

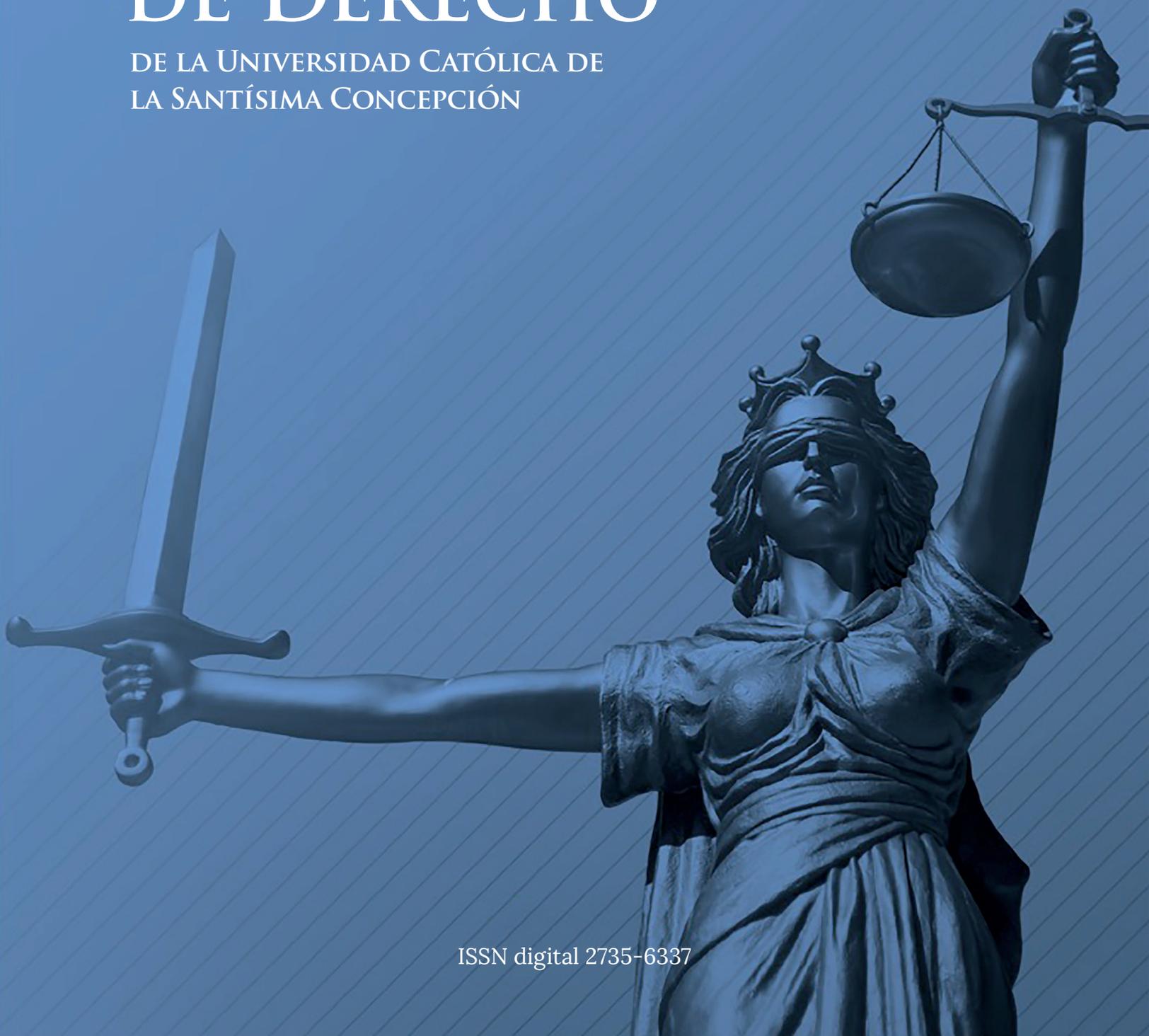


UCSC

EDICIÓN N° 43 | 2023

# REVISTA DE DERECHO

DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE  
LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN



ISSN digital 2735-6337

# REVISTA DE DERECHO

DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE  
LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

Director: **CRISTIAN AEDO BARRENA**

Subdirector: **RAMÓN GARCÍA ODGERS**

Secretario de redacción: **FABRIZIO MACALUSSO CASTRO**

## **Comité Editorial**

Carlos Amunátegui Perelló, Pontificia Universidad Católica de Chile

Manlio Bellomo, Universidad de Catania, Italia

Dante Figueroa Hernández, Georgetown University, EEUU

Rodrigo Fuentes Guiñez, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

Claudio Fuentes Maureira, Universidad Diego Portales, Chile

Abelardo Levaggi, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Renzo Munita Marambio, Universidad del Desarrollo, Chile

Francisco Orrego Vicuña, Universidad de Chile

Daniel Peñailillo Arévalo, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

Sophia Romero Rodríguez, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

José Luis Soberanes Fernández, Universidad Nacional Autónoma de México

Eduardo Soto Kloss, Universidad Santo Tomás, Chile

Alan Uzelac, Universidad de Zagreb, Croacia

Laura Velázquez Arroyo, Universidad Nacional Autónoma de México

Alvaro Vidal Olivares, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Adolfo Wegmann Stockebrand, Pontificia Universidad Católica de Chile

Jaime Williams Benavente, Universidad de Chile

La redacción de la *Revista de Derecho* tiene su sede en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Lincoyán 255, Concepción. Dirección postal: Casilla 297, Concepción. Fonos: 56-41-2345600 - 56-41-2345602. Correos electrónicos: [revistadederecho@ucsc.cl](mailto:revistadederecho@ucsc.cl) y [fmacalusso@ucsc.cl](mailto:fmacalusso@ucsc.cl)

Las solicitudes de colaboración, deben dirigirse al Director con copia al subdirector, en las direcciones señaladas anteriormente.

*Revista de Derecho* de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, ISSN digital 2735-6337, se publica semestralmente, en los meses de junio y diciembre.

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción y son de su exclusiva responsabilidad.

## Editorial

Publicamos el número 43 correspondiente al segundo semestre del año 2023, de la Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Como podrá ver el lector, se han mantenido e introducido una serie de cambios realizados a la página web y al formato de los artículos para adaptar la revista a los más altos estándares de publicación, con miras a lograr la gran meta de indexación en bases de datos relevantes. En miras de este objetivo se ha regularizado su incorporación a Latindex Catálogo 2.0 y se ha accedido, el año 2023, a las bases de datos LatinRev, Sherpa Romeo y Dialnet. Para el año siguiente, la revista espera la indexación en nuevas bases, de primer orden mundial, al margen de las ya conseguidas.

El campo y propósito de la revista se ha adaptado, para hacerla coincidir con las líneas de investigación de la Facultad y del programa de doctorado. La revista, por consiguiente, está abierta a todo tipo de trabajos originales, en las diversas áreas del Derecho privado y el Derecho Público, así como campos disciplinarios conexos. Aunque su ámbito geográfico preferente es América Latina, también está abierta a recibir trabajos de otras partes del mundo. Otro de los cambios importantes que se informa a la comunidad jurídica, es el paso de la revista a una de publicación continua, con una consolidación semestral.

En cuanto al número 43, el lector encontrará una muy variada oferta, de una calidad académica excepcional. En primer lugar, se podrá dar lectura a la segunda parte del artículo del profesor José Antonio González que nos muestra el derrotero histórico de los proyectos constitucionales hasta los fallidos proyectos rechazados. En segundo lugar, se podrá dar lectura a tres interesantísimos trabajos en Derecho privado, de materia muy variada, y estos son, un artículo de nuestro decano, el profesor Carlos Céspedes Muñoz, que desde un caso muy específico (reparación por daños causados por persecución de enjambre de abejas en un fundo ajeno) construye una teoría general de la compensación por sacrificio, para distinguirla de la indemnización por daños; un segundo trabajo, del profesor Jaime Alcalde Silva, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, donde explora la vida y aportes dogmáticos al Derecho Comercial de don Julio Olavarría, innovando en los estudios dogmáticos en

esta materia; y el tercero, del profesor José Luis Guerrero Bécar, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, que aborda y desarrolla el pensamiento de Guzmán Brito sobre los valores negociables desmaterializados, destacando que el profesor Guzmán Brito había sentado las bases dogmáticas de ese tratamiento en sus libros sobre las cosas corporales e incorpóreas; y, en su libro sobre la prenda civil, termina su exposición explicando con profundidad y agudeza el pensamiento de Guzmán aplicado a los títulos de valores que el título del manuscrito se refiere.

El lector encontrará otros dos interesantes trabajos. Por una parte, uno de Derecho procesal, escrito por el profesor Pablo Martínez Zuñiga, de la Universidad Católica del Norte, que nos ofrece una aproximación funcionalista al concepto de tutela judicial efectiva que permita darle viabilidad y contenido al concepto para el Derecho chileno y, por otra parte, un segundo artículo, que cierra esta edición, del profesor Matías Ulloa Correa, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, donde explora la relación entre los derechos fundamentales de primera generación; en particular, la propiedad y la libertad de expresión.

Finalmente, con dos interesantísimos comentarios de sentencia. El primero de ellos de los profesores Javier González Cuevas y Mauricio Aguirre Miranda, ambos de la Universidad Católica del Norte, analizan la sentencia de la Corte Suprema rol 41162-2019, a partir del cual se aborda la naturaleza del contrato administrativo y cómo la comprensión de dicha naturaleza impacta en el régimen frente al incumplimiento y, el segundo, del profesor Branco Aravena Cuevas, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, donde analiza la sentencia de la Corte Suprema, de 8 de febrero de 2023 rol 4057-2021, en el que se analizan cuestiones probatorias y sustantivas relativas a la nulidad de un contrato simulado.

No quiero terminar esta editorial sin antes agradecer a cada uno de los autores que han confiado en nosotros y, como siempre, al equipo editorial a cargo del número y que me acompaña en este hermoso desafío. Al decano, profesor Carlos Céspedes, por su inestimable apoyo, a los profesores Ramón García, subdirector, Fabrizio Macalusso, secretario de redacción y especialmente a Sebastián González Mendoza, coordinador de redacción, quien junto con los ayudantes de la revista han trabajado silenciosa e incansablemente.

**CRISTIAN AEDO BARRENA**  
*Director*

# Entre proyectos y realidades constitucionales en Chile: gradualidad, inflexión y ruptura. Parte II: Estado, ciudadanía y derechos entre 1980-2023

## *Between constitutional projects and realities in Chile: gradualism, inflection and rupture. Part II: State, citizenship and rights between 1980 - 2023*

**José Antonio González Pizarro**

Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile.

Correo electrónico: jagonzal@ucn.cl. <http://orcid.org/0000-0002-4030-0353>.

Recibido el 24/01/2023

Aceptado el 24/05/2023

Publicado el 12/10/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n43.01>

**RESUMEN:** Se prosigue el análisis de los proyectos constitucionales que no alcanzaron a ser promulgados, sea por constituir diseños que no fueron debatidos, o rechazados por la ciudadanía, después de la promulgación de la Constitución de 1980, cuestionada en su legitimidad. Siguiendo los criterios de filiación y de afiliación, procedentes de la teoría literaria de Edward Said, se fija una clasificación de la constitución y de los proyectos, en base de la tradición democrática republicana de base francesa o anglosajona, con sus

**ABSTRACT:** This paper continues with the analysis of constitutional proposals not enacted since they were not discussed or were rejected by citizens, after 1980 Constitution enactment, questioned in its legitimacy. Following filiation and affiliation criteria from Edward Said's literary theory, a classification of the constitution and proposals is made on the basis of the French and Anglo-Saxon republican democratic tradition, with emphasis on the State physiognomy, rights, and citizenship practice, which allows talking about

énfasis respecto de la fisonomía del Estado, los derechos y el ejercicio de la ciudadanía, que permite hablar de gradualidad e inflexión; contrastada con la mirada rupturista con tal tradición.

*gradualness and inflection, as compared with the view breaking down such tradition.*

**PALABRAS CLAVE:** Constitución, proyectos, derechos, Chile, participación.

**KEY WORDS:** Constitution, proposals, rights, Chile, participation.

## **I. ENTRE LA AFILIACIÓN Y LA RUPTURA DE LA GRADUALIDAD EN UN ESTADO NO DEMOCRÁTICO Y AUTORITARIO. LA CONSTITUCIÓN DE 1980**

El golpe militar de 11 de septiembre de 1973, abrió otro periodo en nuestra historia institucional. No obstante, tempranamente la Junta de Gobierno, en su primera sesión, de 13 de septiembre, hizo mención que “*se encuentra en estudio la promulgación de una nueva Constitución Política del Estado, trabajo que está dirigido por el profesor universitario D. Jaime Guzmán*”.<sup>1</sup> La Junta de Gobierno presidida por el general Augusto Pinochet Ugarte, siguió en este predicamento y el 24 de septiembre de 1973, estableció la Comisión Constituyente para redactar una nueva constitución política.<sup>2</sup> En octubre, se perfiló definitivamente la Comisión Constituyente, por el DS 1064, el día 25 de ese mes, con la finalidad “*para que estudie, elabore y proponga un Anteproyecto de una nueva Constitución Política del Estado*”.<sup>3</sup> Las primeras actas de la Comisión Constituyente mantuvieron lo prescrito por la Constitución de 1925, pero en materias económicas la inflexión hacia la iniciativa privada en reemplazo del Estado gestor, constituyó una idea fuerza matriz.<sup>4</sup> La tesis de estructurar una “*democracia protegida*”, ya se planteaba con meridiana claridad en la Declaración de principios del gobierno de Chile, de 1974, que Arenas vinculó con la búsqueda de una legitimación histórica e influencia ideológica en la figura de Portales.<sup>5</sup>

En su periplo por Europa, miembros de la Comisión Constituyente recabaron opiniones en España-todavía bajo el régimen de Franco- en Alemania y en Francia, donde le hicieron notar el contraluz entre la teoría y la realidad, siendo notable los juicios del jurista francés Georges Burdeau.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> ACTAS DE LA JUNTA GOBIERNO (1973), Acta Junta N°1. Consignemos la paradoja que el D.L N°1 de 18 de septiembre de 1973, que estableció la Junta de Gobierno, según el asesor legal naval Sergio Rillón, tomó como modelo fundante, la de la Junta de Gobierno de la República Socialista de 1932! [BARROS (2005), p. 69].

<sup>2</sup> La Comisión en el mes de septiembre tenía cuatro miembros, cuya tercera sesión se celebró el 26 de septiembre de 1973, presidida por Enrique Ortúzar, teniendo el Memorándum que contenía las “*Metas Fundamentales para la Nueva Constitución*” [ACTAS OFICIALES COMISIÓN (1975), I: 2]. Las páginas corresponden a las sesiones en particular.

<sup>3</sup> Decreto Supremo N°1064, de 1973.

<sup>4</sup> En la Sesión 10, 25 de octubre, se plantearon “*Algunos conceptos sobre salud para ser reincorporados en la nueva constitución en estudio*”, siguiendo criterios de la Organización Mundial de la Salud [ACTAS OFICIALES COMISIÓN (1975), I: 17-18].

<sup>5</sup> ARENAS (2002), pp. 226-229.

<sup>6</sup> En carta de 17 de enero de 1974 dirigida a Alejandro Silva Bascuñán, le formula sus aprehensiones sobre: “*el derecho de propiedad bajo el ángulo de la función social que satisface, ¿cómo podría el Estado encontrarse dotado para verificar que tal función sea bien cumplida y, llegado el caso, para sancionar el abuso individualista del derecho de propiedad?* 2. El informe evoca los mecanismos destinados a asegurar una defensa eficaz de los derechos humanos ¿Cuáles son esos organismos, quién puede actuar ante ellos

Cabe subrayar que, si bien en el periodo de 1973 a 1980, las disposiciones legales apelaron a la referencia de la Constitución de 1925, ésta fue, como lo destacaron Silva - Silva, una alusión que “*resultaba puramente nominal*”, puesto que fueron gradualmente modificando o derogando las disposiciones constitucionales. La Junta de Gobierno, en sesión N°7, de 21 de septiembre, nombró a los cuatro miembros para el estudio de la nueva Constitución Política, Enrique Ortúzar, Sergio Díez, Jaime Guzmán y Jorge Ovalle.<sup>7</sup> Entre 1973 y 1978 funcionó esta Comisión presidida por Enrique Ortúzar, integrada por los juristas Jaime Guzmán Errázuriz, Sergio Díez Urzúa, Jorge Ovalle Quiroz, Enrique Evans de la Cuadra, Gustavo Lorca Rojas, Alejandro Silva Bascuñán, Alicia Romo Román.<sup>8</sup> En el primer semestre de 1977, renunciaron Silva Bascuñán, Evans de la Cuadra y Ovalle Quiroz, siendo reemplazados por Luz Bulnes, Raúl Bertelsen, Juan de Dios Carmona y Rafael Eyzaguirre. La Comisión entregó el anteproyecto al Consejo de Estado, presidido por el ex presidente de la República Jorge Alessandri Rodríguez, que lo revisó entre 1978-1980, y finalmente aprobado por la Junta Militar presidida por el general Augusto Pinochet Ugarte.<sup>9</sup> La Junta de Gobierno se abocó a revisar el texto, entre los meses de julio y agosto de 1980, conformando un “*Grupo de Trabajo*” compuesto por Sergio Fernández, ministro del Interior, Mónica Madariaga, ministra de Justicia, el ministro Jefe del Estado Mayor Presidencial, general de brigada Santiago Sinclair, el secretario de Legislación de la Junta de Gobierno, capitán de navío JT Mario Duvauchelle y, en reemplazo de los miembros de la Junta Militar fueron delegados el Auditor General del Ejército, general de brigada (J) Fernando Lyon, el Auditor General de la Armada, contraalmirante JT Aldo Montagna, el Auditor General de la Fuerza Aérea y ministro Subsecretario del Interior, general de brigada aérea (J) Enrique Montero, y el mayor de Carabineros (J) Harry Grunewaldt, quienes revisaron el texto constitucional, que, finalmente, fue plebiscitado.<sup>10</sup> La Junta de Gobierno recaló algunos conceptos de las “*Bases fundamentales*”, como ser el bien común, la familia, el principio de subsidiariedad que se deslizó “*a regular los respectivos derechos individuales, en especial en la limitación a la actividad empresarial del Estado*”.<sup>11</sup>

Se erigió como la Constitución que más tiempo demandó en su redacción: siete años ininterrumpi-

---

y qué alcance debe atribuirse a su intervención?”. Sesión 21, 7 de marzo de 1974 [ACTAS OFICIALES COMISION (1975), I: 15]. Las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución Política de la República comprende 14 volúmenes y 3 de índices. Hemos consultado la colección completa que perteneció al destacado jurista Julio Ruiz Bourgeois, adquirida por la Escuela de Derecho- Antofagasta, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte. También se denominó Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile.

<sup>7</sup> ACTAS DE LA JUNTA DE GOBIERNO (1973), Acta N°7.

<sup>8</sup> En las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, se lee de la Sesión 1, de 24 de septiembre de 1973: “Uno de los primeros actos de la Honorable Junta de Gobierno fue designar la Comisión Constituyente con el encargo de elaborar un anteproyecto de nueva Constitución Política del Estado, la que en un comienzo estuvo integrada por los señores Sergio Díez Urzúa, Jaime Guzmán Errázuriz, Enrique Ortúzar Escobar, que en la sesión constitutiva fue elegido como su Presidente, y Jorge Ovalle Quiroz. Fue designado Secretario de la Comisión, don Rafael Eyzaguirre Echeverría. Posteriormente, con fecha 9 de octubre de 1973, se incorporaron como miembros permanentes de la Comisión, los señores Enrique Evans de la Cuadra, Gustavo Lorca Rojas y Alejandro Silva Bascuñán”. Por Decreto Supremo N°1.064, de 12 de noviembre de 1973, del Ministerio de Justicia, creó oficialmente la Comisión Constituyente [ACTAS OFICIALES COMISIÓN (1975), I: 2].

<sup>9</sup> Las “*Actas de la Honorable Junta de Gobierno*”, no solo se atuvieron a este año, sino que abarcaron todo el periodo de la dictadura entre 1974-1990. Se encuentran disponible en el sitio digital de la Biblioteca del Congreso Nacional. Véase ACTAS HONORABLE JUNTA DE GOBIERNO (1974-1990).

<sup>10</sup> Samuel Pérez Jofré ha estudiado detenidamente el papel que le cupo a la Secretaría de Legislación y a la Junta Militar en la revisión del texto constitucional visado por el Consejo de Estado. PÉREZ (2018), pp. 22-25.

<sup>11</sup> PÉREZ (2018), p. 48.

dos.<sup>12</sup> Se destacaron en la Comisión la mayoría de profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, algunos de la Universidad de Chile de Santiago y Valparaíso, y uno de la Universidad Católica de Valparaíso, más tres juristas sin vinculación con universidades.

En agosto de 1980 se convocó para el 11 de septiembre de ese año al plebiscito para aprobar o no la nueva Constitución Política. El resultado fue un total de 4.121.067 personas votaron “Sí”, aprobando y sumado los votos en blanco de 83.812, arrojó un 67,04% a favor de la nueva Constitución, mientras 1.893.420 se inclinaron por el “No”, lo que dio un 30,19% por el rechazo a la nueva Constitución. No obstante, las condiciones del acto electoral fueron severamente cuestionadas pues “se realizó sin registros electorales, bajo el estado de emergencia, restringidas las libertades públicas, con descarada intervención del Gobierno en favor del proyecto oficial, sin ninguna posibilidad de plantear alternativas a dicho proyecto, sin control serio del acto plebiscitario en cuanto a votación misma y a los escrutinios, sin Tribunal Calificador de Elecciones, etc.”<sup>13</sup>

La Constitución de 1980, fue promulgada el 21 de octubre de ese año. En el capítulo I Bases de la institucionalidad, se declaraba en su artículo 1:

*“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”*<sup>14</sup>

Con este supuesto quedaba establecido la relevancia de la familia y los grupos intermedios por sobre el Estado, el que debía amparar mediante la promoción del bien común.

La exclusión de los partidos de izquierda con filiación marxista quedó recogida en el artículo 8:

*“Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República”*.

---

<sup>12</sup> El constitucionalista Sergio Carrasco apuntó sobre el tema: las Constituciones anteriores a la de 1833 tardaron, la de 1811 (1 mes), la de 1812 (2 meses), la de 1818 (5 meses), la de 1822 (3 meses), 1828 (5 meses). La de 1833 demandó 1 año y 7 meses, la de 1925, 6 meses. CARRASCO (2016), p. 36 nota 3.

<sup>13</sup> BRIONES (1985), p. 24.

<sup>14</sup> CONSTITUCIÓN 1980 (1981), p. 8. Sobre el sentido- y discusión- de la noción de subsidiariedad, en ORTÚZAR y ORTÚZAR (2015) y GARCÍA y VERDUGO (2015).

Prohibición que se extendía a organizaciones, movimientos y partidos, donde, además, se perdía la condición de ciudadano (Art. 16, inc.3).

El terrorismo era penalizado y se planteaba que una ley con quorum calificado, “*determinará las conductas terroristas y su penalidad*” y serán considerados delitos comunes y no políticos (Art. 9). La privación de la nacionalidad estaba contemplada si se atentaba contra los intereses permanentes del Estado (Art. 11, inc.3).

En el capítulo III De los Deberes y derechos constitucionales, en el artículo 19, se consagraba nuevos derechos, como el derecho a la vida, respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Se debe subrayar que el derecho a la vida, cubría al *nasciturus* (Art.19.1), lo que significó una inflexión en los derechos a las personas, dado que en Chile el aborto estaba normado por el Código Sanitario de 1931. La Junta de Gobierno corrigió en septiembre de 1989, por ley 18.826, el artículo 119 del Código Sanitario, modificado durante la administración de Frei Montalva, que permitía el aborto. La relevancia del derecho a la vida en la discusión de la Comisión de Estudios, fue salvaguardar a éste ante las amenazas que se percibían en la vida contemporánea, desde el avance de las ciencias biológicas hasta la defensa de una visión del derecho natural.<sup>15</sup>

Novedoso fue la incorporación del derecho “*a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*”, donde se obligaba al Estado a “*velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*” (Art. 19 N°8). Aquello se tradujo en ampliar los derechos individuales y vincularlos al entorno inmediato.<sup>16</sup> Se ha subrayado que, con esta Constitución, se plantearía una teoría de la irretroactividad y de derechos adquiridos, fijados en el artículo 19 número 24, que apunta al derecho de propiedad “*en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales*”.<sup>17</sup> De igual forma, se ponderó la ampliación del recurso de amparo, al contemplar la seguridad individual como la libertad individual.<sup>18</sup>

La disolución del derecho a la salud, en un marco de seguridad social, quedaba recogido en el número 9 del artículo 24: “*El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo*”. De igual manera, el derecho a la educación, “*Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho*”, reforzado con la libertad de enseñanza. En cuanto a la seguridad social, el planteamiento constitucional era inequívoco:

“*La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestacio-*

---

<sup>15</sup> UGARTE (2006).

<sup>16</sup> Una discusión sobre la normativa fuerte en el plano constitucional y debilidad en la práctica, en GALDAMEZ (2017). Una interpretación de la dictadura en HUNEEUS (2000), en cuanto a la personalización del régimen; BARROS (2005), refiere de un co-gobierno Pinochet y la Junta de Gobierno.

<sup>17</sup> SACCO (2006).

<sup>18</sup> NOGUEIRA (1998).

nes básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias” (Art. 19 N°18).

La libertad de trabajo y su protección se enunciaba, resguardando que:

“Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos”.<sup>19</sup> La afiliación sindical sería voluntaria (Art. 19 N°19).

El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales, refrendaba la libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto los comunes a todos. Y su aseguramiento:

“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador” (Art. 19 N°24). Junto con afirmar el dominio absoluto del Estado sobre todas las minas, se abría la posibilidad de concesiones de exploración o de explotación.<sup>20</sup>

Se ha justipreciado lo establecido en el artículo 20, en cuanto al recurso de protección, sobre la afectación de una persona en el “legítimo ejercicio de los derechos y garantías”, por actos u omisiones arbitrarios o ilegales, que, a juicio de un autor, se transformó “en una verdadera revolución silenciosa”.<sup>21</sup> Las atribuciones del presidente de la República eran amplias y con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, “podrá declarar todo o parte del territorio nacional en estado de emergencia, en casos graves de alteración del orden público, daño o peligro para la seguridad nacional, sea por causa de origen interno o externo” (Art. 40 N°3).

El Congreso quedaba compuesto de la Cámara de Diputados y el Senado, en esta última por senadores elegidos y por senadores vitalicios, como los ex presidentes de la república; los senadores designados durarían ocho años, recayendo tales nominaciones en dos ex ministros de la Corte Suprema, un ex Contralor General de la República, los ex comandantes en jefe de las cuatro ramas de la Defensa Nacional, un ex rector de universidad estatal o reconocida por el estado, un ex ministro de estado (Art. 45). Tal disposición se apartaba de la filiación tradicional democrática.

Se mantenía la estructura del Poder Judicial, la continuidad del Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y la Contraloría General de la República.

En el capítulo XI se incorporó una nueva institución, alejada de la tradición democrática: el Consejo

---

<sup>19</sup> CONSTITUCIÓN 1980 (1981), p. 21.

<sup>20</sup> CONSTITUCIÓN 1980 (1981), p. 25.

<sup>21</sup> NAVARRO (2007), p. 21. Habrá que consignar que el recurso de protección establecido en la Constitución de 1980, ha sido el reconocido en su eficacia, dado que QUINZIO (2001), remonta el recurso de protección a la Constitución de 1818.

de Seguridad Nacional, donde una de sus facultades era “representar, a cualquiera autoridad establecida por la Constitución, su opinión frente a algún hecho, acto o materia, que a su juicio atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional” (Art. 96 letra b).

Un aspecto significativo fue el papel asignado al Banco Central, como “organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico”, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional (Art. 97).

El territorio nacional quedó dividido en regiones, éstas en provincias y en comunas. El gobierno comunal, quedaba restringido pues “el alcalde será designado por el consejo regional de desarrollo respectivo a propuesta en terna del consejo comunal. El intendente tendrá la facultad de vetar dicha terna por una sola vez” (Art. 108).

En cuanto a la reforma constitucional, se establecía que: “El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio” (Art. 116). En algunas materias, como los capítulos I, VII, X y XI, debía ser ratificada por los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada rama (Art. 118).

En las “disposiciones transitorias”, se mantuvo los derechos mineros a los concesionarios, mientras se dicta el Código de Minería, donde subsistirían, de igual modo, la gran minería del cobre y empresas nacionalizadas, según disposiciones segunda y tercera. Además, la inamovilidad de los jefes máximos de las FF.AA. y en la disposición décima cuarta, continuaba por ocho años el actual Comandante en Jefe del Ejército, general Augusto Pinochet.

Podemos sintetizar esta Constitución del modo siguiente. Al replantear la fisonomía del Estado hacia un Estado subsidiario en su materialización de un Estado liberal mínimo, despojó la capacidad de gestor económico a éste, reduciendo la burocracia fiscal, descartando los derechos sociales como cobertura estatal, concediendo la mediación de entidades privadas. De igual forma, las áreas social y mixta de la economía desaparecieron al ser privatizadas, proceso que se va a complementar con los códigos de derecho minero y de aguas. El mercado se constituyó en el factor decisivo en la economía, privilegiando la libertad del individuo, dado que el Estado renunció a los mecanismos que fomentaban la igualdad, más allá de la declaración nominal procedente del siglo XIX. En materias ideológicas, la doctrina de la seguridad nacional quedó recogida en la exclusión de la ideología marxista y la creación del consejo de seguridad nacional.

Empero, desde su génesis, la Constitución de 1980, fue impugnada por su carácter anti-democrática, cuestionándose sus contenidos como los denominados enclaves autoritarios, traducidos, apunta Cazor, en una “falta de consenso constitucional”, donde la democracia-soberanía popular, “no ha jugado el rol que se requiere como principio legitimador”, tanto en lo externo como en lo interno.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> CAZOR (2000), p. 27.

Constituyó la única Constitución de rasgos rupturista en nuestra historia institucional. La afiliación estuvo marcada por la no intervención de la soberanía popular, el sesgo ideológico de enfatizar una orientación corporativista y sentar una visión neoliberal a nivel constitucional y hacer inviable su modificación por los altos quórum establecidos. La anulación de la participación popular, la postergación de la implementación de un poder legislativo- durante ocho años- fueron elementos extraños a la tradición republicana y democrática, además v.gr., el Consejo de Seguridad Nacional, la segregación ideológica en la competencia electoral o los senadores designados, refrendaron el carácter rupturista con la tradición democrática y republicana de las dos vertientes mencionadas.

## II. LA PROPUESTA CONSTITUCIONAL DEL GRUPO DE LOS 24 CONTRA EL AUTORITARISMO Y EL RETORNO A LA GRADUALIDAD DEMOCRÁTICA

Empero, la oposición al texto y las circunstancias políticas que habían rodeado su redacción, hizo que un grupo de intelectuales, juristas e historiadores, se agruparan el 21 de julio de 1978 en el Grupo de Estudios Constitucionales, compuesto de 24 integrantes (donde se incorporó Alejandro Silva Bascuñán, que había renunciado en 1977 a la Comisión de la Constitución de 1980), realizando una serie de trabajo de subcomisiones. Una expresiva síntesis de su contribución fue el documento presentado en 1979 intitulado “*Bases fundamentales para la reforma constitucional*”, que glosaremos.

El trabajo de 23 páginas apuntaba a valores esenciales. Establecer un régimen verdaderamente democrático, que asegurara la protección de los derechos humanos, separación de los poderes públicos, generación periódica de los gobernantes, participación activa del pueblo en todos los ámbitos, igualdad de todos, justicia en el orden económico; el titular del poder constituyente es el pueblo; necesidad de perfeccionar la Constitución de 1925 y no una nueva constitución, el parlamento debe ser generado íntegramente por el pueblo, los partidos políticos son instrumentos esenciales de la vida democrática, procurar la democracia social para encauzar las inquietudes de la sociedad a través de sus organizaciones, creación de un consejo económico, social y cultural de la nación, que debe ser consultado por los poderes públicos para impuestos, planes económicos, etc., los modelos aplicables para el desarrollo económico social deben ser decididos por las mayorías, incorporar los derechos consagrados por el derecho internacional de derechos humanos, regulación de los regímenes de emergencia, introducir reformas al poder judicial para asegurar su real independencia y eficiencia, por medio del Consejo Nacional de Justicia, la Escuela Judicial, robustecer el Tribunal Constitucional.<sup>23</sup>

El Grupo de los 24 durante más de diez años entregó varios proyectos específicos sobre el poder judicial, el orden económico, los partidos políticos, estatuto de regionalización, consejo económico y social, poder político local, ciudadanía-inscripciones y sistema electoral, régimen de gobierno semi-presidencial y acta de derechos humanos y tuvo filiales en las principales ciudades de las regiones del país.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> GRUPO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES (1979).

<sup>24</sup> CHAPARRO (1992).

El cuestionamiento del Grupo de los 24 a la Constitución de 1980, era que consagraba “*un Régimen Autocrático Militarista y desconoce el ejercicio de los Derechos Humanos... cualesquiera sean las reformas que puedan introducirse, por el espíritu, por la letra que ella contiene, fundado en la doctrina de la Seguridad Nacional y en un Liberalismo Económico, no nos pueden llevar a la democracia*”, cuestionando que emplee la noción de soberanía popular, donde el pueblo no es fuente de poder sino un dispositivo de elección.<sup>25</sup>

Al año siguiente, el ex presidente de la República, Eduardo Frei Montalva, en acto público del 27 de agosto en el Teatro Caupolicán, planteó un itinerario de transición cívico-militar y la convocatoria de una Asamblea Constituyente que redactara una Constitución.

### III. DE LAS REFORMAS DE 1989 A LA CONSTITUCIÓN DE 1980 Y EL PROCESO DE REDEMOCRATIZACIÓN O INICIO DE LA TRANSICIÓN POLÍTICA

La pérdida del plebiscito por parte del gobierno de Augusto Pinochet el 14 de octubre de 1988 de prorrogar su mandato por otros ocho años más, derivó en una búsqueda de consenso entre los partidos de oposición al régimen autoritario—la Concertación de Partidos por la Democracia— y los partidos de derecha, la Unión Demócrata Independiente y Renovación Nacional. De las negociaciones resultó un paquete de 54 reformas constitucionales, que fueron aprobadas en el plebiscito de 30 julio de 1989. Reformas que fueron cuestionadas por “*entregar*” la Concertación aspectos importantes que pudieron utilizar más tarde en el gobierno, fundamentalmente la modificación de los artículos 65 y 68 y el 116 que aumentó el quorum de tres quintos a dos tercios. Los resultados del plebiscito arrojaron que de los 7.082.084 personas habilitadas para sufragar, 6.069.449, es decir un 85,7%, aprobaron la reforma, 581.605, un 8,21% la rechazaron; 324.283, con un 4,58% anularon y 106.747, con 1,51% votaron en blanco.<sup>26</sup>

En definitiva, el paquete de reformas aprobadas incluyó temas como, el nexos de los tratados internacionales en materias de derechos humanos con la Constitución;<sup>27</sup> la eliminación de la facultad presidencial de disolver la Cámara de Diputados, revisión de las disposiciones sobre Estados de Excepción, un nuevo quorum de aprobación de leyes y sustituir el mecanismo de reforma constitucional, el aumento de las circunscripciones senatoriales de 13 a 19; el deber de los órganos del Estado de respetar

<sup>25</sup> SANHUEZA (1985), pp. 95-96.

En las críticas al liberalismo económico, enunciaba SANHUEZA (1985), p. 105, “*algunos ejemplos que establecen esta categórica preeminencia del Liberalismo: – La consagración de la Propiedad Privada como Derecho, prácticamente absoluto. – La marginación del Estado, sólo con severas restricciones puede intervenir en la Economía. – La prohibición del Estado de desarrollar actividades empresariales, salvo que una Ley de Quorum calificado se las autorice... En definitiva, significa proscribir la igualdad social, fundamento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*”.

<sup>26</sup> CORREA (1990), PORTALES (2000), ANDRADE (1991).

<sup>27</sup> En las negociaciones entre el Gobierno, el partido de Renovación Nacional y los partidos de la Concertación de Partidos por la Democracia, se logró precisar entre los abogados constitucionalistas y de ciencia política, de los partidos políticos, un comité que entregó el 5 de abril de 1989, se logró consensuar la reforma al inciso 2 del artículo 5, por la siguiente fórmula: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los derechos esenciales que emanan de la persona. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución y por las normas internacionales que comprometan a Chile*”. Con esta idea, no solo se preparaba el retorno de Chile al concierto de países democráticos, sino una nueva etapa de la convivencia social y política [ANDRADE (2003)].

y promover los derechos esenciales de las personas; terminar con la facultad del exilio decidida por presidente de la República; que las nóminas de militantes de partidos políticos no fueran públicas y derogación del artículo 8.

Se debe puntualizar que la izquierda de la Unidad Popular, principalmente el Partido Socialista y sus sensibilidades o corrientes, tuvieron en el exilio una revisión de su postura ante la democracia, revalorizándola en conexión con la observación de los derechos humanos. Aquello se apartaba de lo estipulado en el proyecto constitucional de la Unidad Popular, y posibilitó la discusión constitucional desde 1989 adelante. Además, el nuevo Partido por la Democracia, se constituyó en una renovación de un sector de izquierda.<sup>28</sup>

Empero, se ha sostenido que, aun con las reformas de 1989 y 2005, la no legitimidad de la Constitución, que sigue aparentemente los mecanismos propios de una constitución democrática, “permite a quienes mantienen la solidaridad con la constitución impuesta a una sociedad que se democratiza, mediante el uso desproporcionado de mecanismos contra-mayoritarios, limitar el espacio propio del ejercicio de la política y el derecho”, daría cuenta de la denominada “constitución celda o straightjacket”.<sup>29</sup> Varios aspectos no democráticos limitaban el espacio propio de la política.

#### **IV. DESDE LA FIRMA EN LA CONSTITUCIÓN DEL PRESIDENTE LAGOS EN 2005 HASTA LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA PRESIDENTA MICHELLE BACHELET EN 2018. EN BUSCA DE LA GRADUALIDAD DEMOCRÁTICA E INFLEXIÓN HACIA EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL**

Durante la administración de Ricardo Lagos se introdujeron 58 modificaciones, eliminando los senadores vitalicios y designados, se redujo el mandato presidencial de seis a cuatro años, se incrementaron las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, se eliminó la función de garantes de la institucionalidad de las fuerzas armadas y se indicó la exclusiva facultad del presidente de la república para convocar al Consejo de Seguridad Nacional.<sup>30</sup>

Empero, había una insatisfacción no definida en la población, principalmente de los abusos y los altos costos que se debían pagar por las mediaciones en materias de salud, educación, previsión social y por los obstáculos que todavía se mantenían en la Constitución reformada de 2005 que, en materias de quorum para reformar la carta magna, se mantuvieron inalterables.<sup>31</sup> Y esta incomodidad por lo señalado se había expresado en varias manifestaciones sociales, al despuntar el segundo lustro del decenio del 2000.

---

<sup>28</sup> PERRY (2021), p. 547, refiere el año 1986 como un clivaje decisivo; CASALS y PERRY (2020).

<sup>29</sup> SUAREZ (2009), p. 250.

<sup>30</sup> Un examen de las reformas y su gestación en PFEFFER (2005). Una mirada crítica al periodo, refiere que la elite gobernante se acomodó a los enclaves autoritarios institucionales, en el periodo 1990-2010 [ZÚÑIGA (2012)]. ARANCIBIA (2020) ha tomado esta reforma constitucional del presidente Lagos, para hacer la trazabilidad de sus normas desde la Constitución de 1812.

<sup>31</sup> Un examen de la relación entre el poder Ejecutivo y el Congreso y los cambios en la percepción ciudadana- incluyendo la abstención electoral y el sistema binominal- con las modificaciones institucionales del año 2005, en CARRASCO (2008).

