respetando los plazos para una adecuada defensa.”

Concluye con este parecer la Corte Suprema, quien revoca una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y la ha reemplazado²⁴, alineándose así con los criterios adoptados por las Cortes de Apelaciones:

“Tercero: Que, según lo ha señalado esta Corte en anteriores pronunciamientos, el plazo de treinta días a que se refiere el artículo 512 del código laboral para presentar la solicitud de reconsideración ante el Director del Trabajo no es de días corridos, como lo entiende la recurrida,

²³ “*Ingeniería y Maquinarias Real S.A con Inspección Provincial del Trabajo de la Serena*”, Corte de Apelaciones de La Serena (recurso de protección), 21 de agosto de 2013, En: Vlex.

²⁴ “*Farmacias Cruz Verde S.A con Inspección Provincial del Trabajo de Valparaíso*, Corte Suprema (recurso de protección), 7 de Mayo de 2013, En: Vlex.

sino de días hábiles, entendiéndose inhábiles los días sábado, domingo y festivos. En efecto, se trata de un recurso presentado en la etapa administrativa, de manera que por no existir norma expresa que establezca lo contrario, debe aplicarse en forma supletoria el artículo 25 de la Ley N°19.880 que se refiere al cómputo de los plazos del procedimiento administrativo, disposición que señala que estos son de días hábiles, entendiéndose que son inhábiles los sábados, los domingos y los festivos.

Quinto: Que, en consecuencia, la actuación de la recurrida constituye un acto ilegal, desde que por ella se negó a tramitar un recurso contemplado en la ley presentado dentro del plazo legal, afectando con ello la garantía de igualdad ante la ley contemplada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, porque al desconocer la autoridad recurrida el plazo legal en toda su extensión ha dado un trato arbitrario y discriminatorio que no puede ser aceptado (...)."

2.1.1. *Comentarios*

Las sentencias anteriores obligan a hacer unos breves comentarios: Las Cortes mencionadas han sido uniformes respecto a este punto, además, su actuar se adecúa a la definición dada por la doctrina antes citada, ya que ante similares presupuestos de hecho, ha aplicado de la misma manera una norma. En eso difícilmente puede ser criticado su actuar. Pues bien, así como se dijo que existe un deber del juzgador por aplicar de la misma manera una norma ante eventos similares (no exactamente iguales), no es menos cierto que la Inspección del Trabajo, en las cuatro sentencias mencionadas anteriormente, ha hecho lo mismo aplicando de la misma manera aquella regla que prescribe de qué manera los plazos deben contarse. Por lo tanto no es antojadizo o arbitrario el hecho de que en distintas regiones del país se haga la misma aplicación de la norma.

No es todo; las cosas se complican si agregamos un factor más: La Inspección del Trabajo cita frecuentemente un dictamen de la Contraloría General de la República²⁵. En efecto, en tal dictamen el órgano de control se pronuncia sobre algunas materias en las que trae a colación la regla aplicable a estos casos. Sobre el cómputo del plazo en cuestión, menciona que el 512 es impreciso, por cuanto no se señala si es de días corridos o de días hábiles y que por lo tanto era necesario precisar el sentido y alcance de aquella norma, luego, en el artículo 50 del Código Civil, se señala que cuando el legislador ha querido establecer plazos de días hábiles, lo ha consignado expresamente. Así, continúa el Contralor, “lo anterior sucede, entre otros, con los plazos establecidos en los artículos 162, incisos segundo y séptimo; 168, inciso primero; 171, inciso primero; 201, inciso cuarto; 223, inciso cuarto; 282, incisos primero y cuarto, y 503, inciso tercero, –esta última sobre reclamación judicial de la misma multa en que incide la reclamación administrativa prevista en la norma cuya interpretación se solicita– en los cuales se señala expresamente que son de días hábiles”. Corroboración esta interpretación la regla que establece el artículo 435 inciso tercero –ubicada, al igual que esa norma, en el libro V del Código del Trabajo– conforme a la cual los términos de días que establece el título I de ese libro, “se entenderán suspendidos durante los días feriados”, toda vez que, a contrario sensu, la disposición del artículo 512 materia de la consulta, pertenece a otro título del mismo libro, por lo que queda fuera del ámbito de aplicación de dicha regla y, por ende, el plazo que regula no se suspende durante los días feriados.

En consecuencia, los plazos serían de días corridos y no se podría aplicar el artículo 25 de la LBPA, ya que los plazos contemplados en aquella ley son de días hábiles, siendo inhábiles los sábados, domingos y festivos, toda vez que sus prescripciones no son conciliables con lo regulado sistemáticamente por el código.

Con esto, surge una duda sobre el derecho alegado en cuestión ¿se cumplían los requisitos para hacer procedente el recurso de protección? La Contraloría General de la República tiene

²⁵ Chile, *Dictamen N° 64.985 Sobre legalidad de acta de constancia de Inspección del Trabajo y cómputo del plazo para impugnar multas administrativas*, Contraloría General de la República, 20 de noviembre de 2009, En: www.contraloria.cl.

entre sus funciones, fijar el sentido y alcance de la legislación por la cual se rigen los órganos pertenecientes a la administración del Estado, las cuales suelen manifestarse en dictámenes. Según Evans y Poblete²⁶, la potestad dictaminante de la Contraloría es de carácter interpretativo, esto es, el poder para fijar el sentido y alcance de las normas que rigen a los actos administrativos sometidos a su fiscalización. Es así como, va fijando criterios por los cuales se va a interpretar la ley por los órganos de la administración en el cumplimiento de sus funciones, siendo para ellos vinculantes, lo que significa, que deberán aplicar las normas y ajustar sus decisiones según lo que el órgano contralor hubiere señalado, entonces, ¿podría ser ilegal o arbitrario el acto administrativo que da aplicación a un dictamen proveniente un órgano que no solo actúa conforme a las facultades que le otorga a la ley, sino que además, dicha facultad está fundamentadamente aplicada?

En consecuencia, no sería correcto decir que cada vez que la Inspección del Trabajo computa un plazo según las directrices del órgano contralor, se estaría vulnerando ilegalmente, en estos casos, la igualdad ante la ley, ya que, está actuando conforme a ella. El problema entonces sería, a priori, un caso de interpretación de la ley más que una vulneración ilegal o arbitraria a este derecho fundamental y tendría que resolverse conforme a las normas previstas para los casos de antinomias, pero si ponemos un poco más de atención, el problema podría ser más interesante aún, puesto que si Contraloría tiene la facultad de fijar la interpretación del derecho que deben hacer los servicios públicos, y los tribunales, por su parte, también tienen la facultad de interpretar y aplicar el derecho (de ahí la palabra “jurisdicción”), entonces, habría un problema de competencia, el cual debería ser resuelto por el Senado²⁷.

²⁶ EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio y POBLETE ORTÚZAR, Domingo (2012): “Efectos que produce la declaración de contrariedad a Derecho de un acto administrativo por parte de la Contraloría General de la República”, En: *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional*, Unidad de Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República, p. 125.

²⁷ Artículo 53 de la Constitución Política de la República: “Son atribuciones exclusivas del Senado: Conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia”.

2.2. *Derecho de Propiedad y el Non bis in idem*

Por lo pronto, Peñailillo²⁸, junto con dar un concepto de propiedad descrito por la ley, entendiéndose por tal –en su faceta analítica– como el derecho de una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno, menciona la concepción sintética de propiedad, siendo ésta el señorío monolítico o poder pleno sobre el objeto de la propiedad, con prescindencia de facultades identificables que puede describirse separadamente y con autonomía.

En el contexto de la actual constitución Fernandois²⁹ sostiene que este derecho ha sido esencial en los sistemas constitucionales del mundo, algo a lo que no se ha restado nuestro país, y con toda razón –continúa– ya que, el tratamiento de la propiedad en los números 23, 24, 25 y 26 del artículo de la Carta Fundamental reflejan con precisión la riqueza del pensamiento del constituyente, sus convicciones doctrinarias, sus intenciones fundacionales para un nuevo régimen basado en el fortalecimiento del derecho de dominio y la imaginación jurídica que desplegó para alcanzar aquel objetivo.

El derecho de propiedad en la práctica es uno de los derechos cuyo contenido ha sido normalmente extendido, y por otra parte, fue uno de los factores determinantes en la creación del recurso de protección, ante la inexistencia de algún mecanismo eficaz contra las medidas administrativas ocurridas en el gobierno de la Unidad Popular³⁰, más aún, si se piensa que hasta la fecha no existe un proceso contencioso administrativo de carácter urgente, ni mucho menos vías contencioso administrativas ordinarias y generales, puesto que éstas nunca se crearon³¹. Así, múltiples han sido los usos que los recurrentes han hecho de él, así lo vemos en casos de

²⁸ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006): “*Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p.76–77.

²⁹ FERNANDOIS, Arturo (2010): “*Derecho Constitucional Económico*”, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, p.211.

³⁰ FERRADA BÓRQUEZ, (2006). p. 130.

³¹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2006): “*El recurso de protección entre exigencias de urgencias y seguridad jurídicas*”, En: *Revista de Derecho*, volumen XIX, N°2, p.209.

regularización de pequeñas propiedades raíces³², sobre el cargo público³³ y casos sobre expulsión de estudiantes³⁴, entre otras.

En este orden de ideas, es bastante razonable –como lo ha sostenido parte de la doctrina– pensar que la acción constitucional en comento, no nació para dar una tutela a los derechos fundamentales de los ciudadanos en el marco del valor de la seguridad jurídica. Por el contrario, nació primordialmente para salvaguardar derechos fundamentales de índole patrimonial, como el que se está comentando, y que aparte de aquellos, no resultaría propicio como vía general de tutela del resto de los derechos constitucionales³⁵.

2.2.1. *Derecho de propiedad*

Como se puede advertir, los particulares –como decía– recurren de protección cada vez que las multas cursadas por la Inspección del Trabajo suponen una disminución en su patrimonio y, específicamente, una merma en su derecho de propiedad. Así, en un caso particular, el recurrente solicita la restauración del imperio del derecho por cuanto una multa por no pago de las remuneraciones del feriado legal cursada por la Inspección Provincial del Trabajo de Valparaíso perturbaba y amenazaba, respectivamente el artículo 19 N° 3 inciso 4 y 19 N° 24, toda vez que el órgano administrativo se arrogaba atribuciones de las cuales carece. Ante esto, y luego de descartar la existencia de los presupuestos para que el recurso de protección fuese rechazado, la Corte de Apelaciones de Valparaíso³⁶ sostiene que “respecto a la garantía del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República invocada por la recurrente, la multa no amenaza el derecho de propiedad, todo lo contrario, el empleador es el que se apropia de los

³² Véase “*Monroy, Teorinda con Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de Concepción*”, Corte Suprema (Recurso de Protección), 31 de marzo de 2011, En: VLex

³³ Véase Roles N° 7615-2011, N° 8975-2011 y N° 7667-2011, Corte Suprema (recurso de protección) de 7 y 5 de octubre y 16 de noviembre, todas de 2011, En: VLex.

³⁴ “*Gallegos, Rojas y otros con Universidad Católica de Temuco*”, Corte Suprema (recurso de protección), 22 de julio de 2010, En: VLex

³⁵ BORDALÍ SALAMANCA (2006): p. 223.

³⁶ “*Ingeniería Software Valparaíso LTDA con Inspección Provincial del Trabajo de Valparaíso*”, Corte Apelaciones de Valparaíso (recurso de protección), 7 de octubre de 2009, En: Microjuris.

derechos del trabajador afectado al no pagar íntegramente la remuneración correspondiente a feriado legal de una trabajadora, como aconteció en autos, por lo que no puede pretender un derecho de propiedad respecto de un derecho contenido en el contrato de trabajo, no pudiendo estar la supuesta garantía infringida por sobre la normativa legal vigente”.

En el mismo orden de ideas, un particular, arguyendo la vulneración de los artículos 19 N° 3 inciso 4 y 19 N° 24, impugna a través de la acción de protección, una multa impuesta por la Inspección Provincial del Trabajo de Chillán en virtud de la no reincorporación por desvinculación del trabajo de una mujer embarazada que había faltado dos días seguidos, sin respetar el fuero maternal –que según el recurrente– es materia de conocimiento de los tribunales competentes. Ante esto, la Corte Apelaciones de Chillán³⁷ determinó:

“Octavo: Que, en el caso de autos el fiscalizador constató una situación objetiva, como es que la empresa se negó a reintegrar a la trabajadora, a pesar que ésta, según certificado de matrona que rola a fojas 28, a la fecha en que fue despedida, se encontraba embarazada, esto es, al 6 de febrero de 2013.

La conducta de la recurrente importa un incumplimiento a las leyes laborales, de manera que la Inspección del Trabajo se ha limitado a ejercer sus atribuciones y potestades de naturaleza administrativa al aplicar la multa que motiva la presente acción, por lo que no se ha estado en presencia de un acto arbitrario o ilegal (...).

Décimo: Que, por otra parte, la imposición de la multa de que se trata, no vulnera de modo alguno el derecho de propiedad de la recurrente, máxime si ella deriva de una infracción sancionada de esa manera por la ley.”

2.2.2. *Non bis in idem*

En otro asunto, algunos recurrentes han alegado la vulneración de los mismos derechos fundamentales mencionados anteriormente, pero esta vez la causa que motiva la acción

³⁷“*Agrícola Perquilauquén Limitada con Inspección Provincial del Trabajo de Chillán*”, Corte de Apelaciones de Chillán (recurso de protección), 30 de mayo de 2013, En: Vlex.

constitucional la constituyen dos multas por no escriturar el contrato de trabajo, según prescribe el código laboral³⁸, pero además alegan que se produciría un problema de *bis in idem* respecto de una las infracciones, por cuanto la Inspección del Trabajo ya habría cursado una multa por los mismos hechos, la cual habría sido objeto de un recurso de protección. Luego de citar varios artículos de la Ley Orgánica que crea a la Dirección del Trabajo, por la cual establece que el actuar del órgano fiscalizador es en principio legal y por tanto rechaza el recurso de protección por no haber concurrido los presupuestos básicos de la acción constitucional, la Corte de Apelaciones de Santiago³⁹ sostuvo que:

“Décimo: Que, en todo caso, estos sentenciadores no pueden desatenderse de la aplicación del principio o aforismo jurídico del *non bis in idem*, en cuya virtud nadie puede ser condenado o sancionado dos veces por un mismo hecho, que es plenamente aplicable a la legislación laboral, y que, como lo ha dicho la Corte Suprema, "...configura una garantía individual innominada..." y cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental y en la idea de que al admitirse una segunda condena por la misma infracción, se produce una manifiesta desproporción entre la falta y su castigo". Posteriormente rechaza el recurso de protección, estableciendo que no hay vulneración al derecho de propiedad, pero que sí se produce un problema de *non bis in idem* y por lo tanto, acoge – aunque parcialmente – en lo referente a éste vicio.

Una postura con ciertas similitudes en lo que respecta al *non bis in idem*, es de la Corte Suprema⁴⁰, la cual en un asunto en que la recurrente reclamaba por una multa por concepto de incumplimiento a la obligación de velar por la vida y salud de los trabajadores e incumplimiento

³⁸ Art. 9 del Código del Trabajo: El Contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso siguiente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando en poder de cada contratante. El empleador que no haga constar por escrito el contrato dentro del plazo de quince días de incorporado el trabajador, o de cinco días si se trata de contratos por obra, trabajo o servicio determinado o de duración inferior a treinta días, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de una a cinco unidades tributarias mensuales. (...)

³⁹ “*TNS Chile S.A con Inspección Comunal de Santiago Norte*”, Corte de Apelaciones de Santiago (recurso de protección), 14 de septiembre de 2011, En: Microjuris.

⁴⁰ “*Empresa Villalobos Limitada con Inspección Comunal del Trabajo de Ancud*”, Corte Suprema (recurso de protección), 29 de abril de 2013, En: Microjuris.

de la obligación de llevar registro de asistencia y determinación de las horas trabajadas por sus dependientes, sostuvo:

“Séptimo: que como se precisa en las motivaciones que preceden la fiscalización que realiza la inspección del trabajo constituye el cumplimiento del mandato que a ella entrega la ley, por lo que en la medida que se ajuste a sus prescripciones ningún reproche de ilegalidad originará en su cometido (...)”

Octavo: que en lo que relación con la multa cursada (...), no cabe reproche alguno que formular. Sin embargo, en lo que respecta a las restantes multas cursadas, que tienen un mismo sustento jurídico, la infracción a la obligación que le impone al empleador el artículo 184 Código del Trabajo en lo antes citado (...), la actuación de la recurrida ha sido arbitraria, toda vez que sanciona en forma reiterada a la actora por hechos que constituyen manifestaciones de incumplimiento de una misma obligación, que a decir de la doctrina tienen un mismo fundamento jurídico, lo que importa vulnerar el principio de “non bis in ídem” (...) con arreglo de la cual una persona no puede ser procesada ni condenada dos veces por un mismo hecho, para algunos configura una garantía individual innominada, originaria del derecho natural y, cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el numeral 3º del artículo 19 de la Constitución Política (...)”

Noveno: que la actuación arbitraria de la recurrida importa una violación a la prohibición del exceso y vulnera el derecho de propiedad de la empresa Villalobos Asociados Limitada, consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, al imponerle una sanción pecuniaria afectando así su patrimonio, por lo que el recurso de protección deducido ha de ser acogido en relación, como se ha referido, a cuatro de las multas impuestas por infracción al DS N° 594 en concordancia con los artículos 184 y 506 del Código del Trabajo, siendo en consecuencia procedente la consolidación de las mismas en una sola multa, por lo expresado previamente.”

2.2.3. *Comentarios*

Las sentencias anteriores ameritan algunos comentarios. En primer lugar, en relación a la primera parte de esta sección, esto es, en lo referido a la vulneración del derecho de propiedad en conjunto con la interdicción de comisiones especiales (punto que trataremos en otra parte), podemos adelantar lo siguiente: cada vez que la Inspección del Trabajo cursa una infracción, los recurrentes suelen argumentar que habiendo este órgano fiscalizador actuado sobrepasando sus atribuciones y en consecuencia, la multa tiene una causa ilegal, lo que redundaría en un menoscabo a su patrimonio o, precisamente hablando, en su derecho de propiedad. De ser cierto este razonamiento, entonces no sólo se estaría afectando (en este caso perturbando o amenazando) su derecho de propiedad, sino que además su derecho a desarrollar actividades económicas⁴¹, toda vez que hay un obstáculo ilegal o arbitrario que gravaría el normal ejercicio de este derecho fundamental, habría entonces en este en particular, una estrecha vinculación entre la interdicción de comisiones especiales, el derecho de propiedad y el derecho a desarrollar actividades económicas, donde hay una relación de dependencia con la primera, puesto que si no se cumplen los presupuestos para que sea acogido el recurso de protección, no sería posible, por tanto, acoger la vulneración de los otros dos derechos fundamentales.

En fin, bien acierta la Corte de Apelaciones de Valparaíso al reconocer que no se puede fundar una vulneración del derecho de propiedad sobre la base de una contravención legal de tipo laboral y aún más, los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados, sino que se encuentran sometidos a una serie de restricciones o limitaciones que provocan que su titular no pueda ejercer válidamente una determinada prerrogativa en ciertas circunstancias, las cuales deben ser definidas correctamente para una mejor comprensión del ejercicio de tales derechos fundamentales⁴².

⁴¹ Art. 19 N° 21° de la Constitución Política de la República (la Constitución reconoce a todas las personas): “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

⁴² TÓRTORA ARAVENA, Hugo (2010): “*Las limitaciones a los derechos fundamentales*”, En: *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 8, N° 2 pp.168–169.