El constitucionalista Fernando Atria planteó de modo gráfico que la Constitución seguía siendo una carta que, en gran medida recogía el espíritu de Jaime Guzmán, de “*neutralizar al pueblo*”, y el tema es que el “*lenguaje paleontológico de los juristas*” no guardaba ninguna vinculación con las demandas formuladas políticamente, por ejemplo, poder constituyente o asamblea constituyente, puesto que, en estas críticas que comenzaban a surgir desde la población, el lenguaje que se estaba imponiendo era el de los ciudadanos y no de los juristas, y el texto constitucional guardaba “*trampas constitucionales*”, de puntuales cerrojos, como las leyes orgánicas constitucionales y sus quórums de aprobación, el sistema binominal y el control preventivo del Tribunal Constitucional y el metacerrojo, los quórums de reforma constitucional.<sup>32</sup>

Uno de los cerrojos fue el fin del sistema electoral binominal en mayo de 2014.<sup>33</sup>

En este contexto, la presidenta de la República Michelle Bachelet se hizo cargo de esta vinculación de las expresiones de protesta y la necesidad de una nueva constitución. Y así lo recalcó en su mensaje, donde señaló que las instituciones políticas no podían quedar rezagadas ante la modernización democrática. De ahí, su perseverancia en llevar a cabo “*un proceso constituyente democrático, institucional y participativo*”. En su visión, había que conciliar las demandas y desafíos actuales con el nuevo edificio institucional donde se rescatara las “*tradiciones democráticas y republicanas*”, como resultado del “*consenso de los diferentes sectores de nuestra sociedad*”.<sup>34</sup>

Los fundamentos de la presidenta Bachelet fue acudir a la tradición constitucional chilena, republicana, democrática y social, pues las diversas cartas exhibían ciertos elementos comunes que daban cuenta de principios orientadores, sobre los derechos, los órganos del Estado y las características de la institucionalidad. Normas que habían persistido sin mayores variaciones en el tiempo, “*como la división de poderes, la elección democrática de las autoridades, las normas sobre soberanía, nacionalidad y ciudadanía, los derechos fundamentales como parte nuclear de la Constitución*”. Y se repasaba desde la Constitución de 1828, hasta que sobrevivió el golpe militar:

“*La Constitución de 1980 es producto del golpe de Estado de 1973 y surge durante la dictadura que le siguió, a través del D.L. N° 128 el cual confirió a la Junta de Gobierno el poder constituyente y las facultades para modificar, suspender y derogar la Constitución, aprobando una nueva en su reemplazo*”.<sup>35</sup> Los ejes rectores se apartaban decisivamente de la tradición:

“*Los ejes rectores originales de esta concepción político-jurídica son cuatro: 1) el establecimiento de una*

---

<sup>32</sup> ATRIA (2013).

<sup>33</sup> Por Ley N°20.840, de 2014, se reemplazó el sistema binominal por uno de carácter inclusivo. Empero, también significó hacer un redistritaje de los territorios, modificando los distritos electorales de diputados de 60 a 28, aumentando el número de diputados de 122 a 155; lo mismo aconteció con los senadores que en las 15 circunscripciones senatoriales elegirían ahora 50 en vez de los 38. Como constatación de la influencia del mundo femenino, la ley aseguró una cuota a las mujeres para actuar en política, exigiendo un 40% de candidatas. Esto comenzó a regir en 2017. Véase Ley N°20.840, de 2015. Consignemos de paso, que el Servicio Electoral, por Ley N°20.860, de 2015, se le otorgó rango constitucional. Véase Ley N°20.860, de 2015.

<sup>34</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018), pp. 2-3.

<sup>35</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018), p. 9.

sociedad de libertades con primacía de los derechos económicos; 2) el rol subsidiario del Estado; 3) la fijación de una democracia no pluralista y tutelada; y 4) la consagración y ejecución de la doctrina de la seguridad nacional”.

El tema pendiente era el de la legitimidad, aun cuando se reconocía que “nos ha permitido gozar de una democracia estable”.<sup>36</sup>

En procura de una nueva constitución, en el año 2015 se abrió el Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía, como política de Estado, y como se afirmaba en el Mensaje, “Es respetuosa de la institucionalidad vigente y del Congreso Nacional como poder constituyente derivado e incorpora a los ciudadanos y ciudadanas como protagonistas”, basado en tres fases o momentos, Encuentro, Deliberación y la Soberanía. En la etapa Encuentro “se realizaron más de 9 mil instancias de discusión constitucional, y participaron 204.402 personas”. La etapa Participativa, dio como resultado las “Bases Ciudadanas para una Nueva Constitución”. El proceso fue reconocido internacionalmente. También hubo una consulta de participación indígena, acorde al convenio 169 de la OIT.

Se concluía en este proceso inédito con “la participación pública incidente como elemento legitimador de la Constitución y de reformulación del ejercicio del poder constituyente”, y se planteaba la necesidad de ampliar el consenso constitucional fundante. Y esto era un proceso de elaboración de una nueva constitución “desde abajo hacia arriba, que genere una conciliación entre la ciudadanía y el sistema representativo, promoviendo un diálogo político plural y abierto. Lo anterior es hoy un requerimiento para la elaboración de los textos constitucionales democráticos”.<sup>37</sup> De esta manera, la incidencia de las Bases apuntaba a que la ciudadanía se apropiara del texto y lo hiciera suyo en los contenidos, alcanzando la “legitimidad social”, para que emerja una Constitución democrática y social.

La nueva Constitución debía contener la inflexión que requerían las circunstancias:

“Así, junto con la democracia como valor primordial, nos alejamos del individualismo y avanzamos hacia un modelo de Estado solidario, que concilie los intereses personales con los de la comunidad toda. Lo anterior requiere una adecuación del Estado a los nuevos estándares y deberes, como lo son el respeto al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural. Es en este equilibrio sobre el cual se edifica la Nueva Constitución. Como segundo elemento, la Nueva Constitución se funda en los derechos fundamentales de las personas. Establece por un lado un perfeccionamiento de los derechos actuales tales como igualdad, salud, la educación y trabajo; se pone al día con nuestra deuda histórica con los pueblos indígenas reconociendo sus derechos, y establece derechos que dan cuenta de los cambios políticos, sociales y culturales que hemos experimentado en los últimos años, estableciendo el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos de los niños niñas y adolescentes, el derecho a la participación, entre otros”.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018), p. 11.

<sup>37</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018), p. 20.

<sup>38</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018), pp. 23-24.

Otra de las reformas apuntaba al régimen político, un equilibrio entre el Ejecutivo y el Legislativo, eliminación de los quórum supra- mayoritario, y buscar un quórum único de tres quintos.

El artículo 1 de la Constitución de 1980, sería modificado por el siguiente Preámbulo:

*“Nosotros, los pueblos de Chile, responsables ante nuestra historia y su porvenir, nos otorgamos esta Constitución Política de la República de Chile. Lo hacemos en forma libre y democrática, ejerciendo el poder constituyente originario del que estamos investidos. La finalidad de este acto solemne es vivir en paz, en justicia y en prosperidad dentro de nuestras fronteras, y convivir con todos los países y pueblos del mundo, promoviendo y respetando la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad y los derechos fundamentales de todos los seres humanos”*<sup>39</sup>

El capítulo “Bases de la Institucionalidad” era reformado totalmente por “Disposiciones Fundamentales del orden Constitucional”, donde se planteaba que las personas nacen libres e iguales y la dignidad de las personas es inviolable y la familia es el núcleo base de la sociedad (Art.1). La organización del Estado y su finalidad, estaban consignados en los dos siguientes artículos. Importante era la declaración del artículo 4:

*“La soberanía reside en la Nación y en sus diversos pueblos indígenas. Su ejercicio se realiza por los ciudadanos a través de las elecciones y los plebiscitos que esta Constitución y las leyes establecen... El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos humanos”*.

En cuanto a los pueblos originarios, la inflexión era clara en su artículo 5:

*“El Estado reconoce a los pueblos indígenas que habitan en su territorio como parte de la Nación chilena, obligándose a promover y respetar su integridad de tales, así como sus derechos y su cultura. Los pueblos indígenas participarán como tales en el Congreso Nacional, mediante una representación parlamentaria, cuyo número y forma de elección serán determinados por una Ley Orgánica Constitucional”*.

El artículo 9 se pronunciaba en materias penales que *“El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario al Estado de derecho. Las conductas punibles tipificadas como delitos terroristas, así como la responsabilidad en su comisión, serán establecidas en un título especial dentro del Código Penal. Las reglas procedimentales para su juzgamiento serán materia del Código Procesal Penal”*.

El capítulo II “Nacionalidad y Ciudadanía”, no traía novedad alguna. El Capítulo III “De los derechos fundamentales, Garantías y Deberes Constitucionales”, mantenía como primer derecho el de la vida y la integridad física y síquica (Art.19, inc.1), el derecho a la personalidad, un tercer inciso inédito, *“El derecho de los niños, niñas y adolescentes al respeto de su integridad y desarrollo moral, físico, psíquico y sexual. Igualmente, tienen derecho a ser tratados de acuerdo a su grado de madurez y autonomía progresiva en los asuntos que les afecten”*. Los incisos 11 y 12, reservaban el derecho *“a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar*

---

<sup>39</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018), p. 26.

la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente” y el 12 “El derecho a vivir en una vivienda dotada de las condiciones materiales y del acceso a los servicios básicos, según se establezca en la ley”.<sup>40</sup>

El retorno de los derechos sociales se evidenciaba en el inciso 13 del artículo 19 “El derecho a la protección de la salud. El Estado garantiza el libre e igualitario acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud y a la rehabilitación del individuo”, y el derecho al trabajo y su protección, el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva y el derecho a la huelga quedaban recogidos en los incisos 23 y 26. El derecho a la seguridad social quedaba ampliamente manifestado en el inciso 25, señalando “cada persona tendrá el derecho a elegir, sin ser discriminado negativamente, el sistema de pensiones al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.<sup>41</sup>

El dominio del estado sobre las minas no inhibía el procedimiento concesional, siempre y cuando apuntara hacia el bien de la comunidad y podía caducarse la concesión solo por sentencia judicial. Se mantenía la regulación de las aguas, como concesión a particulares, aun cuando se declaraba que eran bienes de uso público (Art.19, inciso 31). Se garantizaba el derecho de propiedad y solo se podía expropiar por ley especial y el juez podía suspender tal acción.

La amplia promoción de las artes y la cultura, tanto para sus autores y de los pueblos originarios.

Concluía el extenso artículo 19 con la afirmación en su inciso 33:

*“La seguridad de que los derechos garantizados por esta Constitución no pueden ser afectados en su esencia”.*

La acción de tutela de derecho estaba garantizada por la Constitución para reclamar contra cualquier persona o institución.

El artículo 22 establecía el nexo entre derechos y deberes para todos los habitantes:

*“Todo habitante de la República debe respeto a Chile, a sus emblemas nacionales y a los emblemas de sus pueblos indígenas. Son emblemas de la Nación chilena la bandera nacional, el escudo de armas de la República y el himno nacional. Los chilenos tienen el deber fundamental de honrar a la patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena y de sus pueblos indígenas. El servicio militar, los tributos y demás cargas personales que imponga la ley, son jurídicamente vinculantes en los términos y formas que ella determine”.*

Un buen número de artículos regulaba la institución del Presidente de la República (Capítulo IV, arts. 23-31), de los Ministros de Estado (Arts. 32-37).

---

<sup>40</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018), p. 37.

<sup>41</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018), p. 42.

Las bases generales de la administración del Estado, y estados de excepción constitucional, proseguía los mismos criterios de la Constitución precedente; en cuanto al Congreso Nacional, en el capítulo V, se recogía la división tradicional en dos cámaras, como las materias de leyes (hasta el art. 76).

En cuanto al poder judicial, capítulo VI “*La jurisdicción*”, proseguía las mismas normas. Lo concerniente al ministerio público, capítulo VII, regulaba el funcionamiento del Fiscal nacional y los subordinados; el capítulo VIII “*Tribunal Constitucional*” como el siguiente destinado al servicio electoral no traían novedades; lo mismo la Contraloría general de la república. Y, también, lo relativo a las FF. AA y de Orden.

El capítulo XII “*Consejo de Seguridad Nacional*”, seguía como órgano asesor del Presidente de la República y convocado por él. La autonomía del Banco Central se consagraba en el capítulo XIII.

El capítulo XIV “*Gobierno y administración interior del Estado*”, mantenía la división del territorio en regiones, provincias y el gobierno local en la municipalidad, haciéndose eco del proceso de regionalización se incorporaba el gobernador regional, elegido democráticamente, y la figura del delegado presidencial, lo mismo una delegación presidencial provincial.

El capítulo XV se destinó a reforma constitucional, que debía iniciarse por mensaje presidencial y ser aprobado por la cámara por el voto de tres quintas partes de ambas cámaras. El presidente podía rechazarlo, y las cámaras insistir con el mismo quorum, teniendo el presidente dos opciones: “*el presidente deberá promulgar dicho proyecto, a menos que consulte a la ciudadanía mediante plebiscito*” (Art. 131). El plebiscito era la herramienta para dirimir discrepancia entre el congreso y el ejecutivo frente a reformas parciales.

El proyecto era firmado por la presidente Michelle Bachelet, el ministro del Interior Mario Fernández y el ministro de Hacienda, Nicolás Eyzaguirre. Conformó 113 páginas.

Era claro que la propuesta reflejaba en plenitud el mensaje presidencial, recogiendo lo omitido o perdido en la Constitución de 1980 respecto a los derechos consagrados en la de 1925 con sus reformas ulteriores.<sup>42</sup>

La suerte del proyecto discurrió mal, pues fue propuesto seis días antes del término de la administración de la presidenta Bachelet<sup>43</sup> y desechado por el nuevo presidente de la República Sebastián Piñera.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Una comparación entre la propuesta de Bachelet y la Constitución de 1980, reformada en 2005, en FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE (2018).

<sup>43</sup> EL PAÍS (2018).

<sup>44</sup> CHADWICK (2018). Paradojas de la historia. En los meses de incertidumbre, de octubre y noviembre de 2019, el presidente Piñera llamó a la ex presidenta Bachelet y le consultó si, de acoger el proyecto constitucional de 2018, constituiría una salida política al conflicto. La ex presidenta Bachelet le señaló que no respondía al momento en que se encontraba el país. Consejo Constituyente, Comisión 1, Sesión 7 de agosto de 2023. Fuimos testigos de esta infidencia, por ser Consejero Constituyente y haber asistido a la mentada sesión.

## V. LA PROPUESTA CONSTITUCIONAL DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE DEL 2021-2022. DISCURSO Y TEXTO DE UNA AFILIACION IDEOLOGICA DISRUPTIVA EN SU PROFUNDIZACION DEMOCRATICA

Después de los cruentos sucesos del 18 de octubre de 2019, que simbolizó el estallido social, se plantearon, desde distintas vertientes, cambiar el sistema de salud, previsión y educación imperantes, avanzar en el reconocimiento de los pueblos originarios, en dotarse de una nueva Constitución Política, no faltando los que cuestionaban el derecho a la vivienda y a un transporte público. Aspectos provenientes desde variados argumentos y procedencias geográficas y de sensibilidades ciudadanas que, en un criticado manejo político gubernamental, se transformó en una crisis gravísima del Estado.<sup>45</sup> Sin embargo, se pudo pasar de la denominada “*vuelta corta*”, restaurar el orden público, a la “*vuelta larga*”, una salida política al conflicto.<sup>46</sup> El acuerdo, de la mayoría de los partidos políticos con representación parlamentaria, condujo a buscar una salida institucional teniendo como telón de fondo las demandas de la ciudadanía. El 15 de noviembre se acordó llamar a un plebiscito. El plebiscito se realizó el 25 de octubre del 2020. Un 78% de los votantes apoyó la redacción de una nueva constitución; y un 79%, que la Convención fuese conformada íntegramente por personas especialmente elegidas para ello.

Un aspecto relevante fue la ley constitucional del 24 de diciembre de 2019, que estableció el artículo 142 de la Constitución de 1980 y organizó el plebiscito de ratificación. El plebiscito de inicio fue de voto voluntario y el de ratificación con voto obligatorio, con pena de multa al transgresor. Esto nos explicaría que en el año 2020 participaron 7.573.914 electores, equivalente al 51% del padrón electoral, mientras en el año 2022, participaron 13.024.792 que reflejó el 86% del electorado total.<sup>47</sup>

La elección de los constituyentes se verificó entre los días 15 y 16 de mayo de 2021 y la Convención Constitucional se constituyó un 4 de julio de 2021. Las listas dieron lugar a la participación de los partidos políticos y también a varios movimientos. El nuevo panorama ideológico que recogió la Convención Constituyente quedó reflejado en el siguiente cuadro 1:

---

<sup>45</sup> El denominado “*estallido social*” del 19 de octubre de 2019, tuvo una repercusión internacional, por constituir Chile, el país que exhibía varios indicadores sobre la estabilidad política, crecimiento económico y un mejoramiento de la calidad de vida. Los sucesos de octubre produjeron una gran cantidad de monografías de distinta calidad y género. Para una mirada, desde distintos ángulos, el equilibrado libro de HERRERA (2019), el volumen surgido de un taller de la Fundación Siglo XXI, coordinado por GARRETÓN (2021), los aportes de los/las historiadores/historiadoras del Departamento de Ciencias Históricas de la Universidad de Chile, en ARTAZA ET AL (2019), que se complementa con lo reunido por ELGUETA y MARCHANT (2020) y lo de GARCÉS (2020).

<sup>46</sup> BLUMEL (2023).

<sup>47</sup> GLENISSON (2022).

Tabla 1. Resultados de escaños por listas.

| Nombre de la Lista                | Orientación ideológica          | Número de escaños obtenidos |
|-----------------------------------|---------------------------------|-----------------------------|
| Vamos por Chile                   | Centro derecha-derecha          | 37                          |
| Lista del Apruebo                 | Centro Izquierda                | 25                          |
| Independientes no neutrales       | Centro izquierda                | 11                          |
| Lista del Pueblo                  | Izquierda                       | 27                          |
| Apruebo Dignidad                  | Izquierda                       | 28                          |
| Otras candidaturas fuera de Pacto | Centro Izquierda                | 10                          |
| Pueblos Originarios               | Elegidos por escaños reservados | 17                          |

Las elecciones se verificaron en mayo del 2021, y de los 155 elegidos 103 no eran militantes de partidos. De los cuales hubo 78 hombres y 77 mujeres. Hubo tres comisiones de régimen interno y siete comisiones temáticas y una comisión de armonización.<sup>48</sup>

Constituyó la primera experiencia en que una Convención Constituyente completamente elegida por la ciudadanía, no solo representaba el crisol de la sociedad chilena, sino que acometía de modo soberano la articulación de los contenidos de la nueva Carta Magna. Un actor principal de la Convención trazó el significado de la Convención vinculándolo con el estallido social de octubre de 2019:

*“Así, este proceso constituyente se explica, en una medida muy importante, por la transversalidad social y territorial que adquiere la precarización de la vida como motor de los conflictos sociales, la difícil coexistencia entre la progresiva consolidación del individualismo posesivo en el país y la emergencia de una serie de demandas sociales que reivindican una sociedad más justa y equitativa y, por cierto, por la ceguera de una élite que se negó, persistentemente, a reconocer el carácter estructural de la precarización de la vida social y su estrecha relación con el diseño constitucional vigente”.*<sup>49</sup>

De los 155 integrantes los movimientos sociales y pueblos originarios conformaron 90 convencionales, lo que demostró la dispersión de las posturas- además de los integrantes de los partidos políticos- Vamos por Chile y Apruebo Dignidad- y la eventualidad de incorporar, como sucedió, tópicos que, distanciados de las demandas ciudadanas, no solo hegemonizaron los debates, sino que fueron los más visibles en los medios de comunicación y redes sociales.

En las votaciones de reglamento y contenidos, el conglomerado que alcanzó los 2/3 estuvo conformado con los votos de la lista del pueblo, pueblos originarios, apruebo dignidad, independientes no neutrales, parte de la lista del apruebo e independientes pertenecientes a movimientos sociales de base bajo la categoría “otros” en la figura. En cuanto al ordenamiento por grupos políticos y personas

<sup>48</sup> GARRIGUES (2022).

<sup>49</sup> BASSA (2021), p. 1.

afines, tenemos tres modos de operar: “En la primera convergen convencionales de Apruebo Dignidad (AD), Pueblos Originarios (PPOO), Lista del Pueblo (P) y otros fuera de pacto (O); en la segunda, fundamentalmente convencionales de la Lista del Apruebo (A), Independientes No Neutrales (NN) y O, aunque hay algunos representantes de AD; finalmente, el tercer grupo lo conforma íntegramente miembros de Vamos por Chile (CV), el pacto de partidos e independientes de derecha”.

El politólogo Jorge Fábrega, describió la composición de los miembros de la Convención Constituyente del modo siguiente:

“La Convención Constitucional de Chile 2021-2022 representa un caso inusual en que un cuerpo colegiado comienza a funcionar sin restricciones de agenda impuestas por otros órganos, con total libertad para definir sus propias reglas de funcionamiento y compuesta por personas con mínimos lazos previos desde los cuales construir acción colectiva. Ello no era lo que buscaba la clase política chilena con representación parlamentaria cuando ideó este mecanismo para encausar una salida a la crisis social iniciada en octubre del 2019. Por el contrario, ellos esperaban poder controlar el desarrollo de la Convención logrando que ésta fuese integrada por miembros de sus filas. Pero lo que no anticiparon fue que al momento de elegir a los integrantes de esa instancia (los convencionales), la ciudadanía preferiría individuos mayormente independientes sin vínculos con los partidos”.<sup>50</sup>

La Convención se estructuró por tres comisiones que, podríamos calificar de técnicas, como fueron la Comisión de Preámbulo, la Comisión de Normas Transitorias y la Comisión de Armonización, encargadas desde plantear una propuesta hasta velar por la calidad técnica y coherencia del texto.<sup>51</sup>

En la parte de contenidos, la Convención se organizó en varias comisiones, a saber, la Comisión sobre Sistema Político, Gobierno, Poder Legislativo y Sistema Electoral; la Comisión de Forma de Estado, Ordenamiento, Autonomía, Descentralización, Equidad, Justicia Territorial, Gobiernos Locales y Organización Fiscal; la Comisión sobre Derechos Fundamentales; la Comisión sobre Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico, la Comisión sobre Sistemas de Justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional, la Comisión sobre Sistemas de Conocimientos, Culturas, Ciencia, Tecnología, Artes y Patrimonios; la Comisión de Participación Popular; la Comisión de derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacional; la Comisión de Enlaces Transversales.

La riqueza de contenidos constituyó paradójicamente la complicación mayor en la redacción del texto y en la comprensión de la ciudadanía.

Lo disruptivo en la Constitución es que asumió, dada la composición de sus integrantes, distintas sensibilidades respecto a la sociedad, la naturaleza, la cultura, etc., abordando también contenidos

---

<sup>50</sup> FÁBREGA (2022), p. 127.

<sup>51</sup> Una visión de su funcionamiento en CONTRERAS ET AL (2022). Constituye el principal volumen dedicado a esta experiencia constitucional. Agradecemos a la Dra. Viviana Ponce de León, la gentileza en hacernos llegar el volumen pre-print.

inéditos en la trayectoria constitucional nacional y comparada.<sup>52</sup>

La afiliación apuntó a sentar materias que eran sensibles para la ciudadanía, v.gr. el reconocimiento de los pueblos originarios, pero que significó la incorporación de temáticas como la plurinacionalidad, el vivir bien, cuya vertiente no se ajustó a la tradición republicana de contenidos incorporados en la Constitución, más inclinados a nociones provenientes de países europeos, que a novedades situadas en constituciones sudamericanas donde la presencia de pueblos originarios hizo pertinente tal debate.<sup>53</sup>

La propuesta de la Constitución Política emanada de la Convención Constituyente introdujo nociones que no proseguían la gradualidad indicada en cuanto a los derechos, pero sí en la configuración del Estado, haciéndose cargo de la inflexión propuesta en el proyecto constitucional de Bachelet.<sup>54</sup>

En el capítulo 1, “Principios y disposiciones generales”, se afirmaba:

“Artículo 11. Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional,<sup>55</sup> intercultural, regional y ecológico. 2. Se constituye como una república solidaria. Su democracia es inclusiva y paritaria. Reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza. 3. La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo.”<sup>56</sup>

Reconociendo que la soberanía reside en el pueblo de Chile, reparaba que éste estaba “conformado por diversas naciones” (Art. 2.1) que ampliaba en el art. 5.1 a diversos pueblos y naciones en la unidad del Estado, aludiendo a los preexistentes y “otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley”.

Las nuevas sensibilidades y cambios en la sociedad chilena se reflejaban en el artículo siguiente:

“Artículo 6.1 El Estado promueve una sociedad donde mujeres, hombres, diversidades y disidencias se-

---

<sup>52</sup> CALVO-DORADOR (2023), han recogido las distintas posiciones de convencionalistas que refieren de qué manera, la amplitud de temáticas provenientes desde los movimientos sociales, incidió en el resultado del rechazo.

<sup>53</sup> Entre las críticas sobre el funcionamiento de la Convención Constituyente, pueden verse SQUELLA (2022), GARÍN (2022).

<sup>54</sup> Para los documentos emanados desde las distintas subcomisiones de la Convención, véase <https://www.chileconvención.cl>. Asimismo, puede accederse a la Biblioteca del Congreso Nacional que conformó un explicativo sitio digital intitolado “Historia de la Propuesta de Constitución y Labor Constituyente”, véase <https://www.bcn.cl/historia-de-la-constitucion/comisiones/comision/100043>.

<sup>55</sup> La propuesta venía a reconocer lo plurinacional, que era una realidad que ya era evidente en el siglo XIX, y, como fue remarcado en su oportunidad, la “propuesta simplemente viene a explicitar una realidad solapada, porque por primera vez los pueblos indígenas-a través de sus propios representantes- tuvieron voz y voto en el proceso de definición del Estado”, DIARIO CONSTITUCIONAL (2022).

<sup>56</sup> PROPUESTA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2022), p. 5.

*xuales y de género participen en condiciones de igualdad sustantiva, reconociendo que su representación efectiva es un principio y condición mínima para el ejercicio pleno y sustantivo de la democracia y la ciudadanía”.*

Nociones que se reforzaban (Art. 6.4) en que el Estado debería adoptar todas las medidas a su alcance para la *“igualdad de género y la paridad”*, y proyectar el enfoque de género en su diseño institucional, política fiscal presupuestaria y ejercicio de sus funciones.

Los artículos siguientes configuraban una división administrativa que superponía la conocida articulación regional con los territorios de pueblos originarios, al referirse (Art. 7) de *“entidades territoriales autónomas y territorios especiales”*, subrayando que los pueblos y la naturaleza forman *“un conjunto inseparable”* donde el Estado reconoce y *“promueve el buen vivir”* (Art. 8).<sup>57</sup>

En cuanto a la identidad del Estado y los símbolos, la propuesta incluía los provenientes de la diversidad étnica, donde el castellano era el idioma oficial pero el Estado se declaraba plurilingüe, pues los idiomas indígenas en sus territorios, serían oficiales, y el Estado debería promover su conocimiento, revitalización, valoración y respeto. También se reconocía *“la lengua de señas chilena”* (Art. 12.1). Al lado de los emblemas nacionales consabidos, el Estado reconocía los pertenecientes a los pueblos y naciones indígenas (art. 13.1). Y más adelante, amplió (Art. 34) el desarrollo de los pueblos indígenas, derecho a la autonomía, autogobierno, a su propia cultura, *“al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades, propias o tradicionales; y a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”*.<sup>58</sup>

En el campo de la política exterior, se conjugaban los principios del derecho internacional y la tradición latinoamericana,<sup>59</sup> declarando como zona prioritaria América Latina y el Caribe de sus relaciones internacionales (Art. 14.1)

El capítulo II *“Derechos fundamentales y garantías”*, ofrecía novedades en su tratamiento, dado que a los concebidos inherentes a la persona humana, se añadía la titularidad de los pueblos y naciones indígenas de derechos fundamentales colectivos y *“la naturaleza es titular de los derechos reconocidos en esta Constitución que le sean aplicables”* (Art. 17.3.).

Interesante fue la afirmación del deber del Estado en promover, respetar y garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, establecidos en el texto y en los tratados internacionales, haciendo hincapié en desarrollarse en condiciones familiares y ambientales que permitan el despliegue de su personalidad.

---

<sup>57</sup> Alude al Suma Qamaña, el vivir y convivir bien, de los aymaras. Sobre esta noción, MOLINA (2015). Una discusión cómo se ha entendido en Bolivia y en Ecuador, en RIBADENEIRA (2020).

<sup>58</sup> Sobre esta materia OLEA (2013).

<sup>59</sup> GONZÁLEZ (2020).

Una novedad a nivel mundial era lo consagrado en el artículo 29:

*“El Estado reconoce la neurodiversidad y garantiza a las personas neurodivergentes su derecho a una vida autónoma, a desarrollar libremente su personalidad e identidad, a ejercer su capacidad jurídica y los derechos reconocidos en esta Constitución y los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile”.*

Cabe puntualizar que Chile se había convertido en pionero en resguardar la actividad cerebral y la información proveniente de ella, a través de la ley 21.383, de 25 de octubre de 2021.<sup>60</sup>

El tópico de la educación, podemos conjeturar que se retomó una idea contemplada en el proyecto constitucional de Salvador Allende, como era el sistema nacional de educación, donde todos los establecimientos bajo el amparo del Estado, deberían ser coordinados, regulados y quedar bajo su supervigilancia (Art. 36), serían de carácter democrático, no discriminatorios en su acceso y prohibición del lucro, la promoción de los diversos saberes que conviven en el país, y reconociendo a las naciones indígenas la formación de sus propios establecimientos de conformidad *“con sus costumbres y cultura, respetando los fines y principios de la educación, y dentro de los marcos del Sistema Nacional de Educación establecidos por la ley”.*

En cuanto a las bases de la sociedad en el ámbito laboral, se incorporaron nociones de antaño - *“toda persona tiene derecho al trabajo y a su libre elección”*- como recientes emanadas de la OIT- *“El Estado garantiza el trabajo decente y su protección”* (Art. 46.1), la igualdad remunerativa para hombres y mujeres por trabajo de igual valor, el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras y el resguardo de los derechos de maternidad y paternidad. Las condiciones justas de trabajo se extendían por la acción del Estado al ámbito rural y agrícola (Art. 46.6). La prohibición de la precarización laboral. El trabajo doméstico y de cuidados era reconocido por el Estado y contribuían a las cuentas nacionales (Art. 49.1), precisándose que toda persona tiene derecho al cuidado, a cuidar y a cuidarse, por lo que el Estado se *“obliga a proveer los medios para garantizar que el cuidado sea digno y realizado en condiciones de igualdad y corresponsabilidad”*.<sup>61</sup>

La discusión europea sobre el derecho a la ciudad y a la vivienda, tuvo su repercusión en la Convención. El derecho a la vivienda y sus condiciones quedaron recogidas en el art.51, mientras el derecho a la ciudad, se hizo cargo de las dificultades inherentes a la ciudad moderna, desde la segregación y la gentrificación hasta lo convulso de la masificación, declarando

*“Artículo 52 1. El derecho a la ciudad y al territorio es un derecho colectivo orientado al bien común y se basa en el ejercicio pleno de los derechos humanos en el territorio, en su gestión democrática y en la función social y ecológica de la propiedad”.*

---

<sup>60</sup> SENADO (2021).

<sup>61</sup> Probablemente, se tuvo presente para el trabajo doméstico, la denominada paradoja del economista Arthur Pigou, y respecto al cuidado, lo avanzado en Inglaterra sobre el tópico. Véase AGUAYO (2019).

La creación de nuevas urbes o el mejoramiento de las ciudades, debería apuntar a una mayor intervención del Estado, para asegurar acceso equitativo a los servicios básicos, movilidad segura y sustentable e integración socio-espacial.

El cuidado alimentario y la tradición de los cultivos por las naciones indígenas, se conjugan en los artículos 55 y 56.

La reiteración de nociones o el desarrollo de ciertos temas, se vuelve a encontrar, cuando se habla en el texto de la amplitud de los derechos personales hacia la autonomía, como fue el extenso artículo 61:

*“Artículo 61 1. Toda persona es titular de derechos sexuales y reproductivos. Estos comprenden, entre otros, el derecho a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el placer y la anticoncepción. 2. El Estado garantiza su ejercicio sin discriminación, con enfoque de género, inclusión y pertinencia cultural; así como el acceso a la información, educación, salud, y a los servicios y prestaciones requeridos para ello, asegurando a todas las mujeres y personas con capacidad de gestar las condiciones para un embarazo, una interrupción voluntaria del embarazo, un parto y una maternidad voluntarios y protegidos. Asimismo, garantiza su ejercicio libre de violencias y de interferencias por parte de terceros, ya sean individuos o instituciones”.*

La alusión al pueblo tribal afrodescendiente y su reconocimiento por la Constitución, en su artículo 93, queda desvinculada del tratamiento en general de los pueblos y naciones.

El capítulo III “Naturaleza y Medio Ambiente”, ofreció declaraciones que despertaron admiración y perplejidad a la vez, partiendo que “la naturaleza tiene derechos” y era deber tanto del Estado como de la sociedad protegerlos y respetarlos.<sup>62</sup> Menos complejo y sugestivo fue la obligación del Estado a seguir una administración ecológicamente responsable, promover la educación ambiental y científica mediante procesos de formación y aprendizajes permanentes (Art. 127), señalando los principios de protección de la naturaleza y medio ambiente (Art. 128).

En cuanto a los animales, se ampliaba la protección que brindaba la ley de tenencia responsable de mascota y animales de compañía, al indicar la propuesta constitucional que “los animales son sujetos de especial protección. El Estado los protegerá, reconociendo su sintiencia y el derecho a vivir una vida libre de maltrato” (Art. 131). Para ello, el Estado a través de la educación iba a promover la “empatía y el respeto hacia los animales”.

En cuatro artículos se desplegaba la obligación del Estado con la naturaleza, conservar la atmósfera y el cielo nocturno, cooperar internacionalmente en la investigación del espacio (Art. 135), custodiar humedales, bosques nativos y suelos juntamente con proteger glaciares y entorno glaciar, la función ecológica y social de la tierra (Arts. 135-138). En este delineamiento, el agua era declarada como derecho humano y el Estado debía proteger las aguas en todos sus estados (Art. 140).

---

<sup>62</sup> Se recogió lo contemplado en la Constitución de Ecuador. Véase HERNÁNDEZ (2016).

Los derechos de la naturaleza y los ambientales iban a ser protegidos por la Defensoría de la Naturaleza, órgano autónomo, desconcentrado en defensorías regionales (Art. 148): constituía una nueva institución.

El capítulo IV “*Participación democrática*”, se enfatizaba el rol del Estado en promoverla, haciendo notar la necesidad de una democracia directa o semi-directa que asegurara la participación o vinculante de la población, fomentando iniciativas populares de normas locales a nivel regional y municipal (Art. 155).

En el capítulo V “*Buen gobierno y función pública*”, comenzaba con una declaración general, donde los funcionarios debían dar cumplimiento a los principios de probidad, transparencia y rendición de cuentas en sus actuaciones, incorporando otros principios (Art.165) de eficiencia, eficacia, responsabilidad, publicidad, buena fe, interculturalidad, enfoque de género, inclusión, no discriminación y sustentabilidad. La función pública se deberá brindar con pertinencia territorial, cultural y lingüística. Y se complementaba con el artículo 170, acotando que la corrupción es contraria al bien común y atenta contra el sistema democrático, por lo que el Estado deberá erradicarla del sector privado y público, persiguiendo y sancionándola.

Capítulo VI “*Estado regional y organización territorial*”, cuyos principios quedan meridianamente clarificado en el artículo 187, indicaba que el Estado se organiza territorialmente en entidades territoriales autónomas y territorios especiales; siendo las primeras, las comunas autónomas, regiones autónomas y autonomías territoriales indígenas, dotadas de autonomía política, administrativa y financiera .En su inciso 4, se advertía que tal ejercicio no podrá atentar contra “*el carácter único e indivisible del Estado de Chile ni permitirá la secesión territorial*”.

La región, provincia y comuna autónoma constituían los territorios, pero se incorporaba la autonomía territorial indígena, ejerciendo derechos de autonomía, reconocidas y garantizados por el Estado (Art. 234). Determinados aspectos inspirados en el proyecto constitucional de la Unidad Popular.

La ruralidad merecía una atención especial, dado que el Estado debía promover su desarrollo integral “*donde las formas de vida y producción se desarrollan en torno a la relación directa de las personas y comunidades con la tierra, el agua y el mar*” (Art. 241).

El capítulo VII “*Poder Legislativo*”, encontramos que estaría compuesto del Congreso de Diputadas y Diputados y de la Cámara de las Regiones (Art. 251).

El Poder Legislativo se compone del Congreso de Diputadas y Diputados y de la Cámara de las Regiones, mientras el primer órgano estaría compuesto por un número no inferior a 150 integrantes (Art. 252), el segundo, una ley iba a determinar su composición, como órgano deliberativo, paritario y plurinacional (Art. 254.3). Constituyó una de las afirmaciones más controversiales, pues rompía con las instituciones clásicas que había representado el Poder Legislativo, al hacer desaparecer la Cámara de Senadores.

El capítulo VIII estuvo destinado al Poder Ejecutivo. Éste quedaba radicado/a en el/la presidente/a de la República, al que se le exigía ser chileno y tener 30 años de edad (Art. 280). De haber un impedimento para su ejercicio asumiría con el título de vicepresidente, en orden de prelación el que preside el Congreso de Diputadas/os; la Cámara de Regiones o el de la Corte Suprema (Art. 283).

El capítulo IX “Sistemas de Justicias”, hablaba de la existencia (Art. 307), de “una función pública que se ejerce en nombre de los pueblos y que consiste en conocer y juzgar, por medio de un debido proceso, los conflictos de relevancia jurídica y hacer ejecutar lo resuelto, conforme a la Constitución y las leyes, así como a los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte”; se ejercería por tribunales de justicia y las autoridades de los pueblos y naciones indígenas reconocidos por la Constitución (Art. 309).

Se incorporaba la denominada Justicia Vecinal, para la solución de conflictos vecinales y de pequeña cuantía dentro de una comunidad, privilegiándose la conformación de éstas en zonas rurales y lugares alejados de áreas urbanas (Art. 335). Una idea desarrollada por el proyecto constitucional de la Unidad Popular.

Un nuevo órgano en la administración de justicia se planteó, como era el denominado Consejo de la Justicia, regulado en el art. 342, como “un órgano autónomo, técnico, paritario y plurinacional, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es fortalecer la independencia judicial. Está encargado de los nombramientos, gobierno, gestión, formación y disciplina en el Sistema Nacional de Justicia”.

El capítulo X “Órganos Autónomos Constitucionales”, pasaba revista a las facultades de organismos ya existentes, como la Contraloría General de la República, Banco Central, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Agencia Nacional de Protección de Datos y Corte Constitucional. Los dos últimos, creados para la protección de los datos personales (Art. 376) y para hacerse cargo de la reforma del Tribunal Constitucional (Arts. 377-382).

El capítulo XI “Reemplazo y reforma constitucional”, declaraba que los proyectos de reforma podían ser iniciados de diversas formas, indicaba el art.383, por mensaje presidencial, moción de diputadas y diputados o representantes regionales, por iniciativa popular o iniciativa indígena. Su aprobación iba a requerir el voto conforme de las cuatro séptimas partes de integrantes en ejercicio del Congreso de Diputadas y Diputados y de la Cámara de las Regiones.

La constitución tenía 178 páginas, con 388 artículos y disposiciones transitorias. Antes de su plebiscito de salida, se levantaron opiniones tanto crítica como de expectativas.<sup>63</sup>

Como se puede apreciar la propuesta constitucional era ambiciosa en sus contenidos, incorporando temáticas sugestivas e innovadoras de la gradualidad e inflexión de la tradición democrática liberal-pero, asimismo, rupturista al injertar en el texto materias no explicitadas por la ciudadanía o peor,

---

<sup>63</sup> Véase INSTITUTO DE ESTUDIOS DE LA SOCIEDAD (2022), GUILLOFF (2022).

distantes y ajenas al vocabulario común de la opinión pública y/o a las expectativas de la ciudadanía. El plebiscito convocado para aprobar o rechazar la propuesta constitucional se verificó el día 4 de septiembre del 2022, arrojando los siguientes resultados como lo señala la Tabla 2:

Tabla 2. Resultados del plebiscito de salida de la propuesta constitucional.<sup>64</sup>

| N° en votos | Opción          | Chile      | Extranjero | Total      |
|-------------|-----------------|------------|------------|------------|
| 1           | Apruebo         | 4.823.058  | 36.045     | 4.859.103  |
| 2           | Rechazo         | 7.868.295  | 23.120     | 7.891.415  |
| 900         | Votos Nulos     | 200.664    | 217        | 200.881    |
| 901         | Votos en blanco | 77.212     | 128        | 77.340     |
|             | Total           | 12.969.229 | 59.510     | 13.028.739 |

Los guarismos dieron un amplio respaldo a la opción del rechazo con el 61, 86% mientras la alternativa del apruebo alcanzó el 38,14%.

Se han esgrimido varias argumentaciones sobre los fundamentos del rechazo, desde las más livianas, como que el pueblo se equivocó o los fake-news distorsionaron la propuesta, hasta las más plausibles, a nuestro juicio, la falta de un sentido político de los convencionales que priorizaron los planteamientos sectoriales-identitarios de los movimientos sociales y étnicos, superando, si los hubo, los criterios jurídicos de un grupo de constitucionalistas, que no lograron encauzar las deliberaciones hacia lo que realmente se demandaba por la ciudadanía mayoritaria. Constituyó una derrota política para el gobierno de Boric y del conglomerado político que lo sustenta y una derrota cultural, por el cambio que se procuraba al interior de la sociedad. Zúñiga, ha puntualizado que el fracaso de la política en la Convención, obedeció, precisamente, a la falta de “políticos” en ella, y por la preeminencia, de los constituyentes mayoritario, que “encarnaron posiciones identitaristas, vanguardistas y maximalistas”.<sup>65</sup>

La incertidumbre abierta con el rechazo, la vigencia de la Constitución de 1980- o la del 2005 con las últimas reformas- comenzó a despejarse con la voluntad del presidente Boric, el Congreso y los partidos políticos con representación parlamentaria de proseguir el proceso. Como ha escrito Claire Glenisson, el problema se asemejó al rechazo del Referéndum francés de 5 de mayo de 1946, al proyecto redactado por la Asamblea Constituyente, pero, la diferencia fue que en Francia el artículo 7 de la ley de 2 de noviembre de 1945, dispuso que “il serait procédé aussitôt et dans les mêmes formes, à l’élection d’une nouvelle assemblée constituante jouissant des mêmes pouvoirs que la première assemblée”.<sup>66</sup> En el caso chileno, la nueva convención de redactar la nueva Constitución, no tendría las amplias atribuciones de redactar con plena autonomía el nuevo texto, pues el “Acuerdo por Chile”

<sup>64</sup> SERVICIO ELECTORAL DE CHILE (2022).

<sup>65</sup> ZÚÑIGA (2022), p. 78.

<sup>66</sup> GLENISSON (2022).

fijó los denominados “bordes” al cual deberán ceñirse en la discusión, los 50 integrantes elegidos por la ciudadanía que conformarán el Consejo Constitucional, el comité de 24 expertos elegidos por el Congreso. El Consejo deberá ser constituido por el principio de paridad e integrado por escaños indígenas supra numerarios, en base del porcentaje de votación efectiva en la elección. La Comisión de expertos, se conformará por personas de indiscutible trayectoria académica, técnica o profesional, elegidos 12 por la Cámara de Diputados y 12 por la Cámara de Senadores. Y un Comité Técnico de Admisibilidad, compuesto de 14 personas, conformando una terna de la Cámara de Diputados/as de la que elegirá el Senado al Comité. El Comité tendrá por finalidad, la revisión de las normas aprobadas y ver su congruencia con las bases institucionales.<sup>67</sup>

La distribución geográfica para elegir a los Consejeros Constituyentes fue disímil y no se correlacionó con la densidad demográfica de las regiones, pues las regiones Metropolitana, de Valparaíso, del Maule y la Araucanía, pudieron elegir cinco representantes; Antofagasta, Coquimbo, O'Higgins, Bío-bío, Los Ríos y Los Lagos elegían tres representantes, y las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Atacama, Ñuble, Aysén y Magallanes, dos consejeros.

Las fuerzas políticas se agruparon en coaliciones, principalmente las entidades históricas junto con algunas nuevas, aunque hubo dos partidos que enfrentaron solos las elecciones, distribuyéndose en: Lista A, Partido de la Gente; Lista B, Todo por Chile, conformado por Partido Por la Democracia, Democracia Cristiana y Partido Radical; Lista C, Partido Republicano; Lista D, Unidad para Chile, que aunó al Frente Amplio (Convergencia Social, Revolución Democrática y Comunes), Partido Comunista, Partido Socialista, Frente Regionalista Verde y Social y Partido Liberal; Lista E, Chile Seguro, integrado por la Unión Demócrata Independiente, Renovación Nacional y Evópoli.

La Lista C, se presentaba contraria a la reforma de la Constitución de 1980.

Las elecciones se verificaron el día 7 de mayo de 2023, con los siguientes resultados, de acuerdo con SERVEL:<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Las bases institucionales sobre las que debe enmarcar su trabajo el Consejo Constitucional son: “1. Chile es una República democrática, cuya soberanía reside en el pueblo. 2. El Estado de Chile es unitario y descentralizado. 3. La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes. La Constitución consagrará que el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. 4. La Constitución reconoce a los pueblos indígenas como parte de la nación chilena, que es una e indivisible. El Estado respetará y promoverá sus derechos y culturas. 5. Chile es un Estado social y Democrático de Derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales; y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal; y a través de instituciones estatales y privadas. 6. Los emblemas nacionales de Chile son la bandera, el escudo y el himno nacional. 7. Chile tiene tres poderes separados e independientes entre sí: a) Poder Ejecutivo, con un jefe de Gobierno con iniciativa exclusiva en el gasto público. b) Poder Judicial, con unidad jurisdiccional y con pleno respeto de las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas. c) Poder legislativo bicameral, compuesto por un Senado y una Cámara de Diputados y Diputadas, sin perjuicio de sus atribuciones y competencias en particular. 8. Chile consagra constitucionalmente, entre otros, los siguientes órganos autónomos: Banco Central, justicia electoral, Ministerio Público y Contraloría General de la República. 9. Chile protege y garantiza derechos y libertades fundamentales como el derecho a la vida; la igualdad ante la ley; el derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones; la libertad de conciencia y de culto; el interés superior de los niños, niñas y adolescentes; la libertad de enseñanza y el deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos; entre otros. 10. Chile consagra constitucionalmente con subordinación al poder civil la existencia de las Fuerzas Armadas; y las Fuerzas de Orden y Seguridad, con mención expresa de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones. 11. La Constitución consagra, a lo menos, cuatro estados de excepción constitucional: estado de asamblea, de sitio, de catástrofe y de emergencia. 12. Chile se compromete constitucionalmente al cuidado y la conservación de la naturaleza y su biodiversidad” ACUERDO POR CHILE (2022).

<sup>68</sup> SERVICIO ELECTORAL DE CHILE (2023).

| Lista/ Pacto                    | Votos     | Porcentaje | Consejeros elegidos |
|---------------------------------|-----------|------------|---------------------|
| A. Partido De La Gente          | 537.088   | 5,48%      | 0                   |
| B. Todo Por Chile               | 877.207   | 8,95%      | 0                   |
| C. Partido Republicano De Chile | 3.468.258 | 35,41%     | 23                  |
| D. Unidad Para Chile            | 2.800.975 | 28,59%     | 16                  |
| E. Chile Seguro                 | 2.063.907 | 21,07%     | 11                  |
| Candidaturas Independientes     | 48.495    | 0,50%      | 0                   |

Los resultados fueron sorprendentes, no tanto por la derrota de los partidos que habían constituido la base de la Concertación de Partidos para la democracia, el fracaso del Partido de la Gente, después de las expectativas de elegir un par de consejeros, el fuerte retroceso de los partidos tradicionales de la derecha ubicados en Chile Seguro; el golpe, no tan fuerte, que se infligió a la Unidad para Chile, pero sí al Partido Comunista que eligió dos consejeros, resaltando el triunfo relativo del Partido Socialista con seis consejeros. Lo imprevisto fue el aplastante triunfo del Partido Republicano, que asumió el éxito del Rechazo, de septiembre de 2022, que, junto con los graves problemas contingentes de la inmigración irregular, la inseguridad ciudadana, la inflación, constituyó, su gran avance con la bandera de impugnar el nuevo proceso constituyente.

La tarea de la Comisión de Expertos deberá evacuar su informe de Anteproyecto en tres meses, a partir del 6 de marzo para seguidamente el día 5 de junio de 2023 los Constituyentes sean confirmados por el Servel, y asuman el día 7 de junio, la tarea de redactar una Nueva Constitución Política.

De este modo, el país va a encaminarse a examinar y votar otra propuesta constitucional, para resolver el dilema de la norma principal que debe orientar las funciones de los poderes del Estado y el desenvolvimiento de la vida pública y privada.

## VI. CONCLUSIONES

El estudio de las cartas constitucionales ha tendido la mayor parte, a centrarse en los textos promulgados despreciando las propuestas de textos que, por una u otra razón, no alcanzaron a ser plebiscitados por el pueblo. Aquello ha significado no leer las tendencias y sensibilidades emergentes que rodearon al surgimiento o a la crisis de una Constitución. Otro cariz del examen constitucional ha sido proseguir una clasificación que llamaríamos de corte tautológico, como es ver si es rígida, semiflexible o flexible en cuanto las posibilidades de reforma. O bien ver la secuencia del desarrollo desde una óptica unidimensional como es ver cuánto de gradualidad contiene la constitución que ha sucedido a otra.

A nuestro entender, hemos optado por pesquisar las potencialidades de la taxonomía que aporta la teoría literaria de Edward Said, entre filiación y afiliación.

La imposición de la Constitución de 1980 implicó su funcionamiento por cuarenta años, a pesar de las reformas aplicadas en 1989, la continuación de modificaciones en el 2005, con la firma del presidente Lagos. Aquello se erigió en el fin de la gradualidad democrática y republicana y la inauguración de un texto disruptivo adscrito a la afiliación. Empero, al cuestionamiento a su legitimidad originaria, conjuntamente con los elementos que entrampaban su eventual reforma por los altos quórum exigidos, se sumaron otros factores sociales, conexos con la Carta, como fueron los cuestionamientos a la educación, la salud, la previsión social, que reventaron en el estallido social de octubre de 2019. El proyecto de la presidenta Bachelet, que abordaba una reforma general de la constitución vigente, dejaba en pie algunas estructuras como la económica. El debate suscitado, a partir del año 2018, respecto a la Constitución de 1980, condujo a revisar nuestra historia política y constitucional, sobre tres tópicos entrelazados. Uno, lo acordado por los partidos políticos para llevar a cabo el proceso de reemplazo de la Constitución de 1980-2005, que debería ser por una Comisión Mixta o una Convención Constituyente; dos, de resultar la primera, sería proseguir con la modalidad de las reformas constitucionales bajo el sistema democrático, de resultar la segunda, apuntaría a retomar los intentos de establecer una constitución de modo soberano por el pueblo. O sea, una constituyente originaria. Un tercer aspecto, era rastrear los momentos donde se plantearon proyectos constitucionales que quedaron en borrador y más de alguno que se concretó, que apuntaron a no proseguir ni con la gradualidad ni la inflexión, sino que fueron de talante disruptivo.

En este encuadre, que iniciamos en la primera parte de este estudio, hemos examinado tanto proyectos constitucionales desconocidos, que no lograron fraguar un texto sistemático, como otros que fueron editados pero que no alcanzaron a ser debatidos, y otros que conformaron una elaboración para un nuevo estado constitucional. De igual forma, hemos estimado que, en el campo de la filiación de corte liberal, democrático y republicano, pudieron agruparse proyectos y constituciones que avanzaron en los derechos civiles, políticos y sociales, cumpliendo el Estado funciones de intervención en la sociedad y en la economía. En otras palabras, ubicamos en esta filiación tanto el estado liberal como el estado de bienestar social o de compromiso. De igual manera, la aplicación de esta tipología de Edward Said, nos condujo al examen de los textos que ubicamos en el campo de la afiliación tanto de corte marxista-leninista, o meramente marxista, como autoritario militar no democrático, fórmulas que apuntan a establecer-salvo con la excepción del proyecto constitucional de la Unidad Popular o del presidente Allende- un nuevo Estado sin la participación deliberativa de la soberanía popular, sea mediante la revolución social o el golpe militar refundacional que encabezó el general Augusto Pinochet. Es la configuración de un Estado que se disocia con la evolución que había tenido éste en los siglos XIX y XX, con énfasis radicales sobre la economía y la nueva relación entre estado y sociedad.

En este perfilamiento constitucional, la propuesta de la Convención Constituyente de 2022, cifró muchas expectativas en la ciudadanía, si se considera los resultados del plebiscito de entrada. Sin embargo, al lado de la discusión de materias novedosas- algunas controvertidas-la manera de llevar a cabo el proceso, donde los medios de comunicación enfatizaron-no crearon- las dificultades, las trivialidades de constituyentes y grupos, las propias materias debatidas que no fueran las mayoritarias voceadas en el estallido social, marcaron un compás de espera hasta el plebiscito de refrendo o de salida. Si bien, el voto obligatorio acrecentó la participación, el rechazo a la propuesta significó que

la ciudadanía reparó en la totalidad del texto y su gestación y no en los apartados que constituyeron avances inéditos en materias de textos constitucionales. Sin relevar que la discrepancia con algún capítulo haya incidido en la decisión final del ciudadano/a. Constituyó la mayor experiencia de redactar una Constitución desde sus inicios, con plena legitimidad originaria y sanción democrática.

Sin embargo- como diría Bob Dylan, queda *Blowin' in the wind*- una interrogante. ¿Puede un proyecto constitucional plantear un cambio en las reglas del juego democrático y republicano, en cualquiera de las dos vertientes clásicas? Queda claro que el proyecto de la Convención Constitucional de 2022, por ser originaria, podía establecer nuevas reglas a ser ratificadas o rechazadas por el pueblo.

La soberanía del pueblo funciona de modo libre y voluntaria, sea informándose de manera oral o leyendo textos, o en los tiempos actuales, por medio de plataformas digitales. El análisis de los textos variados que hemos tenido a la vista, nos refiere de lecciones donde lo racional con lo emocional nutren las decisiones de las personas. Pero, también, castigan o se alejan, cuando un texto o la difusión de uno de ellos, enfatiza un modo unidimensional de apreciar la complejidad de vivir en una comunidad política.

Una lección imperecedera es la imprescindible participación popular, según diversos mecanismos legales, para que pueda ser vivenciada en la nación, como el texto que posibilite la convivencia social, la implementación de los derechos individuales, el desarrollo económico y el uso de sus recursos naturales, y tener como horizonte la vida buena o lisa y llanamente la felicidad de sus habitantes.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- AGUAYO ORMEÑO, Irina (2019): *Cuidados para los Cuidadores principales en Reino Unido* (Santiago, Asesoría Técnica Parlamentaria Biblioteca del Congreso Nacional), disponible en: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26907/1/IA\\_012019\\_Cuidadores\\_principales\\_Inglaterra.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26907/1/IA_012019_Cuidadores_principales_Inglaterra.pdf)
- ANDRADE GEYWITZ, Carlos (1991): *Reforma a la Constitución Política de la República de Chile de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ANDRADE GEYWITZ, Carlos (2003): “La reforma constitucional del año 1989 al inciso 2 del artículo 5° de la Constitución: Sentido y alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia”, en: *Ius et Praxis* (vol. 9 núm. 1).
- ANGUITA, Ricardo (1913): *Leyes promulgadas en Chile 1810-1901* (Santiago, Imprenta i Encuadernación Barcelona), t. I.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2020): *Constitución Política de la República de Chile: edición histórica: origen y trazabilidad de sus normas desde 1812 hasta hoy* (Santiago, Universidad de los Andes).
- ARAYA ESPINOZA, Alejandra Natalia (2011): “Imaginario sociopolítico e impresos modernos: de la plebe al pueblo en proclamas, panfletos y folletos. Chile 1812-1823”, en: *Fronteras de la Historia* (vol. 16 núm. 2).

- ARENAS HÓDAR, Gonzalo (2022): *La tradición política portaliana: Chile siglos XIX y XX*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Filosofía y Letras.
- ARTAZA, Pablo; CANDINA, Azun; ESTEVE, Javier; FOLCHI, Mauricio; GREZ, Sergio; GUERRERO, Cristián; MARTINEZ, José Luis; PEÑALOZA, Carla; MATUS, Mario; SANHUEZA, Carlos; ZAVALA, José Manuel (2019): *Chile despertó. Lecturas desde la Historia del estallido social* (Santiago, Universidad de Chile).
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2016): *La Constitución tramposa* (Santiago, LOM).
- BALMACEDA, Manuel José (1875): *Manual del hacendado. Instrucciones para la dirección i gobierno de los fundos que en Chile se llaman haciendas* (Santiago, Imprenta Franklin).
- BARROS, Robert (2005): *La Junta Militar. Pinochet y la Constitución de 1980* (Santiago, Editorial Sudamericana).
- BASSA MERCADO, Jaime (2022): “Prólogo”, en: Contreras, Pablo; Lovera, Domingo; Ponce de León, Viviana; Salgado, Constanza, *La Convención Constitucional de Chile. Origen, Orgánica, Estatutos y Procedimientos* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- BENÍTEZ, Julio Ignacio (2017): *Actor-Network Theory. Aproximación sociohistórica de las élites mineras de Copiapó, 1851 y 1859*, Tesis para optar al Título de Sociólogo, Universidad Andrés Bello, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales.
- BERNASCHINA, Mario (1956): “Génesis de la Constitución de 1925”, en: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile* (vol. 3 núm. 5).
- BLUMEL, Gonzalo (2023): *La vuelta larga. Crónica personal de la crisis de octubre* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- BRAHM GARCÍA, Enrique (2019): “¿Volver a la Constitución de 1925? Una propuesta sin fundamento histórico”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 46 núm. 1).
- BRIONES OLIVOS, Carlos (1985): “Exposición del Señor Carlos Briones Olivos”, en: Polanco, José y Torres, Ana María (editores), *Una salida político constitucional para Chile* (Santiago, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos).
- CALVO, Carlos; DORADOR, Cristina (Compiladores) (2023): *La propuesta de la Esperanza. Una Constitución para un nuevo Chile* (La Serena, Nueva Mirada Ediciones).
- CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS (2023): “Cámara despacha a ley reforma de nuevo proceso constituyente”, disponible en: <https://www.camara.cl/cms/noticias/2023/01/11/camara-despacha-a-ley-reforma-de-nuevo-proceso-constituyente/>
- CARRASCO DELGADO, Sergio (2008): “La evolución político-constitucional de Chile”, en: *Estudios constitucionales* (vol. 6 núm. 2).
- CARRASCO DELGADO, Sergio (2016): “Génesis de la Constitución Política de 1980”, en: *Revista de Derecho Público* (núm. 29-30).
- CARTES MONTORY, Armando (2020): *Región y Nación. La construcción provincial de Chile en el siglo XIX* (Santiago, editorial Universitaria).
- CASALS, Marcelo; PERRY, Mariana (2020): “De la democracia revolucionaria a la democracia posible. Trayectorias políticas y conceptuales de la democracia en la izquierda marxista chilena, c.1950-c.1990”, en: *Historia* (vol. 1 núm. 53).
- CAZOR, Kamel (2000): “Democracia y constitución en Chile”, en: *Revista de Derecho* (vol. 11).
- CEA, José Luis (1989): “Aproximación a la conciencia constitucional chilena”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 16 núm. 2).

- CHADWICK, Andrés (2018): “No queremos que avance el proyecto de nueva Constitución de Bachelet”, en: Foro ICARE. ¿Cómo viene el 2018?, charla efectuada el 15 de marzo de 2018, disponible en: <https://www.icare.cl/contenido-digital/no-queremos-avance-proyecto-nueva-constitucion-bachelet-andres-chadwick-ministro-del-interior/>.
- CHAPARRO, Patricio (1992): *Las propuestas democráticas del Grupo de los 24* (Santiago, Grupo de Estudios Constitucionales).
- COLLIER, Simon (1977): *Ideas y política de la independencia chilena 1808-1833* (Santiago, editorial Andrés Bello).
- CONTRERAS, Pablo; LOVERA, Domingo; PONCE DE LEÓN, Viviana; SALGADO, Constanza (2022): *La Convención Constitucional de Chile. Origen, orgánica, estatutos y procedimientos*. (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- CORREA SUTIL, Jorge (1990): “La reforma constitucional de 1989. Estudio crítico”, en: *Cuadernos de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales* (núm. 13).
- CORREA SUTIL, Sofía (2015): “Los procesos constituyentes en la historia de Chile: lecciones para el presente”, en: *Estudios Públicos* (núm. 137).
- COVER, Robert (2002): *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial* (Barcelona, Gedisa Editorial).
- CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo (2006): *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano* (Santiago, Editorial Lom).
- DIARIO CONSTITUCIONAL (2022): “El principio de Plurinacionalidad”, disponible en: <https://www.diario-constitucional.cl/2022/07/30/el-principio-de-plurinacionalidad/>.
- DONOSO, Ricardo (1959): “José Joaquín de Mora y la Constitución de 1828”, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho* (núm. 1).
- DONOSO, Ricardo (1981): *El Catecismo Político Cristiano* (La Paz, Cámara Nacional de Comercio).
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (2000): “El sistema jurídico indiano en el constitucionalismo chileno durante la Patria Vieja (1810-1814)”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (núm. 22).
- EL PAÍS (2018): “Bachelet presenta una propuesta de nueva Constitución a seis días del fin de su Gobierno”, disponible en: [https://elpais.com/internacional/2018/03/06/actualidad/1520356224\\_601806.html](https://elpais.com/internacional/2018/03/06/actualidad/1520356224_601806.html).
- ELGUETA, Gloria; MARCHANT, Claudia (2020): *De la marcha y el salto. Chile, octubre 2019* (Santiago, Tiempo Robado).
- ESTEFANE, Andrés; OSSA, Juan Luis (2017): “Militancy and parliamentary representation in Chile, 1840-1870. Notes for a prosopographical study of the Chamber of deputies”, en: *Parliament, Estates & Representation* (vol. 37 núm. 2).
- FÁBREGA, Jorge (2022): “Ordenamiento Ideológico En La Convención Constitucional Chilena”, en: *Revista Ciencia Política* (vol. 42 núm. 1).
- FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE (2018): “Análisis comparado constitucional del proyecto de Presidenta Bachelet y Constitución Vigente”, disponible en: <https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:6e438a1c-6a26-4379-bc2c-54fc3cc0c020/comparado-constitucionalcompressed.pdf>.
- FAÚNDEZ, Julio (2011): *Democratización, desarrollo y legalidad. Chile 1831-1973* (Santiago, ediciones Universidad Diego Portales).
- FELIU CRUZ, Guillermo (2000): “La primera misión de los Estados Unidos de América en Chile”, en: *Obras Escogidas Santiago de Chile, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana- Universidad de Chile* (vol. 4).

- FERMANDOIS HUERTA, Joaquín (2013): *La revolución inconclusa. La izquierda chilena y el gobierno de la Unidad Popular* (Santiago, Centro de Estudios Públicos).
- FERNÁNDEZ ABARA, Joaquín (2016): *Regionalismo, Liberalismo y Rebelión. Copiapó en la guerra civil de 1859* (Santiago, RIL Editores).
- FERNÁNDEZ ABARA, Joaquín (2018): “Las guerras civiles en Chile”, en: Jaksic, Iván; Ossa, Juan Luis (editores), *Historia política de Chile, 1810-2020. Prácticas políticas* (Santiago, Editorial Fondo de Cultura Económica-Universidad Adolfo Ibañez), t. I.
- GALDAMEZ ZELADA, Liliana (2017): “Medio ambiente, Constitución y tratados en Chile”. en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (vol. 50 núm. 48).
- GARCÉS, Mario (2020): *Estallido social y una nueva constitución para Chile* (Santiago. LOM), vol. I.
- GARCÍA, José Francisco; VERDUGO, Sergio (2015): “Subsidiariedad. Mitos y Realidades en Torno a su Teoría y Práctica Constitucional”, disponible en: <https://derecho.udd.cl/centro-justicia-constitucional/publicaciones/subsidiariedad-mitos-y-realidades-en-torno-su-teoria-y-practica-constitucional/>.
- GARCÍA-HUIDOBRO BECERRA, Cristóbal (2012): “El reglamento constitucional provisorio de 1812. Reflexiones para un bicentenario”, en: *Revista Chilena del Derecho* (vol. 39 núm. 1).
- GARÍN, Renato (2022): *El fracaso. Cómo se incendió la Convención* (Santiago, ediciones Catalonia).
- GARRETÓN, Manuel (2021): *Antecedentes y proyección del estallido social de octubre de 2019* (Santiago, LOM- Friedrich Ebert Stiftung).
- GAZMURI RIVEROS, Cristián (1990): “Libros e ideas políticas francesas en la gestación de la independencia de Chile”, en: *Caravelle* (núm. 5).
- GLENISSON, Claire (2022): “Une séquence constituyente contrarié: le rejet du projet de constitution proposé par la Convention Constitutionnelle au Chili”, en: *Jus Politicum. Revue Internationale de Droit Constitutionnelle* (12 de septiembre).
- GONZÁLEZ PIZARRO, José Antonio (1999): “La libertad de opinión, su normativa y aplicación en la década de 1930”, en: *Revista Chilena del Derecho* (vol. 26 núm. 3).
- GONZÁLEZ PIZARRO, José Antonio (2019): “El concepto de tolerancia religiosa en la primera mitad del siglo XIX: a propósito de dos documentos diplomáticos británicos de 1854”, en: *Revista de Derecho* (vol. 26).
- GONZÁLEZ PIZARRO, José Antonio (2020): “La defensa de la soberanía en América Latina y sus instrumentos jurídicos en los siglos XIX-XX. Problemáticas y aplicaciones”, en: *Aldea Mundo* (año 25 núm. 49).
- GONZÁLEZ PIZARRO, José Antonio (2023): “El triunfo de la rebelión civilista y regionalista de Antofagasta contra la dictadura militar en 1932”, en: *Estudios Atacameños* (vol. 69).
- GREZ TOSO, Sergio (1997): *De “la regeneración del pueblo” a la huelga general. Génesis y evolución histórica del movimiento popular en Chile (1810-1890)* (Santiago, Dibam- Ril Editores- Centro de Investigaciones Diego Barros Arana).
- GREZ, Sergio (2011): “La ausencia de un poder constituyente democrático en la historia de Chile”, en: *Tareas, Centro de Estudios Latinoamericanos “Justo Arosemena” Panamá* (núm. 139).
- GREZ, Sergio (2016): “La Asamblea Constituyente de Asalariados e Intelectuales Chile, 1925: entre el olvido y la mitificación”, en: *Izquierdas* (vol. 29).
- GUILLOFF TITIUN, Matías (2022): “La propiedad y la tensión entre cambio y estabilidad: reflexiones para una Constitución sustentable”, en: *Revista de Derecho. Universidad de Concepción* (núm. 249).

- HANISCH ESPÍNDOLA, Walter (1970): *El catecismo político cristiano: las ideas y la época*, 1810. (Santiago, Imprenta Andrés Bello).
- HANISCH S. J, Walter (1976): *Juan Ignacio Molina sabio de su tiempo* (Santiago, ediciones Nihil Mihi).
- HEISE, Julio (1978): *Años de formación y aprendizaje políticos 1810/1833* (Santiago, editorial Universitaria).
- HERNÁNDEZ ARAYA, Nicolás (2016): “Protección constitucional del medio ambiente: análisis comparado entre Chile y Ecuador”, en: *Revista Justicia Ambiental* (núm. 8).
- HERNÁNDEZ TOLEDO, Sebastián (2020): “La legitimidad del poder. Una aproximación al debate sobre el concepto de democracia en Chile (1925-1948)”, en: *Estudios de historia moderna y contemporánea de México* (núm. 60).
- HERNÁNDEZ, Roberto (1984): “La Guardia nacional de Chile. Apuntes sobre su origen y organización, 1808-1848”, en: *Historia* (vol. 19).
- HERRERA, Hugo (2019): *Octubre en Chile. Acontecimiento y comprensión política: hacia un republicanismo popular* (Santiago, Editorial Katankura).
- HUNEEUS, Carlos (2000): *El régimen de Pinochet* (Santiago, Editorial Sudamericana).
- KAHN, Paul W (2014): *El análisis cultural del derecho* (Bogotá, Siglo del Hombre Editores).
- LASTARRIA, José V. (1856): *La constitución política de la República de Chile comentada* (Valparaíso, Imprenta del Comercio).
- LASTARRIA, José V. (1875): *Proyecto de Código Rural para la República de Chile acompañado de un apéndice con notas explicativas* (Santiago, Imprenta de la República).
- LETELIER, Valentín (1901): *La Gran Convención de 1831-1833. Recopilación de las actas, sesiones, discursos, proyectos i artículos de diarios relativos a la Constitución de 1833* (Santiago, Imprenta Cervantes).
- MARSHALL, T.H.; BOTTOMORE Tom (1998): *Ciudadanía y Clase Social* (Madrid, Alianza Editorial).
- MASCAREÑO, Aldo (2018): “La Constitución de 1925. Crisis y legitimación constitucional en perspectiva sociológica”, en: Fontaine, Arturo (coordinador), *1925 Continuidad republicana y legitimidad constitucional, una propuesta* (Santiago, editorial Catalonia).
- MOLINA BEDOYA, Víctor Alondo (2015): “Existencia equilibrada. Metáfora del Buen Vivir de los pueblos indígenas”, en: *Polis* (vol. 40 núm. 40).
- MORA, José Joaquín de (1888): “Al dieziocho de setiembre de 1828”, en: Amunátegui, Miguel Luis, *Don José Joaquín de Mora. Apuntes biográficos* (Santiago, Imprenta Nacional).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2007): “Reformas constitucionales 2005. Un año después”, en: *Revista de Derecho Público* (vol. 69 t. I).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1998): “El Habeas Corpus o el recurso de amparo en Chile”, en: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) (núm. 102).
- OLEA RODRÍGUEZ, Helena (2013): *Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la discusión* (Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales).
- ORTÚZAR, Pablo (2015): *Subsidiariedad Más allá del estado y del mercado* (Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad).
- OSSA SANTA CRUZ, Juan Luis (2020): “El primer constitucionalismo chileno. Reflexiones históricas para la discusión actual”, en: *Puntos de Referencia. Centro de Estudios Públicos* (núm. 538).
- PEREIRA SALAS, Eugenio (1935): “La actuación de los oficiales navales norteamericanos en nuestras costas (1813-1840)”, en: *Anales de la Universidad de Chile* (núm. 19).

- PEREIRA SALAS, Eugenio (1959): *La influencia norteamericana en las primeras constituciones de Chile* (Santiago, Talleres Gráficos Valdés).
- PÉREZ COFRÉ, Samuel (2018): *La Constitución De 1980 Ante La Junta De Gobierno*, Tesis de Magister, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- PERRY, Mariana (2021): “El concepto de democracia en la renovación socialista chilena en el exilio”, en: *Historia. Unisinos* (vol. 25).
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2005): *Reformas constitucionales 2005: antecedentes, debates informes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PINTO, Julio; VALDIVIA, Verónica (2009): *¿chilenos todos? La construcción social de la nación (1810-1840)* (Santiago, editorial Lom).
- PIZARRO, Crisóstomo (1971): *La revolución de 1891* (Valparaíso, ediciones Universitarias de Valparaíso).
- PORTALES, Felipe (2000): *Chile, una democracia tutelada* (Santiago, editorial Sudamericana).
- QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario (2001): “Recurso de protección. Reivindicación histórica constitucional”, en: *Revista de Derecho Público* (vol. 63 t. I).
- RAVEAU S. Rafael (1935): *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Dogmático* (Valparaíso, Imprenta y Litografía Universo).
- RIBADENEIRA AROCA, Kepler (2020): “Buen Vivir: críticas y balances de un paradigma social en construcción”, en: *Diálogo Andino* (vol. 62).
- ROSAS LAURO, Claudia (2006): *Del trono a la guillotina. El impacto de la Revolución Francesa en el Perú (1789-1808)* (Lima, ediciones Instituto Francés de Estudios Andinos-Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú).
- SACCO AQUINO, Sabina (2006): “La Constitución de 1980 como Fundamento y Origen de una Teoría Constitucional de la Irretroactividad”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 33 núm. 3).
- SÁENZ DEL CASTILLO CABALLERO, Javier (2010): “Política y religión en los Catecismos Políticos Americanos durante la independencia, 1786-1825”, en: Conference: International Congress “La Iglesia Católica ante la independencia de la América española” Charlas efectuadas del 19 al 22 de abril de 2010 (Roma, Università Europea di Roma), disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/257044993\\_IN\\_PRESS\\_Politica\\_y\\_religion\\_en\\_los\\_catecismos\\_politicos\\_durante\\_la\\_independencia\\_de\\_America\\_1786-1825](https://www.researchgate.net/publication/257044993_IN_PRESS_Politica_y_religion_en_los_catecismos_politicos_durante_la_independencia_de_America_1786-1825).
- SAGREDO BAEZA, Rafael (1996): “Actores políticos en los catecismos patriotas y republicanos americanos, 1810-1827”, en: *Historia Mexicana* (vol. XLV núm. 3).
- SAID, Edward (2008): *El mundo, el texto y el crítico* (Madrid, editorial Debolsillo).
- SALAZAR, Gabriel (2005): *Construcción de Estado en Chile (1800-1837). Democracia de los “pueblos”. Militarismo ciudadano. Golpismo oligárquico* (Santiago, editorial Sudamericana).
- SALAZAR, Gabriel (2009): *Del poder constituyente de asalariados e intelectuales (Chile, siglos XX y XXI)* (Santiago, Lom Ediciones).
- SANHUEZA CRUZ, Manuel (1985): “Exposición del Señor Manuel Sanhueza Cruz”, en: Polanco, José y Torres, Ana María (editores), *Una salida político constitucional para Chile* (Santiago, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos).
- SERRANO, Sol (2008): *¿Qué hacer con Dios en la República? Política y Secularización en Chile (1845-1885)* (Santiago, Fondo de Cultura Económica).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía (2003): “Derechos Humanos en la Constitución de 1925”, en: *Ius et Praxis* (vol. 9 núm. 1).

- SILVA PINOCHET, Beatríz (2017): *Conflicto y democratización en la historia de Chile*, Tesis doctorado en Sociología, Universidad de Barcelona.
- SILVA PINOCHET, Beatríz (2019): “La Sociedad de la Igualdad y el movimiento social igualitario en el Chile decimonónico”, en: *Cuadernos de Historia* (núm. 51).
- SQUELLA, Agustín (2022): *Apuntes de un constituyente* (Santiago, editorial Universidad Diego Portales).
- SUÁREZ CROTHERS, Christian (2009): “La constitución celda o “straightjacket constitution” y la dogmática constitucional”, en: *Revista Universum* (vol. 1 núm. 24).
- UGARTE GODOY, José Joaquín (2006): “El derecho a la vida y la constitución”, en: *Revista Chilena del Derecho* (vol. 33 núm. 3).
- VALENCIA AVARIA, Luis (1986): *Anales de la República* (Santiago, editorial Andrés Bello), t. I y II actualizados.
- VIERA ÁLVAREZ, Christian (2011): “Análisis crítico de la génesis de la constitución vigente”, en: *Revista de Derechos Fundamentales* (núm. 5).
- ZEITLIN, Maurice (1984): *The Civil Wars in Chile (or the bourgeois revolutions that never were)* (Princeton, Princeton University Press).
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2012): “Nueva Constitución y constitucionalismo en Chile”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2022): “El rechazo en el plebiscito chileno de 4 de septiembre de 2022: perspectivas constitucionales”, en: *Cuadernos Constitucionales* (núm. 3).

### Documentos citados

- ACTAS DE LA HONORABLE JUNTA DE GOBIERNO (1974-1990): *Secreta*, disponible en: [https://www.bcn.cl/historiapolitica/corporaciones/periodos\\_legislativos?periodo=1973-1990](https://www.bcn.cl/historiapolitica/corporaciones/periodos_legislativos?periodo=1973-1990).
- ACTAS DE LA JUNTA DE GOBIERNO (1973): Disponible en: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/34263/1/acta1\\_1973.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/34263/1/acta1_1973.pdf).
- ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1975): (Santiago de Chile. Talleres Gráficos Gendarmería de Chile), vol. I. Sesiones 1-31. Septiembre 73 a Abril 74.
- ACTAS OFICIALES DE LAS SESIONES CELEBRADAS POR LA COMISIÓN Y SUBCOMISIÓN ENCARGADAS DEL ESTUDIO DEL PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1925): (Santiago de Chile, Imprenta Universitaria).
- ACUERDO POR CHILE (2022): Texto Oficial disponible en: [https://colegioabogados.cl/wp-content/uploads/2022/12/12-12-22-TEXTO-OFICIAL\\_Acuerdo-Constitucional.pdf](https://colegioabogados.cl/wp-content/uploads/2022/12/12-12-22-TEXTO-OFICIAL_Acuerdo-Constitucional.pdf).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1813): “Reglamento electoral de 3 de noviembre de 1813”. disponible en: [https://www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/detalle\\_eleccion?handle=10221.1/62575&periodo=1811-1823](https://www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/detalle_eleccion?handle=10221.1/62575&periodo=1811-1823).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1822): “Elección de miembros para convención preparatoria de 1822”, disponible en: [https://www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/detalle\\_eleccion?handle=10221.1/62578&periodo=1811-1823](https://www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/detalle_eleccion?handle=10221.1/62578&periodo=1811-1823).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018): “Boletín N°11.617-07: Proyecto De Reforma Constitucional, Iniciado En Mensaje De S.E. La Presidenta De La República para modificar la Constitución Política de la República”. disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76296/1/Mensaje%20Pdta.Bachelet.pdf>.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2022): “Historia de la propuesta de constitución y labor constituyente”, disponible en: <https://www.bcn.cl/historia-de-la-constitucion/comisiones/comision/100043>.

- CÁMARA DE DIPUTADOS: “Convocatoria al Primer Congreso Nacional de 1811 por la junta nacional de gobierno, en 15 de diciembre de 1810” en: *Monografía de la Cámara de Diputados. Chile, 1811-1945* (Publicaciones de la Cámara De Diputados), disponible en: <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/mc0027511.pdf>.
- CONGRESO DE PLENIPOTENCIARIOS (1823): *Sesión primera, en 30 de marzo de 1823*, disponible en: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/32302/CLChile\\_1823\\_03\\_30-S001.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/32302/CLChile_1823_03_30-S001.pdf).
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1833): *jurada i promulgada el 25 de mayo de 1833*. (Santiago de Chile, Imprenta de La Opinión).
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA CHILENA DE 1973 (2013): *Propuesta del Gobierno de la Unidad Popular, presidido por Salvador Allende* (Santiago de Chile, Sangría Editora).
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1980): (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE CHILE (1822): promulgada el 23 de octubre de 1822 (Imprenta del Estado), disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/17422/3/237972.pdf>.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE CHILE (1823): promulgada en 29 de diciembre de 1823 (Santiago de Chile, Imprenta Nacional), disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/17631/5/237973.pdf>.
- Decreto Supremo Nº1064, que designa comisión para que estudie, elabore y proponga un anteproyecto de nueva Constitución Política del Estado, de 25 de octubre de 1973.
- GARRIGUES (2022): “Radiografía del Proceso Constituyente - Chile 2021-2022”, disponible en: [https://www.garrigues.com/es\\_ES/proceso-constituyente-chile](https://www.garrigues.com/es_ES/proceso-constituyente-chile).
- GOBIERNO DE CHILE (1812): *Reglamento constitucional provisorio del pueblo de Chile suscripto por el de la capital, presentado para la suscripción a las provincias, sancionado y jurado por las autoridades constituidas* (Santiago. Imprenta del Gobierno por S.B. Johnston y S. Garrison), disponible en: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/17607/3/reglamento-constitucional\\_1812.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/17607/3/reglamento-constitucional_1812.pdf).
- GRUPO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES (1979): *Manifiesto “Bases fundamentales de la Reforma Constitucional. Informe al pueblo de Chile sobre los principales acuerdos alcanzados por el Grupo de Estudios Constitucionales llamado de los 24”* (Santiago, Repositorio Digital Archivo Patricio Aylwin Azócar), disponible en: <http://www.archivopatricioaylwin.cl/handle/123456789/7263>.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS DE LA SOCIEDAD (2022): “Especial. Análisis crítico de la propuesta de la Convención Constitucional” (núm. 30), disponible en: <https://www.ieschile.cl/2022/08/especial-analisis-critico-de-la-propuesta-de-la-convencion/>.
- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1828): (Santiago de Chile, Imprenta de R. Rengifo).
- PROPUESTA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2022): (Santiago de Chile, edición oficial del Gobierno de Chile).
- PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERAL SOCIALISTA DE CHILE, 1921 (1974): en Julio Heise, *Historia de Chile. El periodo parlamentario 1861-1925*. (Santiago de Chile, editorial Andrés Bello), t. I.
- PROYECTO DE CONSTITUCIÓN PROVISORIA PARA EL ESTADO DE CHILE (1818): (Santiago de Chile. Imprenta del Gobierno), disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/22257/1/216331.pdf>.