Más llama la atención a la referencia que se hace al *non bis in idem* (también llamado *ne bis in idem*) por parte de las cortes, entendiéndolo como el principio por el cual se excluye la persecución penal por un hecho que hubiera sido objeto de una anterior condena⁴³ o bien como aquella imposibilidad de que por la comisión de un solo hecho que atacare un único bien jurídico, se pueda sancionar a una persona dos veces; principio que va dirigido y vincula principalmente al que aplica la norma, el que puede ser, a su vez, o el juzgador o el administrador⁴⁴.

Por lo pronto, no es raro que se ocupen términos propios del derecho penal y derecho procesal penal en el derecho administrativo sancionador, no sólo este principio está reconocido en el derecho público, sino que también los principios de tipicidad, culpabilidad y legalidad, entre otros, con sus respectivos matices⁴⁵, por lo que es posible afirmar que la potestad sancionatoria de la administración del Estado, forma parte de un conjunto más grande: el *ius puniendi* estatal. Así, ha mencionado alguna parte de la doctrina, que ontológicamente hay cierta identidad entre las sanciones penales y administrativas, participando de una misma naturaleza por cuanto integran el marco de una política represiva determinada por el legislador⁴⁶.

De esta manera parece razonable integrar el principio del *non bis in idem* en el ámbito de las sanciones administrativas, pero no lo es si consideramos dos cosas: i) en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, se sostiene que no existe derecho fundamental afectado, todo esto dentro del marco del procedimiento que da lugar el recurso de protección. Si no se cumplen con los presupuestos de la acción, entonces, resulta por lo menos dudoso el uso que se le está dando a este procedimiento de tutela; ii) en ambos fallos, las Cortes acogen el recurso de protección

⁴³ BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; HESSE, Conrad, et. al (2001): “*Manual de Derecho Constitucional*”, traducción de Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, p.799.

⁴⁴ DE FUENTES, Joaquín; CANCER, Pilar; ARTEAGABEITÍA, Idoia et. al. (2009): “*Manual de Derecho Administrativo Sancionador*”, coordinador: Ignacio Pereña Pinedo, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, p.305, 308,309.

⁴⁵ Chile, *Dictamen N° 31.792 sobre cobro de patentes municipales*, Contraloría General de la República, 23 de mayo de 2013 y *Dictamen N° 60.341 sobre la potestad disciplinaria de ámbito sanitario*, Contraloría General de la República, 23 de septiembre de 2013.

⁴⁶ CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2013): “*Concepto y Naturaleza de las Sanciones Administrativas en la doctrina y la jurisprudencia chilena*”, En: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 20, N°1 pp.101–102.

invocando el derecho a un procedimiento racional y justo, el cual no está protegido por la acción constitucional.

En resumidas cuentas, si a través de los procedimientos establecidos por el legislador puede protegerse de mejor manera este tipo de vulneraciones, ¿Tendrá algún sentido que las Cortes acojan las peticiones de los particulares a través de acciones que no tienen la finalidad buscada por ellos?

De este modo, es necesario referirse al efecto que producen las sentencias definitivas en el proceso de tutela de derechos fundamentales. Así, la Corte de Apelaciones de Santiago reconoce que se produciría el problema de castigar dos veces por un mismo hecho, siendo que ya habría una sentencia definitiva, a la cual se le estaría otorgando una calidad de cosa juzgada material, contradiciéndose así con lo dicho por anteriores resoluciones y lo que ha dicho parte de la doctrina, la cual sostenía que la naturaleza de la sentencia definitiva emanada de un recurso de protección, al ser un procedimiento de emergencia, carente de un período de prueba y de un principio contradictorio no tendría, por esto mismo, la facultad de discutir el fondo de la cuestión que ha motivado el recurso⁴⁷. Por el contrario, sobre este punto, puede afirmarse que se corrobora la tesis de que esta acción da lugar a un verdadero juicio contradictorio, donde se contesta el recurso, se pide el rechazo, entre otras actuaciones, como también el efecto de cosa juzgada material, pero sólo en casos de condena a la Administración⁴⁸.

2.3. *Derecho a juez natural o interdicción de comisiones especiales*

El tercer derecho fundamental alegado en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales es aquel contenido en el artículo 19 N° 3 inciso 4 de la Constitución, el cual

⁴⁷ RÍOS (2006): p. 117; NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2012): “35 años del Recurso de protección, notas sobre su alcance y regulación normativa”, En: *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Año 10, N°2 p. 622. Véase también “*Ingeniería y Construcción Valmar Limitada con Municipalidad de Talcahuano*”, Corte Suprema (casación en el fondo), 29 de mayo de 2003, En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N°1 de junio de 2003.

⁴⁸ SOTO KLOSS, Eduardo citado en FERRADA BÓRQUEZ (2006). p.156, 160.

establece que “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.”

Por este derecho fundamental la doctrina alemana sostiene que el juez correspondiente venga predeterminado en términos generales y evitar que sea designado *ad-hoc* y *ad personam*. Entonces, el derecho al “juez legal” sería aquel que garantice el derecho a un juez competente en un caso particular para la resolución de un litigio determinado, en base a la legislación que delimite las competencias entre distintos órganos que ejerzan jurisdicción, en el cual se prohíban los tribunales de excepción y los que sean formados en disconformidad con la competencia legal y convocados para la resolución de casos específicos⁴⁹.

Por su parte, la legislación española ha contemplado el “derecho al juez ordinario predeterminado por la ley”, el cual se entiende como “el juez cierto y, por ello, imparcial, no establecido *ad-hoc*, para el caso concreto, lo que haría posible la manipulación de un litigio”⁵⁰. Veamos ahora cuál ha sido su aplicación, el sentido y alcance que les han dado los tribunales superiores de justicia.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de La Serena⁵¹, en un asunto de infracciones relativas a la situación laboral de ciertos trabajadores, decide acoger la acción del protección a favor del empleador sosteniendo que la Inspección del Trabajo no puede valorar, ni ponderar las pruebas, ni mucho menos calificar, ya que son facultades propias de un tribunal, agregó:

“Sexto: (...) que el órgano fiscalizador laboral (...) debe ejercer sus facultades fiscalizadoras y sancionadoras cuando se encuentre frente a infracciones evidentes, claras, precisas y determinadas en relación con las normas laborales a aplicar y, en los demás casos, debe limitarse a constatar situaciones fácticas que indudablemente configuren infracciones a leyes laborales (...).

⁴⁹ BENDA; MAIHOFER; HESSE, et. al (2001): p. 792, 793.

⁵⁰ CÁMARA, Gregorio; LÓPEZ, Juan Fernando; BALAGUER, María Luisa (2008): “*Manual de Derecho Constitucional*”, Coordinador: Francisco Balaguer Callejón, Madrid, editorial Tecnos, p.267.

⁵¹ “*Universidad Católica del Norte con Inspección del Provincial del Trabajo de Coquimbo*”, Corte Apelaciones de la Serena (recurso de protección), 3 de enero de 2011, En: MicroJuris.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt⁵² también ha decidido acoger un recurso de protección, por cuanto en el ejercicio de sus facultades ha procedido a dar sentido y alcance al artículo 22 del Código del Trabajo, relativo a la limitación de jornada ordinaria de trabajo, se había extralimitado respecto de su deber de constatar ilegalidades claras, precisas y determinadas, por lo cual expresó:

“Séptimo: que en efecto, si bien no cabe discusión en cuanto a las atribuciones de que están investidos los Inspectores de la Dirección del Trabajo y su calidad de ministros de fe en relación a los hechos que constatan, habiéndose interpuesto una denuncia al respecto, no es menos cierto que en el derecho público los órganos no tienen más facultades que las que la ley les señale expresamente, y en este orden de ideas, si bien la ley otorga a los recurridos una potestad fiscalizadora ello no puede devenir en una facultad para interpretar cláusulas contractuales expresas, particularmente cuando éstas disponen cuestiones totalmente diversas a las establecidas por la Inspección, pues de admitir dicha posibilidad no podría efectuarse diferencias entre el actuar de la Inspección del Trabajo y un Tribunal de Justicia”.

En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Valparaíso⁵³ decide dar lugar a un recurso de protección, en materia de pago de beneficios acordados libremente entre los trabajadores y el empleador, bajo los siguientes argumentos:

“Quinto: Que como se aprecia del informe evacuado por la recurrida, a su juicio, en la especie ha operado la figura de "la cláusula tácita", lo que emana de la circunstancia acreditada, cual es que dicha asignación se pagó en forma íntegra, de manera continua a lo menos desde el año 2007, conclusión que no cabe duda que requiere un proceso de análisis interpretativo, puesto que si se observan las copias de los contratos de trabajo y anexos correspondientes que rolan de fojas 5 a 38, en sus respectivas cláusulas terceras y cuartas, se consigna el monto del sueldo a pagar por la parte recurrente, añadiéndose además entre otros.. " las asignaciones legales", de

⁵²“*Recaudadora S.A con Inspección Provincial del Trabajo de Puerto Montt*”, Corte de Apelaciones de Puerto Montt (recurso de protección), 13 de agosto de 2012, En: MicroJuris.

⁵³“*Colegio Seminario San Rafael con Inspección Comunal del Trabajo de Viña del Mar*”, Corte de Apelaciones de Valparaíso (recurso de protección), En: MicroJuris.

manera tal que la recurrida para estimar que ha existido la infracción, necesariamente ha debido interpretar que en la especie las partes modificaron tácitamente dichos contratos, esto es que acordaron que siempre durante el feriado se pagaría íntegramente la asignación de movilización, independientemente de que fueran a trabajar o no los empleados.

Sexto: Que de lo expresado fluye que la recurrida se arrogó facultades propias y excluyentes de los tribunales competentes en dicha materia, esto es, de los juzgados del trabajo, específicamente aquellas contenidas en el artículo 420 letra a) de ese cuerpo legal, vulnerando con ello la garantía prevista en el inciso 4º del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ya que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que señale la ley y que se encuentre establecido con anterioridad por esta, lo que no ha sido el caso, ya que la Inspección del Trabajo recurrida asumió en la práctica la función que corresponde a los tribunales al decidir cómo lo hizo, puesto que se está frente a una controversia que requiere ser dilucidada judicialmente, y no ante una infracción objetiva y palmaria.”

Interesante es, por su parte, el criterio sustentado por la Corte Suprema⁵⁴, el cual revocando una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que acogía la comentada acción constitucional, estuvo por revocar la decisión tomada por este tribunal, sosteniendo:

“Primero: Al tenor del artículo 476 del Código del Trabajo y de la propia ley orgánica de la Inspección del trabajo, no puede ponerse en duda sus potestades fiscalizadoras, sin las que pierde su razón de ser.

Segundo: La fiscalización importa la revisión, examen o estudio de una situación externa, que puede, entre otras, estar constituida por una actuación ajena. Como toda revisión, es finalista en cuanto reconoce como *telos* el necesario cotejo de algo dado, con un referente en relación al cual apreciar su conformidad o disconformidad.

⁵⁴ “*Gasco GLP S.A. Con Inspección Comunal Del Trabajo de Quilpue*”, Corte Suprema (recurso de protección), 9 de julio de 2013, En: www.poderjudicial.cl.

Fiscalizar es un verbo transitorio; es conducente a criticar, es decir, a apreciar, con miras a aprobar o censurar, acreditar o desacreditar.

Sexto: (...) La apreciación de los hechos, necesaria para tomar la decisión sancionatoria, esto es, si son de la entidad suficiente para llevar a adoptar la determinación respectiva, si bien queda dentro de la esfera propia de las facultades de la autoridad administrativa, no está exenta de la revisión jurisdiccional, que frente al reclamo de particulares, ha de examinar si se está en presencia de una desproporción grave, manifiesta y evidente o ante un error de apreciación o calificación jurídica que la impela a rectificar.”

2.3.1. Comentario (o “Claras, precisas y determinadas”)

Las citadas sentencias ameritan ciertas observaciones, no obstante, es necesario sostener que el tema es controvertido: la interpretación que se hace de este derecho fundamental es variado; y así, si bien podemos ver una interpretación amplísima de este derecho en las sentencias recién transcritas, no es menos cierto que también hay sentencias en contrario⁵⁵, y más aún, resoluciones que niegan que el recurso de protección pueda ser utilizado como un mero recurso jurisdiccional para impugnar resoluciones de órganos administrativos⁵⁶.

Ahora bien, fuera de los casos anteriormente señalados, las Cortes suelen confundir las facultades jurisdiccionales con las facultades resolutivas, cuando la primera, según Montero Aroca⁵⁷, “es la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida por tribunales independientes, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado”, la actuación del derecho objetivo sólo se realizaría por la Jurisdicción

⁵⁵ “*Constructora Cerro Nevado S.A con Inspección Provincial del Trabajo de Antofagasta*”, Corte de Apelaciones de Antofagasta (recurso de protección), 31 de agosto de 2011, En: MicroJuris. E incluso de la misma Corte Suprema en sentido contrario al anteriormente expuesto; “*Tricard S.A con Inspección Provincial del Trabajo de Petorca*”, Corte Suprema (recurso de protección), 27 de agosto de 2012, En: MicroJuris.

⁵⁶ “*ISS Servicios de Limpieza Mecanizada S.A con Inspección Comunal del Trabajo Santiago-Norte*”, Corte de Apelaciones de Santiago (Recurso de Protección), 7 de marzo de 2013, En: MicroJuris.

⁵⁷ MONTERO AROCA, Juan y ORTELLS RAMOS, Manuel (1987): “*Derecho Jurisdiccional: Parte General*”, Barcelona, Bosch, p.154.

ante el ejercicio de pretensiones y resistencias. Por su lado, la Administración no tendría esta característica de irrevocabilidad y no actuaría con desinterés objetivo. En este orden de ideas y en términos generales, la actuación de oficio, la aplicación del derecho para la consecución de los intereses generales y el juzgamiento de la propia actividad serían claves para delimitar las diferencias entre la administración y la jurisdicción⁵⁸.

A mayor abundamiento, la actuación de oficio y el control jurisdiccional de las decisiones de los órganos de la administración del Estado toma variadas formas. Sólo por nombrar algunos ejemplos, bien podemos verlo con la Dirección del Trabajo, la cual puede dar sentido y alcance a la normativa del trabajo, de oficio o a petición de parte; la Inspección del Trabajo puede actuar de oficio y aún fuera de su territorio jurisdiccional⁵⁹ al momento de fiscalizar la correcta aplicación de la legislación laboral. En materias de elaboración producción y comercialización de alcoholes etílicos y otros, el director ejecutivo del SAG, su delegado o quien estuviere designado para tramitar una denuncia a la respectiva ley podrá practicar de oficio las investigaciones tendientes a acreditar la ocurrencia de los hechos denunciados, no obstante sus sanciones pueden ser reclamadas judicialmente⁶⁰. En otro orden de ideas, el mismo Consejo para la Transparencia ha actuado de oficio, pronunciándose más allá de lo solicitado por las partes en asuntos de

⁵⁸ BORDALÍ Andrés y FERRADA, Juan Carlos (2008): *“Las facultades juzgadoras de la administración: una involución en relación al principio clásico de la división de poderes”*, En: *“Estudios de justicia administrativa”*, Santiago, LexisNexis, pp.76, 77.

⁵⁹ Claro está, esto nos tendría que llevar a hacer la siguiente precisión: el artículo 27 de la ley que otorga facultades a la Dirección e Inspección del Trabajo habla de “jurisdicción”, esto entonces, no debe ser entendido como lo señalaba Montero Aroca, sino que en el sentido de referirse al “territorio donde ejerce sus facultades”.

⁶⁰ Chile, *Ley N° 18.455 que fija normas sobre producción elaboración y comercialización de alcoholes etílicos, bebidas alcohólicas y vinagres, y deroga libro I de la Ley N° 17.105*, Diario Oficial, 17 de febrero de 2009. Artículo 59: “Recibida una denuncia, el Director Ejecutivo, su delegado o el funcionario que hubiere sido designado para tramitarla, citará al presunto infractor, así como al denunciante, y examinará separadamente a los testigos y demás medios probatorios que se le presenten, levantando acta de lo obrado y practicará oficiosamente las investigaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

Artículo 63.- De las sanciones aplicadas por el Director Ejecutivo, podrá reclamarse ante el Juez de Letras en lo Civil del lugar en que se cometió la infracción, dentro de los 15 días hábiles siguientes a su notificación. Las reclamaciones se tramitarán en forma breve y sumaria, y contra la resolución que las falle no procederá recurso alguno.”

transparencia activa⁶¹; las resoluciones que denieguen el acceso a la información también son reclamables judicialmente⁶².

Otro punto que merece algunos comentarios es la declaración que hacen las Cortes cada vez que afirman que la Inspección del Trabajo por la cual deben constatar solamente las infracciones “claras, precisas y determinadas” y no pudiendo así valorar, ponderar o calificar las pruebas. Pues bien, curiosa interpretación restrictiva que hacen las Cortes, ya que, en tanto actos administrativos, éstos deben ser motivados. Según, García de Enterría⁶³, los actos administrativos deben cumplir con determinadas exigencias para surgir con plena validez a la vida del derecho, entre ellos se cuenta el motivo y la motivación; por aquel se entiende el hacer público, mediante una declaración formal, los antecedentes de hecho y el derecho en función del cual ha determinado sus actos. Por motivación se entiende la expresión racional del juicio de las resoluciones que implican un gravamen para el destinatario o una denegación de sus instancias, además de ser la motivación un medio de control técnico de control de la causa del acto, debiendo dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado una decisión. Incluso se ha llegado a ver –razonablemente– una relación estrecha entre el principio de legalidad, que exige que la conducta sancionable esté previamente tipificada legalmente (aclarando desde ya que este principio se ve atenuado en materia sancionadora) y la motivación, por la cual se exige la explicitación del precepto legal al amparo del cual se impone la sanción⁶⁴.

En ese sentido, no resulta conveniente sostener que, en materia sancionatoria de la administración del Estado, los particulares sean titulares de las garantías del procedimiento racional (non bis in idem) y justo y, por otra parte, se niegue toda facultad de valorar y ponderar

⁶¹ Véase “Rodríguez, Hernán y otros con Universidad Tecnológica Metropolitana”, Consejo para la Transparencia (transparencia activa), En: www.consejotransparencia.cl.

⁶² Chile, *Ley 20.285 sobre acceso a la información pública*, Diario Oficial, 20 de agosto de 2008. Artículo 28: “En contra de la resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información, procederá el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante”.

⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2011): *Curso de Derecho Administrativo: Tomo I*, Madrid, Thomson Reuters/Civitas, pp. 580,581, 590, 591.

⁶⁴ DE FUENTES; CANCER; ARTEAGABEITÍA, et. al. (2009): p. 526.

las pruebas por parte del órgano sancionador, siendo que el derecho a la prueba es parte del debido proceso y que ella deba ser proporcionada al órgano, fiscalizar para efectos de constatar, ponderar y posteriormente aplicar fundadamente el derecho, incluso cuando ya se ha reconocido este derecho a los particulares en los procedimientos administrativos y la facultad de ponderar las pruebas a los órganos de la administración del Estado⁶⁵. En consecuencia, la prohibición que se impone a la Inspección del Trabajo sobre valorar o ponderar las pruebas supondría impedir la incorporación de ellas al acto administrativo que contiene la sanción, por cuanto no permitiría dejar constancia del hecho (o de varios de ellos) en que se puede fundar una determinada medida, no haciendo parte estos hechos a los motivos de las resoluciones que aplican una multa. Por su parte, el privar al ente fiscalizador laboral de sus facultades interpretativas, también supondría un problema: si la Inspección del Trabajo sólo puede actuar en aquellos casos de infracciones claras, precisas y determinadas, al momento se presentarse éstas, el órgano en cuestión tendría que recurrir a una labor racional para distinguir entre infracciones en las que puede o no actuar, y al hacerlo, estaría haciendo una labor interpretativa, al dar sentido y alcance a las voces “claras, precisas y determinadas”, lo que le estaría vedado por ser, precisamente, facultades que están encomendadas únicamente a los tribunales de justicia.