- SENADO (2020): “Firma acuerdo por Chile”, disponible en: <https://www.senado.cl/firma-acuerdo-por-chile-12-12-2022>.
- SENADO (2021): “Protección de los neuroderechos: inédita legislación va a la sala”, disponible en: <https://www.senado.cl/proteccion-de-los-neuroderechos-a-un-paso-de-pasar-a-segundo-tramite>.
- SERVICIO ELECTORAL DE CHILE (2020a): “Plebiscito 2020”, disponible en: <https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=10>.
- SERVICIO ELECTORAL DE CHILE (2020b): “Plebiscito Nacional 2020 fue la mayor votación en la historia de Chile”, disponible en: <https://www.servel.cl/2020/10/26/plebiscito-nacional-2020-fue-la-mayor-votacion-de-la-historia-de-chile/>.
- SERVICIO ELECTORAL DE CHILE (2020c): “Votación Plebiscito Constitucional 2020”, disponible en: [https://www.servelecciones.cl/#/votacion/elecciones\\_constitucion/global/19001](https://www.servelecciones.cl/#/votacion/elecciones_constitucion/global/19001).
- SERVICIO ELECTORAL DE CHILE (2022): “Resultados definitivos Plebiscito Constitucional 2022”, disponible en: <https://www.servel.cl/resultados-definitivos-plebiscito-constitucional-2022/>.
- SERVICIO ELECTORAL DE CHILE (2023): “Boletín final sobre resultados parciales de la elección del Consejo Constitucional”, disponible en: <https://www.servel.cl/2023/05/08/boletin-final-sobre-resultados-parciales-de-la-eleccion-del-consejo-constitucional/>.
- REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN DE 1925. Fuentes documentales y bibliográficas para la historia de Chile. Universidad de Chile, disponible en: [http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh\\_article/0,1389,SCI-D%253D10929%2526ISID%253D417%2526PRT%253D10717%2526JNID%253D12,00.html](http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh_article/0,1389,SCI-D%253D10929%2526ISID%253D417%2526PRT%253D10717%2526JNID%253D12,00.html).

### **Legislación citada**

- Constitution of The United States, disponible en: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#:~:text=Written%20in%201787%2C%20ratified%20in,exists%20to%20serve%20its%20citizens](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#:~:text=Written%20in%201787%2C%20ratified%20in,exists%20to%20serve%20its%20citizens).
- Ley N°20.840, que sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional, de 3 de mayo de 2014.
- Ley N°20.860, que regula el ejercicio del sufragio de los ciudadanos chilenos en el extranjero, de 20 de octubre de 2015.

# La reparación de los daños causados por la persecución de un enjambre de abejas en fundo ajeno previsto en el artículo 612 del Código Civil español. Un supuesto de las denominadas “indemnizaciones o compensaciones por sacrificio”\*

*The repair of the damages caused by the persecution of a swarm of bees on another found provided for in article 612 of the Spanish Civil Code. An assumption of the so-called “compensation for sacrifice”*

**Carlos Céspedes Muñoz**

Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción, Chile.  
Correo electrónico: ccespedes@ucsc.cl. <https://orcid.org/0000-0003-2368-0355>

Recibido el 26/07/2023

Aceptado el 14/11/2023

Publicado el 27/11/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n43.02>

**RESUMEN:** Existe un conjunto de supuestos en que la ley, autorizando expresamente un determinado comportamiento, ordena que en el evento de que de ello se derive un daño, su autor deba indemnizarlo. Tales casos

**ABSTRACT:** There is a set of cases in which the law, expressly authorizing a certain behavior, orders that in the event that damage results from it, its author must compensate it. Such cases are normally called under the

\* El presente artículo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular N°1220697, denominado “Criterios de distinción entre obligaciones restitutorias e indemnizatorias en situaciones extracontractuales de intromisión en derecho ajeno”, del cual el autor es investigador responsable.

se denominan normalmente bajo el equívoco rótulo de “responsabilidad por acto lícito”, siendo una de sus hipótesis más características el de la indemnización por los daños causados por la persecución de un enjambre de abejas propio en fundo ajeno. A través del presente trabajo constataremos que se trata de un supuesto de las “indemnizaciones o compensaciones por sacrificio”, que no constituye responsabilidad civil alguna y que sólo da derecho a la reparación del daño patrimonial que haya sido necesario para el ejercicio del derecho en cuestión.

**PALABRAS CLAVE:** Daño lícito, persecución enjambre de abejas, indemnización, compensación por sacrificio.

*misleading label of “liability for a lawful act”, one of the most characteristic hypotheses being that of compensation for damages caused by the persecution of one’s own swarm of bees on another’s property. Through this work we will verify that this is a case of “compensation for sacrifice”, which does not constitute any civil liability and only gives the right to repair the compensatory damage that has been necessary for the exercise of the right in question.*

**KEY WORDS:** Lawful damage, bee swarm persecution, compensation, compensation for sacrifice.

## I. INTRODUCCIÓN

Es frecuente encontrar en los diversos ordenamientos jurídicos la regulación de un conjunto de supuestos en que la ley autoriza un determinado comportamiento previendo que, en la hipótesis que de ello se derive un daño, su autor deba indemnizarlo.

Tales supuestos normalmente se catalogan bajo la denominación de “responsabilidad por acto lícito” y dan cuenta de ciertos daños, pérdidas o menoscabos patrimoniales originados en acciones o conductas ajustadas a Derecho en que no existe transgresión a un deber jurídico alguno y, no obstante, se concede una indemnización.<sup>1</sup>

Una de aquellas obligaciones es la contemplada en el artículo 612 del Código Civil español, que pasamos a reseñar a continuación.

## II. EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 612 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Las abejas, históricamente, han tenido presencia en diversos cuerpos normativos, del cual no es ajeno el ordenamiento español. En efecto, ya encontramos disposiciones relativas a ellas en el Fuero Juzgo, las Partidas, la Ordenanza de Sevilla y las Observancias de Aragón.<sup>2</sup> Lo mismo ha acontecido en el Derecho europeo desde Roma.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> CÉSPEDES (2021), p. 115.

<sup>2</sup> Confróntese DE LIÑÁN Y HEREDIA (1926), pp. 320, 324 y 325; PANTALEÓN (1987), p. 312. Los antecedentes históricos de la norma pueden revisarse también en POLO (2021), nota 2, pp. 419-420; SÁNCHEZ (2004), pp. 195-196; CAMACHO (1990), pp. 59 y ss.

<sup>3</sup> PANTALEÓN (1987), pp. 311 y ss. Los antecedentes romanos pueden examinarse en PÉREZ (2012), pp. 22-25; CAMACHO (1990), pp. 56 y ss.; GARCÍA (1956), pp. 277 y ss.

Cabe agregar que en la doctrina española se ha dicho que esta materia no es particularmente atractiva y su consideración doctrinal sería nula si no fuera por la existencia de los comentarios exegéticos, no conociéndose, por otra parte, decisiones del Tribunal Supremo español que se hayan pronunciado sobre ella.<sup>4</sup> Veremos que, al contrario, alguna importancia puede tener.<sup>5</sup>

En lo que nos interesa, el artículo 612.1 del Código Civil español prescribe que “*el propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él*”.

En determinadas épocas del año, por la multiplicación de abejas y la existencia de reinas jóvenes, se forman nuevos enjambres que abandonan las colmenas-madre para fundar nuevas colonias en otros lugares; y no siempre el apicultor puede capturar inmediatamente al nuevo enjambre e introducirlo en una colmena.<sup>6</sup> Pues bien, conforme al Artículo 612.2 del Código Civil español, se tiene al apicultor como dueño del enjambre de abejas,<sup>7</sup> pero estableciendo una carga para mantener su dominio, so pena de poder perderlo en caso de abandonar su predio: “*cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo o retenerlo*”.<sup>8</sup> Ello, porque dado el carácter salvaje o semisalvaje de las abejas,<sup>9</sup> su huida las coloca en una situación que, a la vista de terceros, permite razonablemente colegir que carecen de dueño o que, aunque lo hayan tenido, los animales se han asilvestrado y han perdido su *consuetudo revertendi*.<sup>10</sup>

Pero el dominio del enjambre de abejas no es nuestro tema, sino la indemnización por los daños ocasionados por la persecución del enjambre en fundo ajeno.

La correspondiente indemnización no es propia del Código Civil español, sino que también se reglamenta en el Artículo 924 Código Civil italiano,<sup>11</sup> el § 962 Código Civil de Alemania<sup>12</sup> y el Artículo 1322.1

---

<sup>4</sup> LASARTE (2007), p. 115.

<sup>5</sup> A tal punto que se exige una mayor regulación, como lo enuncia GIMÉNEZ-CANDELA (2020), pp. 9 y ss.

<sup>6</sup> PANTALEÓN (1987), p. 315.

<sup>7</sup> En este sentido, PANTALEÓN (1987), p. 315; MARÍN (2000), p. 47.

<sup>8</sup> Lo que no exime al apicultor de probar el dominio sobre el enjambre, como lo pone de manifiesto DE LIÑÁN Y HEREDIA (1926), p. 321: “... ¿cómo prueba el perseguidor que es suyo? Acerca de esta prueba conozco un caso pintoresco ocurrido en el juzgado municipal de Colmenar Viejo, al que fue demandado un vecino por responsable de la muerte de un burro ocasionada por un enjambre. El supuesto dueño del enjambre, aceptando los hechos alegados por la parte actora excepcionó con esta sencilla pregunta: ¿en qué se funda para asegurar que son más las abejas? ¿Les ha visto “el hierro”? Es excepción muy lógica en un país de ganaderos y, como es natural, no teniendo contradicción, obligó al juez a absolver al demandado”.

<sup>9</sup> Existe discusión sobre el particular, calificándose por la mayoría de la doctrina como salvajes domesticados [PANTALEÓN (1987), p. 315]. La discusión puede examinarse en POLO (2021), pp. 214 y ss.; CAMACHO (1990), pp. 57 y ss.; GARCÍA (1956), pp. 278 y ss.

<sup>10</sup> SÁNCHEZ (2021), p. 855.

<sup>11</sup> “*Il proprietario di sciami di api ha diritto d’inseguirli sul fondo altrui, ma deve indennità per il danno cagionato al fondo*”.

<sup>12</sup> “*El propietario del enjambre de abejas puede perseguirlo penetrando en fincas ajenas. Si el enjambre se ha establecido en una colmena ajena desocupada, el propietario, con el propósito de capturarlo, puede abrirla y sacar o romper los paneles. Debe resarcir los daños causados*” [traducción en LAMARCA (2013), p. 264].

Código Civil portugués.<sup>13</sup> Incluso, en el ordenamiento italiano, se señala que esta disposición constituye la base normativa mínima de los actos lícitos dañosos.<sup>14</sup>

En este caso se observa la existencia de dos intereses opuestos, pero ambos dignos de tutela: de una parte, el derecho del propietario del fundo a no ser perturbado en el goce pleno y absoluto de su bien; de otra, el derecho del propietario del enjambre de abejas a recobrarlo. En esta colisión de intereses el legislador ha considerado prevalente el segundo, autorizando a su titular a realizar un comportamiento que en otro caso sería ilícito.<sup>15</sup> No obstante, puesto que también el derecho del propietario se presenta como digno de tutela, el legislador ha disciplinado la composición de los intereses regulando una “*compensación*” por los probables daños que tal persecución acarrea, ya que sería injusto extender la limitación del derecho del propietario hasta el extremo de dejar los daños causados en el fundo mismo sin reparación alguna y, por otra parte, sería inexplicable aplicar al otro sujeto un reproche a título de “*resarcimiento de perjuicios por responsabilidad civil*” por un daño que ha realizado en el legítimo ejercicio de un derecho.<sup>16</sup>

La facultad que la ley concede al dueño del enjambre para perseguirlo incluso en fundo ajeno, debe considerarse una manifestación de la acogida que el ordenamiento ocasionalmente presta a las medidas de autotutela, siempre y cuando el fundo ajeno no esté cercado.<sup>17</sup> Si lo estuviere, no significa que el poseedor del fundo pueda negarse a que el propietario del enjambre prosiga la persecución del mismo, sino tan sólo que debe ser consultado al respecto, ya que puede preferir capturar él mismo el enjambre y entregárselo a su propietario.<sup>18</sup>

El dueño de un enjambre escapado que, por efectos de su necesaria persecución, ingresa en un fundo ajeno no cercado, aun sin el consentimiento del poseedor del mismo, ejecuta un acto completamente lícito:<sup>19</sup> como se dijo, la ley le atribuye al efecto una específica facultad de autotutela, no subordinada a los presupuestos del estado de necesidad.<sup>20</sup> De esta manera, no estará sujeto a responsabilidad penal alguna, por cuanto estará amparado por la eximente de obrar en el legítimo ejercicio de un derecho (Artículo 20 N°7 del Código Penal español); y tampoco cabe frente a él la legítima defensa, ya que faltaría el requisito de la agresión ilegítima (circunstancia primera del N°4 del Artículo 20 del Código Penal español).<sup>21</sup>

---

<sup>13</sup> “O proprietário de enxame de abelhas tem o direito de o perseguir e capturar em prédio alheio, mas é responsável pelos danos que causar”.

<sup>14</sup> DE CUPIS (1975), p. 93; BRIGUGLIO (1971), pp. 162 y ss.; MOROZZO (1998), p. 435.

<sup>15</sup> BRIGUGLIO (1971), p. 163. Dando cuenta del conflicto de intereses, MARÍN (2000), p. 47.

<sup>16</sup> BRIGUGLIO (1971), p. 163.

<sup>17</sup> PANTALEÓN (1987), p. 326; SÁNCHEZ (2021), p. 855; MARTÍNEZ-PIÑEIRO (2006), p. 2.

<sup>18</sup> PANTALEÓN (1987), pp. 323-324.

<sup>19</sup> DANNEMANN y SCHULZE (2020), p. 1844.

<sup>20</sup> PANTALEÓN (1987), p. 326.

<sup>21</sup> PANTALEÓN (1987), p. 326. En el mismo sentido, CASSETTA (1953), p. 50.

### III. NATURALEZA Y EXTENSIÓN DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA

Ahora bien, la persecución del enjambre de abejas puede traer aparejada la causación de un daño, el cual el CC ordena reparar. El potencial perjuicio que puede ocasionar en el fundo ajeno el propietario del enjambre de ajenas con ocasión de su persecución –conducta expresamente permitida por la ley–, constituye un daño lícito o no antijurídico,<sup>22</sup> ajeno a toda idea de culpa<sup>23</sup> y, por lo tanto, extraño al instituto de la responsabilidad civil.

No obstante, esta conclusión ha sido puesta en duda por algunos juristas italianos, desde que existirían semejanzas entre esta clase de daños y las hipótesis de responsabilidad civil. En efecto, hay una acción que causa un daño a un tercero y la obligación de la reparación es puesta por la ley a cargo del agente, con lo cual concurrirían todos los extremos de la definición de la responsabilidad.<sup>24</sup> Por ello, hay quienes sostienen que estas hipótesis en comento no son excepcionales a la *ratio* de la responsabilidad civil,<sup>25</sup> dado que ésta es principalmente una reacción al daño injusto, entendiendo por tal a aquél que se sustenta en la lesión de un interés del dañado tutelado por el ordenamiento, lo que incluso puede acontecer cuando el acto del cual emane sea lícito.<sup>26</sup>

Refutamos tal opinión por diversas razones: el daño no puede calificarse de ilícito, no sólo porque la conducta generadora del mismo es lícita, sino, esencialmente, porque la posibilidad de la producción del daño está contenida dentro del ejercicio del comportamiento autorizado por el ordenamiento y que éste considera útil a la comunidad.<sup>27</sup> Además, si el daño consumado con ocasión de la entrada en el fundo ajeno fuere realmente ilícito, debería contemplarse la posibilidad de oponerse al ingreso del persecutor del enjambre cuando un daño aparezca cierto, lo que haría operativa, incluso, la legítima defensa.<sup>28</sup> Esto último no puede acontecer, desde que no existe una pretensión de contenido opuesto de parte del dañado, ya que la ley no lo autoriza a oponerse al acto dañoso, sólo a reclamar la correspondiente compensación.<sup>29</sup> Asimismo, no existe una agresión ilegítima que permita recurrir a la legítima defensa.<sup>30</sup>

Adicionalmente, recurriendo al ordenamiento italiano, podemos negar la pertenencia de esta clase de

---

<sup>22</sup> DE CUPIS (1975), pp. 92 y ss.; BUSTO (1998), p. 167; MAZZOLA (2007), p. 99.

<sup>23</sup> PANTALEÓN (1987), p. 326.

<sup>24</sup> DUNNI (1968), p. 78.

<sup>25</sup> TUCCI (1967), p. 263; PERLINGIERI (2004), p. 1079; ALPA (2018), p. 33.

<sup>26</sup> TUCCI (1967), p. 264; MAZZOLA (2007), p. 159; SALVI (2019), pp. 273-274.

<sup>27</sup> CÉSPEDES (2016), p. 42. Es importante precisar que no podemos confundir las expresiones “*actividad lícita*” y “*daño lícito*”, ya que sería erróneo de imaginar que al momento en que la ley autoriza una actividad determinada ella lleva consigo la legítima posibilidad de causar cualquier clase de daños sin límite alguno. Más aún, dicho equivocado entendimiento implicaría desconocer que el ejercicio de los derechos está sujeto a ciertos límites, puesto que el poder de dañar permitido por la ley sólo existe en el marco de actividades para las cuales el reconocimiento de este derecho de perjudicar es necesario para su ejercicio.

<sup>28</sup> DUNNI (1968), p. 80.

<sup>29</sup> TUCCI (1967), p. 263; BRIGUGLIO (1971), p. 165.

<sup>30</sup> PANTALEÓN (1987), p. 326.

daños al género de la responsabilidad civil, dado que el daño que ordena reparar el Artículo 924 del Código Civil italiano (similar en su estructura al Artículo 612.1 del Código Civil español) da origen a una *indennità* y no a un *risarcimento*.<sup>31</sup> Se señala que la *indennità* es el remedio reparatorio de los daños no antijurídicos,<sup>32</sup> a diferencia del *risarcimento*, propio de la condena aquiliana.<sup>33</sup> Además, no tiene carácter sancionatorio, como si lo tiene el *risarcimento*, que se impone al responsable de la lesión injusta de un interés como consecuencia de la violación de su norma protectora.<sup>34</sup> La *indennità* tendría únicamente una función reintegradora y existiría en los supuestos de ausencia de ilicitud del acto dañoso o ausencia de culpabilidad del autor del daño.<sup>35</sup> Asimismo, generalmente la *indennità* da origen a una reparación más limitada y restringida de los perjuicios ocasionados, en atención a que los daños causados han sido consentidos por el legislador, generando, en consecuencia, un tratamiento más indulgente por parte del mismo.<sup>36</sup> Finalmente, la *ratio* de la *indennità* tiene su fundamento en la equidad, como manifestación de un principio de justicia distributiva.<sup>37</sup>

En cuanto a la extensión de los daños que deban repararse, son sólo aquellos que correspondan al legítimo ejercicio del derecho de persecución del enjambre. No se incluyen los daños ocasionados por el ejercicio extralimitado e ilegítimo de este derecho, como tampoco los que puedan causar las propias abejas, al amparo del Artículo 1905 del Código Civil español.<sup>38</sup> Debe consignarse que esta obligación reparatoria es independiente del éxito o fracaso finales de la persecución.<sup>39</sup>

En el ordenamiento italiano se pone énfasis en que el sacrificio que se impone al propietario del fundo no incluye la obligación de este último de soportar minusvalías de carácter permanente del valor de su patrimonio, como tampoco la producción de daños ajenos a los mencionados en la norma.<sup>40</sup> Este último aserto se basa en el Artículo 564 del proyecto de Código Civil italiano, el cual disponía que el dueño del enjambre podía hacer sobre el fundo ajeno “lo necesario para reconducir el enjambre ante sí, pero con menor daño y menoscabo para la propiedad ajena y con el cumplimiento de las cautelas para proteger la integridad de las personas”. No obstante, estas ideas no se reflejaron en el texto definitivo del *Codice*, estimándose que esto aconteció por razones de sobriedad; y que si bien la norma en vigor sólo protege el interés del dueño del enjambre de abejas, no es menos cierto que sería absurdo que

<sup>31</sup> En contra se manifiesta, entre otros, TORREGROSSA (1964), p. 200, quien señala que la elección del concepto depende exclusivamente de la intención del legislador de excluir la indemnización en forma específica y no de un presunto carácter legal de los daños que la indemnización misma es llamada a compensar.

<sup>32</sup> DE CUPIS (1975), p. 759. En todo caso, debemos destacar que hay opiniones en la doctrina italiana que consideran insuficiente, para efectos de una general distinción, sostener la diferencia entre *indennità* y *risarcimento* en el carácter lícito o ilícito del hecho generador del daño como en la diferencia de la extensión de la reparación [Véase PERLINGIERI (2004), p. 1067].

<sup>33</sup> MAZZOLA (2007), p. 123.

<sup>34</sup> DE CUPIS (1975), p. 759; MAZZOLA (2007), p. 124. Se afirma que el mérito de utilizar el término *indennità* es sólo el de destacar la naturaleza de compensación por hecho lícito [MOROZZO (1998), p. 435].

<sup>35</sup> MESSINEO (1958), pp. 562-563.

<sup>36</sup> MAZZOLA (2007), pp. 123 y 125.

<sup>37</sup> ALESSI (1968), p. 628.

<sup>38</sup> PANTALEÓN (1987), pp. 326 y 328.

<sup>39</sup> PANTALEÓN (1987), p. 328.

<sup>40</sup> TORREGROSSA (1964), p. 196; MOROZZO (1998), p. 435.

amparara toda clase de daños, como, por ejemplo, los daños no necesarios para la persecución del enjambre de abejas o aquellos mayores daños sobre los necesarios para tal fin.<sup>41</sup>

#### **IV. SU CONSIDERACIÓN COMO UN SUPUESTO DE LAS DENOMINADAS “INDEMNIZACIONES O COMPENSACIONES POR SACRIFICIO”**

Conforme a lo antes expuesto y descartada la pertenencia de esta clase de indemnizaciones a aquellas propias de la responsabilidad civil, sostenemos que la reparación en comento constituye un supuesto de las denominadas indemnizaciones o compensaciones por sacrificio.<sup>42</sup>

Las indemnizaciones por sacrificio son aquellas compensaciones que las leyes atribuyen a determinados sujetos como consecuencia de la pérdida, ablación o limitación forzosa de derechos subjetivos o como recompensa parcial del sacrificio que se exige a los titulares.<sup>43</sup> Así las denomina Díez-PICAZO, donde admite un uso amplio y equívoco de la palabra “*indemnización*”, pero en el entendido que aquellas son netamente distintas a las genuinas “*indemnizaciones de daños*” propias de la responsabilidad civil. Y reserva esta denominación, por ejemplo, a las indemnizaciones previstas para algunas formas de accesión, ciertas servidumbres legales y el justiprecio de las expropiaciones forzosas.<sup>44</sup>

Corroborra en primer lugar tal afirmación, el hecho de estar en presencia de una obligación legal, que, además de haber autorizado o permitido el comportamiento dañoso o perjudicial, ha determinado la existencia de una indemnización por aquel. Un jurista español lo graficaba con el siguiente brocardo: “*se autoriza el daño, pero se le pone precio*”.<sup>45</sup> Por lo demás, la consecuencia indemnizatoria se entiende sólo por la existencia de la ley que la ha dispuesto, puesto que, de no haberla contemplado, ninguna compensación tendría derecho a percibir el dañado o afectado, ya que, como dijimos, habría operado la causal de justificación de ejercicio legítimo de un derecho. Y bien sabemos, como regla general, que los daños justamente causados no se indemnizan.<sup>46</sup>

Ello obedece a la idea de que el legislador, al contemplar una “*indemnización*”, lo que hizo fue demarcar el contenido del respectivo derecho, asignándole una consecuencia por los menoscabos o pérdidas causadas al patrimonio ajeno, como mecanismo de equilibrio de los intereses en juego. Es decir, la indemnización dispuesta por la ley constituye una opción legislativa que, frente al sacrificio del derecho de uno de los titulares de los intereses en conflicto, estima como necesaria la distribución de las consecuencias negativas del evento dañoso o desventajoso, atendido que ambos intereses son dignos de protección para el ordenamiento jurídico. A través del mecanismo de la reparación, el

---

<sup>41</sup> TORREGROSSA (1964), pp. 196-197.

<sup>42</sup> Sobre el punto, véase CÉSPEDES (2019), pp. 1041 y ss.; CÉSPEDES (2021), pp. 124 y ss.

<sup>43</sup> Díez-PICAZO (1999), pp. 56-57. En el sistema chileno estas compensaciones se conocen con el nombre de “*indemnizaciones por afectación lícita de derechos*” [CORRAL (2013), pp. 58-59].

<sup>44</sup> Díez-PICAZO (1999), p. 57.

<sup>45</sup> CAVANILLAS (1987), p. 147.

<sup>46</sup> Díez-PICAZO (1979), p. 735.

titular del interés sacrificado no soporta exclusivamente los efectos adversos causados por el ejercicio del derecho considerado más digno de prevalecer por el ordenamiento, manifestándose de esta forma el carácter equitativo de este sistema de solución de conflictos jurídicos.<sup>47</sup>

Cabe resaltar que el sacrificio no es optativo para el propietario del fundo, pues no puede oponerse al ingreso del propietario de los enjambres escapados, desde que la ley no le ha otorgado la posibilidad de reaccionar frente a tal conducta.<sup>48</sup> De allí que podamos hablar, precisamente, de “*sacrificio impuesto*”, pues no queda sujeta a la voluntad del afectado poder sustraerse al ejercicio del derecho, facultad o prerrogativa generadora del daño o pérdida que pudiere sufrir.

Asimismo, podemos vislumbrar que se cumplen en la especie las funciones de las indemnizaciones o compensaciones por sacrificio, a saber: solucionar un conflicto de intereses; permitir la restitución de enriquecimientos obtenidos a costa de otros o la reparación de los daños lícitos causados; otorgar licitud a un acto objetivamente ilícito, y; limitar el *quantum* reparatorio.<sup>49</sup>

En efecto, quizás la principal función de las indemnizaciones o compensaciones por sacrificio sea la de solucionar los conflictos de intereses que se presentan entre dos derechos merecedores de protección por el ordenamiento,<sup>50</sup> pero respecto de los cuales el sistema ha privilegiado uno de ellos a cambio de una compensación económica en beneficio del interés sacrificado. Así, jurídicamente prevalente es el interés del propietario de los enjambres, como se concluye a partir de la atribución hecha por ley a tal propietario del derecho a perseguir los enjambres en fundo ajeno y, por lo mismo, el daño que sufre el propietario del fundo es un daño legítimo, *quod iure fit*.<sup>51</sup> Sin embargo, tomando en consideración fines superiores de equidad, el ordenamiento jurídico considera que una compensación debe ser satisfecha al propietario del fundo.<sup>52</sup>

Por lo tanto, es notorio el intento del legislador de “*componer*” el conflicto de dos intereses igualmente merecedores de tutela, evitando que la salvación de uno lleve consigo el sacrificio total del otro.<sup>53</sup> Por distintas razones de política legislativa, el ordenamiento ha privilegiado un derecho y sacrificado a otro, no obstante lo cual, constatando que ambos son merecedores de tutela, ha arbitrado una compensación económica en favor del interés sacrificado a objeto de solucionar legislativamente tal conflicto de interés. Es decir, el sistema jurídico no sólo ha tomado opción respecto del derecho prevalente sino que también respecto de resolver expresamente el conflicto.

También apreciamos que las indemnizaciones por sacrificio permiten reparar los denominados daños

---

<sup>47</sup> CÉSPEDES (2016), pp. 337 y ss.

<sup>48</sup> CÉSPEDES (2016), p. 223.

<sup>49</sup> CÉSPEDES (2019), pp. 1048 y ss.

<sup>50</sup> CÉSPEDES (2019), pp. 1048-1049.

<sup>51</sup> DE CUPIS (1975), p. 93.

<sup>52</sup> DE CUPIS (1975), p. 93.

<sup>53</sup> BRIGUGLIO (1971), p. 174.

lícitos.<sup>54</sup> Los daños lícitos<sup>55</sup> son aquellos que emanan de acciones o conductas ajustadas a Derecho, caracterizados por la ausencia de transgresión a un deber jurídico<sup>56</sup> y que, cuando generan una obligación indemnizatoria, no lo son a título de responsabilidad civil,<sup>57</sup> sino que por razones de justicia material o de equidad.<sup>58</sup> Más aún, de no haberse establecido tal indemnización por ley, ella no habría nacido, por cuanto no se reparan los perjuicios causados en el ejercicio de un derecho o facultad.

En estos casos, como decíamos, el daño no puede calificarse de ilícito, no sólo porque la conducta generadora del mismo es lícita, sino, esencialmente, porque la posibilidad de inferir daños se comprende dentro del radio de acción de la conducta autorizada por el ordenamiento.<sup>59</sup> De esta manera, el daño lícito se caracteriza por ser un daño tolerado y permitido por el ordenamiento.<sup>60</sup> Normalmente se identifica con la existencia de una norma permisiva que autoriza la ejecución de un comportamiento dañoso, de tal suerte que el perjuicio resultante se califica como no antijurídico o simplemente justo.<sup>61</sup> Por ello, se dice que aquellos están constituidos por ciertos daños que el ordenamiento jurídico no repele, que algunas veces tolera y que incluso puede favorecer.<sup>62</sup>

Las indemnizaciones por sacrificio, además, permiten conferir licitud a un acto objetivamente lícito.<sup>63</sup> Como regla general, ingresar al predio vecino constituye una conducta reprobada por el ordenamiento –incluso con posibles implicancias penales–, puesto que el propietario del inmueble tiene la facultad de excluir a todo tercero que pretenda hacerlo, como manifestación concreta del carácter exclusivo del dominio.<sup>64</sup> Sin embargo, la existencia de una norma que permite expresamente el ingreso al predio vecino por parte del propietario del enjambre de abejas otorga licitud a tal conducta, desde que, además de autorizar aquella conducta, le ha impedido al titular del fundo ejercer su facultad de exclusión, desde que sólo se ha protegido su interés a través del pago de una indemnización. Por ello, para un caso de una lógica semejante, se ha escrito que la indemnización acordada por la ley legitima la conducta desplegada, desde que su pago “*agota la responsabilidad*” de quien la realizó.<sup>65</sup>

De no haber existido tal norma permisiva o autorizante, estaríamos en presencia de un auténtico ilícito civil. De no haber tenido la intención el legislador de solucionar el conflicto de intereses me-

---

<sup>54</sup> CÉSPEDES (2021), pp. 122 y ss.

<sup>55</sup> CÉSPEDES (2016), pp. 42, 43, 170-171.

<sup>56</sup> BRIGUGLIO (1971), p. 174.

<sup>57</sup> TUCCI (1967), p. 231 y ss.; DE CUPIS (1975), pp. 93 y ss.; BUSTO (1998), pp. 166 y 192; GHERSI (1997), p. 478. Que la indemnización concedida no lo sea a título de responsabilidad civil, permite distinguir a esta clase de actos de los supuestos de responsabilidad objetiva, en que el resarcimiento concedido si lo es a ese respecto.

<sup>58</sup> BUSTO (1998), p. 166; LARENZ (1959), p. 690; BRIGUGLIO (1971), p. 173.

<sup>59</sup> CÉSPEDES (2018), pp. 132-133.

<sup>60</sup> CÉSPEDES (2016), pp. 44-43; LLAMAS (2020a), p. 177.

<sup>61</sup> BRIGUGLIO (1971), p. 160; CÉSPEDES (2016), pp. 185 y ss.

<sup>62</sup> DIEZ-PICAZO (1999), p. 294.

<sup>63</sup> CÉSPEDES (2019), p. 1050.

<sup>64</sup> PEÑAILILLO (2019), pp. 427-428.

<sup>65</sup> Confróntese ALONSO (1980), p. 255.

dian­te la demar­ca­ción del con­tenido del res­pec­tivo de­re­cho a través del na­ci­miento de una obli­ga­ción in­dem­ni­za­to­ria, ha­bría sido in­ne­ce­sa­rio que la ley se pronun­cia­ra ex­pre­sa­mente res­pec­to de la pro­ce­den­cia de la mis­ma, pues ella se ha­bría po­di­do re­clamar a través de las res­pec­ti­vas nor­mas de res­pon­sa­bi­li­dad ci­vil. Asi­mis­mo, el ti­tu­lar del in­te­rés sa­crifi­ca­do po­dría ha­ber re­pe­li­do la con­duc­ta a­gre­so­ra, ya que exis­tiría una a­gre­sión ile­gí­ti­ma que au­to­ri­za­ría la cor­res­pon­diente lé­gi­ti­ma de­fen­sa. Fi­nal­mente, las re­pa­ra­cio­nes en cues­tión li­mi­tan el *quan­tum* re­pa­ra­to­rio.<sup>66</sup> Con­sta­ta­mos que la in­dem­ni­za­ción que dis­pone la ley sólo se ex­tiende al da­ño pa­tri­mo­nial efec­ti­va­mente cau­sa­do y que es ne­ce­sa­rio para el ejer­cicio del de­re­cho en cues­tión,<sup>67</sup> no ex­ten­dién­dose de nin­guna forma ni a la re­pa­ra­ción del da­ño ex­tra­pa­tri­mo­nial ni del *id quod in­te­rest*. El fun­da­men­to de ello lo en­con­tra­mos en que tras es­tos da­ños lí­ci­tos lo que se per­sigue es res­ta­ble­cer el equi­li­brio pa­tri­mo­nial ro­to por la dis­po­si­ción nor­ma­ti­va que au­to­ri­za el com­por­ta­mien­to da­ño­so, que en­ten­de­mos como cum­pli­do pa­gan­do el va­lor ob­je­ti­vo o de cam­bio del de­re­cho o in­te­rés sa­crifi­ca­do o per­tur­ba­do.<sup>68</sup> Por ello se ha so­steni­do que los da­ños in­dem­ni­za­bles en esta hipó­te­sis son sólo aque­llos que cor­res­pon­dan al lé­gi­ti­mo ejer­cicio del de­re­cho de per­se­cu­sión del en­jam­bre. No se in­cluyen los da­ños oca­sio­na­dos por el ejer­cicio ex­tra­li­mi­ta­do e ile­gí­ti­mo de este de­re­cho, como tam­poco los que pue­dan cau­sar las pro­pias a­be­jas, al am­pa­ro del Ar­tí­cu­lo 1905 del Có­di­go Ci­vil es­pa­ñol.<sup>69</sup>

Ello es así por­que los da­ños a los que nos es­ta­mos re­firiendo son aque­llos ca­li­fi­ca­dos como da­ños lí­ci­tos o no an­ti­ju­rí­di­cos, y la esen­cia de la pre­sta­ción del *id quod in­te­rest* es “la cau­sa­ción de un per­juicio, del da­ño in­jus­to, an­ti­ju­rí­di­co, im­pu­ta­ble ob­je­ti­va­mente a la fal­ta de cum­pli­mien­to, cuando, adema­s, tal in­cum­pli­mien­to es sub­je­ti­va­mente im­pu­ta­ble al deudor...”<sup>70</sup> Así las co­sas, atendi­do el fun­da­men­to men­cio­na­do, re­sulta co­he­rente que el *quan­tum* de la re­pa­ra­ción sólo com­pren­da la *aes­ti­ma­tio rei* –total o par­cial­mente– pero nunca el *id quod in­te­rest*,<sup>71</sup> que es el in­te­rés que el per­ju­di­ca­do te­nía en las co­sas de que ha sido pri­va­do o per­tur­ba­do o el va­lor que te­gan pre­ci­sa­mente para la per­so­na per­ju­di­ca­da, o sea, la re­per­cu­sión sub­je­ti­va en el pa­tri­mo­nio de la víc­ti­ma (*pre­ti­um sin­gu­lare*); a di­fe­ren­cia de la *aes­ti­ma­tio rei*, que se re­fiere al *pre­ti­um com­mu­ne* o va­lor que el ob­je­to tie­ne para to­dos.<sup>72</sup> De lo con­tra­rio, no ha­bría di­fe­ren­cia de tra­ta­mien­to en­tre los da­ños í­li­ci­tos de aque­llos cau­sa­dos jus­ta­mente por ha­ber­los per­miti­do el or­dena­mien­to, lo que no re­sul­ta­ría ló­gi­co.

De ahí que, por las ra­zo­nes ex­pues­tas, so­stenemos que la in­dem­ni­za­ción por los da­ños cau­sa­dos por

<sup>66</sup> CÉSPEDES (2019), p. 1051 y ss.

<sup>67</sup> CÉSPEDES (2021), p. 127.

<sup>68</sup> CÉSPEDES (2016), p. 322.

<sup>69</sup> PANTALEÓN (1987), pp. 326 y 328.

<sup>70</sup> LLAMAS (2020b), p. 263, que si bien se re­fiere a la re­la­ción con­tra­c­tual, pone de ma­ni­fies­to la exis­ten­cia de un he­cho í­li­ci­to im­pu­ta­ble al da­ña­dor como con­di­ción para la re­pa­ra­ción de ta­les per­ju­i­cios, pre­su­pues­to que no con­curre en los da­ños lí­ci­tos re­pa­ra­bles, don­de no exis­te una con­duc­ta re­pro­cha­ble del au­tor del da­ño ni tam­poco cri­te­rio de im­pu­ta­ción del mis­mo pro­pio de la re­spen­sa­bi­li­dad ci­vil.

<sup>71</sup> Así, re­firién­dose a las fun­cio­nes de la *in­den­ni­tà* en el or­dena­mien­to ita­liano, Mes­si­neo apun­ta lo si­guiente: “Inoltre, l’in­den­ni­tà è cor­re­la­ti­va a un dan­no, ma non an­che a un at­to il­le­ci­to e, quin­di, essa –a ri­gore– esula dalla ma­te­ria dell’at­to il­le­ci­to; e –a quan­to pare– l’in­den­ni­tà si ri­sol­ve nella pre­sta­zione della sola *aes­ti­ma­tio*” [MESSINEO (1958), p. 562].

<sup>72</sup> LLAMAS (2010), p. 3. Un co­mple­to y ex­haus­ti­vo aná­li­sis pue­de verse en to­do el de­sar­rol­lo de la obra de LLAMAS (2020b). Un de­sar­rol­lo más re­cien­te en LLAMAS (2020a), pp. 276 y ss.

la persecución de un enjambre de abejas en predio vecino constituye un supuesto de las denominadas indemnizaciones o compensaciones por sacrificio.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- ALESSI, Renato (1968): “Voz «La responsabilità da atti legittimi»”, en: Azara, Antonio y Eula, Ernesto (directores), *Novissimo Digesto Italiano* (Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese), t. XV.
- ALONSO PÉREZ, Mariano (1980): “Arts. 353 y ss.”, en: Albaladejo, Manuel (coordinador), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Madrid, Edersa), t. V, vol. 1º.
- ALPA, Guido (2018): *Los principios de la responsabilidad civil* (Traducc. de César Moreno More, Bogotá, Temis).
- BRIGUGLIO, Marcello (1971): *El estado de necesidad en el Derecho Civil* (Traducc. de Manuel García Amigo, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).
- BUSTO LAGO, José Manuel (1998): *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual* (Madrid, Tecnos).
- CAMACHO DE LOS RÍOS, Fermín (1990): “Occupatio Apis”, en: *Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho* (núm. 5).
- CASSETTA, Elio (1953): *L'illecito degli enti pubblici* (Turín, Giappichelli Editore).
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (1987): *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia* (Pamplona, Editorial Aranzadi).
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos (2016): *El daño lícito* (Madrid, La Ley-Wolters Kluwer).
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos (2018): “El daño lícito reparable y su proyección en el sistema chileno: concepto y naturaleza”, en: *Revista Ius et Praxis* (año 24 núm. 1).
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos (2019): “Identificando a las indemnizaciones por sacrificio en el sistema chileno”, en: Gómez de la Torre, Maricruz et al (editores), *Estudios de Derecho Civil XIV* (Santiago, Thomson Reuters).
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos (2021): “Notas sobre la denominada ‘responsabilidad’ por acto lícito en el Derecho Civil. Reconociendo a las compensaciones por sacrificio”, en: *Revista Ius et Praxis* (año 27 núm. 2).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 2ª edición actualizada (Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters).
- DANNEMAN, Gerhard y SCHULZE, Reiner (2020): *German Civil Code* (München, C.H. Beck-Nomos), vol. I.
- DE CUPIS, Adriano (1975): *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (Traducc. de la 2ª edición italiana de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch).
- DE LIÑÁN Y HEREDIA, N.J. (1926): “La abeja en el Derecho”, en: RCDI.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1979): “La responsabilidad civil hoy”, en: *Anuario de Derecho Civil*.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de Daños* (Madrid, Civitas).
- DUNNI, Giovanni (1968): *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale* (Milán, Giuffré).
- GARCÍA GARRIDO, Manuel (1956): “Derecho a la caza y *ius prohibendi* en Roma”, en: *Anuario de Historia del Derecho Español* (núm. 26).

- GHERSI, Carlos (1997): “Responsabilidad por actos lícitos”, en: Bueres, Alberto y Kemelmajer, Aída (directores), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- GIMÉNEZ-CANDELA, Marita (2020): “Abejas y Covid 19: una regulación necesaria”, en: *DA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* (vol. 11 núm. 4)
- LAMARCA MARQUÈS, ALBERT (2013): *Código Civil alemán* (Madrid, Marcial Pons).
- LARENZ, Karl (1959): *Derecho de Obligaciones* (Traducc. de Jaime Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado), t. II.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (2007): *Principios de Derecho Civil. IV. Propiedad y derechos reales de goce*, 7ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- LLAMAS POMBO, Eugenio (2010): “Formas de reparación del daño (I)”, en: *Práctica de Derecho de Daños* (núm. 80).
- LLAMAS POMBO, Eugenio (2020a): *Las formas de prevenir y reparar el daño* (Madrid, La Ley-Wolters Kluwer).
- LLAMAS POMBO, Eugenio (2020b): *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, nueva edición (Madrid, La Ley-Wolters Kluwer).
- MARÍN CASTÁN, Francisco (2000): “Art. 612”, en: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coordinador), *Comentario del Código Civil* (Barcelona, Bosch).
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO, Eduardo (2006): “La autotutela en el Derecho civil común”, en: *RJN*, (núm. 60).
- MAZZOLA, Marcello (2007): *Responsabilità civile da atti leciti dannosi* (Milán, Giuffrè Editore).
- MESSINEO, Francesco (1958): *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, 9ª edición (Milán, Giuffrè Editore), t. V.
- MOROZZO DELLA ROCCA, Paolo (1998): “Gli atti leciti dannosi”, en: Cendon, Paolo (director), *Responsabilità civile. Responsabilità Extracontrattuale* (Turín, Utet), t. VIII.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1987): “Art. 612”, en: Albaladejo, Manuel (coordinador), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado), t. VIII, vol. 1º.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL (2019): *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, 2ª edición (Santiago, Thomson Reuters).
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar (2012): *Casuismo y jurisprudencia romana* (Madrid, Universidad Autónoma de Madrid).
- POLO TORIBIO, Gema (2021): “Abejas, enjambre, colmena: evolución histórico-jurídica a la luz del Fuero de Cuenca”, en: Rodríguez, Luis (director), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo. Derechos reales* (Madrid, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano – BOE), vol. 5.
- PERLINGIERI, Pietro (2004): “La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento”, en: *Rassegna di diritto civile* (núm. 4).
- SALVI, Cesare (2019): *La responsabilità civile*, 3ª edición (Milán, Giuffrè Francis Lefebvre).
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael (2021): “Artículos 610 al 617”, en: Bercovitz, Rodrigo (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, 5ª edición, (Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi).
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena (2004): “Ocupación, hallazgo y tesoro”, en: *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna)* (núm. 21).
- TORREGROSSA, Giovanni (1964): *Il problema della responsabilità da atto lecito* (Milán, Giuffrè Editore).
- TUCCI, Giuseppe (1967): “La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile”, en: *Rivista Diritto Civile* (año XIII, parte prima).

**Normas citadas**

Código Civil de Alemania.

Código Civil de España.

Código Civil de Italia.

Código Civil de Portugal.

Código Penal de España.

# Julio Olavarría Ávila y su aporte al Derecho Comercial y la Organización del Sistema Penitenciario Chileno\*

## *Julio Olavarría Ávila and its contribution to Commercial Law and the Organisation of the Chilean Penitentiary System*

**Jaime Alcalde Silva**

Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.  
Correo electrónico: jcalcald@uc.cl. <https://orcid.org/0000-0003-4732-5585>.

Recibido el 14/08/2023

Aceptado el 15/11/2023

Publicado el 28/11/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n43.03>

**RESUMEN:** El presente trabajo expone la trayectoria personal y profesional de Julio Olavarría Ávila. Comienza con un esbozo biográfico general, que permite situar el tiempo durante el cual vivió y los principales hitos de su carrera como funcionario público y profesor universitario, entre los que se cuenta el esfuerzo por internacionalizar el Derecho comercial chileno. Después se revisa de manera pormenorizada su trayectoria jurídica, que puede ser sintetizada en dos dimensiones principales: su obra escrita y su trabajo en la Dirección general de prisiones. Dentro de dicha obra merecen especial atención dos de sus libros: *Los códigos*

**ABSTRACT:** This paper describes the personal and professional career of Julio Olavarría Ávila. It begins with a general biographical sketch, which allows us to situate the time during which he lived and the main milestones of his career as a civil servant and university professor, including his efforts to internationalize Chilean commercial law. Afterwards, a detailed review is made of his legal career, which can be summarized in two main dimensions: his written work and his work in the General Directorate of Prisons. Within this work, two of his books deserve special attention: *The Latinoamerican Commercial Codes* (*Los códigos de comercio lati-*

\* El presente texto corresponde una versión ampliada de aquel que fue presentado en el Ciclo Permanente de Juristas, organizado por la Cátedra de Teoría del Derecho del Prof. Alejandro Vergara Blanco y el Programa de Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

de comercio latinoamericanos y el *Manual de Derecho comercial*, que contribuyeron a consolidar la doctrina comercial chilena.

noamericanos) and the *Handbook of Commercial Law (Manual de Derecho comercial)*, which contributed to the consolidation of Chilean commercial doctrine.

**PALABRAS CLAVE:** Juristas chilenos, comercialistas chilenos, derecho comercial chileno.

**KEY WORDS:** Chilean scholars, chilean commercial law scholars, chilean commercial law.

## I. INTRODUCCIÓN

Es un lugar común caracterizar a Chile como “una larga angosta y angosta faja de tierra”, cuya loca geografía y meridional posición crea unas barreras naturales que han favorecido el histórico aislamiento del país.<sup>1</sup> Esta situación se observa también en la literatura jurídica chilena. Salvo algunas notables excepciones, entre las cuales sobresalen Andrés Bello (1781-1865) y José Gabriel Ocampo (1798-1882), ambos de origen extranjero y nacionalizados por gracia,<sup>2</sup> por muchos años no hubo mayor exportación de ideas en este campo. Julio Olavarría Ávila (1914-2007) constituye uno de esos casos excepcionales que influyó más allá de las fronteras del país, puesto que ayudó a internacionalizar el Derecho comercial chileno en una época de escasa comunicación, cuando el profesorado universitario todavía no se profesionalizaba ni se tomaba la decisión de impulsar decididamente la investigación jurídica desde las universidades y las políticas públicas.<sup>3</sup> Lo hizo además en un momento en que la doctrina mercantil chilena comenzaba a presentar signos de consolidación mediante la aparición de los primeros tratados de la disciplina, provenientes de los cursos de Gabriel Palma Rogers (1882-1961) y el propio Olavarría.<sup>4</sup>

Sin embargo, los rápidos avances que tiene la disciplina, sobre todo por los cambios vertiginosos experimentados a partir de la sustitución del marco normativo de las sociedades anónimas y el mercado de valores en 1981 merced a las Leyes 18.045 y 18.046, con predominio de abogados de ejercicio corporativo, han hecho que los textos de Julio Olavarría no hayan continuado siendo utilizados con la profusión que lo fueron en los años anteriores, lo que no quita que todavía se pueda volver a ellos con provecho debido a su alejamiento de la matriz positivista imperante en la cultura jurídica chilena durante el siglo XX.<sup>5</sup> A juicio de este autor, el Derecho que utiliza un país debe ser aquel que “*expresa justa y adecuadamente el momento histórico que vive la nación, permitiendo y avizorando, al mismo*

---

<sup>1</sup> Véase SUBERCASEAUX (2001).

<sup>2</sup> Véase PRADO (2010).

<sup>3</sup> MUÑOZ (2021), pp. 158-159.

<sup>4</sup> La periodificación corresponde a GUZMÁN (1992), pp. 86-87, quien distingue tres etapas en la formación de la doctrina chilena relativa al Derecho civil, que bien se puede extrapolar al Derecho comercial con ciertos matices. La primera etapa es una lectura exegética del código acompañada de una exposición elemental de sus contenidos; la segunda corresponde al comentario de cada artículo, la mayoría de las veces recurriendo al Derecho romano y castellano, y la tercera se corresponde con la aparición de los primeros tratados. En esta última se observa una elaboración dogmática conceptual nueva de matriz sistemática, que se aparta del código y permite incluso su crítica. La literatura extranjera hace su aparición, sobre todo la francesa. En el caso de Olavarría hay un profuso uso del Derecho alemán y estadounidense, sin descuidar la doctrina producida en Hispanoamérica.

<sup>5</sup> BARAONA (2010), pp. 435-437.

tiempo, con una anticipación razonable, las necesidades de su futuro desenvolvimiento”.<sup>6</sup>

El propósito de estas notas es intentar una aproximación general a la trayectoria de Julio Olavarría Ávila. Esto exige en primer lugar trazar un esbozo general de su vida que sirva de contexto a su obra en el campo del Derecho (II). Hecho ese rápido recuento biográfico, corresponde revisar su trayectoria jurídica en particular, que puede ser sintetizada en dos dimensiones principales: su obra escrita (III) y su trabajo en la Dirección general de prisiones (VI). Con todo, dentro de dicha obra merecen especial atención dos de sus libros: *Los códigos de comercio latinoamericanos* (IV) y el *Manual de Derecho comercial* (V). Para acabar, se ofrece un cuerpo de conclusiones (VII).

## II. Un esbozo biográfico<sup>7</sup>

A Julio Olavarría Ávila le tocó vivir el ocaso de la “*edad de oro de los abogados*”, cuando esta profesión dejó de ser la mejor capacitada para entender y manejar los asuntos de gobierno, dando paso a una naciente tecnocracia.<sup>8</sup> Nacido en Valdivia el 21 de agosto de 1914, realizó sus estudios primarios y parte de los secundarios en el Colegio Alemán de dicha ciudad. En tercer año de humanidades se cambió al Liceo de Hombres de Valdivia, desde donde egresó en 1929. Dada su edad no pudo ingresar de inmediato a la universidad y trabajó dos años como Oficial de Aduanas. En 1932 comenzó sus estudios en la Facultad de Leyes de la Universidad de Chile, destacando pronto por su talento y capacidad. En tercer año se integró como procurador en un despacho de abogados y, al año siguiente, fue nombrado agregado de Derecho comercial en el Seminario de Derecho privado, donde cumplió funciones como ayudante y jefe de trabajos. Concluyó sus estudios en 1935, presentando para la obtención del grado de licenciado una memoria sobre el mandato comercial (255 pp.), la cual fue calificada con nota sobresaliente y mereció al año siguiente el premio universitario al mejor alumno graduado de la promoción anterior. En 1937 obtuvo el premio José Gabriel Ocampo, destinado a recompensar el mejor estudio de Derecho comercial, con el trabajo intitulado “*La Ley 6156 y las sociedades comerciales chilenas*”.<sup>9</sup> Completó su formación con un curso de italiano durante tres años en la Instituto de Cultura Italiana, además de seguir asignaturas de filosofía y latín en el Instituto Pedagógico, entonces dependiente de la Universidad de Chile.

En 1938, Olavarría se desempeñó como secretario de la Comisión de Códigos, donde le correspondió trabajar en la nueva edición del Código de Comercio. En 1942 presentó la tesis intituida “*Tratado de Derecho comercial chileno. Parte histórica y fisiológica*”, con la cual ganó la plaza de profesor extraor-

---

<sup>6</sup> OLAVARRÍA (1970), p. 8.

<sup>7</sup> Debidamente contrastadas, las referencias biográficas de este apartado están tomadas de EMPRESA PERIODÍSTICA DE CHILE (1953), p. 897; BASCUÑÁN (1946), pp. 84-85; LUCERO (2003), pp. 7-10; OLAVARRÍA (2005) y PRADO (2007).

<sup>8</sup> BRAVO (1998), p. 98.

<sup>9</sup> El premio José Gabriel Ocampo, establecido en 1915, se otorgaba por el Consejo Universitario de la Universidad de Chile, previo informe de la Facultad de Leyes, a las dos mejores composiciones originales sobre materias que regla el Código de Comercio. El monto del premio era de 4200 CLP al año, que se pagaba con un censo sobre 105.000 CLP (redimido con 60.000 CLP) dejados por el fundador, Severo Ocampo Pando.

dinario de Derecho comercial en la Facultad de Leyes de la Universidad de Chile.<sup>10</sup> Dos años después fue nombrado profesor interino del mismo ramo, y en 1948 se convirtió en profesor ordinario. Se desempeñó en esas labores docentes por 35 años, con preferencia en el ámbito del Derecho comercial comparado. Participó en diversos congresos y seminarios realizados en el extranjero sobre materias de Criminología, Abogacía, Servicio social y Derecho comercial. Por ejemplo, asistió al Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Privado celebrado en Buenos Aires en octubre de 1960, con la ponencia titulada “*La unificación del Derecho comercial latinoamericano*”. En 1967, junto con Raúl Varela Morgan, asesoró a la Comisión del Senado que preparó el proyecto de reforma sobre sociedades anónimas que fue finalmente sancionado a través de la Ley 17.308, de 1º de julio de 1970.<sup>11</sup>

En 1939, el gobierno y la Universidad de Chile comisionaron a Olavarría para que estudiara en Alemania diversas cuestiones relacionadas con materias penitenciarias y comerciales. Entre 1952 y 1953 fue investigador visitante de la Universidad de Michigan, donde comenzó a escribir su meritoria obra sobre los códigos de comercio latinoamericanos.<sup>12</sup> Hay que considerar que dicha casa de estudios había recibido al destacado comparatista Ernst Rabel (1874-1955) durante su exilio en Estados Unidos, quien destacó como precursor de la unificación del régimen de la compraventa internacional de mercaderías.<sup>13</sup> Es ahí donde este último publicó su obra más importante, que aborda el corazón del Derecho internacional privado: el conflicto de leyes.<sup>14</sup> Entre 1956 y 1957, Olavarría realizó una nueva estadía de investigación, esta vez en el Instituto Max Planck de Derecho Privado Comparado e Internacional, con sede en Hamburgo. Volvió a la Universidad de Michigan en 1968 para impartir un curso sobre derecho de sociedades anónimas comparado.<sup>15</sup> Al año siguiente se desempeñó como profesor del Instituto de Derecho Comparado dependiente del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España, situado en Barcelona. Estas dos últimas estadías le permitieron revisar su *Manual de Derecho comercial*, ya con dos ediciones previas (1950 y 1956), que se publicó de manera inconclusa en España en 1970.

En el ámbito profesional, Olavarría se desempeñó como director general de prisiones entre abril de 1940 y marzo de 1953, cargo que hoy equivale al director general de Gendarmería.<sup>16</sup> Durante los si-

---

<sup>10</sup> Según el Reglamento de profesores extraordinarios y agregados, aprobado por Decreto núm. 510, de 19 de noviembre de 1934, del Rector de la Universidad de Chile, las cátedras podían ser ordinarias o adjuntas. Estas últimas eran aquellas que desarrollaban los programas aprobados de forma paralela a las cátedras ordinarias, o bien complementaban o extendían, en cursos especiales o en ciclos de conferencias, la enseñanza o la investigación sobre cualquier materia que tuviera relación con la enseñanza encomendada a la respectiva Facultad (art. 1º), y eran servidas por profesores extraordinarios o agregados (art. 2º).

<sup>11</sup> El juicio sobre esta ley es dispar. OLAVARRÍA (1970), p. 8, considera que el proyecto en el que le tocó participar “sólo abordaba algunos aspectos secundarios de la materia”, mientras que PUGA (2011), p. 35, estima que la Ley 17.308 supuso “un gran ajuste” que “modificó de forma sustantiva [...] la regulación de las sociedades anónimas” contenida en el Código de Comercio y el Decreto con fuerza de ley 251 de 1931, además de dar lugar a la dictación de un nuevo Reglamento sobre sociedades anónimas nacionales y extranjeras (Decreto Supremo núm. 1995, de 17 de septiembre de 1970, del Ministerio de Hacienda).

<sup>12</sup> Véase *infra*, IV.

<sup>13</sup> ALCALDE (2020a).

<sup>14</sup> La obra lleva por título *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, se publicó en cuatro tomos entre 1945 y 1958, y fue financiada por la Universidad de Michigan. Véase STAGL (2021), pp. 73-100, sobre la importancia que ella tuvo dentro del pensamiento jurídico de Rabel.

<sup>15</sup> Olavarría había hecho dos años antes un resumen del régimen de las sociedades anónimas en Chile. Véase OLAVARRÍA (1966).

<sup>16</sup> El servicio fue creado por el presidente Ramón Barros Luco a través del Decreto Supremo núm. 214, de 2 de febrero de 1911, del Ministerio de Justicia, por el que se reorganizó la guardia armada que servía las prisiones del país bajo el nombre de “Gendarmería de Prisiones”. Con la Ley 3815, de 30 de noviembre de 1921, pasó a llamarse “Cuerpo de la Gendarmería de Prisiones”.

guientes diecisiete años trabajó en la Contraloría General de la República, donde cumplió funciones como jefe del Departamento Jurídico (art. 28 de la Ley 10.336), funcionario que subroga al subcontralor en caso de ausencia (art. 114 de la Ley 10.336).

En 1970, Julio Olavarría jubiló al cumplir 30 años de servicio como funcionario público, como era la exigencia que por entonces establecía el sistema de pensiones para esta clase de trabajadores (art. 25 del D.F.L. Nº 1340 bis, de 6 de agosto de 1930, del Ministerio de Bienestar Social, que regulaba la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas). Por aquella época dejó también toda actividad académica, dedicándose a su gran pasatiempo: la historia.

En el plano personal, Julio Olavarría contrajo matrimonio con Celia Leyton Corvalán (1919-2012), con quien tuvo tres hijos: María Angélica (1942-2018), quien estudió Derecho en la Universidad de Chile y, siguiendo los pasos de su padre, se graduó con una memoria de prueba intitulada “*La noción de apariencia en la letra de cambio*”, presentada en 1966; Lionel (1947), ingeniero civil de la misma universidad y que ha destacado por su carrera empresarial, habiéndose desempeñado como gerente general del Banco de Crédito e Inversiones, presidente fundador de Redbanc y presidente de Transbank, y Leslie (1948-2020), médico cirujano.

Murió en Santiago el 14 de septiembre de 2007, víctima de un cáncer hepático. En agosto de 2008, Gendarmería de Chile inauguró en su escuela institucional la Biblioteca Julio Olavarría Ávila en homenaje a quien fuera su director más joven y sirviera el cargo por trece años.<sup>17</sup>

### III. LA OBRA ESCRITA

Julio Olavarría escribió sobre muchas materias jurídicas, entre las cuales se comprende el Derecho comercial, penitenciario y laboral.<sup>18</sup> De los trabajos pertenecientes a estos dos últimos ámbitos se dará cuenta en el apartado final al referir la vida profesional de su autor como director general de prisiones. Como fuere, mayor repercusión y permanencia han tenido las obras que Olavarría produjo en Derecho comercial, por las cuales todavía se lo recuerda. Ahí se incluyen *El mandato comercial* (1936), *La Ley 6156 y las sociedades comerciales chilenas* (1938), *Manual de Derecho comercial* (con tres ediciones: 1950, 1956 y 1970), *Letras y cheques* (1953),<sup>19</sup> *Los códigos de comercio latinoamericanos, con una introducción de Derecho comparado externo* (1961) y *Curso de Derecho marítimo* (1969). Junto a ellos escribió varios artículos en revistas especializadas en Derecho comercial y comparado, tanto en Chile como en el extranjero. Entre ellos se puede destacar “*Posibilidades de efectuar la unificación*

---

de la República de Chile”. En 1930 se le denominó “*Dirección General de Prisiones*” (Decreto con fuerza de ley 1811, de 31 de julio de 1931); tres años después, “*Servicio de Vigilancia de Prisiones*” (Ley 5022, de 30 de diciembre de 1931); en 1960, “*Servicio de Prisiones*” (Decreto con fuerza de ley 189, de 25 de marzo de 1960) y, desde 1975, “*Gendarmería de Chile*” (Decreto ley 842, de 30 de enero de 1975).

<sup>17</sup> Del homenaje hay testimonio en el número 93, año 33 de la Revista Gendarmería de Chile publicada el 2008.

<sup>18</sup> LUCERO (2003), pp. 19-83, hace un análisis de ellas.

<sup>19</sup> Esta obra formaba parte de la colección de “*Cartillas*” que publicaba la Editorial Jurídica de Chile, cuya finalidad era divulgativa. Se trataba de explicar de una manera sencilla y asequible ciertas figuras jurídicas de común ocurrencia o utilización.

del *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales en Chile*” (1974), incluido en una investigación de Derecho comparado sobre la materia dirigida por Mario Rotondi (1900-1984).<sup>20</sup> En ese trabajo, Olavarría se muestra escéptico de la unificación del Derecho civil y comercial en el país, pues considera que emprender una obra semejante significaría un desafío mayor para el Congreso, que tardaría años en acometer el análisis detallado de esa materia, fuera del efecto disuasorio que conlleva el prestigio de los Códigos Civil y de Comercio, los cuales han servido de modelo para otras codificaciones del continente.<sup>21</sup>

Respecto del aporte de Olavarría al Derecho comercial, Arturo Prado Puga ha dicho: “Sus obras [...] han sido de gran valor en dicho campo, siendo destacadas incluso en el extranjero, donde el mismo autor fue catedrático y expositor de ellas. Aún hoy, transcurridos cincuenta y cinco años de publicadas, algunas de ellas, se consideran como base para el estudio de la cátedra, en las nuevas generaciones”.<sup>22</sup> De hecho, el *Manual de Derecho Comercial* fue el sustrato de la docencia de la disciplina durante tres décadas, entre 1950 y 1980. En esta última década su lugar fue reemplazado por los manuales de Ricardo Sandoval López, profesor de la Universidad de Concepción, ahora en fase de reelaboración en formato de tratado.<sup>23</sup> Estos últimos tenían la virtud de cubrir todo el programa de la disciplina, pues abarcaban también el Derecho concursal.<sup>24</sup>

Con todo, Olavarría era un hombre de profundos intereses culturales. Eso explica que, además de los estudios de italiano, filosofía y latín ya referidos, haya sido presidente del Instituto Vasco de Cultura.<sup>25</sup> Fue autor de una miscelánea obra en el campo de la historia,<sup>26</sup> y también de un estudio político intitulado “*Un nuevo programa para la democracia*”. Cabe mencionar entre sus trabajos históricos:

---

<sup>20</sup> Por aquellos años, Fernando Fueyo Laneri (1920-1992) era partidario de la revisión del Derecho privado patrimonial. Véase FUEYO (1980) y (1989).

<sup>21</sup> CARVAJAL (2006) es crítica de esta opinión y considera que, en la actualidad, no se justifica la subsistencia de un Derecho de obligaciones escindido en dos parcelas diferentes. Ha sido también la tendencia en el Derecho comparado, como se refleja en el Código Civil de Brasil (2003) o en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2015).

<sup>22</sup> PRADO (2007), p. 2. El suscrito agradece al autor el haberle proporcionado copia del manuscrito para su consulta.

<sup>23</sup> Hasta el momento (agosto de 2023), Ricardo Sandoval López ha publicado con la Editorial Jurídica de Chile los siguientes tomos de su obra intitulada *Derecho comercial*: tomo I dedicado a la introducción al Derecho comercial, los actos de comercio, la noción general de empresa individual y colectiva, y las sociedades de personas y de capital (2015); tomo II relativo a la teoría general de los títulos-valores, la letra de cambio, el pagaré, el cheque y los títulos electrónicos o desincorporados (2015); tomo III sobre propiedad industrial, marcas, nombres de dominio, patentes y arbitraje comercial internacional (2015); tomo IV referido al Derecho comercial internacional (2015); tomo V dedicado al Derecho del consumidor y la protección del consumidor en el Derecho nacional y en la legislación comparada (2016); tomo VI relativo al Derecho del comercio electrónico (2016); tomo VII sobre garantías reales y personales en el Derecho mercantil nacional y comparado (2017); tomo VIII referido al Derecho del turismo (2018); tomo IX relativo al Derecho de seguros (2018); tomo X sobre el Derecho de la navegación y del comercio marítimos (2019); tomo XI referido al Derecho concursal y la reorganización y liquidación de activos de empresas y personas (2020); tomo XII dedicado a los contratos mercantiles (2020); tomo XIII relativo al Derecho bancario público y privado y la Banca electrónica (2021); tomo XIV sobre el Derecho bursátil mercantil público y privado, las operaciones bursátiles y la Bolsa electrónica (2022); tomo XV dedicado al Derecho de sociedades y las sociedades de personales y de capital (2023).

<sup>24</sup> La disposición original de los manuales de Ricardo Sandoval era similar al esquema de Julio Olavarría: el tomo I estaba dedicado a la parte general del Derecho comercial y al régimen del empresario individual del comercio y las sociedades comerciales; el tomo II trataba sobre los títulos de crédito; el tomo III explicaba los contratos mercantiles y las operaciones bancarias, con la novedad de un tomo IV sobre Derecho concursal (en su origen relativo a la Ley 4558 y después a la Ley 18.175). Quedaba fuera igualmente el Derecho marítimo.

<sup>25</sup> Olavarría es un antiguo linaje vizcaíno, que llega a Chile en el siglo XVII.

<sup>26</sup> LUCERO (2003), pp. 84-103.

Abajo Carlos V, arriba Felipe II (1984) y *La conquista del Reyno de Chile según la crónica del pérfido Fray Jerónimo de Villar (1525-1568)* (1997).<sup>27</sup> En este ámbito, Arturo Prado menciona el descubrimiento de una carta desconocida de Pedro de Valdivia (1497-1553), que data del 10 de agosto de 1546 y está dirigida a Gonzalo Pizarro, y que fuera encontrada por Olavarría en la Huntington Library de San Marino (California, Estados Unidos).<sup>28</sup> En sus investigaciones históricas no eludió tratar o decir aquello que asomaba como verdad, por más que hubiera de contradecir a la gran mayoría de autores en ese rubro.<sup>29</sup> Así se comprueba, por ejemplo, del subtítulo de las dos obras antes citadas: “*Versión irreverente del descubrimiento de Chiloé por Ercilla*” y “*Nuestro buscapié*”, respectivamente.<sup>30</sup> Escribió asimismo obras de otro género, como *Et in Germania ego. Humorísticas y escandalosas aventuras de un mexicano y un chileno en Alemania de posguerra*, donde recoge parte de las memorias de su estadía en dicho país con ocasión de su paso por el Instituto Max Planck de Hamburgo a finales de la década de 1960.

Los intereses históricos de Olavarría también se proyectaron en el campo del Derecho, pues ayudó a responder la duda sobre las fuentes del Código de Comercio chileno y el posible origen de sus reglas en un código extranjero determinado. En esta materia, creía que la solución se encontraba en descubrir las actas de la Comisión Revisora creada por el gobierno para revisar el proyecto remitido por José Gabriel Ocampo (1798-1882), dado que su consulta podría haber “*suministrado valiosas informaciones para aclarar muchas dudas al respecto*”.<sup>31</sup> Sin embargo, esas actas “*no se encontraban y nadie sabía de su texto auténtico*”.<sup>32</sup> Javier Barrientos explica la razón de esa ausencia: ellas habían quedado entre los papeles de Ocampo, que pasaron a poder de uno de sus hijos y que éste donó más tarde a la Biblioteca Nacional, donde ellas fueron consultadas por Gabriel Palma Rogers, quien hizo tomar un traslado de su texto.<sup>33</sup>

Con todo, Palma desconocía donde había quedado esa copia de las actas, aunque sostenía “*la poca utilidad de ellas en razón de no estar firmadas sino las primeras y no contener la indicación de las fuentes de inspiración del Código*”.<sup>34</sup> Varios años después de las pesquisas de Olavarría, Enrique Testa Arueste (1916-2018) logró descubrir dónde se encontraba el traslado encargado por Gabriel Palma: éste se lo había regalado al abogado Alfredo Lewin, de quien lo recibió su hijo Hernán Lewin, también abogado. Éste permitió que Testa hiciera un nuevo traslado de las actas en dos ejemplares: uno de ellos fue depositado en la Biblioteca de la Facultad de Leyes de la Universidad de Chile y el otro entregado a la Biblioteca del Colegio de Abogados, donde pueden ser consultados hasta hoy.<sup>35</sup> Tenía razón

---

<sup>27</sup> Natural de Guipúzcoa, Tomás de Olavarría fue Gobernador Real de Chiloé entre 1608 y 1609.

<sup>28</sup> PRADO (2007), p. 3.

<sup>29</sup> PRADO (2007), p. 4.

<sup>30</sup> “*Buscapié*” significa “*especie que se suelta en conversación o por escrito para dar a alguien motivos de charla o para rastrear y poner en claro algo*”. Confróntese REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992), p. 336.

<sup>31</sup> OLAVARRÍA (1970), p. 81.

<sup>32</sup> OLAVARRÍA (1970), p. 81.

<sup>33</sup> BARRIENTOS (2015), p. 152.

<sup>34</sup> OLAVARRÍA (1970), nota 1, p. 81.

<sup>35</sup> BARRIENTOS (2015), p. 153.

Palma cuando refería el escaso valor de las actas como elemento interpretativo, pues ellas consumen 137 páginas en la copia mecanografiada mandada hacer por Enrique Testa. Cabe tener en cuenta que la Comisión Revisora del Proyecto de Código de Comercio celebró 79 sesiones, entre el 14 de octubre de 1862 y el 13 de septiembre de 1864,<sup>36</sup> de suerte que en actas sólo quedó recogido un pequeño resumen de la discusión habida entre sus integrantes.

Si bien la búsqueda de Olavarría no le permitió encontrar las perdidas actas de la Comisión Revisora, sí le dio “*la satisfacción de encontrar en 1937, en la Biblioteca del Colegio de Abogados de Santiago, varios borradores manuscritos del proyecto y comentarios, anotaciones marginales y notas hechas de puño y letra de D. José Gabriel Ocampo, redactor del Proyecto de Código de Comercio, en los que pudimos corroborar precisamente lo que andábamos averiguando, esto es, las fuentes del Código de Comercio chileno*”.<sup>37</sup> En la actualidad, la consulta de esos manuscritos es hartó más fácil, tanto porque fueron editados y publicados por Enrique Brahm García<sup>38</sup> como porque se encuentran digitalizados por la Biblioteca del Congreso Nacional para su revisión facsimilar a través de Internet.<sup>39</sup> Por mucho tiempo, empero, la referencia a las fuentes legales y doctrinales usadas por Ocampo, con indicación de la frecuencia de empleo, se debió a aquella mención que hacía Olavarría en su *Manual de Derecho comercial*.<sup>40</sup>

En suma, la bibliografía de Julio Olavarría recorre diversos campos de trabajo, especialmente el Derecho comercial y la historia, aunque en todos ellos se evidencia “*ese sabor a variedad de cada obra hecha con sigilo, agudeza y mente laboriosa*”.<sup>41</sup> En los apartados que siguen se hará referencia a sus dos obras más conocidas: *Los códigos de comercio latinoamericanos* (1961) y el *Manual de Derecho comercial* (1950, 1956 y 1970).

#### IV. LOS CÓDIGOS DE COMERCIO LATINOAMERICANOS

Durante la década de 1950 y 1960, “*la profundización de la investigación jurídica tenía un lugar muy secundario –cuando no inexistente– en la agenda política de las universidades y del gobierno*”.<sup>42</sup> Recién a fines de esta última década se comenzaron a renovar los métodos de enseñanza e investigación, sobre todo por el programa de intercambio con Estados Unidos y la creación del Instituto de Docencia e Investigaciones Jurídicas por parte de las cinco Facultades de Derecho entonces existentes.<sup>43</sup> Por

---

<sup>36</sup> BARRIENTOS (2015), p. 153.

<sup>37</sup> OLAVARRÍA (1970), p. 81.

<sup>38</sup> BRAHM (2000) y (2009).

<sup>39</sup> Véase [http://static.leychile.cl/Plone/Legis/Consulta/codigo\\_de\\_comercio\\_manuscritos](http://static.leychile.cl/Plone/Legis/Consulta/codigo_de_comercio_manuscritos) [fecha de consulta: 30 de noviembre de 2021]. La digitalización de los cuadernos de Ocampo fue realizada por la Biblioteca del Congreso Nacional, gracias a la colaboración del Colegio de Abogados A.G., con ocasión de la celebración del sesquicentenario del Código de Comercio en 2015. Véase ALCALDE (2016).

<sup>40</sup> OLAVARRÍA (1970), pp. 81-82.

<sup>41</sup> PRADO (2007), p. 3.

<sup>42</sup> AMUNÁTEGUI (2016), p. 25.

<sup>43</sup> MUÑOZ (2021), p. 158. Véase también BENFELD (2016), pp. 150-154.

eso, el libro sobre Derecho comercial comparado que Julio Olavarría publica en 1961 con la Editorial Jurídica de Chile resulta tan encomiable, siendo una pieza literaria precursora de la que décadas más tarde escribiría Alejandro Guzmán Brito (1945-2021) sobre la codificación civil en Iberoamérica durante los siglos XIX y XX.<sup>44</sup>

Durante muchos años, los estudios del Derecho comparado emprendidos por Olavarría fueron incansables, siempre preocupado de las novedades legislativas del continente. Por ejemplo, aprovechando su estadía en la Universidad de Michigan, publicó un análisis sobre el nuevo Código de Comercio de Honduras promulgado en 1950 (Decreto núm. 73, de 16 de febrero de 1950), en la por entonces recién creada *The American Journal of Comparative Law*.<sup>45</sup> Esos estudios acabaron dando origen a su obra de más largo aliento intitulada *Los códigos de comercio latinoamericanos*, comenzada durante su estadía estadounidense de 1952-1953 y concluida en Santiago una década más tarde, en mayo de 1961.<sup>46</sup> El propio autor reconoce que ella fue posible gracias a las bibliotecas a las que pudo acceder en Estados Unidos, beneficiándose de los fondos bibliográficos disponibles en la Universidad de Michigan y el Congreso de ese país con sede en la ciudad de Washington. También acudió a la Biblioteca Nacional de España, la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, la Biblioteca de Derecho Extranjero y Comercial de la Universidad de Hamburgo, la Biblioteca del Instituto Max Planck de Derecho Privado Internacional y Comparado, que se trasladó de Tubinga a Hamburgo, y las Bibliotecas de la Facultades de Derecho de la Universidad de Chile y de Buenos Aires.<sup>47</sup> La literatura analizada es abundante y exhaustiva, como se demuestra del hecho de que la bibliografía listada en el libro consume 45 páginas con una tipografía pequeña y apretada.<sup>48</sup>

La monografía es la primera obra de su tipo en Hispanoamérica y, en ella, de forma sistemática y clara, mediante un solo texto, se funden para su estudio los códigos de comercio de los países latinoamericanos, más los textos que en ellos han influido como fuentes.<sup>49</sup> Olavarría explica que su propósito era “*allegar los elementos primordiales para futuros ensayos de este género que en parte no han podido realizarse debido precisamente a la inexistencia de una obra de esta naturaleza*”.<sup>50</sup> Sin embargo, estaba consciente de que resultaba imposible comprender las reglas jurídicas sin un acercamiento pragmático, que obliga a escudriñar la función social que les asigna sentido. Por decirlo con Pierre Legrand, el discurso constitutivo del Derecho sólo se entiende desde la intertextualidad y la premisa de que los

<sup>44</sup> El libro tuvo cuatro ediciones, una de ellas electrónica: por la Editorial Jurídica de Chile (2000), por Publicaciones digitales Digibis (2000), por Thomson-Aranzadi (2006) y por Jurista Editores (2ª ed. actualizada, 2017), en Chile, España y Perú, respectivamente. Confróntese VICENCIO (2022), p. 32.

<sup>45</sup> OLAVARRÍA (1953). El Código de Comercio de 1950 todavía permanece vigente y fue obra casi en exclusiva del español Joaquín Rodríguez (1910-1949), quien debió exiliarse en México como consecuencia de la Guerra Civil, sin haber llegado a tomar posesión de la cátedra que había obtenido en 1936 en la Universidad de La Laguna, y del profesor hondureño Roberto Ramírez, quien fuera el primer presidente del Banco Central de ese país. Sobre el primero, véase VARGAS (2000).

<sup>46</sup> OLAVARRÍA (1961), p. 65.

<sup>47</sup> OLAVARRÍA (1961), p. 65.

<sup>48</sup> OLAVARRÍA (1961), pp. 15-60.

<sup>49</sup> PRADO (2007), p. 3.

<sup>50</sup> OLAVARRÍA (1961), p. 67.

textos son expresión de una cultura y tradición.<sup>51</sup> De ahí que Olavarría explique que el Derecho comparado no debe “limitar su campo de acción a la confrontación formalista de reglas o sistemas, sino que debe apoyarse en la Sociología Jurídica para verificar el condicionamiento y evolución de dichas normas por las realidades histórico-sociales de los países que las sustentan”.<sup>52</sup> Por cierto, tiene una profunda esperanza en los frutos que rendirá la doctrina del continente, que “tendrá la función de amalgamar en fórmulas nuevas de contenido jurídico el pragmatismo anglosajón [...], las antiguas soluciones europeas [...] y los ensayos de economía planificada [...]”.<sup>53</sup>

El libro se compone de una introducción y dos partes. En la primera de ellas se explica la evolución y diferenciación de los países latinoamericanos, el régimen del comercio indiano y la evolución del Derecho mercantil en España, Francia y Portugal. Después se indican las etapas del proceso de codificación comercial en Europa y se describen los códigos de comercio elaborados en Latinoamérica, con referencia a sus influencias foráneas.<sup>54</sup> Por último, se hace un recuento de las opiniones extracontinentales y estadounidenses sobre los códigos de la región, así como respecto de la jurisdicción y el proceso mercantil, y las publicaciones oficiales, obras capitales y revistas jurídicas latinoamericanas, sin olvidar una consideración acerca de la unificación de la legislación comercial del continente, materia sobre la cual tenía una opinión crítica.<sup>55</sup> La primera parte está dedicada a los países que basaron su legislación comercial directamente en códigos europeos (Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Haití, México, Perú y República Dominicana) y la segunda se aboca a los países que elaboraron su Derecho comercial directa o preferentemente en códigos americanos (Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela).<sup>56</sup>

## V. EL MANUAL DE DERECHO COMERCIAL

Hacia mediados del siglo XX, como parte de su estudio comparado respecto del Derecho comercial latinoamericano referido en el apartado anterior, Olavarría constaba que eran Argentina, Brasil y México los países que exhibían una producción más abundante en la materia.<sup>57</sup> En cambio, su opinión era que por entonces Uruguay, Colombia y Chile estaban “renovando su literatura jurídico-mercantil debido a la actividad de sus catedráticos más jóvenes”.<sup>58</sup> En ese grupo de renovadores de la disciplina cabe mencionar al propio Olavarría y también a varios otros, entre ellos Raúl Varela Varela (1902-1969), el

---

<sup>51</sup> ALCALDE (2020b).

<sup>52</sup> OLAVARRÍA (1961), pp. 66-67.

<sup>53</sup> OLAVARRÍA (1961), pp. 132-133.

<sup>54</sup> Olavarría usa la denominación en el sentido con que fue acuñada por Michel Chevalier (1806-1879): el objetivo detrás de hablar de “Latinoamérica” es diferenciar las regiones del continente con influencia latina, católica y mestiza y aquellas marcadas por la cultura anglosajona, protestante y con escaso o nulo mestizaje.

<sup>55</sup> En 1971 se produjo un esfuerzo de armonización respecto de la empresa multinacional de la Comunidad Andina, de la que Chile se retiró en 1976. Véase ALCALDE y GOLDENBERG (2021), pp. 42-43.

<sup>56</sup> El libro contiene una tabla con los Códigos de Comercio de América Latina. Confróntese OLAVARRÍA (1961), pp. 61-64.

<sup>57</sup> OLAVARRÍA (1961), p. 128.