Por lo demás, a la luz del DFL N°2 de 1967 y el Código del Trabajo, no sería razonable sostener que la Inspección del Trabajo debe actuar sólo cuando esté en presencia de una falta clara, precisa y determinante. Primeramente porque la ley no hace mención alguna a la entidad o gravedad de la falta en cuestión, así como también debemos tener en cuenta las facultades que hemos mencionado en el capítulo II de este artículo. En otras palabras, carecería de sentido el hecho de que la ley le otorgue la facultad de actuar fuera de su territorio de competencia, e incluso en horas en que gran parte de los servicios públicos no están funcionando, solamente para constatar (y no interpretar además) faltas “claras, precisas y determinadas”.

⁶⁵ Chile, *Dictamen N° 40.197, sobre la legalidad del procedimiento administrativo de subvenciones y la proporcionalidad de la multa impuesta*, Contraloría General de la República, de 26 de noviembre de 2013, En: www.contraloria.cl

Sin embargo, podría sostenerse que el artículo 505 del Código del Trabajo hace referencia solamente a la interpretación de la legislación laboral, y no a los contratos de trabajo celebrados entre los empleadores y los trabajadores. No obstante, tenemos que recordar una vez más que el artículo 1º del DFL en comento también faculta a la Dirección del Trabajo (a través de la Inspección del Trabajo) a fiscalizar la aplicación de la legislación laboral, y en ciertos casos no puede hacerlo sino interpretando los contratos de trabajo, que es donde finalmente el legislador quiere ver plasmada su voluntad de protección al trabajador. En fin, no tenemos que olvidar que en los contratos dirigidos o normados (como lo son los contratos de trabajo), el legislador fija el contenido contractual mínimo o máximo de la relación laboral, con el objeto de superar la desigualdad entre las partes contratantes⁶⁶, por cuanto el no atenuar la autonomía de la voluntad en tal contexto de desigualdad daría como resultado dejar a uno de los contratantes a merced del otro⁶⁷, por lo que en este tipo de casos, razonable es que un órgano fiscalizador de la administración que vele por el interés de la comunidad, se encargue, precisamente, de la correcta aplicación de la legislación que protege a la parte más débil en una relación laboral.

IV. CONCLUSIONES

La Inspección del Trabajo es un órgano de la administración que, en términos generales, vela por la correcta aplicación de la legislación laboral. Cuenta para ello con facultades que por lo general otros servicios públicos (e incluso tribunales) no poseen. Cada vez que un particular no cumple con dicha legislación, la Inspección se ve en el deber de aplicar una sanción, la cual llevará la forma de un acto administrativo, cuyo procedimiento y aplicación, en tanto manifestación del *ius puniendi* estatal, deben regirse por principios que también son propios del derecho penal y procesal penal.

⁶⁶ LIZAMA PORTAL (2003): p. 20.

⁶⁷ BLASCO PELLICER, Angel (1995): “*La individualización de las relaciones laborales*”, Madrid, editorial CES, p.45.

A su vez, la actual Constitución considera una acción eficaz casi sin comparación alguna en nuestro ordenamiento jurídico conocida con el nombre de “Recurso de Protección”, la cual tiene por objeto el restablecer el imperio del derecho en aquellos casos donde ha habido vulneración a determinados derechos fundamentales. En la práctica, esta acción ha reemplazado en una no despreciable medida al procedimiento contencioso administrativo que se lleva a cabo en los juzgados de letras del trabajo, debido a la fácil configuración de los derechos fundamentales protegidos como causales de procedencia del recurso de protección, producto de su indeterminación.

Es así como las Cortes, por lo general, hacen una interpretación amplísima de los derechos fundamentales vulnerados y esgrimidos por los particulares; en casos donde se sostiene una vulneración a la igualdad ante la ley, se argumentan como un problema de legalidad, cuando en realidad son casos de interpretaciones contradictorias por parte de órganos llamados a realizar aquella tarea, produciéndose así un problema de competencia entre dos entes estatales de jerarquía constitucional (Poder Judicial y Contraloría General de la República). En otros casos, sosteniéndose una vulneración al derecho de propiedad, las Cortes han llegado a acoger recursos de protección sustentados en el derecho al debido proceso, a través del principio de non bis in idem, el cual en estricto rigor no se encuentra protegido por la acción constitucional. En lo que respecta a la interdicción de comisiones especiales, las Cortes han hecho una interpretación amplísima, llegando a confundir potestades jurisdiccionales con facultades resolutivas, restringiendo, de esta forma, considerablemente las facultades de la Inspección del Trabajo.

Quizás, para palear esta delicada situación sea necesario disminuir los incentivos en lo que respecta a la utilización de este medio para impugnar las sanciones impartidas por la Inspección del Trabajo (exámenes de admisibilidad más rigurosos, condena en costas cuando proceda, entre otras), así como aumentar los incentivos respecto de los procedimientos legales destinados para la impugnación de dichos actos administrativos, ya que, después de todo, son los

trabajadores y sus derechos los que se ven directamente perjudicados por este tipo de estrategias procesales llevadas a cabo por sus empleadores.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; HESSE, Conrad (2001): “*Manual de Derecho Constitucional*”, traducción de Antonio López Pina, Madrid: Marcial Pons.

___BERMÚDEZ, Jorge (2013): “*Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental*”, En: *Revista de Derecho*, 1er semestre, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

___BLASCO PELLICER, Angel (1995): “*La individualización de las relaciones laborales*”, Madrid, Editorial CES.

___BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2006): “*El recurso de protección entre exigencias de urgencias y seguridad jurídicas*”, En: *Revista de Derecho*, volumen XIX, N°2.

___BORDALÍ Andrés y FERRADA, Juan Carlos (2008): “*Las facultades juzgadoras de la administración: una involución en relación al principio clásico de la división de poderes*”, En: “*Estudios de justicia administrativa*”, Santiago, LexisNexis.

___CÁMARA, Gregorio; LÓPEZ, Juan Fernando; BALAGUER, María Luisa (2008): “*Manual de Derecho Constitucional*”, Coordinador: Francisco Balaguer Callejón, Madrid, Editorial Tecnos.

___CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2013): “*Concepto y Naturaleza de las Sanciones Administrativas en la doctrina y la jurisprudencia chilena*”, En: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 20, N°1.

___DE FUENTES, Joaquín; CANCER, Pilar; ARTEAGABEITÍA, Idoya et. al. (2009): “*Manual de Derecho Administrativo Sancionador*”, Coordinador Ignacio Pereña Pinedo, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi.

___DÍAZ GARCÍA, Ivan (2012) “*Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, Iusfundamentalidad y consecuencias*”, En: *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 18, n°2.

___EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio y POBLETE ORTÚZAR, Domingo (2012): “*Efectos que produce la declaración de contrariedad a Derecho de un acto administrativo por parte de la Contraloría General de la República*”, En: *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional*, Unidad de Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República.

___FERMANDOIS, Arturo (2010): “*Derecho Constitucional Económico*”, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

___FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2006): “*El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo*”, En: *La Justicia Administrativa*, Santiago, Lexis Nexis.

___GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2011): “*Curso de Derecho Administrativo: Tomo I*”, Madrid, Thomson Reuters/Civitas.

___GÓMEZ BERNALES, Gastón (2005): “*Derecho Fundamentales y Recurso de Protección*”, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales.

___LIZAMA PORTAL, Luís (2003): “*Derecho del Trabajo*”, Santiago, LexisNexis.

___MOLINA GUAITA, Hernán (2006): “*Derecho Constitucional*”, Concepción, LexisNexis.

___MONTERO AROCA, Juan y ORTELLS RAMOS, Manuel (1987): “*Derecho Jurisdiccional: Parte General*”, Barcelona, Librería Bosch.

___NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2012): “*35 años del Recurso de protección, notas sobre su alcance y regulación normativa*”, En: *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Año 10, N°2.

___PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006): “*Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

___RÍOS, Lautaro (2006): “*La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno*” en: *Estudios Constitucionales*”, Universidad de Talca, año 4º, N°2.

___TÓRTORA ARAVENA, Hugo (2010): “*Las limitaciones a los derechos fundamentales*”, En: *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 8, N° 2.

LEGISLACIÓN UTILIZADA

Chile, *Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 21 de 2013 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del código civil y otros cuerpos legales*, Diario oficial, 30 de mayo de 2000.

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

Chile, *Decreto con Fuerza de Ley que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo*, Diario oficial, 16 de enero 2003.

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

Chile, *Ley 20.285 sobre acceso a la información pública*, Diario Oficial, 20 de agosto de 2008.

Chile, *Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1967 que dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo*, Diario Oficial, 29 de septiembre de 1967.

Chile, *Ley N° 18.455 que fija normas sobre producción elaboración y comercialización de alcoholes etílicos, bebidas alcohólicas y vinagres, y deroga libro I de la Ley N° 17.105*, Diario Oficial, 17 de febrero de 2009.

Chile, *Dictamen N° 64.985, Sobre legalidad de acta de constancia de Inspección del Trabajo y cómputo del plazo para impugnar multas administrativas*, Contraloría General de la República, 20 de noviembre de 2009.

Chile, *Dictamen N°31.792 sobre cobro de patentes municipales*, Contraloría General de la República, 23 de mayo de 2013.

Chile, *Dictamen N°60.341 sobre la potestad disciplinaria de ámbito sanitario*, Contraloría General de la República, 23 de septiembre de 2013.

Chile, *Dictamen N°40.197, Sobre la legalidad del procedimiento administrativo de subvenciones y la proporcionalidad de la multa impuesta*, Contraloría General de la República, 26 de noviembre de 2013.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA (JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA)

“*Ingeniería y Construcción Valmar Limitada con Municipalidad de Talcahuano*”, Rol N° 3084-01, Corte Suprema (casación en el fondo), 29 de mayo de 2003, En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, N°1 de junio de 2003.

“*Ingeniería Software Valparaíso LTDA con Inspección Provincial del Trabajo de Valparaíso*”, Rol N° 426-2009, Corte Apelaciones de Valparaíso (recurso de protección), 7 de octubre de 2009, En: Microjuris.

“*Gallegos, Rojas y otros con Universidad Católica de Temuco*”, Corte Suprema (recurso de protección), Rol N° 3797 de 2010, 22 de julio de 2010 En: Vlex

“*Universidad Católica del Norte con Inspección del Provincial del Trabajo de Coquimbo*”, Rol N° 945-10, Corte Apelaciones de la Serena (recurso de protección), 3 de enero de 2011, En: MicroJuris.

“*Monroy, Teorinda con Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de Concepción*”, Rol N° 100-2011, Corte Suprema (Recurso de Protección), 31 de marzo de 2011 En: Vlex

“*Constructora Cerro Nevado S.A con Inspección Provincial del Trabajo de Antofagasta*”, Rol N° 432-2011, Corte de Apelaciones de Antofagasta (recurso de protección), 31 de agosto de 2011, En: MicroJuris.

“*TNS Chile S.A con Inspección Comunal de Santiago Norte*”, Rol N° 5120-2011, Corte de Apelaciones de Santiago (recurso de protección), 14 de septiembre de 2011, En: MicroJuris.

“*Pereira Muñoz Germán con Servicio Nacional de Menores*”, Rol N° 7615-2011, Corte Suprema (recurso de protección) 5 de octubre de 2011, En: Vlex.

“*Baeza Paredes, Carolina con Director Nacional de Gendarmería*”, Rol N° 8975-2011, Corte Suprema (recurso de protección) 7 de octubre de 2011

“*Aravena, Victo Hugo con Universidad de los Lagos*”, Rol N° 7667-2011, Corte Suprema (recurso de protección) 16 de noviembre 2011, En: Vlex.

“*Colegio Seminario San Rafael con Inspección Comunal del Trabajo de Viña del Mar*”, Rol N° 1360-2012, Corte de Apelaciones de Valparaíso (recurso de protección), 31 de enero de 2012, En: MicroJuris.

“*ISS Servicios de Limpieza Mecanizada S.A con Inspección Comunal del Trabajo Santiago-Norte*”, Rol N° 38496-2012, Corte de Apelaciones de Santiago (Recurso de Protección), 7 de marzo de 2013, En: MicroJuris.

“*Recaudadora S.A con Inspección Provincial del Trabajo de Puerto Montt*”, Rol N° 153-12, Corte de Apelaciones de Puerto Montt (recurso de protección), 13 de agosto de 2012, En: MicroJuris.

“*Tricard S.A con Inspección Provincial del Trabajo de Petorca*”, Rol N° 2796-2012, Corte Suprema (recurso de protección), 27 de agosto de 2012, En: MicroJuris.

“*Farmacias Cruz Verde S.A con Inspección Comunal del Trabajo Victoria*, Rol N° 2307-2012, Corte de Apelaciones de Temuco (recurso de protección), de 15 febrero 2013, En: MicroJuris.

“*Transportes Terrestres Mena Limitada con Inspección Provincial del Trabajo de Concepción*, Rol N° 191- 2013, Corte de Apelaciones de Concepción (recurso de protección), 28 de Marzo de 2013, En: MicroJuris.

“*Empresa Villalobos Limitada con Inspección Comunal del Trabajo de Ancud*”, Rol N° 1333-13, Corte Suprema (recurso de protección), 29 de abril de 2013, En: Microjuris.

“*Farmacias Cruz Verde S.A con Inspección Provincial del Trabajo de Valparaíso*, Rol N° 913 – 2013, Corte Suprema (recurso de protección), 7 de Mayo de 2013, En: Vlex.

“*Agrícola Perquilauquén Limitada con Inspección Provincial del Trabajo de Chillán*”, Rol N° 90-2013, Corte de Apelaciones de Chillán (recurso de protección), 30 de mayo de 2013, En: Vlex.

”*Gasco GLP S.A. Con Inspección Comunal Del Trabajo de Quilpue*”, Rol N° 4510-2013, Corte Suprema (recurso de protección), 9 de julio de 2013, En: www.poderjudicial.cl.

“*Ingeniería y Maquinarias Real S.A con Inspección Provincial del Trabajo de la Serena*, Rol N° 730-2013, Corte de Apelaciones de La Serena (recurso de protección), 21 de agosto de 2013, En: Vlex.

“*Rodríguez, Hernán y otros con Universidad Tecnológica Metropolitana*”, Roles C760-10 hasta C779-10, Consejo para la Transparencia (transparencia activa), En: www.consejoparalatransparencia.cl

APUNTES SOBRE LA REGULACIÓN ECONÓMICA DEL MATRIMONIO EN LOS
ORDENAMIENTOS ANTIGUOS HISPÁNICOS Y SU VINCULACIÓN CON NUESTRO
ACTUAL SISTEMA

*Ricardo Andrés Loyola Loyola**

RESUMEN: *El presente trabajo aborda de manera general un aspecto que se ha tenido muy poco en cuenta por el análisis histórico del cuerpo legal redactado por Andrés Bello, se trata de la pervivencia aún de instituciones o normas hispánico medievales que regulan una materia que creemos adelantada, cual es, los efectos económicos o patrimoniales del matrimonio. En un análisis breve y somero de la legislación peninsular, se da cuenta que en diversos pasajes que se repiten casi al pie de la letra en nuestra actual legislación, dando cuenta que la raigambre de instituciones que nos gobernó por casi trescientos años aún se mantiene incólume, pese a la independencia de nuestros gobiernos.*

ABSTRACT: *This paper deals with an aspect of the legal body written by Andrés Bello that has been poorly analyzed: the survival of institutions or medieval Hispanic rules governing a matter which we believe is advanced, the economic or financial effects of marriage.*

In a brief and cursory analysis of Hispanic law, the study realizes that several passages are repeated almost verbatim in our current legislation, realizing that the roots of the institutions that ruled us for almost three hundred years still remain intact despite the independence of our governments.

Palabras Claves: *Matrimonio – Castilla – Andrés Bello – Código Civil – Siete Partidas – Visigodo – Edad Media*

Keywords: *Marriage - Castilla - Andrés Bello - Civil Code - SevenGames - Visigoth – MiddleAges*

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso. Presidente de la Sociedad de Historia y Geografía de la Provincia de Marga-Marga, Email: ricardo.loyolal@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

Indagar los antiguos registros jurídicos que regularon las relaciones sociales de los individuos, que antes de nosotros habitaron el continente americano, no resulta para nada un esfuerzo simple ni mucho menos inútil y sin sentido, es necesario su análisis para comprender lo que nuestro legislador nos quiso decir en las redacciones de las normas, que en el caso del Derecho Civil, resulta ser el cuerpo más significativo el Código Civil, el cual fue redactado durante la primera década del siglo XIX, teniendo muy presente aún, en cicatrices no cerradas, el período de independencia, lo cual hacía que se mantuvieran con vida las medievales reglas del derecho Castellano.

En cuanto al matrimonio, el ilustre legislador civil tomó como ejes orientadores la normativa proveniente en su mayoría de la Novísima Recopilación de Leyes de España, así como las opiniones de importantes glosadores de los textos hispánicos, todo esto con el fin de regular las consecuencias económicas del referido vínculo, especialmente lo que dice relación con la sociedad que se forma entre los consortes de manera general al efectuar el contrato. En sus efectos personales, Bello siguió muy de cerca la doctrina de la Iglesia Católica imperante en aquel tiempo en el país y la única oficial, así como adecuaciones e invenciones propias o extraídas del Código Civil Prusiano. Lo que nos interesa en este momento es el primer aspecto, o sea lo que se ha llamado por los autores y en las cátedras, como efectos económicos del matrimonio especialmente averiguar los orígenes en la legislación hispánica, del régimen común de bienes entre los cónyuges, la sociedad conyugal.

Los orígenes de esta institución según las palabras de Olea Álvarez, deben rastrearse en tiempos cristianos y no buscarse entre romanos y griegos quienes no conocieron ni concibieron la idea de un patrimonio común entre el hombre y la mujer, tampoco se trataría de una creación de derecho bárbaro, muy por el contrario sería una consecuencia de la concepción cristiana de la persona y del matrimonio, derivada también de la concepción cristiana de la mujer y de la subrayada igualdad esencial entre hombre y mujer, así como de la idea cristiana de profundidad e indisolubilidad de la unión matrimonial, tan total y plena que da origen casi a una nueva

persona¹. Con esta filosofía y cargada de un espíritu evangelizador católico, la institución recogida por las antiguas legislaciones hispánicas, calzó perfecto en una sociedad republicana en ciernes, donde su primer mandatario en cuanto a los designios espirituales era la autoridad Romana en la figura del Papa, príncipe y rey de la Madre Iglesia Católica Apostólica y Romana, única existente en Chile y mandada a respetar desde el nivel constitucional, como lo establece el artículo 5 de la Carta Fundamental de 1833.