<sup>58</sup> OLAVARRÍA (1961).

ya mencionado Enrique Testa, Julio Chaná Cariola (1909-1995) y Álvaro Puelma Accorsi (1936-2005), aunque su impulso no tuvo los frutos que se dieron en otros lugares.<sup>59</sup> Como fuere, el desarrollo en Chile de esta disciplina no ha tenido la profusión ni profundidad que ha logrado el Derecho civil, si bien ella se ha ido consolidando de la mano de nuevos autores y, en especial, merced a la creación de las Jornadas Chilenas de Derecho Comercial desde 2010.

La influencia de Olavarría sobre el Derecho comercial chileno se materializa mediante la obra que escribió para enseñar la disciplina, cuya primera edición fue publicada en 1950 por la Editorial Jurídica de Chile dentro de la colección de “*manuales jurídicos*”, que todavía se edita.<sup>60</sup> El objetivo de dicha colección era proporcionar “*textos reducidos y sistematizados relativos a los conceptos fundamentales en que los profesores inspiran sus lecciones*”. Los manuales que la componen “*procuran ofrecer a los alumnos un esquema de las investigaciones en que se inician y a los profesores un cuadro de materias que les facilite el desarrollo de la enseñanza*”.<sup>61</sup> Cabe considerar que desde 1934 la Facultad de Leyes de la Universidad de Chile contaba con un plan de estudios rígido que se prolongaría hasta el año 1966, siendo restablecido en 1975. Ese plan había recibido algunos ajustes aprobados en 1954, que consistieron en el reemplazo de una asignatura de Derecho financiero por la clásica de Hacienda pública, la introducción de un curso de Filosofía del Derecho en quinto año y la reordenación de ciertas materias de manera de conformar ciclos (Economía política, Política económica y Derecho financiero; Derecho Penal, que se aumentó a dos años, y Medicina Legal; Código Orgánico de Tribunales, Derecho Procesal Civil y Práctica Forense).<sup>62</sup> Dentro de ese plan de estudios, la asignatura de Derecho comercial se encontraba dividida en dos cursos anuales situados en el cuarto y quinto año de la carrera.<sup>63</sup>

Por aquella época, la literatura comercial chilena carecía de “*obras capitales que, refiriéndose al conjunto de nuestras instituciones mercantiles, procuren interpretar de manera sistemática nuestra realidad nacional*”.<sup>64</sup> Existían trabajos sobre aspectos puntuales, pero ellas adolecían “*de una directiva filosófica constante orientada hacia una explicación integral del pensamiento jurídico en la materia*”.<sup>65</sup> Desde la promulgación del Código de Comercio en 1865 se habían sucedido los apuntes de clases tomados por los estudiantes y más tarde publicados con una alusión al nombre del profesor, pero sin que éstos se hicieran responsables de su contenido.<sup>66</sup> Esta ausencia de obras generales era todavía

<sup>59</sup> Digno de ser destacado es el caso español, con la consolidación de la doctrina mercantil de la mano de Joaquín Garrigues (1899-1983), Rodrigo Uría (1906-2001), Antonio Polo (1907-1992), José Girón (1917-1991) y Jesús Rubio (1908-1976). Véase MENÉNDEZ (1993).

<sup>60</sup> Los tres tomos del *Manual de Derecho comercial* de Julio Olavarría corresponden a los núm. 29, 30 y 31 de la colección de “*manuales jurídicos*” de la Editorial Jurídica de Chile.

<sup>61</sup> Las citas están tomadas de una página inicial que se insertaba por aquellos años en los libros de la Editorial Jurídica de Chile, donde se explican “*las cuatro Colecciones*” que componían su catálogo: manuales jurídicos, estudios jurídicos y sociales (monografías), apuntes de clases y memorias de licenciados. Al final de esa página se insertaba las iniciales del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Entre 1946 y 1951, el decano fue Raimundo del Río Castillo (1884-1965), profesor de Derecho penal.

<sup>62</sup> DEL RÍO (1954), p. 20.

<sup>63</sup> MARSHALL (1954), p. 91.

<sup>64</sup> OLAVARRÍA (1956), p. 19.

<sup>65</sup> OLAVARRÍA (1956).

<sup>66</sup> Por ejemplo, Antonio Vodanovic Haklicka (1916-2005), conocido por sus obras de Derecho civil basadas en las explicaciones

grave si se considera que el Derecho comercial había experimentado durante el siglo XX “una considerable y profunda evolución”, que exigía hacer de ella una “ciencia de la observación”, como aconsejaba Cesare Vivante (1885-1944).<sup>67</sup> Además, el Derecho civil no prestaba ayuda, por estar conformado sobre bases históricas y dogmáticas distintas que no se avienen con “un conocimiento ágil en perfecto movimiento y evolución, para atender a las necesidades siempre cambiantes del comercio”.<sup>68</sup> Tampoco había que desdeñar la creciente injerencia del Estado, que hacía que “el campo del Derecho mercantil vaya poco a poco orientándose al terreno del Derecho administrativo y fiscal y en algunos casos pueda referirse al jurista a un Derecho mixto donde la intervención estatal es fuente fecunda de normas jurídicas decisivas”.<sup>69</sup>

Olavarría se propuso llenar ese vacío con una texto que fuese “fácilmente comprensible”, lo que lo llevó a eliminar “las terminologías extrañas a los profanos”.<sup>70</sup> Pero también albergaba el anhelo de que “muchos problemas que han quedado esbozados o que pudieran dar margen a controversia sean expurgados por los estudiosos para renovación y progreso de la disciplina jurídica” a la cual se dedicaba la obra.<sup>71</sup> El *Manual* de Olavarría ordena los contenidos de la asignatura de la siguiente forma: el tomo I se dedica al comercio en general, el Derecho comercial, la mercantilidad, los comerciantes y agentes auxiliares de los comerciantes; el tomo II se ocupa de las sociedades comerciales y los contratos mercantiles, y el tomo III versa sobre los títulos de crédito. Queda fuera el Derecho marítimo y el concursal. La obra fue publicada en 1950, tuvo un notable éxito de ventas y mereció elogios de Georges Ripert (1880-1954), quien le hizo una recensión en la *Revue de Droit Commercial* y dirigió a su autor una elogiosa carta fechada el 28 de octubre de 1951.<sup>72</sup> Al poco tiempo, la primera edición del *Manual* ya se había agotado.

Durante la primera estadía en la Universidad de Michigan, Olavarría aprovechó de actualizar su obra, y fue así como en 1956 se publicó una segunda edición revisada, que apareció igualmente en la colección de “manuales jurídicos” de la Editorial Jurídica de Chile.<sup>73</sup> En ella “la madurez y la experiencia” habían hecho que su autor cambiase de opinión en algunas materias, siempre buscando “el norte de la verdad”, recogiendo también las tendencias jurisprudenciales en que el propio libro influyó a orientar.<sup>74</sup> Por cierto, Olavarría evidencia la “envejecida y anacrónica urdimbre” del Código de Comercio chileno, que aconsejaba un “reemplazo o reforma sustancial” urgente, por la disonancia que existe

---

de los profesores Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, había publicado los apuntes de clases de Gabriel Palma Rogers en dos tomos editados por Nascimento, uno para cada año del curso de Derecho comercial. Sobre dicho autor, véase CORRAL (2018) y (2019).

<sup>67</sup> OLAVARRÍA (1956), p. 19.

<sup>68</sup> OLAVARRÍA (1956), p. 20.

<sup>69</sup> OLAVARRÍA (1956), pp. 20-21.

<sup>70</sup> OLAVARRÍA (1956), p. 21.

<sup>71</sup> OLAVARRÍA (1956).

<sup>72</sup> OLAVARRÍA (1956), p. 15.

<sup>73</sup> OLAVARRÍA (1956), p. 15, explicaba este éxito “por la necesidad que de una [obra] de tal naturaleza había en nuestros medios universitarios y forenses”.

<sup>74</sup> OLAVARRÍA (1956), p. 16.

entre la disciplina interna y la legislación y doctrina extranjera.<sup>75</sup> Con todo, el conjunto del Derecho comercial que por entonces se ensañaba no estaba contenido en el *Manual* de Olavarría. Como complemento, la Editorial Universitaria publicó en 1969 un libro separado intitulado *Curso de Derecho comercial*, aunque su contenido aborda sólo el Derecho marítimo. De esta manera, únicamente el Derecho concursal quedó fuera del esquema didáctico que Olavarría deseaba ofrecer a sus lectores.<sup>76</sup>

El éxito de la segunda edición fue similar al de la primera y pronto se agotó. Pasaron varios años hasta que se publicase una tercera y última edición del *Manual*. Ella apareció en 1970 y fue publicada en España por la tradicional Imprenta Clarasó de Barcelona.<sup>77</sup> Olavarría explica que “una estadía prolongada como profesor universitario en Alemania y, después, funciones de asesoramiento jurídico en la Contraloría General de la República” le impidieron “la devoción necesaria para abordar con seriedad” la tarea de preparar una nueva edición de su *Manual de Derecho comercial*.<sup>78</sup> El carácter acucioso y autoexigente del autor no le permitía reimprimir una obra que no se encontrase actualizada. Arturo Prado Puga señala al respecto: “Incansable estudioso, Don Julio con su permanente afán de renovación, revisaba constantemente los textos, corrigiéndolos para sus reediciones, y agregando nueva legislación y doctrina, dado su interés profundo en la modernización de la legislación jurídico en general, y particularmente de la comercial”.<sup>79</sup>

La segunda estadía en la Universidad de Michigan y el paso por el Instituto de Derecho Comparado de Barcelona le permitieron “disponer no solo del tiempo necesario sino, también, del auxilio de bibliotecas dotadas suficientemente para poner al día conocimiento que, como los que se relacionan con la actividad mercantil, están en permanente y rápida evolución”.<sup>80</sup> Fruto de este trabajo es la tercera edición del *Manual*, dispuesta en dos tomos en vez de tres, por razones de interés editorial.<sup>81</sup> Sin embargo, sólo se publicó el primero de ellos, que comprende los aspectos generales del Derecho comercial y la legislación que lo regula, la situación jurídica de los comerciantes y el régimen de las sociedades comerciales. El segundo debería haber comprendido los contratos mercantiles y los títulos de crédito, considerando el esquema expositivo de las ediciones anteriores.

Esta tercera edición presenta varias innovaciones respecto de las precedentes, tanto en aspectos de fondo como metodológicos. En cuanto al contenido del libro, esta versión reduce al mínimo las explicaciones sobre aquellas leyes o instituciones desaparecidas (libranzas, cartas-órdenes de crédito, contrato de cambio, etcétera), mientras que se extiende respecto de la importante intervención en la actividad comercial que tenían en aquella época la Dirección de Industria y Comercio (DIRINCO) y el

---

<sup>75</sup> OLAVARRÍA (1956).

<sup>76</sup> Cumples recordar que en esa época el mercado de valores era una realidad con poco desarrollo, cuyas figuras se explicaban a propósito de otras materias, especialmente los auxiliares de los comerciantes y el Derecho de sociedades.

<sup>77</sup> La Imprenta Clarasó tenía su sede en el núm. 17 de la calle Villarroel, en el barrio del Ensanche de Barcelona. Desde la década de 1920 existen obras editadas ahí, sin que la Guerra Civil haya detenido su actividad.

<sup>78</sup> OLAVARRÍA (1970), p. 7.

<sup>79</sup> PRADO (2007), pp. 2-3.

<sup>80</sup> OLAVARRÍA (1970), p. 7.

<sup>81</sup> OLAVARRÍA (1970).

Banco Central.<sup>82</sup> Asimismo, aumenta la extensión e importancia que se da a las soluciones extranjeras, sobre todo aquellas procedentes de Estados Unidos, Alemania y otros países de Europa, porque el autor considera que los estudiantes chilenos debían “*ser informados aunque sea en forma elemental de las tendencias que se siguen en ellos*”, debido al creciente fenómeno de la globalización (él lo llama “*planetización*”).<sup>83</sup> Por cierto, la nueva edición agrega “*toda la bibliografía chilena aparecida en este siglo*” y la jurisprudencia judicial y administrativa relacionada con las materias tratadas.<sup>84</sup>

El *Manual* de 1970 presenta también una importante novedad metodológica. Olavarría estima que “*debe estimarse abolida, por obsoleta, la clase magistral, que por demasiado tiempo constituyó la única relación entre el catedrático y el alumnado*”.<sup>85</sup> Este aserto requiere de una contextualización. El plan de estudios de 1934 había sido criticado por su exacerbado rigor positivista en la enseñanza jurídica, además de presentar una malla rígida y carente de especialización que se articulaba a partir de métodos de enseñanza expositivos, que requerían un gran esfuerzo memorístico por parte de los alumnos y sin incentivos para la investigación autónoma. Siguiendo el ejemplo del sistema universitario estadounidense, que había conocido de primera mano en sus estadías, Olavarría deseaba que su libro sirviese a los estudiantes de “*fuerza indispensable para investigaciones de mayor envergadura, que permitan la renovación de nuestra ciencia jurídica, primero, y de nuestra legislación en seguida*”.<sup>86</sup> Más notable es la importancia que asigna a “*la aplicación de la Cibernética al Derecho*”, dado que confiaba en que las bases de datos no sólo permitirían contar con la jurisprudencia judicial y administrativa, sino que señalarían sus precedentes y contradicciones,<sup>87</sup> del modo en que sucede en la actualidad con la inteligencia artificial. Se trataba de una propuesta muy novedosa para la época. Por aquellos años, en Chile recién comenzaba la implementación tecnológica y el uso intensivo de la informática parecía un sueño futurista. El primer computador había llegado a Chile en 1961, para prestar servicios en el Servicio de Aduanas de Valparaíso, y pronto hubo otros en la Universidad de Chile, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, el Servicio de Impuestos Internos y la Tesorería General de la República.<sup>88</sup> Una década más tarde, entre 1971 y 1973, se llevaron adelante los estudios preliminares del proyecto “*Cybersyn*”, que estaba destinado a aplicar la cibernética a la gestión de las redes industriales que gestionaba la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), aunque no fue puesto en práctica.<sup>89</sup>

La Introducción a la tercera edición del *Manual* formula, en fin, algunas observaciones respecto de la renovación legislativa requerida para Chile a fines de la década de 1960,<sup>90</sup> cuyas preocupaciones

---

<sup>82</sup> OLAVARRÍA (1970).

<sup>83</sup> OLAVARRÍA (1970).

<sup>84</sup> OLAVARRÍA (1970).

<sup>85</sup> OLAVARRÍA (1970).

<sup>86</sup> OLAVARRÍA (1970), p. 8.

<sup>87</sup> OLAVARRÍA (1970).

<sup>88</sup> Véase ÁLVAREZ y GUTIÉRREZ (2015).

<sup>89</sup> Véase MEDINA (2014).

<sup>90</sup> La introducción está fechada en septiembre de 1969, en la ciudad francesa de Aix-en-Provence.

de carácter económico y la abundante normativa alusiva habían hecho que se olvidase la importancia de renovar la legislación fundamental.<sup>91</sup> Por ejemplo, Olavarría estimaba necesaria una reforma profunda del régimen de las sociedades anónimas (la cual sólo se produjo en 1981 merced a la Ley 18.046) y también de las sociedades de responsabilidad limitada, sin mayores cambios desde la Ley 3918 de 1923, cuya proliferación estaba justificaba por el hecho de que no ofrecían “*responsabilidad ni solvencia alguna*”.<sup>92</sup> Con todo, Olavarría no albergaba demasiadas esperanzas sobre las reformas que se introdujeran en materia comercial en los años siguientes, pues creía que “*esta nueva legislación estará animada más de espíritu creativo que de espíritu jurídico, pues este último tiende frecuentemente a consignar textos para largo tiempo, correspondiendo a una época de estabilidad de las institucionales que no coincide con los tiempos actuales, especialmente en el campo de las relaciones económicas*”.<sup>93</sup>

Olavarría tenía razón. No hay que olvidar que los sistemas jurídicos oscilan entre distintos períodos de racionalización durante su historia.<sup>94</sup> En ciertas épocas, las normas provienen de fuentes diversas, su conocimiento es difícil y su interpretación incierta, por lo que la labor de construcción de dicho sistema será ardua y el proceso no impedirá la aparición de antinomias, concursos, lagunas y redundancias. En otros períodos, por el contrario, los ordenamientos atraviesan procesos de unificación, centralización y simplificación del material normativo, permitiendo que los operadores puedan acudir con presteza a un sistema coherente y de fácil aplicación que garantice la seguridad jurídica y la eficiencia de los intercambios. Pese a los cambios en un sinnúmero de materias, Chile carece todavía una estructura sistemática en Derecho comercial. Basta considerar que, hasta hoy y a diferencia de lo que sucede en el resto del continente, el país no cuenta con una ley general de sociedades moderna y que dé respuesta a los problemas que se suscita respecto de su régimen.<sup>95</sup>

En este sentido, hay un esfuerzo que merece ser destacado. Se trata de la Comisión de Estudios para una Nueva Codificación Comercial, que fue constituida en 2015 mediante el convenio suscrito entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile con ocasión del sesquicentenario del código vigente.<sup>96</sup> Entre 2016 y 2018, la Comisión funcionó en nueve subcomisiones especializadas por materias, que evacuaron los respectivos informes sobre los cambios que debían introducirse en cada uno de esos ámbitos.<sup>97</sup> En 2019, esos informes fueron sometidos a consulta pública. Finalmente, y a partir de esos insumos, desde marzo de 2020 la Comisión sesiona semanalmente con la finalidad de redactar una propuesta completa de nuevo Código de Comercio, bajo la presidencia de Arturo Prado Puga, ministro de la Corte Suprema y profesor titular de Derecho comercial de la Universidad de Chile. Al mes de noviembre de 2022 se han celebrado más de 140 sesiones, las que han contado también con la presencia de algunos invitados en calidad de especialistas

---

<sup>91</sup> OLAVARRÍA (1970), p. 8.

<sup>92</sup> OLAVARRÍA (1970), pp. 482-483. La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada viene explicada al final del libro. Véase sobre la materia ALCALDE (2015) y, varias décadas antes y con amplio desarrollo, GALTÉ (1930).

<sup>93</sup> OLAVARRÍA (1970), p. 8.

<sup>94</sup> MANTILLA (2011), p. 189.

<sup>95</sup> Véase ALCALDE (2020c).

<sup>96</sup> Véase ALCALDE (2019).

<sup>97</sup> Véase <https://codificacioncomercial.cl/> [fecha de consulta: 23 de julio de 2023].

en los temas abordados. La Comisión continuará sus funciones hasta finales de 2025, cuando debe cumplir su compromiso de entregar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el borrador finalizado de un nuevo Código de Comercio para que, una vez revisado por dicho ministerio, sea remitido al Congreso Nacional para su discusión.

## VI. LA DIRECCIÓN GENERAL DE PRISIONES

Para acabar, cumple referir el aporte que Julio Olavarría supuso para la organización penitenciaria en Chile. Su nombramiento a cargo de la Dirección General de Prisiones se debió a una casualidad que él mismo relata: “Recién había recibido el título de abogado y el ministro del Trabajo le mostró al presidente [Pedro] Aguirre Cerda un trabajo mío respecto al Derecho en estas lides laborales. El presidente me convocó a una reunión con él y a mí me llamó la atención que recibiera a una persona tan joven. Estuvo una hora conmigo donde me planteó que él necesitaba a los jóvenes [...]”<sup>98</sup> Fue así como, gracias a su trabajo “El Estado frente al derecho al trabajo”, recibió el nombramiento para el cargo en el mes de abril de 1940.

Por entonces, la situación en la institución que administraba las cárceles del país era deplorable, pues estaba atendida por personas de edad que miraban su participación en ella como una actividad anexa a su trabajo normal.<sup>99</sup> Había un desorden absoluto, los funcionarios no se conocían entre ellos y muchos tenían prontuario penal, sin considerar las dramáticas condiciones de reclusión de los presos. El diagnóstico del sistema y las sugerencias para su reforma quedaron recogidos en la obra titulada “Descripción de la organización carcelaria chilena”, que Olavarría entregó al gobierno en 1941. La calidad del trabajo hizo que fuese publicado en la *Revista Penal y Penitenciaria Argentina* y, traducido al francés, en el Boletín de la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria con sede en Berna.<sup>100</sup>

El nuevo director debió adoptar varias medidas inmediatas para mejorar la situación existente en el sistema penitenciario chileno. Fruto de ese impulso fueron la creación del *Boletín de la Dirección General de Prisiones* (fusionado después con la *Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y de Derecho Penal*, creada en 1950), el Servicio de Bienestar, la colonia veraniega en el balneario de Lolleo para los hijos de funcionarios y un club deportivo, además del Reglamento de la Escuela Penitenciaria (Decreto Supremo núm. 3764, de 13 de septiembre de 1944, del Ministerio de Justicia). También se le debe el himno de la institución, que fue estrenado el 30 de noviembre de 1942 por la radio del Ministerio del Interior, con interpretación del tenor Juan Charles, en compañía del Coro del Servicio de Prisiones.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> OLAVARRÍA (2005), p. 27

<sup>99</sup> Sirve de ejemplo el artículo publicado en la *Revista de Estudios Penitenciarios* a partir del informe de visita semestral de Jorge Valenzuela Quiroz, vicepresidente del Consejo Provincial del Colegio de Abogados de Valparaíso, a la cárcel de esa ciudad, que recoge LEÓN (2008), pp. 489-491.

<sup>100</sup> Con el nombre de Comisión Internacional de Cárceles, ella había sido creada en 1872 durante una convención destinada a proponer reformas al sistema penitenciario en los distintos países asistentes. La Comisión se afilió después a la Sociedad de las Naciones y siguió celebrando conferencias cada cinco años. Dejó de existir tras la Segunda Guerra Mundial, cuando sus funciones fueron transferidas en 1950 a la Naciones Unidas. Ella continuó con las conferencias en materias relacionadas con la lucha contra la delincuencia, la primera de las cuales tuvo lugar en Ginebra en 1955.

<sup>101</sup> El “Himno del Vigilante” fue aprobado mediante Resolución núm. 1878, de 16 de diciembre de 1941. La jornada elegida para

Respecto de la organización carcelaria, durante el período en que Olavarría dirigió el servicio hubo varios avances destacables: se hizo efectivo lo dispuesto en Reglamento Carcelario de 1928 en el sentido de que la cárcel de Los Andes sirviera para que cumplieran condena los reos varones que estaban “*enfermos de tuberculosis o propensos a adquirir esta enfermedad*” (artículo 11, letra c) del Decreto Supremo núm. 805, de 30 de abril de 1928, del Ministerio de Justicia); se concedió personalidad jurídica al Patronato Nacional de Reos (Decreto Supremo núm. 542, de 27 de febrero de 1943, del Ministerio de Justicia); se modificó el Código Penal y de Procedimiento Penal en varios aspectos relaciones con el cumplimiento de las condenas (Ley 7632, de 6 de noviembre de 1943);<sup>102</sup> se estableció una colonia penal agrícola en la Isla Santa María (Decreto Supremo núm. 2415, de 14 de junio de 1944, del Ministerio de Justicia) y otra pesquera en Pisagua (Decreto Supremo núm. 5386, de 22 de octubre de 1951, del Ministerio de Justicia); se reemplazó el cerrojo de las celdas por uno de invención propia y que no requería candado, que incluso se patentó en el Registro de Marcas;<sup>103</sup> fue abolida la pena de azotes (Ley 9437, de 21 de julio de 1947), y se dictó el Reglamento sobre la aplicación de la pena de muerte (Decreto Supremo núm. 623, de 25 de enero de 1951, del Ministerio de Justicia) vigente hasta 1965.<sup>104</sup>

Olavarría se preocupó asimismo de considerar la experiencia comparada en materia carcelaria, visitando cerca de 50 prisiones en Italia, Cuba, Uruguay, Argentina, Estados Unidos, Alemania, España, Francia, Inglaterra, Hungría, Checoslovaquia, Austria, Bolivia y Yugoslavia. Muchos de esos viajes los utilizó también para acudir a bibliotecas que fueran de utilidad para sus investigaciones relacionadas con el Derecho comercial. De interés resulta igualmente la elaboración de un Proyecto de Código Carcelario y Penitenciario, en cuya comisión redactora trabajó plasmando esa experiencia y que fue publicado en 1951 en la *Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y de Derecho Penal*.<sup>105</sup> Olavarría formó parte del Instituto de Ciencias Penales, una iniciativa de carácter “*científico, privado e independiente*”, creada “*con el objeto de estudiar las ciencias penales bajo todos sus aspectos y contribuir a su progreso*”, que había sido impulsada por uno de sus antecesores en el cargo de director general de prisiones.<sup>106</sup>

El 3 de noviembre de 1952 asumió el presidente Carlos Ibáñez del Campo, que llegó al gobierno con el símbolo de la escoba que barrería la corrupción de los políticos y los partidos. Esto supuso una reestructuración general de la Administración del Estado. Olavarría pasó a retiro temporal, dejando su cargo de director general de prisiones en marzo de 1953. En esa época, la Constitución Política establecía que los jefes de servicio no podían ser removidos sino por un acuerdo del Senado e informe

---

el estreno se debe a que, desde 1920, el 30 de noviembre se celebraba el “*Día del Vigilante*”. En 2014, la Ley 20.782 declaró esta jornada como el “*Día nacional de Gendarmería de Chile*”.

<sup>102</sup> Julio Olavarría participó en la Comisión que preparó esta reforma.

<sup>103</sup> OLAVARRÍA (2005), pp. 27-28.

<sup>104</sup> El reglamento fue sustituido después de la ejecución de Jorge del Carmen Valenzuela Torres, conocido como “*el Chacal de Nahueltoro*”, quien fue fusilado en la cárcel de Chillán el 30 de abril de 1963. El caso inspiró la película homónima dirigida por Miguel Littín y estrenada en 1969. La pena de muerte fue abolida en Chile merced a la Ley 19.734, de 5 de junio de 2001, que la sustituyó por la de presidio perpetuo calificado.

<sup>105</sup> Su texto se encuentra reproducido en LEÓN (2008), pp. 517-536.

<sup>106</sup> El Instituto de Ciencias Penales fue fundado el 12 de mayo de 1937, en la ciudad de Santiago. Los socios fundadores se reunieron por iniciativa del médico Israel Drapkin, director del Instituto Nacional de Clasificación y Criminología, y por invitación de Manuel Jara Cristi, quien fue director general de prisiones entre 1934 y 1938.

favorable de la Contraloría General de República (art.72, núm. 8º). Como sucedió con muchos otros casos, el gobierno de Ibáñez no siguió ese trámite, nombrando un director interino en reemplazo del titular.<sup>107</sup> Julio Olavarría pasó entonces a la Contraloría General de la República, donde sirvió como jefe del Departamento Jurídico. Ahí permaneció hasta su jubilación en 1970.

En el campo penitenciario y carcelario, Olavarría fue autor de los siguientes trabajos: “Curso de Derecho administrativo para el personal de prisiones”; “La enseñanza profesional del personal penitenciario”; “El Derecho penitenciario del trabajo”; “El Derecho penitenciario sudamericano”, y la ya mencionada “Descripción de la organización carcelaria chilena”.<sup>108</sup>

## VII. CONCLUSIONES

El recorrido que ahora acaba ha pretendido efectuar una aproximación general de la vida y obra de Julio Olavarría Ávila, uno de los más destacados comercialistas chilenos del siglo XX. Su trayectoria formativa y profesional fue singular dentro del contexto de su época, pues contó con varias estadías en el extranjero y el acceso a bibliotecas de importantes centros universitarios y de investigación, además de impartir docencia en Estados Unidos como profesor visitante. Pero también porque compatibilizó la docencia en Derecho comercial con trabajos en la Administración del Estado por treinta años, muy lejanos a la disciplina que cultivó, primero como director de Prisiones y después como director jurídico de la Contraloría General de la República. En el primero de esos cometidos como funcionario público aportó bastantes novedades, tanto en el plano práctico del sistema carcelario como en la sofisticación del incipiente Derecho penitenciario nacional. Lamentablemente, la falta de recursos del servicio a su cargo no le permitió hacer más.

Aunque su obra escrita abarca también la historia, donde realizó incluso algunos descubrimientos notables, Olavarría es recordado en especial por dos libros jurídicos: *Los códigos de comercio latinoamericanos* y el *Manual de Derecho comercial*. El primero es un ejercicio comparatista que busca resaltar la especificidad de la codificación comercial en Hispanoamérica y, sobre todo, el avance que supuso en ese proceso el código chileno de 1865, de una calidad bastante superior a los existentes en aquella época. La segunda obra ofrecía, en sus primeras ediciones, el panorama completo de lo que era el programa de la asignatura por aquella época, con exclusión del Derecho marítimo y el concursal. Sin embargo, su versión definitiva quedó inconclusa al terminar el primer tomo y su autor, después de su temprana jubilación, no prosiguió con la tarea, dedicándose a la escritura de trabajos históricos. Quizá fue una decisión providencial. Unos años más tarde, el Derecho comercial chileno comenzó a sufrir una transformación vertiginosa, que todavía continúa, en especial en el ámbito societario y del mercado de capitales, aunque queda trabajo por hacer. Como fuere, en esa obra, pese a su carácter didáctico, se vislumbra una comprensión de la enseñanza del Derecho en general y del Derecho mercantil en particular muy distinta de la que predominaba en esa época: ella se concibe como el insumo

---

<sup>107</sup> OLAVARRÍA (2005), p. 29.

<sup>108</sup> EMPRESA PERIODÍSTICA DE CHILE (1953), p. 897.

para superar la clase magistral, además de avizorar la cabida que debía comenzar a darse a la cibernética, por entonces incipiente. En cuanto al fondo, se trata de una obra profunda y con interesantes reflexiones, que todavía es de utilidad par reflexionar sobre ciertas figuras y conceptos.

Aunque con un enfoque preponderantemente descriptivo, este artículo ha querido redescubrir la figura de Julio Olavarría y el aporte que supuso al Derecho comercial chileno, con la esperanza de alentar otros estudios más profundos sobre su vida y obra, sin olvidar su contribución respecto de la organización penitenciaria.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- ALCALDE SILVA, Jaime (2015): “Hacia una modernización del régimen de la sociedad de responsabilidad limitada”, en: Vásquez Palma, María Fernanda y Embid Irujo, José Miguel (editores), *Modernización del derecho societario* (Santiago, Thomson Reuters).
- ALCALDE SILVA, Jaime (2016): “Congreso internacional ‘El Código de Comercio y sus 150 años. Pasado, presente y futuro de la codificación comercial’. Salón de Honor del Congreso Nacional, Santiago de Chile, 23 de noviembre de 2015”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (vol. XXXVIII).
- ALCALDE SILVA, Jaime (2019): “La Comisión de Estudios de una Nueva Codificación Comercial para Chile”, en: Alcalde Silva, Jaime y Embid Irujo, José Miguel (directores), *La modernización del Derecho mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015)* (Madrid, Marcial Pons).
- ALCALDE SILVA, Jaime (2020a): “Un aniversario inadvertido: 2020 CISG@40”, en: *Almacén de Derecho*, disponible en: <https://almacenederecho.org/un-aniversario-inadvertido-2020-cisg40>.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2020b): “El contexto lo es todo”, en: *El Mercurio Legal*, 21 de diciembre, disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2020/12/21/El-contexto-lo-es-todo.aspx>.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2020c): “Por una Ley general de sociedades”, en: *El Mercurio Legal*, 16 de noviembre, disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2020/11/16/Por-una-ley-general-de-sociedades.aspx>.
- ALCALDE SILVA, Jaime y GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2021): *La agencia de sociedad extranjera* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- ÁLVAREZ, Juan y GUTIÉRREZ, Claudio (2015): “Inicios, consolidación y expansión de la computación en Chile (1961-1982)”, en: Rodríguez Leal, Luis y Carnota, Raúl (editores), *Historias de las TIC en América Latina y el Caribe: inicios, desarrollos y rupturas* (Madrid, Fundación Telefónica-Ariel).
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2016): “La doctrina jurídica en Chile: un breve estudio acerca del surgimiento de la figura del jurista en Chile y la educación universitaria”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* (vol. 29 núm. 1).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2010): “La cultura jurídica chilena: apuntes históricos, tendencias y desafíos”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. XXXV).
- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2015): *Historia del Código de Comercio de la República de Chile. Sobre la*

- cultura a través de un libro* (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile).
- BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal (1946): *La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- BENFELD ESCOBAR, Johann (2016): “La discusión sobre la enseñanza del Derecho en Chile dentro del nuevo paradigma universitario: una tarea pendiente”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (vol. 23 núm. 1).
- BRAHM GARCÍA, Enrique (editor) (2000): *José Gabriel Ocampo y la codificación comercial chilena. Los primeros borradores del proyecto de Código de Comercio* (Santiago, Ediciones de la Universidad de los Andes), t. I.
- BRAHM GARCÍA, Enrique (editor) (2009): *José Gabriel Ocampo y la codificación comercial chilena. Los primeros borradores del proyecto de Código de Comercio* (Santiago, Ediciones de la Universidad de los Andes), t. II.
- BRAVO LIRA, Bernardino (1998): “Estudios de Derecho y cultura de abogados en Chile 1758-1998: tras la huella *ius commune*, la codificación y la descodificación en el Nuevo Mundo”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (vol. XX).
- CARVAJAL ARENAS, Lorena (2006): “La unificación del Derecho de las obligaciones civiles y comerciales”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. XXVII).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018): “Del ‘Alessandri-Somarriva’ al ‘Vodanovic Haklicka’”, en: *Derecho y Academia. El blog de Hernán Corral*, disponible en: <https://corraltalciani.wordpress.com/2018/03/04/del-alessandri-somarriva-al-vodanovic-haklicka/>.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2019): “De nuevo sobre Vodanovic, el civilista (no el animador)”, en: *Derecho y Academia. El blog de Hernán Corral*, disponible en: <https://corraltalciani.wordpress.com/2019/04/28/de-nuevo-sobre-vodanovic-el-civilista-no-el-animador/>.
- DEL RÍO CASTILLO, Raimundo (1954): “Memoria del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile 1945-1954”, en: *Separata de los Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* [vol. I núm. 1-3 (tercera época)].
- EMPRESA PERIODÍSTICA DE CHILE (1953): *Diccionario biográfico de Chile*, 9ª edición (Santiago, Talleres Gráficos la Nación).
- FUEYO LANERI, Fernando (1980): “Proyecto de Código único de las obligaciones y de los contratos para los países de origen latino (Estudio comparativo del Proyecto francoitaliano de las obligaciones, de 1927, y de los códigos sustantivos chilenos)”, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (t. LXXVII).
- FUEYO LANERI, Fernando (1989): “Hacia un nuevo Código Civil bajo la inspiración de Bello”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Central* (año III núm. 2).
- GALTÉ CARRÉ, Jaime (1930): *De la formación de un nuevo proyecto de ley sobre sociedades con responsabilidad limitada*, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago, Establecimientos Gráficos Balcells y Cía).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1992): “El Código Civil y sus primeros intérpretes”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 19 núm. 1).
- LEÓN LEÓN, Marco Antonio (2008): “Documentos para la historia de las prisiones en Chile en el siglo XX (1911-1965)”, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho* (núm. 20).
- LUCERO ACOSTA, Gilberto (2003): *Don Julio Olavarría Ávila, un jurista del siglo XX*, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, Facultad de Derecho.

- MANTILLA ESPINOSA, Francisco (2011): “El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 16).
- MARSHALL SILVA, Enrique (1954): *Leyes, decretos y reglamentos de la Universidad de Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile), t. II.
- MEDINA, Edén (2014): “Diseñar la libertad, regular una nación. El socialismo cibernético en el Chile de Salvador Allende”, en: *Redes* (vol. 20 núm. 38).
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1993): *Sobre la moderna Escuela española de Derecho mercantil* (Madrid, Civitas).
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2021): *Introducción a la Historia del Derecho chileno* (Santiago, DER Ediciones).
- OLAVARRÍA ÁVILA, Julio (1953): “Honduras: a New Code of Commerce”, en: *The American Journal of Comparative Law* (vol. 2 núm. 1).
- OLAVARRÍA ÁVILA, Julio (1956): *Manual de Derecho comercial*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- OLAVARRÍA ÁVILA, Julio (1961): *Los códigos de comercio latinoamericanos con una introducción de Derecho comparado externo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- OLAVARRÍA ÁVILA, Julio (1966): “Régimen legal de las sociedades anónimas en Chile”, en: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* [vol. 5 núm. 5 (cuarta época)].
- OLAVARRÍA ÁVILA, Julio (1970): *Manual de Derecho comercial*, 3ª edición (Barcelona, Imprenta Clarasó).
- OLAVARRÍA ÁVILA, Julio (2005): “Hoy en Gendarmería hay cordura y conocimiento”, en: *Revista Gendarmería de Chile* (año 29 núm. 89).
- PRADO PUGA, Arturo (2007): “Don Julio Olavarría Ávila 1914-2007”, discurso pronunciado con ocasión de su muerte, inédito.
- PRADO, Juan Guillermo (2010): “Reflexiones en torno a la nacionalidad chilena de Andrés Bello”, Memoria Chilena, disponible en: [https://www.memoriachilena.gob.cl/602/articles-122949\\_recurso\\_2.pdf](https://www.memoriachilena.gob.cl/602/articles-122949_recurso_2.pdf) [fecha de consulta: 15 de octubre de 2023].
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2011): *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992): *Diccionario de la lengua española*, 21ª edición (Madrid, Espasa), t. I.
- STAGL, Jakob Fortunat (2021): *La vida de los hombres mismos vista de un lado particular. Ensayos de Derecho civil chileno y comparado* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- SUBERCASEAUX ZAÑARTU, Benjamín (2001): *Chile o una loca geografía*, 11ª edición (Santiago, Editorial Universitaria).
- VARGAS VASSEROT, Carlos (2000): *Emilio Langle y Joaquín Rodríguez: dos mercantilistas almerienses* (Almería, Ediciones de la Universidad de Almería).
- VICENCIO EYZAGUIRRE, Felipe (2022): “Bibliografía de Alejandro Guzmán Brito”, en: *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* (año LXXXVIII núm. 133).

# Eficacia, eficiencia y efectividad de la tutela jurisdiccional: un ensayo para reorientar sus conexiones funcionales

## *Validity, efficiency, and effectiveness of jurisdictional protection: an essay to reorient its functional connections*

**Pablo Martínez Zúñiga**

Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile.

Correo electrónico: pablo.martinez@ucn.cl. <https://orcid.org/0000-0002-9448-9737>

Recibido el 04/07/2023

Aceptado el 15/11/2023

Publicado el 07/12/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n43.04>

**RESUMEN:** En el presente trabajo se pone de manifiesto la atípica recepción que ha tenido el vocablo tutela jurisdiccional en Chile, generalmente acompañado de los calificativos comunes sin una orientación teórica clara: eficacia, efectividad y eficiencia. Se propone para integrarlos y redefinirlos, una lectura en clave funcionalista, que permita a esta triada de voces comunicarse y hacerse recíprocamente condicionantes. Así, para que sea eficaz el derecho material, la tutela jurisdiccional debe ser efectiva, materializadora de esos derechos sustantivos. A su vez, para que podamos constatar esa efectividad en la realidad, es necesario que el instrumento procesal sea eficiente en términos funcionales a las dos categorías anteriores. Se propone

**ABSTRACT:** In the present paper, the atypical reception that the term jurisdictional protection has had in Chile is revealed. Especially accompanied by common qualifiers without a clear theoretical orientation: efficacy, effectiveness and efficiency, proposing to integrate and redefine them, by reading in a functionalist key, which allows this triad of voices to communicate and mutually condition each other. Thus, for material law to be effective, jurisdictional protection must be effective, materializing those substantive rights. In turn, in order for us to verify this effectiveness in reality, it is necessary that the procedural instrument be efficient in functional terms for the two previous categories. The reevaluation of one of the specific variables for procedural efficiency

y justifica entonces, la revalorización de una de las variables concretas para la eficiencia procesal; la técnica procesal idónea o adecuada.

*is proposed and justified, the suitable or adequate procedural technique.*

**PALABRAS CLAVE:** Tutela jurisdiccional, eficacia, efectividad y eficiencia procesal, funcionalismo.

**KEY WORDS:** *Jurisdictional protection, efficacy, effectiveness and procedural efficiency, functionalism.*

## I. INTRODUCCIÓN

Para quienes no tienen ningún contacto con la dogmática procesal, debe explicarse la popularización en las culturas jurídicas de la Europa continental y especialmente en Iberoamérica de la expresión tutela jurisdiccional de los derechos. Particularmente en Chile, donde el estudio del Derecho Procesal científico y la recepción de tendencias doctrinales un poco menos procedimentalistas han tardado en llegar.