Andrés Bello en su labor de crear un nuevo cuerpo civil, se tropezó con el hecho que crear de la nada seguidilla de reglas extrañas, no lograrían la coercitividad de la ciudadanía, la cual se habían acostumbrado a vivir con las reglas peninsulares ya tantos años, es así que por ejemplo se establece el sistema de comunidad en el nuevo código que se encontraba redactando, calzando con esto la definición del contrato de matrimonio que estableció en el primitivo artículo 115 del Proyecto de Código Civil. Se hacía cargo entonces, de aunar los principios doctrinales de la fe Católica con la tradición jurídica hispánica, el primer aspecto queda claramente establecido en el antiguo texto del artículo 1118 del mismo Proyecto, el cual declara que *“La lei civil reconoce como impedimentos para el matrimonio los que han sido declarados tales por la Iglesia Católica; i toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre su existencia i conceder dispensa de ellos”*. El autor, Andrés Bello, explicaba sobre el mismo artículo su redacción y la cercanía que con este hacía con los principios de la Iglesia, exponía: *“Muchos encontrarán aquí un vacío; i querrían que se expusieren a la larga los impedimentos para contraer matrimonio. Pero ¿a qué poner como leyes las que no dirijirian a la autoridad eclesiástica, única competente en materia de matrimonios? Esta autoridad se rejiria siempre por las disposiciones del Derecho Canónico; i el texto del Código Civil seria para ella una letra muerta. No nos hallamos en el caso de rechazar la disposición del Concilio Tridentino: Si quisdixerit causas matrimoniales non spectare ad iudiceseclesiasticos, anathemasit. En este orden de cosas, la lei civil no puede ménos de estar al juicio de la autoridad eclesiástica, sobre la validez del matrimonio. Todo lo que puede hacer el poder temporal es reprobare i sujetar a una pena el matrimonio permitido por la*

¹ OLEA ÁLVAREZ, Vicente (1996): *“Evolución histórica y análisis crítico de la sociedad conyugal de bienes en el Código Civil Chileno: Examen de las fuentes españolas y francesas del Código Civil Chileno: La síntesis de Andrés Bello y otros colegisladores”*, Santiago, Memoria de prueba, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica, Editorial Jurídica de Chile, p. 306.

autoridad eclesiástica, o negar a ese matrimonio los efectos civiles, cuando lo crea de perniciosas consecuencias para la moral doméstica”².

Es claro, entonces, que pese a las modificaciones que tuvo en el Congreso Nacional, nuestro Código Civil sigue la línea marcada por el catolicismo y a la vez por los textos españoles coloniales, que también tenían ese cariz, debido a los convenios que habían establecido los reinos de Castilla y luego los de la unificación, con la Santa Sede. Por esto último y sin entrar en el análisis del Derecho Canónico, debemos centrar nuestros esfuerzos en indagar las fuentes del derecho castellano para adentrarnos a conocer cómo fue que la regulación económica del matrimonio en Chile, fue mantenida desde los dictámenes de las normas peninsulares y a la vez perviven en la actualidad algunos pasajes casi exactos de aquellos anquilosados textos medievales.

II. BREVES NOTAS SOBRE LA LEGISLACIÓN VISIGODA Y LA REGULACIÓN ECONÓMICA DEL MATRIMONIO

La evolución de la sociedad asentada en la península hispánica, tras la invasión bárbara del siglo V luego del nacimiento de Jesucristo, fue rápida en el sentido de generar una serie de instrumentos o conjuntos de leyes en formas de recopilaciones que guiaron el actuar de las personas en distintos reinos de manera limitada o local. La península se había incorporado ya en el siglo IV de la era cristiana al dominio de Roma, bajo el imperio de Augusto, sin embargo al poco tiempo y tal como ocurrió en todas las regiones de la Europa occidental, cayó en manos de los bárbaros del norte, conmoviendo las bases de toda una sociedad, la civilización en general y la vida entera de los pueblos de la Europa de aquel entonces.

El Imperio Romano caía en manos de las hordas de la Germania y de la Escitia que salvaron las barreras del Rin y el Danubio, destruyendo y cambiando radicalmente la herencia de Trajano, Constantino y Teodosio, a estas tribus se unieron los Cimbrós y los Sármatas que

² BELLO, Andrés (1932): “*Obras Completas*”, Tomo IV, Proyecto de Código Civil, Segundo Tomo, Editorial Nascimento, p. 52 y 53.

llegaron a Rodano, Arno, Bétis y Garona. En España por su parte, ocuparon sus tierras, primero los Vándalos, Suevos y Alanos que ocuparon Lusitania, Bética y Galicia respectivamente, mientras que la zona central y oriental de la península quedaba aún sujeta a la antigua dominación romana; una cuarta oleada de bárbaros apareció trasponiendo los Pirineos y se estableció definitivamente cambiando radicalmente las tradiciones y costumbres de los hispánicos, eran estos los godos.

Este último pueblo representa un importante papel en la agonía y ruina final del Imperio Romano, sin embargo y pese a lo tradicional de los comentarios históricos que circulan en libros y enciclopedias, no se trataba de un pueblo germánico como los francos, suevos y sajones, por el contrario eran un pueblo oriental como los escitas y los hunos, los que se encontraban divididos en dos grandes tribus separadas por el Dnieper (río que fluye a través de Rusia , Bielorrusia y Ucrania desembocando en el Mar Negro y que en la antigüedad era llamado Borysthenes³), los ostrogodos y los visigodos, ubicados al oriente y al poniente respectivamente, los primero más cercanos al orbe romana y los segundos más bárbaros con otras costumbres y tradiciones⁴. Son los últimos los que mayormente asientan su dominio sobre la península hispánica, los cuales en un comienzo se bastaron para su orden social, de las tradiciones y costumbres que venían arraigadas con ellos desde las tierras de las que se despegaron para conquista el Imperio, sin embargo ya diseminados en este se vieron en la necesidad de darse su propio ordenamiento escrito, a la par que su desarrollo jurídico se iba notando y haciendo patente con conceptos claros de propiedad sobre la tierra , un estado primitivo y una necesaria administración de justicia para resolver sus conflictos, sin embargo la forma de producción legislativa que acuñaron fue bastante especial. El primer legislador que reconoce la historia fue el rey Eurico, quien diseñó un sistema jurídico sólo para los godos, dejando fuera a galos y españoles quienes seguían rigiéndose por las

³ Herodoto en *Historias* Tomo IV, Editorial Les Belles Lettres, Paris, Francia, 1964 señala: “El Borysthenes, es el segundo río más grande de los escitas, es, en mi opinión, el más valioso y productivo no sólo de los ríos en esta parte del mundo, sino que en ningún otro lugar, con la única excepción del río Nilo... Este proporciona los mejores pastos y los más abundantes, por mucho, es la fuente más rica de los mejores tipos de peces y la más excelente agua para beber –sus aguas son claras y brillantes... las mejores cosechas crecen en cualquier lugar a lo largo de sus orillas, y donde el grano no se siembra la hierba es la más hermosa del mundo”.

⁴ Los Códigos españoles Concordados y Anotados (1847): Tomo Primero, Madrid, p. VII.

leyes romanas heredadas del Imperio, la legislación de Eurico no cambió los sistemas personales que fueron propios y trajeron consigo aquellas invasiones bárbaras, lo mismo ocurrió luego en las Galias y en toda España, existían así, dos naciones, cada cual con sus leyes, sus tribunales, su derecho y su justicia particular. La legislación romana que imperaba sobre los no godos en la península, solamente fue recogida años más tarde en lo que se conoció como el Breviario de Alarico, quien compiló una serie de leyes antiguas para el uso de galos y españoles, la cual recogía por redacción probable del Conde Goyarico, las institutas de Gayo, novelas y leyes últimas de los emperadores de las postrimerías del Imperio.

Todos estos intentos de legislación producidos a finales del siglo IV de la era cristiana, sin embargo, no consultaban en ninguno de sus pasajes directrices o lineamientos de la Iglesia Católica, muy por el contrario los godos se apartaron bastante del dogma de fe de ella e incluso prohibieron cualquier intervención de este con su propia creencia, impidiendo los matrimonios entre los godos y los que no profesaren su doctrina de fe arriana como se denominaba. No será hasta el reinado de Recaredo en el año 589, cuando este rey convoca por su propia voluntad el III Concilio de Toledo, donde se abjura finalmente contra el arrianismo y se toma como religión universal la Católica, desde aquel entonces la producción legislativa y la orientación política de los diversos reinos y luego el estado español, se guiara por las máximas de fe de esta iglesia.

En resumen, la legislación visigoda en la península partió como una suma de costumbres y tradiciones que provenían de sus antiguos asentamientos, que luego se permeó con la legislación romana de la cual se copiaron algunos pasajes o se acomodaron algunos para hacerlos calzar con la realidad propia de la población. Más adelante las leyes fueron dictadas por sus propios monarcas en compañía de sus cortes, para decantar finalmente en el gran código, El Libro de los Jueces, que se origina del inmenso caudal de los cánones civiles que se vierten tras el Concilio de Toledo llamado por Recaredo a fines del siglo VI.

El Libro de los Jueces, el primer gran código de la península, en la materia que nos convoca, los efectos patrimoniales o económicos del matrimonio, no nos ofrece una gran ayuda, quizás la poca expertiz de los primeros legisladores o la simple interferencia de la Iglesia Católica

que pasa a regular estos aspectos a través de sus dogmas, deja a fuera esta materia del ordenamiento. El referido cuerpo legal, trata en su libro tercero sobre el “casamiento y la filiación”, este se compone de seis títulos que tratan del ordenamiento de las bodas, de las bodas que no son hechas de forma legal, de las mujeres libres que se llevan por fuerza, de los adulterios y de los fornicadores, de los adulterios contra natura y de los religiosos y los sodomitas, y en fin de los divorcios de los casados y de los desposados. No nos debe mover a pensar que en el divorcio se regule de alguna manera algún régimen de repartición de bienes o algún aspecto económico del matrimonio complejo, muy por el contrario es este un título muy breve y que solo advierte consecuencias generales del divorcio, quizás lo más destacado es la frase que declara que si el marido deja a la mujer deberá a la mujer entregar las arras que él le diera y si alguna cosa le hubiese tomado o arrendado a su mujer debe entregárselo a ella igualmente⁵. Simplemente son normas de justa conciencia en un proceso de separación.

Dispone este título, como un dato curioso, que la única causal para decretarlo es el adulterio y permite entrar en el estado eclesiástico a los que por ese motivo se divorcian.

III. EFECTOS ECONÓMICOS DEL MATRIMONIO EN EL FUERO VIEJO DE CASTILLA

Avanzado el tiempo y ya decantada la monarquía visigoda en la península hispánica, en el siglo XIII se dicta el llamado Fuero Viejo de Castilla, cual es el código de la nobleza española de la Edad Media, cuyo objeto es consignar en sus leyes la constitución de aquella orgullosa y potente aristocracia, a quien en medio de sus revueltas y disturbios y de sus exageradas y exorbitantes pretensiones, tanto debía a la antigua libertad de Castilla. En el Fuero Viejo está consignado la constitución de la nobleza, es decir de los hijosdalgo y ricos hombres, que eran entonces partes integrantes de la monarquía, del mismo modo que sus respectivos fueros y cartas pueblas, está consignada la constitución de los Concejos o comunes, la de las Ordenes militares

⁵*Ley I, Título VI, Libro III, Fuero Juzgo.*

en sus leyes especiales, la de los Perlados, Abades y Behetrias en los ordenamientos y disposiciones que especialmente les atañían⁶.

En este ordenamiento propio de las clases sociales altas de la península observamos sí, una regulación económica del matrimonio, la cual se encuentra en el Libro V, título I que trata de una serie de actos entre marido y mujer, así como los gananciales que pudieren tener de estos y de cómo deben actuar ante su patrimonio mancomunado. En trece leyes detallan a través de ejemplos y disposiciones pragmáticas, distintos aspectos de las relaciones económicas al interior de la vida matrimonial, no es el caso que detallemos cada una en su mayor extensión, mas quizás para demostrar la pervivencia de este derecho en nuestro ordenamiento conviene copiar lo que señala la ley IX del referido título y libro, la cual declara “*Esto es el Fuero de Castilla: Que ninguna Dueña que marido tenga, no puede comprar heredad, ni puede dar al fiado contra otro, sin autorización de su marido; y si lo hiciere, y el marido probase tal hecho por medio de testigos y dijera que no quiere que valga esa compra o la fianza que ella hizo, será todo desecho y no valdrá por fuero*”⁷. Clara resulta esta norma a la luz de nuestro actual artículo 1759 inciso cuarto del Código Civil, que establece respecto a la administración extraordinaria de la sociedad conyugal por parte de la mujer: “*Todo acto en contravención a este artículo será nulo relativamente. La acción corresponderá al marido, sus herederos o cesionarios y el cuadrienio para pedir la declaración de nulidad se contará desde que cese el hecho que motivó la curaduría*”. Ambas normas la del siglo XIII y nuestro Código del siglo XIX establecen iguales sanciones en hipótesis muy parecidas la una de la otra.

Otra forma de entender la pervivencia de la norma medieval en nuestros tiempos es dar lectura al artículo 1749 que encabeza el título sobre la administración ordinaria de la sociedad conyugal en nuestro Código Civil, estableciendo al marido como jefe de la sociedad conyugal, a contrario sensu, los actos ejecutados por la mujer sin autorización del marido carecen de valor por la imposición del texto del 1749 por sobre el acto que realizare la mujer. Más claro aún y apegado a la norma de Castilla es el inciso final del artículo 1754 que señala que “*la mujer, por*

⁶ PIDAL, Pedro José (1847): “*Adiciones al Fuero Viejo de Castilla*”, en Los Códigos Españoles Concordador y Anotados, Tomo Primero, Madrid, p. 243 y ss.

⁷ *Ley IX, Título I, Libro V, Fuero Viejo de Castilla*. Traducción del autor.

su parte, no podrá enajenar o gravar ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido (...)”.

Sin embargo la norma que más evidencia este trasvase desde la Edad Media a nuestro código ‘moderno’, es el antiguo artículo 155, el cual en el Proyecto de Código Civil establecía: “*La mujer no puede sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni remitir una deuda, ni aceptar o repudiar una donación, herencia o legado; ni adquirir a título alguno oneroso o lucrativo, ni enajenar ni hipotecar*”. Advierte luego el antiguo artículo 156 que “*deberá constar la autorización del marido por su participación expresa i directa en el acto, o su declaración escrita*”⁸. La norma fue extraída por el redactor desde la Novísima Recopilación de Leyes de España y de las indicaciones que Delvincuort hizo en su obra “Curso de Derecho Civil”.

IV. EFECTOS ECONÓMICOS DEL MATRIMONIO EN EL FUERO REAL

A mediados del siglo XIII, la península vive una situación especial, se trata de una época adelantada en que el Estado se ha engrandecido lo cual lo lleva a unificarse, los grandes reinos de León y Castilla se reúnen en uno solo bajo la figura del rey Fernando III quien logra vencer a los musulmanes en Guadalquivir, a este rey le sucede Alfonso X, un hombre de ciencias y de letras, el legislador del pueblo que su padre había logrado unir. Su principal obra que todos recordamos son las Partidas, de incalculable valor doctrinario, sin embargo, tal como se dijo fueron geniales para el estudio y tratamiento de fuentes e instituciones, sin embargo su aplicación real fue resistida por muchos años en la península, aplicándose de mejor manera el Fuero Real, que en un comienzo no fue el cúmulo de leyes castellanas, sino que un beneficio establecido a favor de ciertas ciudades, que con el tiempo y con la conjunción de las Partidas se transformó en integrante natural del derecho castellano.

El citado Fuero Real establece en el Libro III, título III un estatuto preciso, pero siempre confuso en este tipo de normativas, acerca de las ganancias del marido y la mujer. En su ley

⁸ BELLO (1932), p. 62.

segunda, establece que si el marido alguna cosa ganare de herencia de sus padres o de otras personas que la ley enumera se hará de cuanto ganare como suyo propio, pero cuando la mujer ganare o adquiriese algo será de suyo compartido con su marido, será entonces una cosa común cuyas ganancias serán tanto del marido como de la mujer. Rápidamente a la mente se nos viene a la mente lo que establece nuestro Código Civil en su párrafo segundo del título XXII del libro IV, sobre el haber y composición de la sociedad conyugal.

La ley III del mismo título y libro del Fuero Real, establece por su parte que los frutos de los bienes que son del marido y de la mujer, pertenecen a ambos de consuno; el Código Civil en su artículo 1725 número 2 establece que el haber de la sociedad conyugal se compone de todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio. Entran por tanto los frutos a lo que se conoce como “haber absoluto” de la sociedad conyugal, o sea todos aquellos bienes de los cuales no se genera recompensa alguna para los cónyuges, o sea son de ambos en comunidad, tal como lo establece la norma dictada por Alfonso X para los reinos de Castilla y León. La norma según la explicación que entrega Andrés Bello fue extraída de las notas que Matienzo hizo a los textos españoles de la Edad Media que hoy analizamos⁹.

V. LA NOVÍSIMA RECOPILACIÓN DE LEYES DE ESPAÑA

Llegamos finalmente al texto que sistematiza el derecho español en el siglo XIX, realmente en este análisis nos hemos adelantado mucho en los años y no hemos seguido la cronología que debiésemos, transitando por los pasajes de las Partidas e incluso la normativa Indiana que rigió los destinos de nuestra América en tiempos de dominación peninsular. Se han omitido estos textos, con el fin de avanzar en el análisis y decantar en la fuente que Bello tuvo a la vista para regular algunos aspectos económicos del matrimonio y también se ha querido llegar a este último texto, pues condensa y engloba toda la producción hispánica a través de los años.

⁹ BELLO, (1932), p. 446.

La Novísima Recopilación fue ordenada realizar por el rey Carlos IV, saliendo a la luz en el año 1806 recogiendo 4044 leyes en 340 títulos y 12 libros. El Libro X, título IV trata acerca de los bienes adquiridos durante el matrimonio y los gananciales, allí comienza a recoger una serie de normas que ya hemos analizado como las del Fuero Real y las del Fuero Viejo de Castilla, entre otras de cuerpos legales del pueblo hispánico.

Destaca una norma que proviene de las Leyes de Toro, se corresponde a la Ley 60 de Toro y que en este cuerpo legal es la ley IX del título IV, libro X de la Novísima Recopilación, esta establece que “*cuando la mujer renunciare a las ganancias, no será obligada a pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere hecho durante el matrimonio*”, la misma norma a contrario sensu la encontramos en el actual artículo 1777 inciso primero del Código Civil, antiguo 1947, que declara que “*la mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta la concurrencia de la mitad de gananciales*”, renunciando a sus gananciales no será responsable de las deudas, ni menos las propias del marido, ya que habiendo ejercido este derecho los derechos de la sociedad y del marido se confunden e identifican (artículo 1783).

Otro ejemplo de pervivencia del derecho hispánico en nuestro Código lo tenemos en la ley I del Título IV del mismo libro de la Novísima Recopilación, esta señala que “*toda cosa que el marido y mujer ganaren o compraren, estando de consuno, será de ambos por mitades*”, lo mismo se repite en nuestro actual artículo 1725 número 5 (El haber social de la sociedad conyugal se compone: 5° De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio a título oneroso.), he aquí la inspiración de Bello y la pervivencia hasta nuestros días.

Finalmente la ley IV, Título IV, Libro X de la Novísima Recopilación pervive en el texto del artículo 1739 del Código Civil relativo a la presunción de la calidad de bienes sociales que se establece en su inciso primero. La norma hispánica declara que “*como quiera que el Derecho diga, todas las cosas que tengan marido y mujer, se presumen ser todas del marido, hasta que la mujer muestre que son suyas; pero la costumbre guardada es contraria, que los bienes que son de marido y mujer, son de ambos por mitades, salvo que se probare que son de cada uno separadamente, así mandamos que se guarde por ley*”.

VI. CONCLUSIONES

En base a todo lo expuesto, vemos que realmente nuestro derecho, especialmente el Civil, mantiene vivas expresiones del derecho medieval hispánico que dominó por casi tres siglos nuestro país. Solamente llevamos casi dos siglos con normativas emanadas de nuestras propias instituciones republicanas, es muy poco tiempo para mudar antiguos y anquilosados textos que guiaron el destino de nuestra sociedad.

El Código Civil que actualmente nos rige en su artículo final declara que se entienden derogadas las leyes preexistentes sobre las materias que regula el mismo cuerpo legal, esto induce a muchos a pensar que la normativa hispánica e indiana queda fuera y por ende derogada por el cuerpo legal redactado por Bello, sin embargo esto no es así y evidenciamos que el mismo texto en su espíritu y fuentes de redacción da vida y permite subsistir aquellos viejos estándares jurídicos que nos amarran a un pasado del cual queremos desprendernos, pero que igual veneramos.

El viaje que se ha realizado por algunas normativas y su contexto histórico nos mueve a pensar que tan avanzado se encuentra nuestro derecho, que tan lejos estamos de las vetustas leyes que se practicaban en los fueros y que los bárbaros trajeron desde los extramuros de Roma. Quizás la conclusión a que podemos llegar sea la misma que un jurista dijo alguna vez en las aulas de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, que si un romano estuviera hoy y le tocara alegar una causa no tendría inconvenientes con el derecho adjetivo y con el sustantivo más tradicional, que no ha cambiado mucho desde hace siglos, en cuanto a su parte medular y trascendental, como es el cuerpo jurídico escrito por don Andrés Bello.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___BELLO, Andrés (1932): *“Obras Completas”*, Tomo IV, Proyecto de Código Civil, Segundo Tomo, Editorial Nascimento.

___HERODOTO (1964): *“Histories”*, Tomo IV, Editorial Les BellesLettres, Paris, Francia.

___Los Códigos Españoles Concordados y Anotados (1847): Tomo Primero, Madrid, Tomos 1 a 10.

___LOYOLA, Ricardo Andrés (2012): *“Capellanías y Censos en la Zona Central de Chile”*, Valparaíso Memoria de prueba Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, 2012.

___MONEVA y PUYOL, Juan: *“Introducción al derecho hispánico”*, Colección Labor, Barcelona.

___OLEA ALVAREZ, Vicente, Evolución histórica y análisis crítico de la sociedad conyugal de bienes en el Código Civil Chileno: Examen de las fuentes españolas y francesas del Código Civil Chileno: La síntesis de Andrés Bello y otros legisladores. Santiago, Memoria de prueba Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica, Editorial Jurídica de Chile, 1966.

___TOPASIO FERRETI, Aldo (1996): *“Historia del Derecho”*, Valparaíso, EDEVAL.

LA SINÉCDOQUE SIONISTA

*Michael Marder**

RESUMEN: *El autor discurre sobre la importancia de una porción territorial, propiamente una colina en la ciudad de Jerusalén, históricamente objeto de consagración y fetichismo. Trata la idea de la definición de la "Tierra de Israel" definida por esta porción sagrada, su supuesta vinculación necesaria con la ciudad en la que se encuentra. Relaciona el concepto de la diáspora judía con el lugar imperial de Sión. Hace referencia a la idea de que sólo una parte de los residentes en el territorio que se extiende entre el este del Mediterráneo y el río Jordán son los legítimos habitantes del lugar. Las expulsiones de palestinos de sus hogares tras la declaración de independencia de Israel; el limbo internacional de la población de los Territorios Ocupados que ha perdurado durante décadas; la destrucción los sembrados y de los olivos palestinos, que son metonimias de la población arraigada en un determinado entorno local—éstos y otros actos de violencia relacionados con ellos son consecuencia de la sinécdoque excluyente que oculta y destruye mucho más de lo que revela y construye.*

ABSTRACT: *The author discusses the importance of a territorial lot, a hill in Jerusalem that has historically traded consecration and fetishism. He deals with the idea of the definition of the "Land of Israel" as defined by this sacred lot, and its alleged links with the city where is located. He relates the concept of the Jewish Diaspora with the imperial place of Zion. He refers to the idea that only a portion of the residents in the territory lying between the eastern Mediterranean and the Jordan River are its rightful inhabitants, the expulsions of Palestinians from their homes after the declaration of independence of Israel; the international limbo of the population of the Occupied Territories that has lasted for decades; the seeded and destruction of Palestinian olive trees, which are rooted metonymy of population in a given environment locally these and other acts of violence associated with them are a result of the exclusionary synecdoche hiding and destroying much more than it reveals and builds.*

* Profesor Investigador Ikerbasque de Filosofía en la Universidad del País Vasco, Vitoria-Gasteiz. Correo electrónico: michael.marder@gmail.com. Traducción de Luis Garagalza

PALABRAS CLAVES: *Sinécdoque – Sión – Estado de Israel – Diáspora – Derecho de retorno*

KEYWORDS: *Synecdoche – Zion – State of Israel – Diaspora – Right to return*

El mal lingüístico es total, no tiene límite, en primer lugar porque es totalmente político. El mal proviene del hecho de que los sionistas... no entienden la esencia del lenguaje.

- Jacques Derrida sobre Gershom Scholem, "Los ojos del idioma",
en *Acts of Religion*

Una figura retórica, una estrategia de representación política, un instrumento de la violencia: tales son las diversas facetas de la sinécdoque sionista. En tanto que sinécdoque el sionismo consiste en la sustitución de una parte por el todo (*pars pro toto*), en un intercambio desigual, cuando no fraudulento. Sión, una colina en la ciudad de Jerusalén, es un lugar sobre-determinado y sobre-codificado que, en vez de descansar en sus propios límites semánticos y físico-geográficos, niega su arraigo contextual, anulando su ubicación como tal. No es posible volver a Sión, porque Sión ni vuelve ni se refiere a sí misma. A pesar de su presunto anclaje en lo eterno, es un lugar de gran movilidad: se extiende centrífugamente, desplazando a otros lugares y a otros sujetos e imponiéndose sobre ellos, y, al mismo tiempo, atrae hacia sí a mucha gente y provoca acontecimientos, como si de un vórtice se tratara. Siendo un punto radial envuelto por varios círculos concéntricos, Sión representa, en primer lugar, a toda la ciudad junto con sus habitantes y, en segundo lugar, a la "Tierra de Israel." Es el nombre de un exceso, es más que sí mismo. Si las zonas exteriores a Sión están incluidas en Sión, entonces esta parte sagrada, consagrada, separada, fetichizada, no idéntica a sí misma se hace equivalente a la totalidad y, de hecho, reclama la existencia de la totalidad idealizada sea de la ciudad o del país. Ahí son las llaves para nuestro entendimiento de la crisis actual en las relaciones entre el Estado de Israel y Palestina.

El imperialismo semántico de la sinécdoque coincide con su expansionismo geopolítico. En el original griego, este dispositivo retórico dice $\Sigma\upsilon\nu + \epsilon\kappa + \delta\acute{\epsilon}\chi\omicron\mu\alpha\iota$ = Recibo de [y] con... La ficción de la sinécdoque consiste en hacer creer que no se puede admitir sólo la parte sobresaliente

sin las otras o sin la totalidad a la que esa parte representa. Al admitir su significado saturado siempre se encuentra más de lo que se esperaba: un ganadero al comprar veinte “cabezas” está comprando veinte vacas completas. Si tomamos esa expresión literalmente resulta absurda, porque el ganadero no compra sólo la cabeza. Sin embargo, algunos otros casos de sinécdoque, especialmente los contruidos de un modo fraudulento o ideológico, necesitan que se rompa el vínculo entre lo que admito y el exceso que se le añade. En cualquier caso, la pregunta es: ¿Estoy dispuesto a aceptar el todo Y junto con la parte X? ¿La colina llamada Sión tiene que estar necesariamente vinculada con) toda la ciudad (“eterna e indivisible”, como afirma el dogma político-metafísico) en la que se encuentra? ¿Están la colina y la ciudad tan inextricablemente ligadas al territorio que las rodea como pretende hacernos creer la ideología sionista? ¿Y quién es este “yo” que tiene derecho a admitir la parte sobresaliente que es Sión? Por un lado, se trata de una cuestión de Derecho, es decir, que afecta al núcleo del privilegio político o teológico que la sinécdoque sionista reclama para sí. Por otro lado, y al mismo tiempo, es una cuestión de responsabilidad ética, dirigida al sujeto, que puede aceptar, pero que también es libre de rechazar, la serie de sustituciones. Por el mero hecho de formular estas preguntas, antes aún de ofrecer ninguna respuesta, ya estamos aflojando los lazos de la sinécdoque de los que, con frecuencia, depende su éxito en las asociaciones mentales automáticas. Ese aflojamiento no implica todavía un rechazo rotundo; es un gesto negativo aún más básico, indispensable para cualquier crítica digna de ese nombre, que socava la aceptación ciega de ese exceso de significado con el que se carga a Sión.

La disección de la sinécdoque no es su mera negación, ya que, en lugar de aceptar X con Y, se puede optar por admitir X sin... sin él “con”, desprovisto de la problemática $\sigma\upsilon\nu$, la colina de Sión no es ni más ni menos que una colina: se ajusta a los límites geográficos e históricos (la crítica, podemos recordar las huellas de Kant, encierra a cada cosa, y sobre todo a la razón humana, dentro de sus propios límites). Tras amputar el “con” de la sinécdoque, acepto lo que es sin idealizarlo. Para rechazar el exceso semántico no hace falta recurrir a la literalidad sin inspiración, ni hay que negar que las cosas pudieran ser de otra manera de como son. Se trataría, más bien, de aceptar el lugar que llegaría a ser finalmente lo que es en su singularidad espacio-

temporal y en su materialidad, separándolo tanto de las representaciones de lo que hay más allá de los horizontes terrestres que lo rodean como del horizonte trascendente de lo sagrado. Pero, ¿es posible concebir Sión sin sionismo? Si descartamos el exceso de sentido de la sinécdoque, ¿cómo podemos evitar no sólo el sionismo religioso, del tipo del que propagan los rabinos Yitzchak Yaacov Reines y Abraham Kook entre otros, sino también los sionismos llamados seculares, culturales o políticos, que cargan a Sión con la connotación de ser el punto de congregación de todos los judíos?

La idealidad de Sión, sea puramente teológica o sea metafísica, sucumbe a la crítica de los aparatos ideológicos que el sionismo ha perfeccionado. Cuando en el Antiguo Testamento se vincula a Sión con toda la ciudad de Jerusalén y sus habitantes¹, se está combinando el recurso retórico de la metonimia con el de la sinécdoque inicial. Un lugar -por lo tanto, algo- hace las veces de alguien, es decir, de una colectividad de seres humanos. La estrategia no debe resultar sorprendente. Por ejemplo, cuando los ciudadanos de Francia votan en las elecciones presidenciales, uno espera encontrar titulares de prensa como: "Francia ha decidido". Sin duda, las expresiones metonímicas son, con frecuencia, claramente erróneas. Sólo los votantes que se preocupan de acudir a las urnas dan a conocer sus decisiones y, de éstos, la mayoría, legalmente definida, decide quién será el próximo presidente del país. Una astuta homogeneización de todos los ciudadanos, tanto los votantes como los no votantes, bajo la bandera de un objeto ideal llamado "Francia", hace pasar la elección de un grupo que, en términos absolutos, probablemente incluya a menos de la mitad de la población, por el veredicto de la totalidad².

Resultan análogas, si bien aún más audaces, las estrategias de representación política en el sionismo que apuntalan su construcción ideológica con el poder retórico de la sinécdoque. La insana sustitución es, una vez más, doble: se sustituye a los sionistas por todos los israelíes y a Israel por todo el mundo judío, o la diáspora. A pesar de que un gran número de ciudadanos

¹ LONGMAN, Temper y ENNS, Peter (2008): *Dictionary of the Old Testament: Wisdom, Poetry & Writings* Nottingham y Madison: IPV Academic, p. 936.

² Carl Schmitt ha subrayado estas y otras técnicas de la representación democrática en SCHMITT, Carl (2004): *Legality and Legitimacy*, trad. J. Seitzer Durham & London: Editorial de la Universidad Duke.

israelíes (cada vez mayor) no se identifican con los objetivos y las aspiraciones sionistas, la forma legal, institucional, religiosa y cultural de la comunidad política está determinada por aquella parte que se hipostatiza a sí misma ocupando el lugar vacío del todo. Las razones oficiales para efectuar esta identificación pueden ir desde la necesidad de unidad nacional frente al peligro existencial externo hasta la amenaza demográfica "interna" de que la parte no judía de la población del país pronto superará a la judía. En cualquier caso, la construcción ideológica del país entero se moldea sobre la imagen de la parte más celosa del movimiento sionista contemporáneo. Y así es también la *idea* israelí de la diáspora judía.

En lo que respecta a la segunda sinécdoque global -la forma en que Israel afirma ser el administrador de la comunidad judía mundial- las bases para la astuta sustitución son más profundas y están más estrechamente relacionados con la lógica esencialmente metafísica que en el caso de la representación política intra-estatal. La diáspora enuncia literalmente la dispersión de la semilla, δια-σπορά, contraviniendo el mito metafísico de una unidad simple y originaria, otorgada trascendentalmente por las Ideas, la Sustancia, Dios, el Espíritu, etc. La aceptación de la diáspora ha sido la implícita condición *sine qua non* de la deconstrucción de Derrida de la metafísica occidental. El argumento de que el origen no es uno, que se encuentra disperso ya antes del inicio coherente en una multiplicidad de orígenes, ha sido el sello distintivo de la deconstrucción no sólo en su pensamiento de la diferencia (*différance*), sino también, y de un modo más pertinente, en el pensamiento de la diseminación, que es la traducción exacta de "diáspora" al griego. Por el contrario, el sionismo, de todos los colores y variedades, contempla la congregación de la diáspora en el lugar imperial de Sion, ya se le conceda o no el status de un Estado político.

El "derecho de retorno" legalmente consagrado, que el Estado de Israel hace extensivo, a priori, a todos los judíos del mundo, concede una ciudadanía virtual a los que viven en la diáspora. Esta política considera la dispersión como algo no esencial, como un mero epifenómeno y una desviación temporal de la unidad metafísica. Desde esta perspectiva, la llegada física de nuevos inmigrantes judíos a Israel es ciertamente deseable, pero resulta algo secundario en

relación a lo que acabo de llamar la “ciudadanía virtual”, esa pertenencia potencial del mundo judío al Estado de Israel. La reunión de los judíos de la diáspora es, ante todo, un intento metafísico de recuperación de la unidad suprema del pueblo, quedando su efectivo "retorno" actual como un medio o un signo del cumplimiento de su misión mesiánica. Por esta razón la ideología del sionismo considera a todos los judíos como algo que ya siempre pertenece a Israel en "cuerpo y alma", se quiera o no se quiera, como sobradamente demuestra la reciente controversia sobre los documentos de Kafka³.

En resumen, la sinécdoque global de los judíos de Israel por el todo de la población judía de la unidad una metafísica que, para los sionistas, encuentra su realización en el lugar de Sión y en su expresión política, el Estado israelí. Este modelo incluyente y expansionista está en agudo contraste con otra sinécdoque que en realidad niega a ciertas personas el derecho a la representación política y funciones así como un instrumento de la violencia. Me refiero a la idea de que sólo una parte de los residentes en el territorio que se extiende entre el este del Mediterráneo y el río Jordán son los legítimos habitantes del lugar. Las expulsiones de palestinos de sus hogares tras la declaración de independencia de Israel; el limbo internacional de la población de los Territorios Ocupados que ha perdurado durante décadas; la destrucción los sembrados y de los olivos palestinos, que son metonimias de la población arraigada en un determinado entorno local, éstos y otros actos de violencia relacionados con ellos son consecuencia de la sinécdoque excluyente que oculta y destruye mucho más de lo que revela y construye. Esto no quiere decir que el sionismo fuera "ciego a la presencia de los árabes en Palestina",⁴ sino que más bien se negó a reconocer la justificación de su presencia y su derecho a estar ahí. Especialmente después de la Partición de Palestina por las Naciones Unidas en 1947-8, la totalidad de su población había dejado de existir en el plano jurídico o político, aunque, por supuesto, la existencia física perduró obstinadamente. Es en la brecha entre estas dos existencias

³ BUTLER, Judith, (2011): “*Who Owns Kafka?*”, En: London Review of Books, Vol. 33, No. 5, Marzo, p. 3-8.

⁴ STERNHELL, Zeev, (1999): “*The Founding Myths of Israel*”, Princeton: Editorial de la Universidad Princeton, p. 43.

donde se insertó la violencia, cuando la parte que recibió el beneficio de un estado político se hizo pasar por el todo en virtud de las circunstancias y por la fuerza de su propia ideología.

Quienes están a favor de resolver el conflicto israelí-palestino con un solo estado tienden a fomentar un sentido diferente del todo, muy alejado de la violencia de la sinécdoque. Cuando Edward Said escribió en 1999 "no veo otro camino que empezar ahora a hablar acerca de compartir la tierra que nos ha puesto juntos, compartiéndola de un modo realmente democrático, con igualdad de derechos para todos los ciudadanos"⁵, vuelve a crear retóricamente un todo compartido, "la tierra", que ninguna parte podría representar o suplir mejor que otra. Significativamente, antes de la intervención de Said, esta visión había sido avanzada por algunos miembros del movimiento sionista -por ejemplo, Martin Buber y Hannah Arendt, por citar sólo los nombres más fácilmente reconocibles- cuyos puntos de vista, mientras tanto, han quedado silenciados en la narrativa oficial del movimiento⁶. Dada la diversidad de tradiciones intelectuales en las que se ha sustentado el sionismo, era de esperar que en su seno surgieran tales alternativas radicales. Lo importante es, sin embargo, que las voces disidentes, algunas de ellas muy prominentes, hayan sido marginadas y finalmente excluidas del discurso del sionismo, en virtud de la suplantación del todo por la parte hegemónica del movimiento. Haríamos bien en no olvidar, entonces, que la sinécdoque sionista implica también una sinécdoque dentro del sionismo y que se trata, por lo tanto, de un complejo de exclusiones, internas y externas, que se refuerzan mutuamente y que se basa las sinécdoque. La violencia de acallar una corriente de pensamiento no se puede, obviamente, comparar con aquella violencia que genera una población de refugiados, pero bien podría ser que las dos provengan de la misma raíz.

⁵ SAID, Edward, (1999): "*The One-State Solution*", En Nueva York: The New York Times, edición del 10 Enero, disponible en:

<http://www.nytimes.com/1999/01/10/magazine/the-one-state-solution.html?pagewanted=all&src=pm>.

⁶ Por ejemplo, en BUBER, Martin, (2005): "*A Land of Two Peoples: Martin Buber on Jews and Arabs*", Chicago: Editorial de la Universidad de Chicago.