Dado lo anterior, la primera cuestión es transparentar que la voz tutela jurisdiccional tiene recepción en el ordenamiento nacional, pero dicho recogimiento no está contorneado lo suficiente ni tampoco explicado. Decimos esto porque podríamos escuchar de los operadores jurídicos en Chile hablar de garantías, de procesos, de protección de derechos, tutelas u otro similar sin que se utilice ninguna de estas categorías de manera voluntaria para identificar una de otra. Por ejemplo, es común que se utilice la expresión tutela para referirse a la acción regulada en el Código del Trabajo, particularmente en los artículos 485 y siguientes,<sup>1</sup> que dan lugar a un rito especial para la protección de derechos fundamentales aplicados especialmente a la relación jurídico material nacida de un contrato de subordinación y dependencia entre trabajador y empleador.

Del mismo modo en el sistema chileno se utiliza la expresión para referirse habitualmente a la “*tutela jurisdiccional efectiva*” como un instituto comprensivo y sinónimo del debido proceso y de las garantías de orden procesal que lo componen.<sup>2</sup> Esta última referencia es una muestra de que el fecundo desarrollo de la doctrina constitucional sin duda tiene un impacto hacia la disciplina del Derecho Procesal, permeando las categorías de todo lo referente a los derechos fundamentales, también al ámbito de su protección jurisdiccional.<sup>3</sup> El problema es que desde la técnica procesal no puede quedar reducido todo un instituto que tardó décadas en madurar y en arribar a Latinoamérica, circunscrito a una sola categoría de derechos, por muy elevada que sea la jerarquía de estos. Aquello es esencialmente reduccionista y no refleja toda su extensión y alcance.

Estos asentamientos legales y culturales sobre la expresión tutela deben ser precisados de cara a esclarecer un binomio (tutela y jurisdicción) cuya difusión en el *civil law* está consolidada. Así como también, el o los apellidos con que comúnmente le acompañan: eficaz, efectiva y eficiente.

---

<sup>1</sup> El párrafo 6° del Capítulo II del Título II del Libro V del Código del Trabajo lo denomina “*Del procedimiento de Tutela Laboral*”.

<sup>2</sup> VARGAS (2019), pp. 32-40.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ (2012), p. 289.

## A. El abordaje inicial: la tutela jurídica

Hay un concepto más general que la tutela jurisdiccional y que dice relación con la tutela jurídica a secas. En cuanto a la protección que el Estado presta a los derechos e intereses de las personas,<sup>4</sup> esta actividad se desarrolla por una doble e incluso por una triada de actuación.

La primera o primaria<sup>5</sup> se desarrolla a través de la función legislativa en que se formula el derecho objetivo<sup>6</sup> que impone a los coasociados normas de conducta en beneficio de todos, de carácter obligatorio y general. No obstante, esta imposición objetiva o abstracta de las normas generales y obligatorias no satisface completamente los fines del derecho ni agota el ámbito de protección estatal y por ende se requerirá de la potestad jurisdiccional en casos en que, las proposiciones normativas sean desobedecidas, las prohibiciones transgredidas y las autorizaciones o permisos violados. Entonces aparece la segunda tutela que brindan los órganos jurisdiccionales para la actuación o realización de este mandato general contenido en la norma abstracta o estática; la tutela jurisdiccional.

Marinoni explícitamente postula que la tutela jurisdiccional puede ser considerada como una especie dentro de un género, la de “*la tutela de los derechos*”,<sup>7</sup> pudiendo observarse una legislativa (o primaria como hemos señalado) y también otra proveniente de la propia administración o ejecutivo que también puede promover y proteger derechos.

Es sobre esta segunda tutela en torno a la cual gira todo el eje del Derecho Procesal actual,<sup>8</sup> y ya no en torno al mecanismo por el cual se otorga esta prestación, es decir, al proceso.<sup>9</sup> De ahí que autores como Montero propongan derechamente el cambio de nombre de la disciplina.<sup>10</sup>

Ahora, antes de continuar con esta breve explicación, debemos referirnos sin duda a la voz tutela propiamente tal. Aquélla es, como dice Couture,<sup>11</sup> propia del léxico de la escuela alemana, y se utiliza para referirse a la satisfacción efectiva de los fines del derecho y la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas. Fue particularmente desarrollada por Adolf Wach, quien construyó la teoría científica del proceso en torno a la nomenclatura de tutela jurídico procesal.<sup>12</sup> Fue recogida ampliamente por la escuela científica italiana a través de la obra de Chiovenda, quien declaraba su fuerte influencia del procesalismo científico alemán, particularmente de Wach. Fue tal esta injerencia

---

<sup>4</sup> ROMERO (2017), p. 16.

<sup>5</sup> MONTERO (2019), p. 204.

<sup>6</sup> CALAMANDREI (1963), p. 115.

<sup>7</sup> MARINONI (2019), p. 7.

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ (2007), p. 66.

<sup>9</sup> Esta afirmación debe ser matizada, por cierto, con las nuevas tendencias en la ciencia procesal continental, en orden a incorporar como objeto profuso de estudio a los llamados “MASC” (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos). Entre nosotros, véase: FUENTES y VARGAS (2020), pp. 25 y ss.

<sup>10</sup> MONTERO (2019), p. 31.

<sup>11</sup> COUTURE (2013), p. 391.

<sup>12</sup> VÁSQUEZ (2015), p. 76.

que terminó en norma positiva, por ejemplo, el Código Civil Italiano de 1942 en su título VI se refiere a la tutela de los derechos y entre los artículos 2907 a 2933 se utiliza derechamente la frase “*Tutela giurisdizionale dei diritti*”. El camino luego es fácil de trazar hacia nuestras costas, considerando la influencia de la escuela italiana del siglo XX sobre toda Iberoamérica.

En particular, la Constitución Política de la República de Chile de 1980 si bien no utilizó expresamente la voz tutela, sí lo hizo mediante la expresión protección de los derechos: “*La Constitución asegura a todas las personas: La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos*”<sup>13</sup>

En cuanto al calificativo “*jurisdiccional*”, es importante hacer estas aclaraciones, porque afirmar y usar este binomio categorial (tutela jurisdiccional) implica la adopción de un sustrato teórico determinado con consecuencias jurídico-normativas también en consecuencia, que denotan un escalón arriba en el camino hacia la revalorización del interés público en el proceso y el rol de los jueces y juezas concretas en este trabajo. Máxime al momento de entender el conflicto, la administración de justicia, el objeto de la tarea jurisdiccional y la finalidad de esta potestad pública. Por ende, lo que toca ahora para reflexionar en torno al asunto en cuestión, es la noción del Estado Juez.

## **B. Tutela jurisdiccional y jurisdicción**

La jurisdicción en tanto potestad pública ha tenido sin duda una de las más interesantes evoluciones dentro del estudio de las potestades públicas. Se ha llegado a hablar en nuestros días del gobierno de los jueces,<sup>14</sup> de activismo judicial o de que el poder organizado jurídicamente que detenta este poder-deber<sup>15</sup> ha llegado a posicionarse como el poder estatal respecto del cual prácticamente no existen ámbitos externos a su control, extendiéndose también al de otras potestades como la legislativa y la administrativa.<sup>16</sup>

Esta evolución no es intrascendente pues el paso del tiempo y la evolución de este concepto ha permeado también a la jurisdicción chilena y con ello la mirada que se tiene de sus fines, para que podamos entender por qué aparecen luego vigorizados los poderes de la judicatura en diseños procesales modernos que propugnan mayor eficiencia encaminada a la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Decir el derecho o “*jurisdicencia*”<sup>17</sup> es la traducción al español del latín *iuris dictio*, origen etimológico de la expresión<sup>18</sup> y que tiene un sinnúmero de acepciones dependiendo del contexto en que se utiliza. Puede ser utilizada en referencia al ámbito de potestades de un determinado órgano público, también en referencia a una materia específica que sirve para individualizar luego al órgano jurisdiccional en

---

<sup>13</sup> Constitución Política de la República de Chile (1980), Artículo 19 N°3.

<sup>14</sup> Para un tratamiento profundo del tema puede verse GARCÍA y VERDUGO (2013).

<sup>15</sup> COLOMBO (1999), p. 41.

<sup>16</sup> BORDALÍ (2016), p. 29.

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ (2007), p. 33.

<sup>18</sup> COLOMBO (1991), p. 30.

concreto, al poder de un órgano del Estado sobre el individuo y/o para denominar órganos estatales que tienen el poder específico para resolver conflictos de intereses.<sup>19</sup> De todos estos usos nos interesa el último de ellos, que enuncia lo que clásicamente el Derecho Procesal chileno ha entendido por función jurisdiccional, siguiendo una línea de pensamiento sociológica sobre su finalidad, que la identifica con la resolución de conflictos de intereses jurídicos intersubjetivos.<sup>20</sup> No compartimos que esta definición sea omnicompreensiva por lo que la resistiremos desde ya, pero debemos entender que es fruto de una evolución en que Chile está a medio camino.<sup>21</sup>

La primera concepción de la potestad de administrar justicia supone un Estado absolutista que está representado en la figura del monarca, príncipe o como quiera titularse. Éste detenta la plenitud de los poderes públicos, que son sólo dos: el legislativo y el ejecutivo.<sup>22</sup> Es dentro de esta segunda función donde se ubica la administración de justicia y en ella los jueces no son más que delegados monárquicos pues toda la potestad jurisdiccional (si podemos llamarlo así en este período) recae sobre el Rey en tanto “*vicario de Dios*”.<sup>23</sup> Lo más relevante en términos de la significación de la potestad jurisdiccional es que en esta época no existe la intención de proteger o tutelar derechos subjetivos de particulares, pues no encontramos en la sociedad civil sujetos de derechos sino súbditos que se encuentran en una situación de igualdad formal negativa frente al poder del Estado:<sup>24</sup> todos carecen de derechos subjetivos, públicos o privados.

El barón de Bredé; Montesquieu pronunció la frase “*el poder de juzgar, tan terrible a los hombres, se hace invisible y nulo ya que el tribunal no es más que la boca de la ley*”.<sup>25</sup> La famosa expresión representa plenamente lo que significa la jurisdicción para el llamado Estado de Derecho Legal, o Estado de concepción político-liberal.

En el Estado Liberal la separación de poderes supone una concepción sobre la jurisdicción que se mira con suma desconfianza. Esto se explica históricamente por la experiencia de la Francia pre revolucionaria que encajó en la ciudadanía el fundado temor de que la administración de justicia no era sino un brazo más del poder del Rey a través del cual éste expandía y abusaba del mismo. De este modo, la función legislativa pasa a ocupar un lugar privilegiado y la soberanía de la Ley, manifestación de la voluntad popular, es condición de la libertad y autonomía de los hombres.<sup>26</sup>

En este orden de cosas, el Estado se erige sobre la idea liberal de concebir a todas las personas al menos formalmente como iguales, y a la luz del *Code de 1804*, existe una sinonimia entre derecho y

---

<sup>19</sup> MONROY (1996), p. 206.

<sup>20</sup> ORELLANA (2018), p. 27.

<sup>21</sup> Lo anterior, sin perjuicio del matiz apuntado *supra*, sobre la incorporación de los “MASC”, en cuanto administración de justicia pensada por y para el justiciable.

<sup>22</sup> MONTERO (2019), p. 60.

<sup>23</sup> BORDALÍ (2016), p. 16.

<sup>24</sup> BORDALÍ (2016), p. 20.

<sup>25</sup> MONTESQUIEU (1995), p. 112.

<sup>26</sup> BORDALÍ (2016), p. 21.

ley, con plena confianza en la plenitud y completitud de la voluntad general infalible que crea la ley, es decir un enaltecimiento de la potestad legislativa, sin alternativas creadoras de derecho para el juez. Dice Vigo que la labor en concreto del jurista en este modelo es simplemente “subsumir el caso individual en el supuesto genérico previsto en la ley, construyendo el silogismo respectivo donde la premisa mayor sería el [sentido] que se obtenía de las entrañas de la misma por medio de ciertos métodos (centralmente el gramatical y el lógico), la premisa menor el caso, y la conclusión que proyectaba en el caso las consecuencias previstas en la ley”.<sup>27</sup>

Pareciera que estuviésemos hablando de otro tiempo cuando revisamos la forma de entender a la jurisdicción en el estado moderno. Sin embargo, en Chile es frecuente encontrar desde la enseñanza del derecho, pasando por la práctica forense y hasta en la labor legislativa y judicial la arraigada cultura jurídica procesal liberal de nuestra tradición legal.<sup>28</sup>

Caló hondo en nuestra administración de justicia el modelo liberal, porque en Latinoamérica a mediados del siglo XIX los diseños procesales y de la administración orgánica de justicia provenientes de la tradición europea fueron heredados sin hacer un “borrón y cuenta nueva”. Recogieron las concepciones jurisdiccionales de los conquistadores, y en el caso particular de Chile se mantienen hasta hoy, con un modelo de justicia colonial<sup>29</sup> orientado en su tronco común (la jurisdicción civil) por un código decimonónico anexo de la codificación general civil de Andrés Bello y que supone el mito de la igualdad formal del Estado liberal.<sup>30</sup> Esta concepción hoy es incoherente con el sistema, producto de las reformas procesales chilenas en materia de litis familiar, penal y laboral, pero no ha dejado de tener injerencia sobre la formación judicial y su labor. Esta es la razón por la cual en el sistema procesal chileno la reforma a la jurisdicción civil es tan anhelada.<sup>31</sup>

El mito de la igualdad formal, en que gobiernan el principio dispositivo, y la concepción de un juez pasivo estilo *iudex* romano, además de entender al conflicto de intereses como una cuestión entre particulares, está en crisis. De hecho, la doctrina más autorizada postula que debe ser abandonado por no ser acorde hoy a la concepción de un Estado Constitucional, protector de derechos.<sup>32</sup> Si bien la concepción decimonónica del juez del Estado liberal sirvió profundamente para combatir el absolutismo, después de la segunda guerra mundial estas concepciones formalistas merecieron ser revisadas. Y es en este entendido en que no solo la jurisdicción, sino que el Estado en general ha visto cómo la Constitución, las garantías y los derechos fundamentales han pasado a desplazar a la ley en cuanto fuente directa y orientadora de la actividad jurisdiccional.<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> VIGO (2017), p. 12.

<sup>28</sup> GARCÍA (2020), p. 256.

<sup>29</sup> LARROUCAU (2020), p. 75.

<sup>30</sup> Nos referimos al Código de Procedimiento Civil chileno de 1902.

<sup>31</sup> Boletín 8197-07 del Senado, 2012. Proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil.

<sup>32</sup> MARINONI (2019), p. 45.

<sup>33</sup> Para profundizar sobre el punto relativo al principio dispositivo y las potestades del juez civil, entre nosotros, véase ROMERO (2021).

En el Estado de Derecho Constitucional la jurisdicción supera la idea de que su centro o fin es la resolución de conflictos de intereses y se enfrenta a un desafío mayor que es la protección y/o tutela no solo de derechos subjetivos, sino también de velar por la actuación concreta del derecho objetivo, provocando la eficacia del ordenamiento jurídico completo. Aparecen entonces las teorías jurídicas sobre la función de la jurisdicción, que se muestran críticas a esta concepción meramente pacificadora y que entienden que sin la labor del juez el Estado de Derecho pierde su eficacia.<sup>34</sup>

Lo importante es entender que está asentado que la concepción decimonónica ha cedido terreno al menos en la doctrina y que se ha repensado la actividad jurisdiccional como una labor creadora, sustituta y/o sucedánea de la actividad primaria de creación de derecho abstracto u objetivo. Se propone una actividad protectora estatal a la que se tiene derecho por el sólo hecho de ser persona, y como dijera Couture: *“en tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución”*.<sup>35</sup>

Esta concepción de una jurisdicción que implica actividad más que pasividad, derechos subjetivos públicos, garantías, derechos fundamentales y una expansión del control a que puede llegar la potestad jurisdiccional, no está exenta de críticas. Como mencionábamos más arriba, en el afán de esta labor protectora han aparecido voces que tildan a estas concepciones contemporáneas como manifestaciones de *“activismo judicial”* para graficar con ello la injerencia de la actividad judicial sobre la esfera política cuando a raíz de casos concretos se pretende favorecer intereses o promover una cierta agenda política.<sup>36</sup> No obstante, y teniendo muy presente que el punto de equilibrio es sumamente delicado, la cuestión parece ir, al menos en Chile, en reubicar la tarea del juez en la entrega de una respuesta al requerimiento ciudadano que sea acorde con los compromisos que el Estado chileno celebró a propósito del acceso a la justicia y la protección de derechos. En este sentido la necesidad de eficiencia en la labor jurisdiccional apunta a la función misma y su calificativo, es decir que ésta sea efectiva en su tarea protectora.

### **C. Tutela con apellido: tutela jurisdiccional efectiva**

Situados en la nomenclatura procesal contemporánea escrita en clave de tutela de los derechos, y de manera más idónea, en clave de tutela jurisdiccional de esos derechos como la función y el fin de la jurisdicción, más que en la pacificación y resolución de conflictos, y considerando el rápido avance que han tenido estas concepciones y usos en los distintos ordenamientos continentales y latinoamericanos, no podemos dejar de abordar el adjetivo calificativo que acompaña a la tutela jurisdiccional en el foro, la doctrina y en la jurisprudencia. Nos referimos a la *“efectividad”*.

La afirmación sobre la efectividad de los derechos y de que esto ha de lograrse en términos no volun-

---

<sup>34</sup> ARENHART ET AL (2021), p. 17.

<sup>35</sup> COUTURE (2013), p. 48.

<sup>36</sup> LARROUCAU (2020), p. 32.

tarios por vía jurisdiccional<sup>37</sup> es una afirmación de tipo deóntico. Lo que en concepto de la sociedad debe ser, no necesariamente lo que es. Se trata de un calificativo axiológico de cómo debe entenderse el ejercicio jurisdiccional. Así, no toda tutela jurisdiccional es admitida en un Estado de Derecho Constitucional, ella debe tener una correspondencia con la realidad y con la necesaria misión de protección que se declara: la realización de los derechos. Por eso es importante tener bien establecido, que no se trata de un instituto que se compone únicamente de garantías abstractas, que versa solamente sobre reglas formales o adjetivas, y que lo “efectivo” es una vinculación imposible de disociar con él o los derechos materiales<sup>38</sup> cuya tutela es requerida en una situación concreta.

Hechas estas declaraciones más que aclaraciones, abordemos entonces las complicaciones conceptuales que enfrentamos para esclarecer y proponer algún contenido siquiera dentro de la tutela jurisdiccional efectiva que podamos focalizar para encausar luego propuestas de cara a los tiempos que corren para nuestra disciplina y para abandonar con o sin reformas normativas poco a poco las concepciones de matriz liberal para el proceso.

No obstante, su frecuente uso dogmático, forense y jurisprudencial, parece tener poco contenido cuando observamos a los operadores jurídicos. Incluso se utilizan frecuentemente por la propia doctrina procesal términos que parecieran análogos o sustitutos: tutela jurisdiccional “eficaz”, tutela jurisdiccional “efectiva” y tutela jurisdiccional “eficiente”.

Estamos frente a la punzante categoría postulada por el filósofo norteamericano Félix Cohen de los conceptos mágico-jurídicos, que son más bien “escamoteos verbales” (refiriéndose al *jurisprudence* norteamericano) vacíos de contenido. “El sistema está repleto de conceptos sobrenaturales, es decir, de conceptos que no pueden ser definidos en términos de experiencia, y de los cuales se supone que fluyen decisiones empíricas de todo tipo. La teoría jurídica moderna presenta un ultimátum a estos conceptos no verificables”.<sup>39</sup>

En esta reflexión, hay un convencimiento férreo que el problema además se debe a la desconexión aún muy evidente entre la naciente y redescubierta ciencia procesal (fenómeno de no más de veinte años en Chile)<sup>40</sup> y la praxis judicial. Esta desconexión provoca que los usos que han penetrado desde distintas fuentes; tratados internacionales suscritos por los estados latinoamericanos, la formación doctoral de la doctrina procesal actual y el fenómeno del neoprocesalismo, hagan que la terminología aún no encuentre una depuración adecuada, completa y suficiente.

Es por lo anterior que como primer propósito se propondrá una vuelta de tuerca más a estos tres adjetivos. El uso de los dos primeros calificativos (eficacia y efectividad), cuando se utilizan, hacen en referencia a la afirmación deóntica que más arriba se postuló, por ende, no piense el lector que se

---

<sup>37</sup> BARONA (2019), p. 4.

<sup>38</sup> TARUFFO (2017), pp. 13-20.

<sup>39</sup> COHEN (1935), p. 65.

<sup>40</sup> MATURANA (2018), pp. 225-242.

trata de un ejercicio lingüístico científicista, sino asentar ambas categorías en distintos planos para luego vincularlas. La idea es que giren en torno a sí mismos de manera funcional para despejar el lenguaje técnico procesal con propósito, no por mera sofisticación.

Esta cuestión es relevante sobre todo en términos de técnica procesal, por lo que se la enunciará de la manera más sencilla posible para luego explicar la conexión necesaria o funcional:<sup>41</sup> para que sea eficaz el derecho material, para que pueda ser obedecido de manera lo más general posible y por ende legitimarse el ordenamiento jurídico y cumplir sus fines, la tutela jurisdiccional tiene que ser efectiva, materializadora de esos derechos. A su vez, para que podamos constatar esa efectividad en la realidad, es necesario que el instrumento procesal sea eficiente en términos funcionales a las dos categorías anteriores.

## II. EFICACIA, EFECTIVIDAD Y EFICIENCIA: UN GIRO HACIA LO FUNCIONAL

Confieso mi desconfianza hacia la introducción en sistemas jurídicos de tradición romana de terminología y elementos que provienen del *common law*. Obviamente como una respuesta natural e inmediata a la formación de cualquier abogado latinoamericano formado en facultades de derecho que están enraizadas en el sistema del *civil law* y que detentan una larga tradición de pensamiento relacionado al estudio sistémico y analítico que implica la teoría del derecho. Sin embargo, en términos procesales, la verdad es que pensando en la triada de conceptos que estamos analizando, vale la pena revolver un poco el naípe en clave realista, y en especial en la subespecie funcional del realismo jurídico.<sup>42</sup> En este sentido, creo que nos hace bien y no es equívoco epistémicamente cuando afirmamos que la ciencia jurisdiccional está sufriendo cambios porque la misma realidad material se lo está exigiendo. Si entendemos esta idea de que la realidad jurídica, y sobre todo la judicial, es quien ante todo evalúa y requiere respuestas desde y hacia la disciplina del Derecho Procesal, entonces hay allí una fuente que debe ser incorporada dentro las preocupaciones gnoseológicas de la teoría jurídica.

Lamentablemente no es posible alcanzar esta meta del todo porque quien escribe está fuertemente permeado por las abstracciones de la formación y el sistema de enseñanza continental. Trataré de todas formas de matizar estas ideas realistas para hacer de la efectividad, la eficacia y la eficiencia conceptos operativos entre ellos hacia un fin. Aunque desde ya es importante hacer esta prevención porque como dice Vásquez por mi "*conciencia jurídica*",<sup>43</sup> incurriré en análisis sistémicos, abstractos y analíticos, pero tal vez la mixtura sea el honesto y espontáneo resultado que espero pueda aportar a una mirada operativa de la cuestión.

---

<sup>41</sup> Utilizaré esta expresión formulada por Félix Cohen, aún no lo cito directamente pues la expresión será retomada en lo sucesivo y desarrollada para concatenar los tres adjetivos.

<sup>42</sup> GOLDING (1961), pp. 1032-1057.

<sup>43</sup> VÁSQUEZ (2015), pp. 11-13.

### A. La aproximación funcionalista

La teoría realista en clave funcionalista fue propuesta en la obra más citada en la historia de la *Columbia Law Review*, que se publicó en junio de 1935 por el profesor norteamericano Félix S. Cohen.<sup>44</sup>

En la publicación, a la edad de 27 años, en pleno trabajo doctoral se propuso cuestionar y reflexionar en torno a lo que llamó los “*sinsentidos jurídicos*”, y se aventuró a demostrar cómo en el derecho y en otras ciencias, los conceptos o categorías “*trascendentales*” lo único que habían hecho era generar verdaderas “*acrobacias conceptuales*” de cuestiones absolutamente vacías de contenido, que en el fondo nada aportaban al conocimiento realmente pues no eran verificables en la realidad.<sup>45</sup> Ninguna de ellas era posible percibir las por la “*experiencia efectiva*”.

En lo que nos concierne, la aproximación de Cohen denunciaba ya en esa época la vaciedad de la categoría *due process of law* preguntándose ¿Cuándo es debido el proceso legal?, y de cómo se había transformado en una verdadera “*cortina de sinsentido trascendental*” para justificar decisiones judiciales cuestionables.

Coincidimos con estas observaciones. La propia concepción actual de tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso son utilizados para un sin número de cuestiones sin una clara delimitación y sin que podamos afirmar su acaecimiento en la realidad judicial como para entender cumplida la promesa del art. 19 numeral 3° inciso primero de la actual Constitución chilena, cuando se asegura a todos los ciudadanos la “*protección*” en el ejercicio de sus derechos.

Cohen se propuso la tarea de abandonar los sinsentidos y avocarse a la tarea de erradicar o suprimir los conceptos desprovistos de significado real, olvidar los problemas que están también desprovistos de significado, redefinir los conceptos en una aproximación funcional y redirigir la investigación hacia el mismo objetivo. El objetivo a su vez propuesto por el “*método funcional*” es encontrar significación (no abandonarlos, la tarea es redescubrirlos) de los conceptos jurídicos con miras a sus implicancias o consecuencias en un contexto dado: por ejemplo, en el plano social.

Cohen no es una isla en estas ideas. En Latinoamérica, Massini ha denunciado que el excesivo cientificismo, monismo científicista o matematización de todas las ciencias humanas, ha llevado a que nos olvidemos del objeto de esta ciencia, que no es otro que “*directivas del obrar, criterios a la luz de los cuales evaluar las conductas jurídicas y juicios normativos acerca del cual es la conducta jurídicamente debida en un cierto tipo de situaciones; en otras palabras, lo que los juristas realizan en la práctica, a exigencias de jueces, abogados, administradores o legisladores, es un estudio de tipo práctico, intrínsecamente ordenado a la dirección del obrar humano jurídico. Por otra parte, es preciso que así sea, toda*

---

<sup>44</sup> El artículo lleva por nombre original “*Trascendental Nonsense and the Functional Approach*”.

<sup>45</sup> COHEN (1935), p. 50.

vez que el objeto del saber jurídico es una realidad práctica, operable, realizable por el hombre a través de su obrar libre”.<sup>46</sup>

Continúa el profesor mendocino con una segunda crítica atendible y es que hemos olvidado el carácter de saber práctico del derecho. “*Todo saber jurídico, en tanto que jurídico, ha de ser práctico, pues su objeto lo es, ya que se trata de una praxis humana social en materia de justicia*”.<sup>47</sup>

De lo dicho, por supuesto se descuelga que dos pensadores de tiempos, latitudes y corrientes diversas encuentran conexión: Cohen y Massini coinciden en los problemas de verificación que algunos conceptos jurídicos tienen ante la realidad. De esta coincidencia o relación aparece la propuesta realista funcional de Cohen de repensar y redefinir las conceptualizaciones abstractas y de darles un enfoque funcional, que no es otra cosa que un sentido pragmático, verificable, operativizable o práctico. En lo que toca a la tutela jurisdiccional efectiva; que cumpla su objetivo más elemental: la materialización de los derechos que son prometidos en protección por el Estado.

Majaderamente hemos ya dicho que esta trilogía de adjetivos calificativos se usa indistintamente tanto por la doctrina del Derecho Procesal, Constitucional, Civil, Penal, etc., como por los teóricos del derecho. La proposición que hicimos más arriba tiene una sola pretensión y no es la labor titánica de develar la íntegra significación de cada uno de los conceptos en términos epistemológicos, sino más bien buscando conexiones entre ellos considerando su importancia y las ideas sobre tutela jurisdiccional.

Debemos transparentar que utilizaremos ideas y concepciones que provienen desde la tradición continental de la Filosofía del Derecho, sabiendo que hay en esta fuente un sinnúmero de versiones y posiciones dogmáticas y estamos conscientes de ello, reconociendo que la propuesta no es a la complejización del tema sino a una redefinición pragmática de la misma, sin que el tema se agote en caso alguno con las explicaciones que siguen.

Esta idea de vincular eficacia, efectividad y eficiencia nace a propósito de encontrarme con otra investigación, del profesor argentino Héctor García<sup>48</sup> relacionada al Derecho del Trabajo.

## **B. Respecto de la eficacia**

Siguiendo una tesis dominante y que encuentra necesaria conexión y atribución al positivismo jurídico aún dominante entre nosotros y obviamente con ello a Kelsen, digamos que las normas jurídicas, sean materiales o procesales,<sup>49</sup> requieren de la eficacia para poder ser consideradas válidas.<sup>50</sup> Si no se

---

<sup>46</sup> MASSINI (2006), p. 97.

<sup>47</sup> MASSINI (2006), p. 99.

<sup>48</sup> GARCÍA (2020), pp. 2-18.

<sup>49</sup> MONROY (1996), pp. 145-172.

<sup>50</sup> KELSEN (1982), pp. 24 y 219.

materializa este calificativo de eficacia las normas materiales carecen de validez. En este sentido, una norma inválida es una norma jurídica inexistente.<sup>51</sup>

El jurista austríaco propuso una relación entre eficacia y validez, que se complementa y fluye de la idea de que los sujetos a quienes se destinan acaten sus mandatos o imperativos en un grado de generalidad al menos. “*El mínimo de eficacia*” lo llamó. El principio de legitimidad del ordenamiento se compromete a ello también.

Si bien para Kelsen existe una relación en el sentido enunciado entre validez y eficacia, su postura se encuentra en un medio entre aquéllos que confundían eficacia con validez y aquéllos que niegan toda relación entre ambos conceptos.<sup>52</sup> Para el purismo positivista la eficacia supone en definitiva un hecho de la realidad, al igual que el acto de su instauración. Supongamos nosotros para conectar con el ejercicio jurisdiccional la instauración de una norma jurídica individual (en clave purista) como lo es la sentencia judicial.

Esta idea también fue reconocida H. L. Hart, quien en su *Concept of Law* enunciaba la idea de que la norma válida es aquella que es generalmente eficaz. La eficacia de una regla es un enunciado externo,<sup>53</sup> una conclusión del observador de un sistema jurídico. La cuestión es pasar entonces al punto de vista de quien participa del ordenamiento jurídico, no sólo de quien observa. En términos funcionales el observador debe considerar el punto de vista del participante para conceptualizar las implicancias sociales de la norma. Esto último es parte del enfoque funcionalista.

En este orden de ideas que vincula a la realidad, a lo real o las verificaciones en la realidad, Alf Ross formuló sus ideas sobre la vigencia del derecho.<sup>54</sup> Es del todo pertinente hacer referencia al autor danés, quien se encuentra según Kelsen en una confusión entre validez y eficacia a través de su explicación de encontrarse la eficacia (Ross le llama efectividad) en la adhesión social a las reglas, configurándose ésta como uno de los factores de la vigencia del derecho. Esta fórmula, como vemos, difiere en su terminología de lo anteriormente expuesto. Se utiliza sin embargo para explicar el mismo fenómeno: la vigencia de un determinado sistema u ordenamiento está en la idea de efectividad (eficacia kelseniana). Siempre desde la realidad, mirado por un observador externo, pero también desde lo interno, en tanto la regla es vivida como socialmente obligatoria y se actúa en consecuencia a ella.

Dice el autor de la escuela de Copenhague: “*El derecho presupone la regularidad en el comportamiento del Juez al hablar de fuerza y validez del derecho. La vigencia de éste involucra dos cuestiones: el acatamiento regular y externamente observable de una pauta de acción y la experiencia de esa pauta como norma obligatoria. El derecho vigente debe ser vivido como socialmente obligatorio. La vigencia del*

---

<sup>51</sup> KELSEN (1982), pp. 23-28.

<sup>52</sup> KELSEN (1982), p. 218.

<sup>53</sup> HART (1963), p. 129.

<sup>54</sup> ROSS (1977), p. 17.

*derecho no puede apoyarse en una visión puramente conductista*”.<sup>55</sup> Así, el derecho es un conjunto de reglas concernientes al ejercicio de la fuerza física ejercida institucionalmente por orden, a su vez, de normas jurídicas creadas por los órganos jurisdiccionales.<sup>56</sup>

Decimos todo esto, porque en el fondo la importancia del problema de la validez de las normas ha ocupado a iusfilósofos de todos los sectores, naturalistas, positivistas, los respectivos *neos* y sus versiones renovadas, así como las tendencias contemporáneas. Si es un problema de tal entidad, merece la pena entonces entender y adoptar una postura respecto de lo que realmente implica la eficacia. Está inescindiblemente vinculada a los fines queridos por la norma, sean éstos verificados con la exactitud propuesta por la fuente política creadora, o sean los que finalmente termina determinando la realidad judicial y forense.

### **C. Sobre la efectividad y su conexión funcional a la eficacia**

Teniendo enunciado que a través de la eficacia y a través de la efectividad se comprometen sin duda la vigencia o validez de las normas jurídicas, repensemos estas categorías en miras de la tutela jurisdiccional, separando aguas. Para ello, la explicación de Capella sobre el punto es clarificadora, además de coherente con la separación de funciones estatales. Capella advierte que “*la eficacia de una norma respecto de un fenómeno jurídico empírico determinado se entiende como la capacidad de la norma para funcionar como determinante de causa de tal fenómeno*”.<sup>57</sup> Es eficaz x norma porque es lo que determina que ocurra y.

Se refiere entonces a una relación material que mira el impacto de las normas jurídicas en cuanto al “*universo social*” o realidad.<sup>58</sup>

Trayendo esto al lenguaje procesal, podríamos afirmar por ejemplo que x norma procesal logró tutelar un derecho z porque la ley creó un diseño procesal funcional a esa finalidad.<sup>59</sup> Esto es lo que queremos proponer.

El profesor español agrega que las normas pueden tener un fondo ideológico que no se percibe y que puede llegar a ser observable la norma en términos de eficacia en tal sentido, pese a que no se trate de la eficacia declarada por el legislador o la realmente querida (voluntad) por el mismo legislador.

Por su parte, efectividad sería “*una especie de eficacia particular, exclusivamente institucional*”.<sup>60</sup> Es decir, la norma es efectiva a su vez cuando es obedecida y aplicada por los órganos del poder público.

---

<sup>55</sup> ROSS (1977), p. 51.

<sup>56</sup> VIGO (2019), pp. 20-24.

<sup>57</sup> CAPELLA (2008), pp. 84-90.

<sup>58</sup> CAPELLA (2008), p. 85.

<sup>59</sup> Es necesario precisar que nos referimos al fenómeno de la tutela material de un derecho a través de la jurisdicción, ya que las normas procesales no sólo protegen derechos materiales, sino que también, satisfacen o efectivizan actuaciones necesarias procesales para que a su vez el procedimiento tramitado sirva a los fines de tutela material.

<sup>60</sup> CAPELLA (2008), p. 87.

Eficacia y efectividad sugieren entonces, ser conceptos empíricos, es decir debe tratarse de fenómenos perceptibles, correspondientes en la realidad.<sup>61</sup> No obstante, siguiendo a Capella está referido en el primer caso a la ordenación de conductas por los coasociados y en el segundo a la aplicación y respeto de esas normas por la institucionalidad.<sup>62</sup>

Desde una concepción economicista, se ha dicho que *“las normas procesales son efectivas cuando cumplen sus objetivos (cualesquiera sean). La efectividad de las normas constituye algo deseable. Es razonable pretender que las normas satisfagan los fines para los cuales fueron dictadas. Las normas constituyen el producto de un proceso colectivo de formación que implica costos, tiempo y ciertos niveles de consenso que son difíciles de obtener. Si las normas terminan no siendo efectivas, entonces habría un malgasto de recursos asociados a ese proceso colectivo”*.<sup>63</sup>

La efectividad que puede verse confundida con eficacia, o utilizada comúnmente de manera indistinta a propósito de explicaciones sobre tutela jurisdiccional, creemos y queremos que tengan una significación diferente, en el sentido que sea funcional al concepto de eficacia referido por Capella y clásicamente atribuido a Kelsen.

Ahora, ¿por qué hablar de funcionalidad? Porque el pragmatismo u operatividad que pretende esta concepción del derecho puede adecuar y generar un nexo coherente entre ambos calificativos proclamando la necesidad de que salgan de ese estatus de meros slogans.

Cohen nos ofrece una alternativa, un puente a través del *“enfoque funcional”*<sup>64</sup> cuando nos dice *“en todos los campos del derecho encontraríamos la misma costumbre de ignorar las cuestiones prácticas valorativas o de hecho y buscar refugio en problemas jurídicos, que siempre pueden ser resueltos mediante el manipuleo de conceptos técnicos según formas aprobadas”*.<sup>65</sup>

Esta idea de los *“sinsentidos jurídicos”* se aplica plenamente a las voces en comentario (eficacia y efectividad) cuando se adjuntan permanentemente a la tutela jurisdiccional sin una finalidad.

Refuerza esta idea la explicación de Cohen en torno a que las categorías jurídicas se transforman en dogmas sino pueden ser traducidos en experiencia verificable.<sup>66</sup> Se reducen así los problemas del derecho básicamente a la idea de ¿cómo deberían o como están efectivamente resolviendo los tribunales de justicia? Esto es plenamente aplicable a la idea de efectividad institucional propuesta por Capella y analizada previamente.

---

<sup>61</sup> CAPELLA (2008), p. 88.

<sup>62</sup> CAPELLA (2008), p. 88.

<sup>63</sup> CARRASCO (2019), pp. 67-100.

<sup>64</sup> COHEN (1935), p. 51.

<sup>65</sup> COHEN (1935), p. 45.

<sup>66</sup> COHEN (1935), p. 58.

El legislador manda prohíbe o permite<sup>67</sup> con fines propuestos por la norma en abstracto, y sólo se realiza o verifica en la realidad (en cuanto fines y legitimidad) si es posible constatar que dichos mandatos o imperativos se recojan en la realidad judicial. Luego, sin el aparato jurisdiccional y la segunda tutela, no es posible realizar las normas jurídicas abstractas<sup>68</sup> cuestión ya enunciada también en nuestra disciplina por Calamandrei en sus “*Instituciones*”. De ahí que queramos proponer que la tutela jurisdiccional es funcional a la eficacia de las normas jurídicas y cuando esto ocurre la primera puede ser recién valorada o calificada entonces como efectiva.

Finalmente, una vuelta más sobre la efectividad en la función propuesta. Capella nos propone que la eficacia se materializa jurisdiccionalmente por el reconocimiento de los órganos institucionalizados (los tribunales) de esas normas jurídicas formuladas. Agrego en lo pertinente: de manera abstracta a través de la tutela primaria. De ahí la necesidad de proponer al menos una diferenciación en el ámbito procesal de estas dos categorías. Sin efectividad de la tutela judicial el ordenamiento o sistema de normas jurídicas es ineficaz y eso compromete en definitiva su validez y/o existencia, en la medida en que se trate de una ineficacia generalizada y constante, no aislada.<sup>69</sup>

La norma material encuentra una vía de realización o concreción por medio de la tutela jurisdiccional, precisamente para la ordenación de la conducta humana, del necesario paso del enunciado ontológico al deóntico.

### III. ¿QUÉ ROL JUEGA ENTONCES LA EFICIENCIA EN TODO ESTO?

Digámoslo desde ya, la eficiencia se conecta de manera funcional a la efectividad de la tutela jurisdiccional. El desenvolvimiento de esta a efectos de poder prestarse en términos de derecho fundamental de contenido concreto supone necesariamente que se inmiscuya este concepto en la técnica procesal<sup>70</sup> utilizada tanto por el legislador en cumplimiento de este mandato constitucional, como por el juez al momento de la substanciación procesal de un caso concreto y materialización de esta.

De esta proposición hay que develar entonces dos cuestiones antes de desarrollar cualquier explicación: ¿de qué hablamos en el Derecho Procesal cuando hablamos de eficiencia? y la importancia de su conversión contemporánea: la técnica procesal adecuada o idónea.

En cuanto a la eficiencia, no cabe duda alguna que no es un concepto jurídico. Proviene de la teoría elemental económica. Esto no es menor porque todos queremos calificar a cualquier objeto de estudio con el calificativo de eficiente, pero a menudo no lo usamos en el sentido que necesariamente ocupa a los teóricos del derecho.

---

<sup>67</sup> El Art. 1º de Código Civil Chileno establece que la ley que es una manifestación de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

<sup>68</sup> CALAMANDREI (1963), p. 123-125.

<sup>69</sup> KELSEN (1982), p. 224.

<sup>70</sup> MARINONI (2019), p. 98 y DE LA OLIVA (1980), pp. 10-19.