PROVISIÓN DE LAS VACANTES PARLAMENTARIAS EN CHILE; SITUACIÓN ACTUAL, CRÍTICA Y PROPUESTA

*Diego Pérez Alfonso**

RESUMEN: *El artículo pretende analizar el actual mecanismo de provisión de vacantes parlamentarias en Chile. Ello, con una mención a los distintos mecanismos contemplados históricamente en nuestra legislación, para luego comentar la regulación vigente, realizando un análisis crítico de la misma, tratando brevemente los distintos asuntos que de ella se derivan, tales como representatividad, relación entre poderes, facultades presidenciales y titularidad del escaño, entre otros. Finalmente, se propone reformar el actual mecanismo de reemplazo por uno acorde al sistema democrático que nos rige, teniendo como norte para ello el concepto de representación popular, en cuanto pilar fundamental de la democracia representativa.*

ABSTRACT: *The paper aims to analyze the current mechanism to fill vacancies in Chilean Congress. This, with a mention of the different mechanisms contemplated through our historical legislation, and then comment on the current regulation, making a critical analysis of it, with a brief remark of issues resulting from it, such as representativity, relationship between the branches of government, presidential faculties, and ownership of the seat, among others. Finally, it is proposed to reform the current mechanism to fill vacancies with one according to democratic principles, highlighting the concept of popular representation, as a cornerstone of representative democracy.*

PALABRAS CLAVE: *Vacancia parlamentaria – mecanismo de reemplazo – provisión – representatividad – Parlamento.*

KEYWORDS: *Vacancy in congress – fill the vacancy – representativity – Congress.*

I. INTRODUCCIÓN

La transición en Chile, en tanto período histórico complejo y de contornos difusos, significó pasar de un régimen autoritario a uno democrático otorgando concesiones respecto de ciertos principios democráticos relevantes. Sin perjuicio de que el retorno a la democracia ha exigido progresivamente reformas constitucionales acordes al nuevo momento político del país, algunas de esas concesiones persisten hasta hoy. Ello ha provocado en la ciudadanía una pérdida

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso. Correo electrónico: perezalfonso.diego@gmail.com

de sentido de representatividad respecto a sus autoridades e instituciones, lo que facilita un perjuicio mayor: la disociación entre la comunidad civil y política en estamentos que no logran reconocerse entre sí, afectando directamente a la calidad de la democracia que construimos como sociedad y la forma en que el país hace frente a objetivos comunes.

Resta, entonces, avanzar respecto a mayores grados de representatividad política; nuestras autoridades, a pesar de estar llamados a ser depositarios de la voluntad popular, no son, efectivamente, representativas. Para lo anterior basta observar la baja participación electoral luego de la reforma a la Constitución Política que consagró la voluntariedad del sufragio. A fin de consolidar y revitalizar nuestro sistema democrático se hace necesario revisar con sentido crítico numerosas instituciones, entre ellas, el Congreso Nacional, particularmente respecto a su composición. Por ello, este artículo estudiará la regulación constitucional para proveer vacantes parlamentarias en los casos en que un parlamentario en ejercicio cese su mandato antes del término respectivo, mecanismo que hoy se aplica indistintamente a la vacancia de diputados y senadores.

La actual regulación constitucional de la provisión de las vacantes parlamentarias es objeto de serias críticas por discrecional y poco democrático; esta es una de las materias respecto de las que se debe considerar seriamente una reforma. Al analizar pormenorizadamente el mecanismo de provisión de vacantes se valorará, como piedra angular, al parlamento en cuanto órgano efectivamente representativo, con miembros enteramente elegidos por los electores.

Cuando se hable de representatividad la referencia estará hecha a la idea de gobierno representativo, substitutivo de la democracia directa, y que tiene como supuesto de existencia a la democracia representativa. Esto es, representantes del pueblo elegidos de manera democrática a través de elecciones directas y periódicas del cuerpo electoral, manifestación pura del principio de soberanía del pueblo. Como señala Godoy “la institución central de la democracia representativa es justamente la elección de representantes, como un acto libre y voluntario, para entregarles el ejercicio de la soberanía política”¹. De ahí la importancia de estos actos electorales, por cuanto “constituyen procesos formalizados por normas positivas, que establecen cómo y en qué términos deben realizarse. Si, y solo si, esas normas se aplican debidamente, se produce la representación. (...) la representación formal se refiere, en primera línea, al acto por el cual los ciudadanos confieren autoridad a un tercero. Pero a la vez, se refiere a la creación de un vínculo contractual, garantizado por la ley, entre el representante y los representados, por el cual el primero se obliga a ser intermediario del segundo, y realizar aquello que éste no puede decir y hacer por sí mismo. Y ello durante un período fijo de tiempo”².

¹ GODOY, Óscar (2001): “Representación y democracia”, en *Revista de Ciencia Política*, Volumen XXI, n° 2, p. 38.

²GODOY (2001), P. 39.

En el presente artículo se pondrá de manifiesto la negación que sufre la voluntad popular en nuestro sistema democrático, consagrada en el artículo 5° de la Constitución, al proveer las vacantes dejadas por parlamentarios de una manera que nada tienen que ver con elecciones donde se manifiesta una decisión soberana de los electores, sino con una decisión que queda entregada solo a la discrecionalidad de los partidos políticos. Hoy en día, las normas tendientes a fortalecer mayorías desconociendo un espectro político más amplio hacen necesario razonar desde una perspectiva distinta este tipo de instituciones, a fin de hacerlas más inclusivas y participativas, pues de ahí es de donde derivará su carácter representativo.

Se hará una breve referencia a las maneras en que ha sido regulada la provisión de las vacantes parlamentarias en Chile durante nuestra historia Constitucional, con detención en las principales características. Luego se hará un estudio de la regulación actual de esta institución, efectuando un análisis crítico de ésta. Además, se comentará la conveniencia de limitar al Poder Ejecutivo para designar parlamentarios en cargos ministeriales y, como contraparte, que los reemplazantes sean personas que detentan cargos en el Ejecutivo. Todo lo cual tiene especial importancia respecto a la relación entre los Poderes del Estado y la necesaria independencia que debe existir entre estos. Se finalizará comentando la conveniencia de modificar el actual mecanismo de provisión de vacantes, teniendo en consideración las regulaciones históricas habidas en nuestro país, las características del sistema actual y sus efectos.

II. MECANISMOS DE PROVISIÓN DE VACANTES PARLAMENTARIAS EN NUESTRA HISTORIA CONSTITUCIONAL

Con el objeto de evidenciar que en Chile se han ocupado múltiples mecanismos para proveer las vacantes parlamentarias, sin que se derive una tradición única que prevalezca a lo largo de nuestra historia, se mencionarán los distintos mecanismos que ha contemplado la legislación en nuestra historia constitucional, su evolución y características fundamentales.

En la Constitución de 1818 se reguló por primera vez esta materia. En el capítulo II, artículo 2.0, se señaló que los cinco senadores titulares, quienes eran nombrados por el Director Supremo, serían reemplazados por cinco suplentes, “elegidos de la misma forma, para que por el orden de sus nombramientos entren a ejercer el cargo de los propietarios en ausencia, enfermedades u otro cualquier impedimento”.

La Constitución de 1822, que estableció un Congreso bicameral, reguló de similar manera el sistema, por cuanto su artículo 29 estableció un sistema de titulares y suplentes. Poco después, en 1823, la Constitución reguló el reemplazo de los consultores nacionales. Estos duraban 8 años en la Cámara Nacional, la cual se renovaba por octavas partes. El artículo 62 de esta Constitución establecía que: “En los primeros siete años se sortean los que han de ser

subrogados. Los muertos, impedidos o destituidos, se suponen como sorteados, y se subrogan en todo el número que falta”.

La Constitución de 1828, que contemplaba un Congreso bicameral, estableció el reemplazo de los senadores, mas no de diputados. Precisamente, el artículo 33 señalaba que “Las vacantes que ocurran en el Senado se llenarán por la Asamblea Provincial a que corresponda, si estuviera reunida, o luego que se reúna si estuviera en receso”.

1. *Sistema de suplentes*

Posteriormente, la Constitución de 1833, en su artículo 35, establecía sólo el reemplazo de senadores, de la siguiente manera: “Cuando falleciere algún senador o se imposibilitare por cualquier motivo para desempeñar sus funciones, se elegirá en la primera renovación otro que le subrogue por el tiempo que le faltase para llenar su período constitucional”. Así, la vacante de los senadores, que duraban 9 años en sus cargos, se proveía en la renovación por tercios que tenía lugar cada 3 años. Respecto a los diputados no había regulación alguna para proveer sus vacantes. Luego, y teniendo como antecedente el mecanismo bajo las constituciones de 1818 y 1822, en 1852, se modifica el sistema estableciendo los senadores suplentes, sistema que se consagró constitucionalmente recién en agosto de 1874 tanto para diputados como senadores. Según esta regulación los suplentes se elegían de la misma forma que los titulares, según el número que fijara la ley respecto a los parlamentarios en cada provincia. La enmienda de 1888 estableció que si se producían vacantes de diputados en los dos primeros años de su mandato, habría una elección extraordinaria. Lo mismo se aplicó a los senadores si la vacante se producía antes del último año de su mandato³.

El mecanismo tuvo consecuencias indeseadas: reemplazos indebidos, suplentes que lo fueron en más de un distrito, parlamentarios que dejaron el país de manera temporal y fueron reemplazados por el suplente, quien luego dejó su cargo tras el regreso a Chile del otrora titular, suplentes que no fueron llamados oportunamente por pertenecer al mismo partido político del titular, etc. También hubo dificultades por un asunto práctico, ya que en ocasiones los suplentes realizaban otras funciones al momento de ser llamados, encontrándose impedidos para asumir el cargo.

Por otra parte, en cuanto a sus ventajas, las suplencias otorgan certezas respecto a la persona que reemplazará al parlamentario que deja el cupo, proveyendo pacíficamente la vacante que se genera. Pese a lo anterior, el suplente es nombrado sin participación de los electores, lo

³ PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2005): *Reformas constitucionales 2005, antecedentes, debates e informes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, p. 212.

que le priva de algún mínimo grado de representatividad. Para subsanar esto, bien cabe pensar en la inclusión de los suplentes en las elecciones, a fin de que los electores voten por quién sucederá al titular en caso de vacancia⁴.

2. Elecciones complementarias

En 1888 se reemplazó el sistema de suplentes por uno de elecciones complementarias. Este nuevo mecanismo fue continuado con la Constitución de 1925, la que en su artículo 36 señalaba que: “Si un Diputado o Senador muere o deja de pertenecer a la Cámara de Diputados o al Senado, por cualquier causa, antes del último año de su mandato, se procederá a su reemplazo en la forma que determine la ley de elecciones, por el término que le falte a su período. El Diputado o Senador que aceptare el cargo de Ministro de Estado, deberá ser reemplazado dentro del término de 30 días”. Por su parte, el artículo 4° de la Ley N° 12.891 (Ley General de Elecciones), estableció el procedimiento por el cual el Presidente de la República debía llamar a elecciones.

Desde un punto de vista representativo este sistema parece ser el óptimo, ya que del resultado de dicha elección se proveerá la vacante, generándose efectivamente el vínculo parlamentario-electoral, sin que la decisión quede entregada a la discreción de un partido político, ni se designe a suplentes que no participaron en ningún proceso electoral.

El arbitrio o el cálculo político que precede la aplicación de este mecanismo parece una de sus principales desventajas; durante la historia se advierte que algunas elecciones complementarias no se celebraron, dado que el decreto presidencial que las ordenaba no fue dictado en razón de decisiones políticas, sin que la vacante se llegara a proveer. Además, hipotéticamente, las elecciones pueden llegar a ser numerosas, lo que importa un desgaste de campañas, candidatos y procesos electorales. De hecho, entre 1926 y 1973 se convocaron a más de treinta elecciones extraordinarias parlamentarias, sin considerar las extraordinarias de Regidores y de Presidentes de la República⁵. A lo anterior, se agrega que la realización de elecciones importa altos costos, tanto económicos como políticos, lo que, como muestra nuestra historia reciente, puede provocar consecuencias más allá de sus pretensiones iniciales, resultando afectar candidaturas presidenciales (recordar el “Naranjazo”⁶), modificar alianzas políticas o

⁴ Iniciativas de este tipo han sido rechazadas en Chile, esgrimiendo que un sistema de estas características confundiría a los electores al momento de votar.

⁵ *Rol N° 2-2011-AA*, Tribunal Calificador de Elecciones Chile, 25 de enero de 2011 (vacancia cargos parlamentarios), en www.tricel.cl/informacioncausas, p. 7.

⁶ El “Naranjazo” tuvo lugar luego de las elecciones complementarias para elegir diputado en marzo de 1964 en la agrupación departamental de Curicó y Mataquito (zona históricamente cercana a la derecha política de nuestro país). Luego del fallecimiento del diputado socialista Óscar Naranjo Jara se llamó a una elección complementaria, según el mecanismo de la Constitución de 1925 para proveer las vacantes parlamentarias. En ella, a pesar de todos los pronósticos, resultó ganador el socialista Oscar Naranjo Arias, hijo del diputado fallecido, venciendo al candidato de derecha del Frente Democrático, Rodolfo Ramírez Valenzuela. La derecha interpretó esto como un augurio de

afectar gabinetes ministeriales. En efecto, estas fueron las razones principales que motivaron a la Comisión Ortúzar para reemplazar este sistema por un mecanismo distinto que, como veremos, prohibió a modo de principio la realización de elecciones complementarias.

3. *Sistemas de provisión en la Constitución de 1980 anteriores al mecanismo hoy vigente*

Según las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, ya en noviembre de 1973 el presidente de esta comisión, Enrique Ortúzar, manifestaba su opinión de suprimir las elecciones complementarias como mecanismo de provisión de vacantes parlamentarias, dados los inconvenientes que ellas provocaban⁷. En este sentido, Silva Bascuñán manifiesta “estar de acuerdo, en principio, con la supresión de las elecciones complementarias; pero, siempre que se encuentre una fórmula de tanta perfección que sea capaz de dejar al margen a ese barómetro tan importante de expresión de la opinión pública, como es este tipo de consultas”⁸. La Comisión se propone crear un sistema más ágil para proveer las vacantes, pero sobre todo evitar el gran número de elecciones destinadas a dicho fin, lo que en palabras de Medina “tanto trastorno causan al país”⁹. Desde otra perspectiva, y en concordancia con el espíritu del momento, ello puede interpretarse como otra forma de reducir al mínimo los espacios de politización pública, uno de los objetivos declarados del régimen militar que gobernaba el país. Respecto al sistema de suplentes, Jaime Guzmán fue claro en mostrarse contrario, señalando que esta sería “una institución completamente ajena a la idiosincrasia nacional, con resultados que eventualmente podrían ser muy perturbadores”¹⁰ (según lo señalado más arriba sabemos que una opinión en tal sentido resulta del todo incongruente con la realidad). Esto resulta ilustrativo para afirmar que los argumentos esgrimidos para regular esta materia no fueron particularmente veraces ni se fundaron en verdaderos principios democráticos, lo que puede ser explicable dado el interés en transitar desde un régimen autoritario a una democracia de carácter protegida bajo débiles estándares de representatividad, disminuyendo la actividad electoral a los mínimos posibles. Es más; Guzmán afirma que “lo único que debe evitarse son las elecciones extraordinarias”, respecto de lo cual Ortúzar se manifiesta de acuerdo, vislumbrándose ya un consenso en orden a que el mecanismo adoptado (“el menos malo”, según consta en la historia del artículo 51¹¹) será el consistente en la elección hecha al interior de la propia cámara respectiva, a fin de fortalecer las

lo que sucedería en las elecciones presidenciales a realizarse en septiembre del mismo año, por lo que el Frente Democrático decidió restarle su apoyo al candidato presidencial Julio Durán Neumann, para dárselo a Frei Montalva, y de esa manera evitar el triunfo del candidato socialista Salvador Allende.

⁷ Biblioteca Congreso Nacional (2008): *Historia de la Constitución política, artículo 51*, p. 7. Disponible en: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/historias_Ley_constitucion_por_articulo Fecha última consulta: 15 de junio de 2014.

⁸ Biblioteca Congreso Nacional (2008), p. 7.

⁹ Biblioteca Congreso Nacional (2008), p. 10.

¹⁰ Biblioteca Congreso Nacional (2008), p. 17.

¹¹ Biblioteca Congreso Nacional (2008), p. 17.

mayorías. Sólo un miembro de la Comisión, Raúl Bertelsen, se muestra contrario a la idea de que sean los propios cuerpos los que se autogeneren.

La Constitución de 1980, en el artículo 47 inciso final de su versión original, señaló que “Las vacantes de Diputados y Senadores elegidos por votación directa que se produzcan en cualquier tiempo, se proveerán mediante elección que realizará la Cámara de Diputados o el Senado, según el caso, por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio. De concurrir, simultáneamente, varias vacantes ellas se proveerán en votación separada y sucesiva (...)”.

Este sistema no tuvo aplicación en la práctica puesto que durante el tiempo de vigencia de esta norma el Congreso no se encontraba en funcionamiento. No obstante ello, este mecanismo, basado en la autogeneración, fortalecía a las mayorías, lo que era consecuente con el modo en que se estructuró la democracia que se pretendía reinstaurar. Se justificaba en que como cada lista o pacto presentaba dos candidatos, normalmente provenientes de partidos políticos distintos, quienes contribuían con la votación obtenida a la formación de un fondo común de sufragios (...) parecía una consecuencia lógica que si vacaba el cargo del que resultara electo, fuera este llenado por el compañero de lista ya que sus votos habían ayudado a la elección del primero¹².

Huelga decir que un sistema de estas características excluye la participación de los electores, pues concibe a los parlamentarios, además de cuerpo legislativo, como especie de elector delegado, lo que resulta del todo inapropiado. Ello fortalece a todo evento las mayorías, ya que en caso de que la vacante fuera de un determinado partido político, pero la mayoría obedece a otro sector, la vacante podía ser ocupada por alguien de éste y no de aquél. Esto fue precisamente lo que buscó cambiar la última reforma en esta materia que rige actualmente, asegurando que el reemplazante pertenezca al mismo partido de quien generó la vacante.

Luego de la reforma constitucional de 1989 el mecanismo para proveer las vacantes parlamentarias se modifica, estableciendo la regla del compañero de lista. Este sistema consigue legitimar de mejor manera al reemplazante, por haber participado en un proceso electoral, reconociendo a las elecciones democráticas como relevantes, vinculándolo efectivamente a los representados. Este mecanismo logra también agilizar el proceso de provisión de la vacante misma, dada la certeza en cuanto al reemplazante. Por otra parte, desde el punto de vista de los cálculos políticos que importan para el sistema electoral vigente, este mecanismo mantiene los equilibrios, pues, a diferencia del sistema anterior, el reemplazante es de la misma alianza respecto a quien cesa en el cargo.

Como desventaja, este sistema es un incentivo para que los candidatos integren listas, permitiendo que sean reemplazantes candidatos débiles que obtuvieran muy pocos votos, lo que

¹² Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de reforma constitucional que modifica el sistema de reemplazos de vacantes en cupos parlamentarios, Boletín N° 7935-07 (2011), p. 6.

no resultaría ser impedimento para que, vía reemplazo, alcancen un escaño en el Congreso por haber integrado lista con compañeros de lista fuertes. Como señala Silva Bascuñán esta regla importa el más decidido y consistente reconocimiento de los partidos políticos en el proceso democrático y en la generación de los órganos fundamentales del poder público, y al mismo tiempo el de la permanente representatividad de que disfrutaban como voceros auténticos e indiscutidos de la opinión nacional¹³. Esta regulación resulta además un menoscabo respecto a los independientes que no integren lista electoral, quienes no son reemplazados, diferenciación que respecto a estos resulta perjudicial tanto para el candidato como para sus electores. No obstante todo lo anterior, y frente al sistema que rige actualmente, pareciera que al menos existe algún filtro eleccionario que legitima de mejor manera al reemplazante.

IV. SISTEMA VIGENTE DE PROVISIÓN DE VACANTES PARLAMENTARIAS.

Con la ley 20.050 que reforma la Constitución se modifican una serie de materias relevantes, entre ellas, el mecanismo para proveer las vacantes parlamentarias. El artículo 51, que regula este sistema desde su inciso tercero en adelante, señala:

“Las vacantes de diputados y las de senadores se proveerán con el ciudadano que señale el partido político al que pertenecía el parlamentario que produjo la vacante al momento de ser elegido.

Los parlamentarios elegidos como independientes no serán reemplazados.

Los parlamentarios elegidos como independientes que hubieren postulado integrando lista en conjunto con uno o más partidos políticos, serán reemplazados por el ciudadano que señale el partido indicado por el respectivo parlamentario al momento de presentar su declaración de candidatura.

El reemplazante deberá reunir los requisitos para ser elegido diputado o senador, según el caso. Con todo, un diputado podrá ser nominado para ocupar el puesto de un senador, debiendo aplicarse, en ese caso, las normas de los incisos anteriores para llenar la vacante que deja el diputado, quien al asumir su nuevo cargo cesará en el que ejercía.

El nuevo diputado o senador ejercerá sus funciones por el término que faltaba a quien originó la vacante.

En ningún caso procederán elecciones complementarias”.

¹³ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000): *Tratado de Derecho Constitucional, tomo VI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, p. 90.

1. *Comentarios a la actual regulación*

Desde la perspectiva de sus ventajas, es evidente que el sistema resulta simple y expedito para proveer el reemplazo, lo que evita largos procesos deliberativos, campañas electorales, o votaciones populares, pues sólo depende de una decisión del partido político respectivo. A la vez, mantiene los equilibrios que posibilita el binominal, al permitir que el partido mantenga el mismo número de parlamentarios. Además, hipotéticamente, los electores ven que el reemplazante es una persona con una ideología similar a quien deja el cargo –lo que, como veremos, es cuestionable- ya que el reemplazante, al ser del mismo partido, es continuador de la línea programática de quien produjo la vacante.

Sin embargo, la actual regulación presenta múltiples desventajas. En primer lugar, el mecanismo vigente desconoce absolutamente el rol que le corresponde a la ciudadanía en la elección de sus representantes. El mismo Tribunal Calificador de Elecciones reconoce que hay un “traslado de soberanía” *en virtud de la actual normativa constitucional, el ejercicio de la soberanía, que reside en la Nación, se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de las elecciones periódicas, se traslada al partido político al cual pertenecía el diputado o senador a reemplazar*¹⁴. Reafirma la opinión anterior lo comentado por el Tribunal Constitucional de España en la sentencia 10/1983 sobre protección al mandato individual de los parlamentarios, al decir que *los partidos políticos no son órganos del Estado, por lo que el poder que ejercen se legitima sólo en virtud de la libre aceptación de los estatutos y, en consecuencia, sólo puede ejercerse sobre quienes, en virtud de una opción personal libre, forman parte del partido*¹⁵. De esto, se desprende una doctrina según la cual no resulta admisible permitir que los partidos impongan un reemplazante a quien no adhiere ni milita a él, de manera tal que resulte una imposición de quien no debe, sobre quienes no corresponde.

En este último sentido, desde un punto normativo, el artículo 51 incluso parece tener atisbos de inconstitucionalidad, al desconocer lo señalado por los artículos 47 y 49 de la Constitución. Entre otras cuestiones, ambos señalan que tanto los miembros de la Cámara de Diputados, como los del Senado, serán elegidos en votación directa. Como resulta evidente, el actual mecanismo facilita la inclusión de miembros a una y otra cámara de modo indirecto, sin votación directa alguna por parte del respectivo cuerpo electoral. Aunque la norma del artículo 51 es especial, la importancia de lo consagrado en los artículos 5, 47 y 49 es tal desde el punto de vista tanto democrático, político, electoral, e incluso histórico, que atenuar tal regla a través de una norma de aplicación excepcional relativiza gravemente un principio de fundamental importancia dentro de un sistema democrático. Llevando la situación a una hipótesis extrema,

¹⁴ Rol N° 2-2011-AA (2001) p. 8-9.

¹⁵ Jesús Alfaro Matos con Junta Electoral de Zona de Madrid, STC 010/1983, Tribunal Constitucional de España, 21 de febrero de 1983, (recurso contencioso electoral), En www.tribunalconstitucional.es/ Fecha última consulta: 22 de junio de 2014.

podría darse el caso en un momento dado en donde se reúnan diversos eventos que provoquen el cese todos un alto número de miembros de una cámara con anterioridad al término de su período, caso en el cual los partidos designarían a los reemplazantes de un Congreso que se compondría significativamente por miembros que no han sido elegidos democráticamente. Así, parece erróneo entregar un poder tan trascendente a los partidos, lo que según Criado se enmarca dentro de teorías que proponen a los partidos políticos como guardianes de la representatividad¹⁶, lo cual en este caso ello alcanza un extremo, pues además de guardianes, asumen el rol que naturalmente le corresponde al electorado en la elección de sus representantes.

Es indiscutible que los partidos políticos son esenciales para la existencia de la democracia representativa, no sólo para hacer viable el ejercicio de la soberanía representada y la expresión política de corrientes de opinión pública, sino también como instrumentos de la cultura política¹⁷, cumpliendo funciones básicas como organización de candidaturas y elecciones de representantes, promoción en la generación de liderazgos y formación de cuadros políticos, funciones que tienen que ver principalmente con la intermediación y jerarquización de las demandas de la sociedad civil, pero otra cosa muy distinta es dotarlos normativamente de la potestad de designar a los representantes del pueblo en el parlamento.

En este sentido, como menciona Felipe Lizama, la modificación sistema de reemplazo significó una consagración constitucional de la partidocracia. Precizando el concepto, Sartori, distinguió tres categorías; partidocracia electoral, es decir, el poder del partido de imponer al electorado que lo vota el candidato preelegido por el partido; por otro lado, partidocracia disciplinaria, es decir, el poder del partido de imponer al propio grupo parlamentario una disciplina del partido; y por último, la partidocracia literal o integral, es decir, la fagocitación partidista del personal parlamentario: para decir que una representación que se afirma en primera instancia en la vida civil es sustituida por una representación de extracción estrictamente partidista-sindical, burocrática o de aparato¹⁸.

Precisamente esta es una de las amenazas que acechan a la democracia, como señala Stuart Mill, peligro que consiste en resguardar los intereses egoístas de los que poseen el poder a través de una legislación de clase (entendiendo clase como lo hace Mill, es decir, políticamente hablando, como un número cualquiera de personas que tienen el mismo interés), de un Gobierno que busque el provecho inmediato de la clase dominante en detrimento duradero de la masa¹⁹.

¹⁶ CRIADO, Marcos (2002): "Nuevas formas de protección del mandato parlamentario en España e Italia" En: *Politeia*, vol. 25, N° 28 (Fecha de consulta: 21 de junio de 2014). Disponible en:

http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-97572002000100002&lng=es&nrm=iso

¹⁷ GODOY, (2001) p. 55.

¹⁸ LIZAMA, Felipe (2011): "Historia y reflexiones sobre el artículo 51 sobre provisión de vacantes parlamentarias (A propósito de la incorporación de nuevos senadores y diputados)". (Fecha última consulta: 16 de junio de 2014). Disponible en: www.diarioconstitucional.cl.

¹⁹ MILL, John Stuart (1985): *Del Gobierno representativo*, Madrid: Editorial Tecnos, p. 79-80.

En el caso que nos atañe, creando espacios donde, más allá de las reglas electorales ordinarias, ciertos representantes son elegidos por quienes no deben hacerlo, excluyendo a los llamados a elegirlos a través de reglas especiales de aplicación excepcional.

Resulta útil preguntar a quién pertenece el escaño parlamentario. De Vega ilustra sobre el particular. Quienes participan de elecciones al alero de un partido político, lo hacen adhiriendo a sus convicciones y programa y, dado el actual estado de las cosas, es indiscutible que son los partidos los principales protagonistas de la mecánica electoral. Tal protagonismo tiene dos manifestaciones principales: primero, al ser ellos quienes hacen la designación de candidaturas y establecen las listas electorales, y; segundo, como organizadores sociales, por cuanto son los partidos quienes tienen un importante papel en las campañas electorales mismas, a través de líderes, candidatos, militantes, simpatizantes y votantes. De este modo, los partidos son por una parte representantes, y por otra, representados. Es por estas razones que algunos plantean que el mandato de los parlamentarios no es uno otorgado por el pueblo, sino que por los partidos, y por tanto, la titularidad de este le correspondería a los partidos. Sin embargo, resulta claro el reconocimiento a la absoluta libertad del parlamentario, lo que lleva implícita la idea de la titularidad personal del escaño²⁰. Por supuesto que existe un vínculo entre los parlamentarios y el programa partidario al que deben adherir tanto ideológica como materialmente en los votos que emitan en el Congreso, y que de incumplir las órdenes del partido puedan seguirse consecuencias negativas en cuanto militantes del mismo. Pero ello no así en cuanto parlamentarios que son representantes de la Nación, cargo que desempeñan con absoluta libertad, y en tanto libres para ejercerlo, se entiende titulares del mismo. Por tanto la titularidad del escaño debe entenderse como personal, no del partido.

Sin perjuicio de ello, la actual regulación constitucional entiende que el cupo parlamentario vacante es propiedad del partido político, en circunstancias que a través de éstos sólo se facilita el acceso de candidatos a las respectivas elecciones. Pensar que el cupo pertenece al partido importa decir que si el parlamentario cambia de militancia el partido tendría la prerrogativa de promover la cesación del cargo de éste, desconociendo tanto el derecho de acceder al cargo como el derecho a permanecer en el mismo; resulta lógico plantear que los representantes elegidos no pueden depender de una voluntad ajena a la de los electores. El factor que determina el voto de los electores no es, invariablemente, el partido al que pertenece el candidato, sino que son otros los elementos que influyen en la decisión. Esto se reafirma al comprobar la bajísima militancia porcentual de la ciudadanía en partidos políticos; lo más que podría mostrar esta frente a los partidos es simpatía, mas no incondicionalidad, lo que por lo demás es dudoso dada la

²⁰ DE VEGA, Pedro (1985): “Sobre el significado constitucional de la representación política” (en línea) En *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), nº 44, (Fecha última consulta: 21 de junio de 2014). Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26824>.

existencia de parlamentarios independientes, quienes son elegidos a pesar, -o precisamente-, de no tener militancia partidista.

En su espíritu, el actual mecanismo pretende interpretar la voluntad de los electores al designar a un representante que comparte un ideario político con el parlamentario que da lugar a la vacante. Esa intención fracasa en aquellos casos en que el parlamentario que pertenece a un partido político deje de pertenecer a él, ya sea porque renuncia para formar parte de otro partido, es expulsado, o bien deja la militancia partidista para ser independiente. En tal caso, si lo que se pretendió con la actual normativa fue permitir que el reemplazante mantenga la línea política del parlamentario que deja la vacante, esto se frustra, pues la vacante la pasa a ocupar el militante de un partido político al que el parlamentario saliente ya no pertenece, lo que denota, sea por la razón que sea, que el parlamentario y el partido dejan de compartir una línea política común.

En un caso contrario al anterior, tratándose de independientes, puede darse el que uno de estos, elegido como tal, durante su período parlamentario decida integrarse a un partido, en circunstancias que de cesar anticipadamente su período no será reemplazado. Respecto a este problema, aunque la norma constitucional es clara al señalar que la vacante se proveerá con el ciudadano que señale el partido al que pertenecía el parlamentario que produjo la vacante “al momento de ser elegido”, en ciertos casos esto puede contravenir el espíritu de la actual regulación, pues la vacante puede proveerse con un ciudadano que no comparte el mismo pensamiento político del parlamentario saliente, o bien, no se provee en los casos en que un parlamentario fue elegido como independiente pero cesa su período militando en algún partido.

Por otra parte, es posible advertir otras clases de desventajas menores. Dada la naturaleza del actual mecanismo, puede suceder que el reemplazante sea una persona más valorada o respetada por sus correligionarios que aprobada por los propios representados, lo que genera una contradicción a nivel representativo. Además, dada la alta tasa de reelección parlamentaria, el actual sistema sirve de mecanismo para que los partidos potencien a un candidato para elecciones futuras, lo cual le da un carácter instrumental al escaño, distinto a su fin propio.

A fin de dar una impresión más gráfica de las consecuencias del actual mecanismo, resulta útil ilustrar lo anterior revisando los reemplazos que se efectuaron el 2011 en el Senado, año en que el mecanismo de provisión fue de reiterada aplicación. En las elecciones senatoriales del año 2005, Evelyn Matthei, fue electa senadora por la cuarta circunscripción con 71.697 votos. En las mismas elecciones Pablo Longueira, fue elegido senador por 318.434 votantes de la octava circunscripción. Al mismo tiempo, Andrés Chadwick, fue elegido senador por la novena circunscripción con 94.877 votos, y por último, Andrés Allamand, fue elegido senador en la X región norte con 90.030 votos²¹. Ninguno de ellos terminó su mandato como senador, pues antes

²¹ Servicio Electoral de Chile, resultados elección de senadores 2005 (2005): (Fecha última consulta: 10 de octubre de 2011). Disponible en: www.servicioelectoral.cl

del término de su período ingresaron al gabinete del Gobierno del expresidente Piñera: la primera como Ministra del Trabajo, Longueira de Economía, Chadwick como Secretario General del Gobierno, y el último en Defensa. Consecuencialmente, al sumar sus votos, más de 575.000 ciudadanos que votaron por un candidato a senador que resultó electo y cesó voluntariamente antes su mandato, no fueron representados por quien efectivamente eligieron. O desde otra perspectiva: en dicho período un 10% del Senado estuvo conformado por parlamentarios que no fueron elegidos en elecciones democráticas, sino que accedieron a su escaño al ser designados por algún partido. Este número sobrepasa lo que se pudiera prever de un sistema de reemplazo de parlamentarios, el cual pareciera que debe resolver situaciones excepcionales.

2. La no provisión de vacantes dejadas por independientes.

El artículo 51 en su inciso 4º hace una especial distinción entre parlamentarios que pertenecen a partidos políticos e independientes. Respecto a estos últimos, la vacante no es proveída, a menos que el independiente electo haya sido candidato integrando una lista en conjunto con uno o más partidos políticos, caso en el cual el respectivo partido será quien designe el reemplazante del independiente que deja el cargo.

Esta discriminación respecto a los independientes que no hayan postulado integrando lista con un partido político se explica sólo en cuanto el actual sistema, como se dijo, está inspirado en la idea de que el reemplazante tenga un ideario político similar al parlamentario que deja el cargo, a fin de que tenga características semejantes a ojos de los votantes, lo cual, como se ha visto, no sucede en todos los casos. Respecto a los independientes el legislador presume que ello no es posible, lo cual para algunos no constituye una discriminación arbitraria, sino que una imposibilidad “dada la naturaleza misma de lo que es ser independiente”²². Esto resulta discordante con varias normas tendientes a igualar las condiciones de participación de los independientes en relación con los militantes de partidos políticos, además de infringir el deber del Estado de “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas de participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, según el artículo 1º de nuestra Constitución.

Lo anterior refuerza el monopolio de la representación ciudadana en el Congreso Nacional a manos de los partidos, particularmente el de las dos principales coaliciones. Ello contraviene de manera evidente la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, la cual busca dotar de iguales condiciones para optar a cargos de elección popular tanto a militantes como independientes. Dicha ley cumple el mandato del artículo 18 de la Constitución, el cual señala que la ley orgánica constitucional que regule el sistema electoral público “garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de

²² Biblioteca Congreso Nacional (2008), p. 58.

partidos políticos, tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos”.

Por otra parte, al no proveer las vacantes dejadas por independientes sus votantes quedan en los hechos sin representación en el Congreso, lo que finalmente reduce el valor del voto ciudadano. Ello fortalece los votos de parlamentarios militantes, por cuanto dicho sufragio adquiere mayor valor en el hemiciclo al debilitar una minoría independiente capaz de hacer contrapesos a mayorías ya asentadas. Esto es problemático pues son precisamente los independientes quienes en su carácter de tales resguardan con especial ahínco las voluntades de sus electores, en algunos casos minorías (piénsese por ejemplo en un grupo étnico, religioso, una zona geográfica particular o incluso un género, etcétera), por lo que no reemplazar dichos cupos importa un especial desconocimiento del carácter de los proyectos que éstos representaban dentro de su universo de electores. Como señala Marcos Criado a propósito de la protección del mandato parlamentario, aquí protegiendo la extensión de éste, es decir, la efectiva oportunidad que tenga el independiente de ser reemplazado, importa no sólo proteger la mera función del mismo, sino la función en tanto “forma” jurídica de expresión de la voluntad de la nación²³.

3. *¿Cuándo debe aplicarse el mecanismo de provisión de vacantes parlamentarias?*

Como el artículo 51 de la Constitución no distingue los casos en que procederá la provisión de la vacante, el sistema de reemplazo deberá aplicarse cada vez que exista una vacante parlamentaria, sin importar la causal que la motivó²⁴. Para ello, el artículo 60 de la Constitución señala las causales de cesación en el cargo, norma que no establece todas las causales, ya que a las ahí contempladas debe agregarse la conclusión del período del diputado o senador, además de una causal natural, cual es la muerte del parlamentario²⁵. La renuncia, regulada en el artículo 60 inciso final, señala que: “Los diputados y senadores podrán renunciar a sus cargos cuando les afecte una enfermedad grave que les impida desempeñarlos y así lo califique el Tribunal Constitucional”. Es menester comentar que hasta antes de la reforma constitucional del 2005 el mandato parlamentario tenía un carácter irrenunciable²⁶; la exigencia de la actual regulación revela que la intención del legislador es proteger el mandato parlamentario, a fin de que el

²³ CRIADO, Marcos (2002).

²⁴ Ello contrasta con mociones parlamentarias que han propuesto modificar el sistema de reemplazo distinguiendo entre la causal que motiva la vacante. Para ello, distinguen entre causas naturales y causas que se originan en motivos políticos. Dentro de las primeras está la muerte del parlamentario y su renuncia por enfermedad grave; respecto a las segundas, se incluyen razones tales como asumir un alto puesto diplomático, haber jurado como Ministro de Estado, condenas penales con prohibición de seguir desempeñándose como parlamentario, o bien, la configuración de un ilícito de carácter constitucional, según los artículos 58 y 60 de la Constitución.

²⁵ VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto (2002): *Derecho Constitucional tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, p. 135.

²⁶ VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (2002), p. 141.

diputado o senador cumpla efectivamente con éste durante todo el período para el cual fue elegido.

4. Nombramiento de parlamentarios en ejercicio como Ministros.

En relación a la renuncia como causal de cesación en el cargo, se ha criticado la facultad que detenta el Presidente de la República para nombrar como Ministros de Estado a parlamentarios en ejercicio, no obstante de que a lo largo de nuestra historia constitucional se ha permitido esta situación. Así lo expone el Tribunal Constitucional en la sentencia ROL 1357 de 9 de julio de 2009, en sus considerandos sexto a noveno, al señalar que la actual norma constitucional del artículo 59 ha sido reiterada a lo largo de la historia, según lo señalaron antes las constituciones de los años 1833 en sus artículos 21 y 26 (luego de la reforma del año 1892), 1925 en el artículo 30, y ahora la de 1980, incluida la reforma del año 2005, que mantiene la esencia y, prácticamente, la misma redacción del precepto original, ahora en el actual artículo 59.

Aunque efectivamente se ha permitido, las circunstancias han variado. Manuel Núñez Poblete lo recuerda al decir que “la regla del artículo 59 (...) nace en el auge del pseudoparlamentarismo criollo, donde originariamente, los cargos de Ministro y parlamentarios no eran incompatibles”²⁷, alcance que resulta relevante, pero respecto del cual el Tribunal Constitucional parece no reparar en la sentencia citada.

A pesar de lo anterior, y considerando que la Constitución no prohíbe a los parlamentarios asumir como Ministros de Estado, esa designación aprovecha un incoherente vacío constitucional: el artículo 57 números 1 y 2 prohíbe que sean candidatos a diputados y a senadores “los Ministros de Estado, intendentes, gobernadores, alcaldes, miembros de los consejos regionales, los concejales y los subsecretarios”. Por ello es razonable pensar que la inhabilidad del artículo 57 debiera aplicarse no sólo a los candidatos, sino también a los reemplazantes que ocupan la vacante, tal como señala el artículo 51, ya que resulta incoherente exigir dichos requisitos a quienes sólo serán candidatos, dejando de demandar estas exigencias a quienes serán diputado o senador vía reemplazo (sin pasar por la condición de candidato).

Otro argumento que limitaría al Presidente de la República para nombrar como Ministros de Estado a parlamentarios en ejercicio es el relacionado con el inciso final del artículo 60 de la Constitución, el que permite la renuncia de parlamentarios en ejercicio sólo en la medida en que concurra “una enfermedad grave que les impida desempeñarlos”. La norma realza el valor del cargo parlamentario, indisponible para su titular, a quien su sola voluntad no le basta para dejar de ejercerlo. Además, por tratarse de una norma de derecho público, la interpretación debe

²⁷ NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2010): “Sobre la designación como Ministros de Estado de los parlamentarios en ejercicio. El fallo “Tohá” y el estatuto constitucional de los parlamentarios y los Ministros de Estado dentro de nuestro sistema presidencial. En: Sentencias destacadas 2009, Santiago: Libertad y Desarrollo, p. 103-104.

realizarse en sentido estricto; a contrario sensu, en consecuencia, los parlamentarios que no están afectados por una enfermedad grave no pueden renunciar a sus cargos. Así, “una cosa es la atribución de nombrar y otra, muy distinta, la atribución concedida al representante del cuerpo electoral para aceptar un cargo incompatible con su condición de parlamentario”²⁸.

Suponiendo que los nombramientos ministeriales de parlamentarios en ejercicio que hace el Presidente de la República son válidos, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional²⁹, debe comentarse sobre la conveniencia de permitir esta situación en un régimen presidencialista como el nuestro. A este respecto, según Núñez Poblete, la afectación que sufre la separación entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo al permitir nombramiento de parlamentarios en ejercicio como Ministros de Estado importa una confusión entre ambos, tal como ocurre en un sistema de carácter parlamentario. Además, provoca una serie de perjuicios al sistema político, a la independencia del Parlamento, la efectiva fiscalización que éste realiza y la alteración del mandato representativo del parlamentario en que se cancela por decreto la investidura que la ciudadanía le ha otorgado. Por ello, no es tan aventurado sostener que el impedimento absoluto de tomar Ministros de las cámaras fortalecería el poder de éstas últimas frente al Ejecutivo.

Ya que la Constitución no impide que el Presidente de la República nombre parlamentarios en ejercicio como Ministros de Estado, los cuales entonces cesan en sus funciones, debe analizarse la situación inversa: la posibilidad de que Ministros de Estado sean candidatos a diputados o senadores. Ello está expresamente prohibido en el artículo 57 de la Constitución, el cual regula las inhabilidades relativas, las que Nogueira entiende como las que afectan a personas que, poseyendo los requisitos de elegibilidad, no pueden ser elegidas por estar ejerciendo ciertos cargos o encontrarse en determinadas situaciones³⁰. Claramente los criterios para uno y otro caso son disímiles, pero la confusión entre poderes del Estado es la misma. En otras palabras: se permite que el Presidente de la República nombre como Ministros de Estado a parlamentarios en ejercicio, cesando éstos en el cargo y, por otra parte, se prohíbe expresamente que Ministros de Estado sean candidatos al Parlamento. La razón de las inhabilidades es garantizar la separación de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo, lo que acá, como vemos, ocurre sólo de manera parcial.

Según algunos, tal situación importa introducir un elemento parlamentarista a nuestro sistema “ya que los Ministros y subsecretarios pueden pasar a ser parlamentarios y estos a su vez ser Ministros o subsecretarios. Basta que el Presidente designe a un parlamentario como colaborador suyo, quedando así una vacante, y que el respectivo partido designe como

²⁸ NÚÑEZ POBLETE (2010), p. 104.

²⁹ *Lathrop y otros con Tohá*, rol 1357. Tribunal Constitucional de Chile, 9 de julio de 2009 (declaración de inhabilidad constitucional para ejercer el cargo de Ministro de Estado y elección de diputado reemplazante). En: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=1357-09>

³⁰ VERDUGO, PFEFFER, NOGUEIRA (2002), p. 132.

reemplazante a un ex colaborador del Presidente de la República”³¹. Parece entonces necesario igualar los criterios para uno y otro caso, dado que la consecuencia –confusión entre Poderes– es la misma, afectando la independencia que debe existir entre ellos y, en consecuencia, su funcionamiento.

V. ACERCA DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL AL MECANISMO DE PROVISIÓN DE VACANTES PARLAMENTARIAS

Parece adecuado que cualquier reforma a la actual regulación se inspire en mejorar su representatividad, fundándose para ello en los principios que guían la elección directa de quienes detentan cargos representativos. Es decir, dotando al electorado de la posibilidad de manifestar su preferencia, en concordancia con los artículos 4º, 5º, 47 y 49 de la Constitución Política. De este modo lo expone Navia, a un nivel más general, en relación a los principios rectores que deben regir una reforma electoral, identificando cuatro: representatividad, gobernabilidad, competencia y transparencia³².

En primer lugar, respecto a la representatividad, una modificación de esta materia debe asegurar, principalmente, que el reemplazante sea depositario de la voluntad ciudadana expresada en las urnas. Asimismo, debe igualar las condiciones entre parlamentarios de partido e independientes, ambos actores del sistema político con igual derecho a participar tanto en la obtención del escaño, como en su permanencia en él.

Respecto a la gobernabilidad, este mecanismo debe operar bajo criterios razonables y en situaciones de excepción, evitando que las vacantes se originen por nombramientos hechos por otro Poder, los cuales deben evitarse por cuanto alteran la voluntad manifestada por los electores. Debe entonces promoverse la estabilidad del cargo parlamentario, y una de las formas de hacerlo es fomentando su independencia frente al Ejecutivo, prohibiendo expresamente que este pueda nombrar a parlamentarios en ejercicio para otros cargos.

En cuanto a la competencia, la reforma de este mecanismo debe tender a “introducir grados de incertidumbre que otorguen significado real al ejercicio del sufragio”³³. Debe entenderse que en democracias donde disminuye persistentemente la participación, la competencia es un factor que la fomenta fuertemente.

³¹ RAVEST, Maximiliano (2010): *Forma de Gobierno en Chile: Nuevas prácticas y propuestas*. Ponencia presentada en el Congreso Constitucional el año 2010. En línea. (Fecha última consulta: 22 de junio de 2011). Disponible en: http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Maximiliano-Ravest_1252889203.pdf

³² NAVIA, Patricio (2006): “Principios rectores para una reforma electoral” (en línea) En: Serie En Foco, Expansiva, N° 68. (Fecha última consulta: 22 de junio de 2014) .Disponible en: www.expansiva.cl/publicaciones/en_foco/detalle.tpl?iddocumento=04072006114842, P. 1.

³³ NAVIA (2006), p. 6.

Y por último, transparencia. En un primer sentido eliminando la designación discrecional que se les ha otorgado graciosamente a los partidos y, en un segundo, dotando al sistema de provisión de vacantes de claridad y simpleza, lo cual lo permite un proceso electoral abierto a la ciudadanía.

En relación al cuerpo legal en que debe estar contenido este tipo de regulaciones, resulta más apropiado apartarla de la Constitución y regularla en una ley de jerarquía inferior. Esto, a fin de evitar que la Carta Fundamental contenga regulación de detalle, privilegiando que regule aspectos fundamentales. Como señala Jaime Bassa, la Carta debiera considerar sólo dos grandes aspectos: regulación del ejercicio del poder y garantía de los derechos fundamentales; el resto es tarea del legislador³⁴. Así, una regulación para proveer las vacantes parlamentarias en el sentido en que lo hemos expresado, bien podría estar regulada en la Ley de Votaciones Populares y Escrutinios, tal como sucedió bajo la Constitución de 1925, o bien una ley particular destinada a tal efecto. La provisión de vacantes parlamentarias, a pesar de ser una manifestación de regulación de ejercicio del poder, lo es de manera marginal, presentándose excepcionalmente, y el mecanismo que regula este sistema obedece a una normativa de detalle, que en cuanto tal, es preferible sistematizar en un cuerpo diverso a la Constitución.

VI. CONCLUSIONES

La regulación contenida en la norma del artículo 51 de la Constitución chilena, no obstante ser un mecanismo que opera excepcionalmente, abre una serie de discusiones y temas difíciles de abordar de manera breve, ampliando el debate a diversas materias, individualmente complejas y extensas, tales como soberanía, democracia, representatividad, relación e independencia entre Poderes del Estado, facultades presidenciales, mandato parlamentario, estatuto y rol de los partidos políticos, elecciones, entre varios otros, lo que dificulta abarcar el tema principal de manera estrictamente aislada.

La discusión en torno a la actual regulación de la provisión de las vacantes parlamentarias en nuestro ordenamiento, a nivel parlamentario, doctrinal y de opinión pública, se ha dado principalmente en los momentos puntuales en que estos mecanismos son aplicados efectivamente al generarse una vacante. De manera, postreforma constitucional del año 2005, el panorama particular de esta institución pareciera que se mantendrá inalterado, a menos que sea parte de alguna iniciativa que contemple un conjunto de reformas políticas mayores o, derechamente, una nueva constitución.

Toda reforma legislativa está antecedida por acuerdos políticos. En este sentido cabe preguntarse qué incentivo tienen nuestros representantes, y los partidos políticos en que ellos militan, para promover seriamente la modificación de una norma constitucional que los

³⁴ BASSA, Jaime: "Constitución y democracia". Diario Constitucional (En línea). Disponible en: www.congresoconstitucional.cl/?p=2480 Fecha última consulta: 23 de junio de 2014.

empodera con absoluta discrecionalidad a la hora de proveer el reemplazante de una vacante parlamentaria. Parece ingenuo pensar en graciosas concesiones de cuotas de poder, pero estas son las decisiones en que los partidos políticos deben mirar a largo plazo y de cara a sus representados, decisiones que deben tomarse mirando más allá de los fugaces intereses particulares, teniendo en esencial consideración la democracia que se construye como país. No hacerlo importa desoír el anhelo de mayor participación que se ha ido fortaleciendo los últimos años y seguir distanciándose de una sociedad civil que los legitima y enriquece.

En general, la regulación de los mecanismos para proveer las vacancias parlamentarias tiene relación con el sistema electoral de cada país. De ahí que no nos debiera sorprender que en Chile, en donde el sistema binominal es algo excepcional, la actual regulación sea particular, entregándoles tantas facultades a los partidos políticos para proveer la vacante con una persona que no ha sido elegida a través de votación alguna, a la vez que discrimina a los parlamentarios independientes no proveyendo su reemplazo.

En atención a lo analizado durante esta exposición, resulta oportuno concluir:

- a) El mecanismo vigente para proveer las vacantes parlamentarias empodera a los partidos políticos para designar discrecionalmente al reemplazante y, a la vez, discrimina a los parlamentarios independientes que han sido elegidos bajo esa condición, sin que sus vacancias sean proveídas.

Bajo el actual mecanismo los partidos detentan una cuota de poder soberano, teniendo la facultad de nombrar ellos mismos a representantes del pueblo en el Congreso, lo que esboza la idea de que titularidad sobre el escaño. Respecto a los independientes, estos no son reemplazados, puesto que, bajo este sistema, el ordenamiento razona que dada su naturaleza es imposible reemplazarlos, puesto que al carecer de una doctrina partidista determinada resulta impracticable encontrar un reemplazante que continúe su misma línea ideológica.

Las distintas soluciones dadas por el legislador, desde la dictación de Constitución de 1980 hasta la fecha, han prohibido la realización de elecciones complementarias, lo que como se ha visto, obedece a un temor basado en razones históricas, principalmente en el llamado “Naranjazo” de 1964 y la despolitización social que se promovió en la Constitución de 1980. Hoy no existen razones que justifiquen la prohibición de realizar este tipo de elecciones, las que como se ha visto, son la mejor manera para determinar al reemplazante que ocupará la vacante, pues sólo así se cumple lo expresado en los artículos 4º, 5º, 47 y 49 de la Constitución. Además, esta es la manera de uniformar las formas de acceso al Congreso de todos los parlamentarios, puesto que estas elecciones permiten recoger de manera directa la voluntad de los electores, al igual como sucede en las elecciones ordinarias, lo que genera precisamente el vínculo elector-parlamentario. Esto

tiene como consecuencia que los reemplazantes sean percibidos como efectivos representantes, legitimando su mandato a ojos de la ciudadanía. Modificar la actual regulación es una tarea pendiente que se relaciona directamente con la mejora de la calidad de nuestra democracia.

- b) En relación a la representatividad, se hace necesario modificar el mecanismo actual, pues de este no se deriva un mandato real a los parlamentarios reemplazantes. Por una parte, esto es fuertemente criticado por la ciudadanía, lo que a pesar de ser una regulación que opera de manera excepcional puede favorecer a que un alto porcentaje del Parlamento esté constituido por miembros que no han sido elegidos efectivamente por los electores, lo cual está en contradicción con las normas constitucionales que consagran los principios de nuestra democracia representativa.
- c) Aunque es deseable que cada parlamentario cumpla con todo el período para el cual fue elegido, es inevitable que sobrevengan casos de vacancia. Por ello debe promoverse que las vacantes parlamentarias sean situaciones excepcionales acaecidas principalmente por hechos involuntarios. De esa manera se protege la decisión emanada de los electores y se resguarda el cumplimiento por parte de diputados y senadores de la totalidad de su período parlamentario. Esto permite que los electores no pierdan certeza acerca de quién efectivamente los representará en el Congreso y los parlamentarios puedan realizar su labor con un grado mínimo de estabilidad.

Asimismo, la Constitución debe proteger el mandato parlamentario, y una de las maneras que tiene para hacerlo consiste en limitar a los mínimos los casos de vacancia, prohibiendo expresamente que parlamentarios en ejercicio asuman funciones distintas. En ese orden de ideas se hace necesario aplicar efectivamente el inciso final del artículo 60 de la Constitución, que versa sobre la renuncia al mandato parlamentario. Y a la vez, fortalecer la separación e independencia entre los Poderes del Estado, limitando la facultad que tiene el Presidente de la República para nombrar como Ministros a parlamentarios en ejercicio, así como hacer efectiva las inhabilidades del artículo 57 de la Constitución respecto de quienes ostentan cargos en el Ejecutivo en los casos en que postulen a cargos en Parlamento, vía directa o indirecta.

- d) Debe promoverse que la Constitución norme sólo aquellas materias fundamentales, evitando la regulación de normativa de detalle, dejando al legislador la tarea de reglamentar las demás materias en cuerpos legales distintos. De ahí que sea preferible que la regulación del mecanismo para proveer vacantes parlamentarias se encuentre en una ley de menor jerarquía. Esto favorecerá la modificación de asuntos respecto de los cuales no existen consensos asentados en nuestra sociedad y que, al no estar petrificados en

nuestra Carta Fundamental a través de altos quórum, puedan ser parte del natural debate democrático.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___BASSA, Jaime: “Constitución y democracia”. Diario Constitucional (En línea). Disponible en: www.congresoconstitucional.cl/?p=2480 Fecha última consulta: 23 de junio de 2014.

___CRIADO, Marcos (2002): “Nuevas formas de protección del mandato parlamentario en España e Italia” En: *Politeia*, vol. 25, N° 28 (Fecha de consulta: 21 de junio de 2014). Disponible en: http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-97572002000100002&lng=es&nrm=iso

___DE VEGA, Pedro (1985): “Sobre el significado constitucional de la representación política” (en línea) En Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), n° 44, (Fecha última consulta: 21 de junio de 2014). Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26824>.

___GODOY, Óscar (2001): “Representación y democracia”, en Revista de Ciencia Política, Volumen XXI, n° 2, p. 38.

___LIZAMA, Felipe (2011): “Historia y reflexiones sobre el artículo 51 sobre provisión de vacantes parlamentarias (A propósito de la incorporación de nuevos senadores y diputados)”. (Fecha última consulta: 16 de junio de 2014). Disponible en: www.diarioconstitucional.cl.

___MILL, John Stuart (1985): *Del Gobierno representativo*, Madrid: Editorial Tecnos.

___NAVIA, Patricio (2006): “Principios rectores para una reforma electoral” (en línea) En: Serie En Foco, Expansiva, N° 68. Pág. 1-14. (Fecha última consulta: 22 de junio de 2014) .Disponible en: www.expansiva.cl/publicaciones/en_foco/detalle.tpl?iddocumento=04072006114842

___NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2010): “Sobre la designación como Ministros de Estado de los parlamentarios en ejercicio. El fallo “Tohá” y el estatuto constitucional de los parlamentarios y los Ministros de Estado dentro de nuestro sistema presidencial. En: Sentencias destacadas 2009, Santiago: Libertad y Desarrollo.

___PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2005): *Reformas constitucionales 2005, antecedentes, debates e informes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Primera edición.

___RAVEST, Maximiliano (2010): *Forma de Gobierno en Chile: Nuevas prácticas y propuestas*. Ponencia presentada en el Congreso Constitucional el año 2010. (Fecha última consulta: 22 de junio de 2011). Disponible en:

http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Maximiliano-Ravest_1252889203.pdf

___SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000): *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo VI. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada.

___VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto (2002): *Derecho Constitucional*, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de la República de Chile de 1818, 1822, 1823, 1828, 1933, 1925, y 1980.

JURISPRUDENCIA

Jesús Alfaro Matos con Junta Electoral de Zona de Madrid, STC 10/1983, Tribunal Constitucional de España, 21 de febrero de 1983, (recurso contencioso electoral), En www.tribunalconstitucional.es/ Fecha última consulta: 22 de junio de 2014.

Lathrop y otros con Tohá, rol 1357. Tribunal Constitucional de Chile, 9 de julio de 2009 (declaración de inhabilidad constitucional para ejercer el cargo de Ministro de Estado y elección de diputado reemplazante). En: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=1357-09>

Rol N° 2-2011-AA, Tribunal Calificador de Elecciones Chile, 25 de enero de 2011 (vacancia cargos parlamentarios), en www.tricel.cl/informacioncausas

DOCUMENTOS OFICIALES

Servicio Electoral de Chile, resultados elección de senadores 2005 (2005): (Fecha última consulta: 10 de octubre de 2011). Disponible en: www.servicioelectoral.cl

Biblioteca Congreso Nacional (2008): Historia de la Constitución política, artículo 51, p. 7. Disponible en: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/historias_Ley_constitucion_por_articulo Fecha última consulta: 15 de junio de 2014.

Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de reforma constitucional que modifica el sistema de reemplazos de vacantes en cupos parlamentarios, Boletín N° 7935-07 (2011). Disponible en: www.camara.cl Fecha última consulta: 21 de junio de 2014.

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. Rosenkrantz, 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 7ª, 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, Página/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. Página/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.