Digo lo anterior porque desde la doctrina del “Análisis Económico del Derecho” la eficiencia se erige como uno de sus pilares fundamentales. Posner abre fuegos en su clásica obra señalando que los conceptos a utilizar son los de valor, utilidad y eficiencia.<sup>71</sup> Para esta doctrina la eficiencia supone la asignación de recursos en la que se maximiza el valor, reconociéndose sin embargo las limitaciones de esto a la hora de la toma de decisiones sociales.<sup>72</sup>

Stordeur señala que se trata de un concepto elemental para este enfoque teórico economicista, que importa en la asignación de recursos (escasos) la maximización de la utilidad o riqueza,<sup>73</sup> reconociendo, sin embargo, las limitaciones y la indiferencia de la economía en relación con la justicia y la equidad tanto del servicio judicial como de su respuesta.

Estas nociones, que sin duda son de utilidad porque subyace bajo ellas la noción el máximo aprovechamiento posible los recursos disponibles, no reflejan el completo sentido que le da la realidad al eficientismo procesal. Ello es óbice a que podamos establecer única o puramente criterios económicos para el análisis, la configuración normativa y el desenvolvimiento de la prestación jurisdiccional, y en definitiva del concepto en estudio.

Que todas las personas tomen sus decisiones con la finalidad de maximizar su utilidad o satisfacción, es un estado de cosas supuesto por el Análisis Económico del Derecho, que es epistemológicamente cuestionable y empíricamente inverificable. Está fuera del conocimiento humano el poder comprobar que ese enunciado se dé respecto de los justiciables a todo evento.

Este estado de cosas dadas que se plantea como inherente a la persona humana, casi en clave *iusnaturalista* por las doctrinas economicistas del derecho, es asimismo su pecado original.

Fiel a la propuesta funcional, recordar lo dicho por Cohen: “*en lugar de presuponer causas ocultas o principios trascendentales detrás de todo lo que vemos o hacemos, debemos redefinir los conceptos del pensamiento abstracto como construcciones, o funciones, o complejos o pautas, o arreglos de las cosas que efectivamente vemos o hacemos. Todos los conceptos que no puedan ser definidos en términos de los elementos de la experiencia efectiva carecen de significado*”.<sup>74</sup>

Una idea que aparece sin duda más sencilla y operativa es la de reconocer dentro de esta concepción de la eficiencia las limitaciones de la teoría económica y afirmar a la vez que la eficiencia constituye “*un test de deseabilidad*” propia de la mirada económica de la conducta humana. El equilibrio que satisface las condiciones de eficiencia sea en sentido estricto o potencial es deseable desde el punto de vista del bienestar o utilidad, en tanto éstas están en la mejor situación posible dadas las circunstan-

---

<sup>71</sup> POSNER (2007), p. 37.

<sup>72</sup> POSNER (2007), p. 57.

<sup>73</sup> STORDEUR (2011), p. 20.

<sup>74</sup> COHEN (1935), p. 83.

cias del caso.<sup>75</sup> Este llamado al equilibrio concilia mejor la tradición procesal de los países latinos para con la introducción de la terminología económica como la que comentábamos.

Hablamos hace décadas de un principio orientador que ha estado a la mano todo este tiempo y que refleja una pretensión mucho más sencilla que hay en la disciplina para con esta terminología. Me refiero al viejo principio de “*economía procesal*” que se delimita o conceptualiza clásicamente bajo la idea de que el proceso, instrumental que es, no puede ser más costoso que el valor de los bienes que están en debate.<sup>76</sup> Ello supone simplificación de formas, limitación sobre pruebas onerosas, reducción de impugnaciones recursivas, reducción de costes para los justiciables para el desahogo de diligencias, etc. Hoy en Chile, de acuerdo con la doctrina más contemporánea se le continúa definiendo en términos bastante pragmáticos, como “*la obtención del máximo resultado posible con el mínimo esfuerzo*”.<sup>77</sup>

De todo, quiero dejar establecido que la eficiencia está de alguna manera asentada en el ideario procesal. Pero eso no significa que lo sea únicamente desde la óptica de la técnica económica o del Análisis Económico del Derecho. La prestación jurisdiccional como derecho fundamental es una actividad humana cuya función es la materialización de los derechos de las personas. Este regreso hacia la humanización, de volver hacia la justicia de carne y hueso<sup>78</sup> supone utilizar a las ciencias auxiliares para ese fin, pero no transformar al derecho en una más de esas ciencias auxiliares. Ya despojamos al derecho del mínimo componente axiológico que aún le queda, si es que le queda alguno, al que la economía es absolutamente indiferente: la búsqueda de alcanzar fines de realización de la justicia a través de su actuación, particularmente del Derecho Procesal.<sup>79</sup>

La cuestión que se coloca en semejante contexto es si realmente se muestra deseable ese tipo de efectividad, indiferente a los valores, que conduce a una negativa contraposición entre utilitarismo y justicia en la medida en que la relativiza en función de la *performance*, al transformar al juez en burócrata, asimilando las funciones ejecutiva y judicial.

De Oliveira, utilizando como ya hemos detectado y referido precedentemente esta triada de términos de manera indistinta, refiere esta conexión necesaria hacia los valores del ordenamiento jurídico. De hecho, hacia el punto central en estudio que es la tutela jurisdiccional efectiva y que sincera como el resultado de una conjugación virtuosa de estos conceptos: “*A nuestro entender, la efectividad solo se revela virtuosa si no coloca en el limbo otros valores importantes del proceso, comenzando por el de la justicia, pero no sólo por éste. Justicia en el proceso significa ejercicio de la función jurisdiccional de conformidad con los valores y principios normativos conformadores del proceso justo en determinada sociedad (imparcialidad e independencia del órgano judicial, contradictorio, amplia defensa, igualdad*

---

<sup>75</sup> STORDEUR (2011), p. 37.

<sup>76</sup> COUTURE (2013), p. 155.

<sup>77</sup> CORTEZ Y PALOMO (2018), p. 54.

<sup>78</sup> MARINONI (2019).

<sup>79</sup> FULLER (1967), p. 202.

*formal y material de las partes, juez natural, motivación, publicidad de las audiencias, término del proceso en plazo razonable, derecho a la prueba).*

*Por eso, la racionalidad del derecho procesal no ha de ser la racionalidad tecnológico-estratégica, sino la orientada por una validez normativa que la fundamente y al mismo tiempo esté fundamentada por el discurso racional del juicio, de modo que la sociedad pueda controlar tanto la corrección material como la concordancia dogmática de la decisión. No desconozco, es claro, que el propio valor justicia, reflejando la finalidad jurídica del proceso, se encuentra íntimamente relacionado con la actuación concreta y eficiente del derecho material, entendido en sentido amplio como todas las situaciones subjetivas de ventaja conferidas por el orden jurídico a los sujetos de derecho”.*<sup>80</sup>

Prefiero entonces, en este orden de cosas y de manera no antojadiza, pues ya se han dado razones para ello, valernos de la propuesta entregada por el profesor chileno Ramón García quien en su obra sobre el *Case Management*, sin necesidad de recurrir al Análisis Económico del Derecho en *latu sensu* propone una categorización inicial de la eficiencia, a la vez que una propuesta de contenido de esta.<sup>81</sup>

Lo primero que se advierte en esta concepción es la de plantearlo como un principio que informa o debe informar y promover todo sistema de justicia. Esto no es menor, porque en la distinción entre principios y reglas de Alexy<sup>82</sup> los primeros suponen mandatos de optimización (para el legislador y para el juez al adjudicar) que pueden alcanzar verificación en un grado o medida de posibilidades conforme otras reglas y principios opuestos. Esta idea es importante porque siendo la eficiencia un mandato de optimización en tanto norma jurídica, irradia hacia el resto del ordenamiento procesal en concreto. En Chile la expresión “*racionalidad*” utilizada por la Constitución actual invita a incorporar este principio como un mandato de optimización para el legislador y veremos que también podemos postular lo mismo para el juez dependiendo de la técnica procesal adecuada o idónea que quiera consagrarse.

El principio de eficiencia que propone García debe ser: “*instrumental en la consecución de los fines del proceso (...) y debe estar al servicio del sistema de justicia, de sus valores y objetivos, esto supone un consenso sobre cuales son ellos y explicitarlos tanto como sea posible. Mientras más claros sean ellos, se orienta mejor la gestión necesaria para alcanzar la eficiencia*”.<sup>83</sup>

En cuanto al porqué de la eficiencia, destaca este autor que se compone de una doble finalidad axiológica o ética (lo que corrobora la necesidad de este componente que ya hemos venido anunciando) en cuanto a la “*correcta utilización de los recursos públicos y asegurar una medida de justicia a todos los justiciables*”.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> DE OLIVEIRA (2009), pp. 277-288.

<sup>81</sup> GARCÍA (2020), p. 244.

<sup>82</sup> ALEXY (2002), p. 81.

<sup>83</sup> GARCÍA (2020), p. 244.

<sup>84</sup> GARCÍA (2020), p. 249.

Taruffo y Ortells coinciden, en que la eficiencia debe apuntar a los fines del proceso civil, vinculando este concepto a duración razonable del proceso, costes y calidad de la decisión.<sup>85</sup> Es decir, en general los autores que han escrito sobre el tema han puesto de relieve, ideas similares sobre la identidad del porqué, del *theos* que debe perseguir la eficiencia como principio.

Un sistema procesal moderno dice Zuckerman debe ser efectivo, eficiente y justo. “Es efectivo cuando hay adecuada fijación de hechos y aplicación de derecho (sentencias bien fundadas) dentro de un tiempo razonable y proporcional con la inversión de los recursos públicos y de los litigantes. Es eficiente, lo que implica que los recursos disponibles para los tribunales sean utilizados para maximizar beneficios y no para desperdiciarlos. Y justo, que los recursos se distribuyan con justicia entre los distintos litigantes, y entre los litigantes presentes y futuros”.<sup>86</sup>

Sin perjuicio de que estas ideas se proponen para analizar el conjunto de casos y no sólo un caso individual, sin duda que tienen sentido en relación con el concepto de eficiencia en análisis. Esto lo dejo planteado porque luego esto se ve reflejado en la idea de Taruffo sobre los denominados planos de la eficiencia procesal.

El profesor italiano distinguió dos niveles,<sup>87</sup> el institucional y el concreto. Digamos desde ya, que en este trabajo estamos particularmente interesados por el concreto. Respecto del institucional, Berizonce a su vez nombra subniveles como la orgánica de la administración de justicia, los modelos procesales, el auxilio a las partes en términos de defensa, disposición de peritos, colaboradores, infraestructura, entre otros.<sup>88</sup>

Respecto de la eficiencia en concreto, es relevante considerar que en un modelo de normas jurídicas abstractas será difícil poder anticiparse al caso concreto y sus dificultades. Por eso García propone que exista un adecuado equilibrio entre potestades judiciales y norma procesal abstracta y restar injerencia a la excesiva teorización para priorizar lo empírico; como se dan estos conceptos en la práctica.<sup>89</sup> Me permito agregar: la excesiva teorización es la idea de Cohen y Massini que veníamos trabajando en tanto el “*paraíso de los conceptos jurídicos*” termina por vaciarlos de contenido.

Este equilibrio que propone García no puede considerarse solamente en sistemas anglosajones, puede y debe ser traído a nuestra realidad con los matices necesarios, y haciendo los ajustes de adecuación. En este sentido, de momento, una idea integral de eficiencia estilo *Case Management* pensada en el sistema judicial todo es ideal, pero aún más lejana, para procesos no penales en Chile y en Latinoamérica en general.

---

<sup>85</sup> GARCÍA (2020), p. 73.

<sup>86</sup> ZUCKERMAN (2009), pp. 49-71.

<sup>87</sup> TARUFFO (2009), pp. 68-69.

<sup>88</sup> BERIZONCE (2012), pp. 257-289.

<sup>89</sup> GARCÍA (2020), pp. 187-208.

Esta propuesta de reflexión es más concreta. Desde la perspectiva de la técnica procesal contribuir a concretar tempestividad y costes como dos de los ejes de la nueva tridimensionalidad de los fines del proceso,<sup>90</sup> pero sobre todo a verificar la protección de los derechos. Luego, es dar esta vuelta funcional (en tanto verificación realista) a las regulaciones rituales y potestades judiciales para efectos de instar por una mayor eficiencia, entregando un marco teórico más definido a estas especiales técnicas que se diferencian del rito común ordinario, cuyo anacronismo sin duda es el que motiva todo este tipo de investigaciones. Usaremos en este sentido, una expresión que creemos se aviene mejor al objeto pretendido: la idoneidad o adecuación de la técnica o diseño procesal.<sup>91</sup> Es incluso una propuesta para erradicar el dejo economicista del eficientismo y revalorar la diferencia entre los justiciables, a efectos de lograr la conexión o puente entre el derecho material y el Derecho Procesal, funcionalmente dispuesto a la verificación del primero en la realidad.<sup>92</sup>

En esta cuestión hay un importante cambio de paradigma en torno a los objetivos del proceso civil (o procesos no penales para darle una visión un poco más amplia). Pasamos de una visión única, de resolución del conflicto de intereses<sup>93</sup> a cualquier costo, para alcanzar una decisión correcta o justa, a un enfoque en la justicia sustantiva, en la justicia procesal y en la consistencia de las decisiones judiciales.<sup>94</sup> En este sentido se habla de tridimensionalidad de objetivos o fines del proceso: una justicia de costo asequible, de una decisión correcta y efectiva en su ejecución (oportuna y completa) y de tiempos razonables o proporcionados.<sup>95</sup>

Por eso, preferimos la idoneidad o adecuación de la técnica procesal al derecho material protegido, más que hablar de técnica eficiente, para despojarlo del contenido economicista y su indiferencia axiológica. No obstante, si se quiere permanecer en el plano economicista y utilizar la expresión eficiencia, creo que puede postularse perfectamente que ésta comprende a la idoneidad o adecuación de la técnica procesal como una de sus condiciones necesarias.<sup>96</sup>

En definitiva, categorialmente puede entregársele desde lo analítico la ubicación que se quiera, pero como sea, la idoneidad del diseño procesal es condición para la efectividad de la tutela jurisdiccional. La afirmación encuentra sentido máxime cuando sabemos que este ajado binomio tiene y seguirá teniendo reconocimiento de categoría iusfundamental.

---

<sup>90</sup> GARCÍA (2020), pp. 187-208.

<sup>91</sup> MARINONI (2019), p. 133.

<sup>92</sup> PÉREZ (2017), pp. 57-80.

<sup>93</sup> CARNELUTTI (1944), p. 4.

<sup>94</sup> GARCÍA (2020), p. 180.

<sup>95</sup> GARCÍA (2020), p. 180.

<sup>96</sup> MARTÍNEZ (2021), pp. 293-331.

## VI. CONCLUSIONES

Existe evidencia de que, en nuestro ordenamiento, la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos se ubica hoy como el eje sobre el cual gira la disciplina del Derecho Procesal.<sup>97</sup> La voz es extraña, novedosa e incluso confusa en el sistema jurídico chileno.

En este sentido, se observa una transición, aunque a paso muy lento, entre la concepción del Estado Juez decimonónico, hacia la prestación jurisdiccional propia del Estado de Derecho Constitucional. Influyen en esto, la arraigada conciencia jurídica colonial instalada aún en la administración de justicia chilena y la incongruencia de reformas procesales combinadas con la vigencia de un Código de Procedimiento Civil de aplicación general, de inminente corte liberal y legalista.

La voz tutela jurisdiccional efectiva se erige como el calificativo axiológico propio de esta nueva concepción sobre la potestad jurisdiccional. Se utilizan, sin embargo, de manera indistinta la eficacia, la efectividad y la eficiencia procesal para medir o prometer el cumplimiento de los fines del proceso civil.

Se ha propuesto en este ensayo reflexionar en torno a evitar que estos adjetivos se transformen en “*sinsentidos jurídicos*”, redefinirlos, aplicando la aproximación funcionalista, que implica revisar los conceptos en tanto sus posibilidades y consecuencias de verificación con la realidad.

La *eficiencia procesal* se conecta, como hemos dicho, de manera funcional a la promesa de efectividad de la tutela jurisdiccional. El desenvolvimiento de esta última supone necesariamente la primera. Se vislumbran concepciones económicas, valóricas, y dogmáticas sobre el concepto de eficiencia. Sin embargo, se propone, de cara al objeto de la prestación jurisdiccional una óptica que revalorice las particularidades de cada caso y persona y no tanto en atención a los criterios de maximización de beneficios y utilidades.

La vuelta de tuerca o giro de esta triada hacia lo funcional tiene la pretensión de que los adjetivos descritos salgan de su inactividad en tanto categorías jurídicas y se manifiesten en orden a tributar los dos primeros hacia la eficacia normativa. Dicho de otro modo, para que sea *eficaz* el derecho material, para que pueda ser obedecido de manera lo más general posible y por ende legitimarse el ordenamiento jurídico todo, la tutela jurisdiccional debe que ser *efectiva*, materializadora de esos derechos sustantivos, tanto constitucionales como infra constitucionales. A su vez, para que podamos constatar esa efectividad en la realidad, es necesario que el instrumento procesal sea *eficiente* en términos funcionales a las dos categorías anteriores.

---

<sup>97</sup> Sin perjuicio de que, como se ha referido previamente, en nuestros sistemas de referencia comparada se incorpore a los “MASC” dentro de este eje. Por ejemplo, para efectos del Derecho Español, véase ARMENTA (2021).

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- ALEXY, Robert (2002): *Teoría de los derechos fundamentales* (Traducc. de Ernesto Garzón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ARENHART, Sergio; MARINONI, Luiz y MITIDEIRO, Daniel (2021): *Curso de Processo Civil*, 6ª edición (Sao Paulo, Revista Dos Tribunais).
- ARMENTA DEU, Teresa (2021): *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tipos de cambios* (Madrid, Marcial Pons).
- BARONA, Silvia (2019): “A la búsqueda de la eficiencia y celeridad, claves de la justicia civil del siglo XXI”, en: Instituto Colombo-Panameño de Derecho Procesal (coordinador), *Libro homenaje al profesor Fábrega* (Panamá, Sigma editores).
- BERIZONCE, Omar (2012): “Nuevos principios procesales y su recepción en ordenamientos jurídico-nacionales (influencia del derecho internacional y los derechos humanos)”, en: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*. (vol. 9 núm. 42).
- BORDALÍ, Andrés (2016): *Derecho Jurisdiccional* (Valdivia, Ediciones Universidad Austral).
- CALAMANDREI, Piero (1963): *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Traducc. de Santiago Sentis, Buenos Aires, Europa América).
- CAPELLA, Juan (2008): *Elementos de Análisis Jurídico*, 5ª edición (Madrid, Trotta), t I.
- CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de Derecho Procesal Civil* (Traducc. de Niceto Alcalá, Buenos Aires, Uteha).
- CARRASCO, Nicolás (2019): “Efectividad de las normas procesales civiles”, en: *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 52).
- COHEN, Félix (1935): *El método funcional en el derecho* (Traducc. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- COLOMBO, Juan (1999): *La jurisdicción en el Derecho Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica).
- CORTEZ, Gonzalo y PALOMO, Diego (2018): *Proceso Civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes* (Santiago, Thomson Reuters).
- COUTURE, Eduardo (2013): *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 4ª edición (Santiago, Editorial Metropolitana).
- DE LA OLIVA, Andrés (1980): *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia, derechos básicos* (Barcelona, Bosch).
- DE OLIVEIRA, Carlos (2009) “Efectividad y proceso de conocimiento”, en: *Revista Jurídica del Perú* (núm. 105).
- FUENTES, Claudio y VARGAS, Macarena (2020): *Introducción al Derecho Procesal. Nuevas aproximaciones* (Santiago, Der Ediciones).
- FULLER, Lon (1967): *La moral del derecho* (Traducc. de Francisco Navarro, Ciudad de México, Trillas).
- GARCÍA, Héctor (2005): “Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas que regulan el ejercicio del derecho de huelga y sus métodos de composición. apuntes críticos”, en: Seminario internacional Eficacia, efectividad y eficiencia del Derecho del Trabajo en los regímenes legales de condiciones de trabajo, conflicto laboral e inspección del trabajo, charla efectuada el 13 y 15 de septiembre 2005 (Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA).

- GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2013): *Activismo judicial: ¿Hacia un gobierno de los jueces?* (Santiago, Ediciones LyD).
- GARCÍA, Ramón (2020): *El Case Management en perspectiva comparada* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- GOLDING, Martin (1961): "Realism and Functionalism in the Legal Thought of Felix S. Cohen", en: *Cornell Law Review* (vol. 66).
- GONZÁLEZ, Roberto (2012): "Eficientismo y Garantismo Procesales en Serio: Pasando la Página del Debate entre Publicismo y Dispositivismo Procesales", en: *Derecho & Sociedad* (núm. 38).
- HART, Herbert (1963): *El concepto de derecho* (Traducc. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- KELSEN, Hans (1982): *Teoría Pura del Derecho*, 2ª edición (Traducc. de Roberto Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México).
- LARROUCAU, Jorge (2020): *Judicatura* (Santiago, Der Ediciones).
- MARINONI, Luiz Guilherme (2019): *Técnica processual e tutela dos direitos*, 6ª edición, (Brasil, Thomson Reuters).
- MARTÍNEZ, Pablo (2021): "La idoneidad de la técnica procesal: una relectura de la tutela jurisdiccional efectiva", en: *Revista de derecho (Concepción)* (vol. 89 núm. 250).
- MASSINI, Carlos (2006): *La prudencia jurídica. Introducción a la Gnoseología del Derecho* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- MATURANA, Cristián (2018): "Los Doctores que imparten cátedras de Derecho Procesal en Chile", en: *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado* (núm. 9).
- MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil* (Bogotá, Temis), t. I.
- MONTERO, Juan (2019): *Derecho Jurisdiccional I: Parte general*, 27ª edición (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MONTESQUIEU, Charles de (1995): *Del Espíritu de las Leyes* (Madrid, Tecnos).
- ORELLANA, Fernando (2018): *Manual de Derecho Procesal*, 6ª edición (Santiago, Librotecnia), t. I.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro (2007): "Diálogo entre los derechos sustantivo y procesal: el puente de la justicia procedimental", en: Priori Giovanni (coordinador), *Derecho Material y proceso* (Lima, Palestra).
- POSNER, Richard (2007): *El análisis económico del derecho* (Traducc. Eduardo Suárez, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica).
- RODRÍGUEZ, Sergio (2007): *Fundamentos de Derecho Procesal Moderno: Jurisdicción Judicial* (Santiago, Ed. Vitacura).
- ROMERO, Alejandro (2017): *Curso de Derecho Procesal Civil*, 3ª edición (Santiago, Thomson Reuters), t. I.
- ROMERO, Sophía (2021): *Los hechos del proceso civil: alegación y utilización de los enunciados fácticos jurídicamente relevantes para la dictación de la decisión de fondo* (Santiago, Thomson Reuters).
- ROSS, Alf (1977): *Sobre el derecho y la justicia*, 4ª edición (Traducc. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires).
- STORDEUR, Eduardo (2011): *Análisis económico del derecho. Una introducción* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- TARUFFO, Michelle. "Derecho sustancial y procesal", en: Priori, Giovanni (coordinador), *Derecho Material y proceso* (Lima, Palestra).
- TARUFFO, Michelle (2009): *Páginas sobre justicia civil* (Traducc. Maximiliano Aramburo, Madrid, Marcial Pons).

- VARGAS, Macarena (2019): *El derecho a la ejecución forzada: noción e implicancias a partir de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- VÁSQUEZ, Mónica (2015): *La ciencia útil* (Bogotá, Uniandes).
- VIGO, Rodolfo (2017): *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional* (Ciudad de México, Tirant lo Blanch).
- VIGO, Rodolfo (2019): *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas*, 3ª edición (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- ZUCKERMAN, Adrian (2009): "The Challenge of civil justice reform: effective court management of litigation", en: *City University of Hong Kong Law Review* (núm. 1).

#### **Documentos citados**

Boletín 8197-07 del Senado, 2012. Proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil.

#### **Normas citadas**

Constitución Política de la República de Chile, 1980.  
Código de Procedimiento Civil de Chile, 1902.  
Código Civil de Italia, 1942.  
Código del Trabajo de Chile, 2003.

# Alejandro Guzmán Brito, desde las garantías romanas a los valores negociables desmaterializados del mercado de valores chileno

## *Alejandro Guzmán Brito, from roman guarantees to the dematerialized negotiable securities of the chilean stock market*

**José Luis Guerrero Becar**

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile.  
Correo Electrónico: jose.guerrero@pucv.cl. <https://orcid.org/0000-0002-8530-0330>

Recibido el 01/09/2023

Aceptado el 12/12/2023

Publicado el 16/12/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.05>

**RESUMEN:** Este trabajo revela el aporte del eximio romanista Alejandro Guzmán Brito a la moderna dogmática del derecho del mercado de valores chileno, quizás el ámbito más desconocido de sus investigaciones.

La revisión de sus publicaciones sobre el derecho de prenda en el derecho chileno, escritas en su última década de trabajo investigativo, permite luego de realizar una revisión cronológica y sistemática de las mismas identificar la existencia de una línea de investigación en que desde el estudio de la prenda sin desplazamiento, se introduce en el análisis dogmático de los títulos valores, su desmaterialización.

Estos estudios le permiten formular una nueva noción de valores negociables y analizar las garantías que es posible constituir sobre ellos, pudiendo identificar que

**ABSTRACT:** This work reveals the contribution of the distinguished Romanist Alejandro Guzmán Brito to the modern dogmatics of Chilean securities market law, perhaps the most unknown area of his research.

The review of his publications on the right of pledge in Chilean law, written in his last decade of investigative work, allows after carrying out a chronological and systematic review of them, to identify the existence of a line of research in which, from the study of the garment without displacement, it is introduced into the dogmatic analysis of securities, their dematerialization.

These studies allow him to formulate a new notion of negotiable securities and the guarantees that can be established over them, being able to identify that modern guarantees on negotiable securities or financial in-

las modernas garantías sobre valores negociables o instrumentos financieros desmaterializado o sin soporte material, ya eran reconocidas en el derecho romano clásico pero que habían perdido su concepción original durante la evolución del derecho mercantil continental, particularmente en el derecho francés, al permitirse por excepción la prenda sin desplazamiento, pero que conforme se incorporan más casos se transforma en una regla general, lo que para Guzmán Brito es volver a la noción del derecho romano clásico sobre prenda e hipoteca.

**PALABRAS CLAVES:** Alejandro Guzmán Brito, *pignus*, *hypotheca*, valores negociables, títulos valores, prenda sin desplazamiento, mercado valores, valores negociables desmaterializados, garantías reales mobiliarias, hipoteca.

*struments, dematerialized or without material support, were already recognized in Roman law classic but that had lost their original conception during the evolution of continental commercial law, particularly in French law, allowing the pledge without displacement was allowed by exception, but as more cases are incorporated it becomes a general rule, which for Guzmán Brito is to return to the notion of Classical Roman law on pledge and mortgage.*

**KEY WORDS:** Alejandro Guzmán Brito, *pignus*, *hypotheca*, negotiable securities, securities, pledge without possession, securities market, dematerialized negotiable securities, real property guarantees, mortgage.

## I. INTRODUCCIÓN

Alejandro Guzmán Brito (1945-2021) fue un reconocido romanista chileno, probablemente el más destacado de su época a nivel nacional, con cientos de artículos y decenas de libros mayoritariamente sobre derecho romano, pero no menos en derecho civil e historia del derecho.<sup>1</sup>

En el último decenio de su destacada obra comenzó a interesarse sobre los mercados de valores y sus objetos de transacción, tales como futuros sobre *commodities*, sobre índices bursátiles, divisas, opciones, *swaps*, entre otros, sobre qué función cumplían, cómo se transaban, si podían constituirse garantías sobre ellos, etc., normalmente conversaciones académicas sobre estos temas terminaban con la frase: “*pero si esto ya se podía hacer en el derecho romano*”.

Las investigaciones de Guzmán Brito sobre la prenda y en particular de la prenda sin desplazamiento y los contratos de depósito, le llevaron a revisar la legislación chilena vigente sobre el mercado de valores, la desmaterialización de los títulos-valores y la creación de empresas de depósito y custodia de valores sin impresión física. A estos trabajos le sucedió un proyecto de investigación sobre la desmaterialización de los títulos-valores en el derecho chileno,<sup>2</sup> que generó una serie de publicaciones sobre el depósito de valores de oferta pública con una empresa de custodia de tales;<sup>3</sup> sobre la noción

<sup>1</sup> Sobre la biografía y destacada obra de Alejandro Guzmán Brito véase el número de homenaje que le dedicó la Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. En: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (vol. 44 núm. 1).

<sup>2</sup> Proyecto Fondecyt N° 1150192, años 2015-2016: “Los valores ante su depósito y eventual desmaterialización en el derecho chileno”.

<sup>3</sup> GUZMÁN Y GUERRERO (2016a), pp. 71-117.

de valor o valores negociables como objeto de transacción en el mercado de valores según el derecho chileno<sup>4</sup> y sobre la sustitución de la noción título-valor por valores negociables en la Ley del Mercado de Valores de España, como base de la delimitación de un derecho del mercado de valores,<sup>5</sup> a las que se sumaron las investigaciones previas de Guzmán Brito sobre la prenda sin desplazamiento que le habían acercado inicialmente a los temas del mercado de valores.<sup>6</sup>

El objeto de este trabajo es poder denotar una de las facetas más desconocidas de Alejandro Guzmán Brito: su acercamiento al derecho de la empresa y en particular al derecho del mercado de valores, el que a primera vista pareciera hoy tan tecnológico y lejano al derecho romano y a lo clásico, ensayando una hipótesis de cómo Guzmán Brito construye la relación desde el derecho romano al moderno derecho de valores.

## II. DE LA PRENDA A LOS VALORES DESMATERIALIZADOS

Las modificaciones a la ley de prenda sin desplazamiento y su registro, a propósito de una modificación al mercado de capitales, introducidas por la Ley Nº 20.190 del 5 de junio de 2007 que “*Introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continua el proceso de modernización del mercado de capitales*”, cuerpo normativo en que junto con modificaciones a la Ley de Impuesto a la Renta, General de Bancos, de Cooperativas, de Compañías de Seguros, entre otras, en su artículo 14 dicta normas sobre prenda sin desplazamiento, creando el Registro de Prendas sin Desplazamiento que lleva el Servicio de Registro Civil e Identificación, sin duda llamaron la atención de Guzmán Brito quien inició una intensa investigación sobre cauciones, en especial sobre la prenda con y sin desplazamiento.

Su línea de investigación sobre la prenda puede apreciarse claramente que se inicia en su trabajo sobre “*La pignoración de grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho en la nueva Ley de prenda sin desplazamiento*”,<sup>7</sup> publicado en la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso en el primer semestre de 2008, a la cual sigue la “*La prenda sin desplazamiento de cosas corporales e incorporales futuras*”,<sup>8</sup> sucedieron rápidamente otros trabajos sobre la materia, entre ellos, podemos mencionar: el año 2009: “*El llamado contrato de prenda sin desplazamiento*”,<sup>9</sup> el año 2010: “*El derecho real de prenda sin desplazamiento*”,<sup>10</sup> “*Unidad y dispersión en la evolución del derecho prendario chileno. Derecho común, general y especial de prenda*”,<sup>11</sup> “*La realización de la prenda*

---

<sup>4</sup> GUZMÁN y GUERRERO (2016b), pp. 37-55.

<sup>5</sup> GUZMÁN y GUERRERO (2017), pp. 211-237.

<sup>6</sup> En el año 2019 se reúnen estas publicaciones en GUZMÁN y GUERRERO (2019).

<sup>7</sup> GUZMÁN (2008a), pp. 61-153.

<sup>8</sup> GUZMÁN (2008b), pp. 221-254.

<sup>9</sup> GUZMÁN (2009a), pp. 161-236.

<sup>10</sup> GUZMÁN (2010a), pp. 101-159.

<sup>11</sup> GUZMÁN (2010b), pp. 215-255.

*sin desplazamiento*<sup>12</sup> y “Universalidad, generalidad y especialidad en la prenda y en la hipoteca en el derecho chileno”<sup>13</sup>.

El hecho que la Ley 20.190 de 5 de junio de 2007, en su artículo 8 del artículo 14<sup>14</sup> permite prendas sobre valores desmaterializados o emitidos sin impresión física del título que los evidencie, introduce a Guzmán Brito al estudio de los valores negociables y sus mercados, publicando el año 2011 el trabajo denominado: “*La prenda sin desplazamiento de valores desmaterializados o emitidos sin impresión física del título que las evidencia*”<sup>15</sup>.

El señalado artículo, marca el inicio de su interés más profundo por el mercado de valores y sus objetos de transacción.<sup>16</sup>

Seguramente debió llamar su atención esta nueva figura de los valores desmaterializados que rompen con el clásico entendimiento de los denominados “*títulos-valores*”, es decir, que el valor negociable conste materialmente en un documento o instrumento. Sin embargo, más debió llamar su atención el poco rigor jurídico conceptual que normalmente se encuentra en estas modernas normativas mercantiles, que en muchas ocasiones están más bien pensadas para el entendimiento de los operadores financieros del sistema, que de los operadores jurídicos de los mismos, alejándose no en pocas ocasiones de la pureza jurídica o claridad normativa o incluso del idioma castellano proliferando los anglicismos. A propósito de la poca claridad dogmática, baste revisar las distintas denominaciones para los objetos de transacción, tales como valores, instrumentos, valores negociables, efectos de comercio, etc. sin que al final a muchos le importe si son denominaciones sinónimas o diferenciadas.

A propósito de las cosas objeto de pignoración, Guzmán Brito retoma sus trabajos de más larga data sobre las cosas corporales e incorpóreas, publicando el año 2011 una investigación sobre “*La prenda sin desplazamiento de créditos nominativos en el derecho chileno*”<sup>17</sup> y en el año 2012, ya más aproximado

---

<sup>12</sup> GUZMÁN (2010c), pp. 37-66.

<sup>13</sup> GUZMÁN (2011a), pp. 471-507.

<sup>14</sup> La Ley N°20.190, de 2007, que introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continua el proceso de modernización del mercado de capitales, es una ley miscelánea que en el Art. 14 dicta Normas Sobre Prenda sin Desplazamiento y Crea el Registro de Prendas sin Desplazamiento, fijando dentro de ese artículo el texto legal pertinente, comenzando con el Art. 1, por lo que es una ley que tiene doble numeración. Luego, el Art. 8 del Art. 14 de la Ley 20.190 de 2007 dispone: “Los valores emitidos sin impresión física del título que los evidencie, podrán ser prendados bajo las disposiciones de la presente ley, en cuyo caso la prenda deberá anotarse en el registro de anotaciones en cuenta que se lleve para estos efectos. Tratándose de valores depositados en una empresa de depósito de valores constituida de acuerdo a la ley N° 18.876, el acreedor prendario podrá solicitar la anotación de la prenda directamente a dicha empresa. Lo dispuesto en los incisos anteriores es sin perjuicio de la obligación establecida en el Título IV de la presente ley”.

<sup>15</sup> GUZMÁN (2011b), pp. 57-88.

<sup>16</sup> Al mismo tiempo este artículo le permite al autor cerrar un ciclo de artículos sobre la prenda que los reúne en un “*Tratado de la prenda sin desplazamiento según el derecho chileno*”, editada por la Editorial Jurídica de Chile, GUZMÁN (2011c) en que recopila con un orden más sistemático, sus trabajos de investigación hasta dicha fecha. Cabe hacer presente que en el mes agosto de 2021, mismo mes de fallecimiento de don Alejandro Guzmán, se publica una segunda edición del Tratado, esta vez, por la Editorial Ediciones Jurídicas de Santiago, obra que señala ser actualizada por Luis Vargas Sáez, GUZMÁN (2021).

<sup>17</sup> GUZMÁN (2011d), pp. 9-44.

al mercado de valores, publica sus trabajos sobre “El contrato de préstamo de valores”<sup>18</sup> y sobre “Las garantías en el contrato de préstamo de valores”<sup>19</sup>.

Entre los años 2013 y 2015 vuelve a temas de teoría general, pero vinculados a la temática de las garantías y valores publicando “Tipo y función y causa en la negociabilidad”,<sup>20</sup> “El concepto de crédito en el derecho chileno”,<sup>21</sup> “El arrendamiento de fungibles”<sup>22</sup> y “El usufructo de créditos”.<sup>23</sup> Asimismo, y probablemente advirtiendo que los valores desmaterializados objeto de prenda sin desplazamiento normalmente están depositados en una empresa de depósito centralizados de valores, publica el trabajo “El depósito irregular en el derecho chileno”,<sup>24</sup> para luego especificarlo en el caso de los valores negociables en el artículo titulado “La naturaleza de los actos y contratos relativos a valores guardados en entidades de depósito y custodia de valores”.<sup>25</sup>

Guzmán Brito, como se ha anticipado, entre los años 2008 y 2015, se fue acercando a nuevas nociones sobre valores negociables, valores desmaterializados, depósitos en empresas de depósito de valores, todo ello desde una línea investigativa referida a la prenda, en particular de la prenda sin desplazamiento que por vía de excepción, cada vez fue incorporando nuevas cosas pignoras, como los valores desmaterializados, entonces, su acercamiento inicial al mercado de valores y sus objetos de transacción fue una consecuencia de sus estudios sobre la prenda y, por ello, no del todo sistemático o integrado.

Riguroso y estudioso como lo era de los mejores, Guzmán Brito advirtió que requería de una mirada más transversal sobre cómo operan los mercados de valores y sus objetos de transacción, esta vez ya no centrado en la prenda sino derechamente en estudiar la sustitución de la noción de título-valor y la denominación de los mercados, es decir, investigar desde una mirada más estructural, más propia del derecho económico, el mercado de valores, bajo el cual se compran, venden y caucionan los valores negociables, que son tanto jurídicos como financieros, tanto derechos como cosas negociables. Como es fácil de imaginar la obra de Guzmán Brito relacionada con el mercado de valores, en pocos años, fue intensa e inmensa, sin duda igualmente faltó tiempo ya que seguramente él habría avanzado en plantear una teoría general de los valores negociables que viniera a ordenar y corregir tantos horrores dogmáticos que fácilmente identificaba y que luego de su asombro y molestia inicial, buscaba corregir escribiendo sobre ellos. Lamentablemente el destino impidió que pudiéramos contar con una obra general de su autoría en esta materia.

---

<sup>18</sup> GUZMÁN (2012a), pp. 157-180.

<sup>19</sup> GUZMÁN (2012b), pp. 115-137.

<sup>20</sup> GUZMÁN (2013), pp. 39-67.

<sup>21</sup> GUZMÁN (2014a), pp. 439-452.

<sup>22</sup> GUZMÁN (2015a), pp. 39-67.

<sup>23</sup> GUZMÁN (2015b), pp. 61-85.

<sup>24</sup> GUZMÁN (2014b), pp. 87-137.

<sup>25</sup> GUZMÁN (2015c), pp. 573-589.

### III. DE LAS CÁMARAS DE COMPENSACIÓN Y LAS GARANTÍAS

Con la descripción realizada hasta este momento de la bibliografía quizás más desconocida de Guzmán Brito—probablemente por ser los últimos trabajos de su larga actividad investigativa pero también porque a primera lectura parecieran lejano a un clásico como él— hemos podido revelar su significativo aporte a la dogmática del moderno derecho comercial chileno.

Pero ello no es suficiente: Si bien al revisar la bibliografía de Guzmán Brito es posible construir un hilo conductor sobre su interés en el estudio del mercado de valores como resultado de sus investigaciones previas sobre la prenda en el derecho chileno, aún queda la pendiente la inquietud sobre lo que, siempre con humor, señalaba: “*pero si esto ya existía en el derecho romano*”.

Quienes tuvimos la suerte de interactuar más cotidianamente con don Alejandro, primero como sus alumnos y luego como colegas de Facultad, erróneamente pensamos que siempre estaría allí para explicarnos lo que le preguntáramos, pero la inesperada pandemia lo impidió y quedamos sin respuesta, por lo que lo que se señalará a continuación es solo una hipótesis sobre dónde, a partir de la revisión de sus trabajos, estaría la relación o eslabón perdido entre el derecho romano y el moderno derecho del mercado de valores.

Solo como forma de contexto introductorio y tomando como referencia un tipo de derivados financieros como lo son los contratos de futuro,<sup>26</sup> podemos señalar que en un contrato de futuro en un mercado organizado o formalizado, cabe distinguir entre un subyacente —por ejemplo, cobre o cacao— y el valor que lo representa —materializado o normalmente desmaterializado o sin impresión física— que sería el “contrato de futuro sobre cobre”, en que de forma estandarizada, cada contrato representa, siguiendo con el ejemplo, una tonelada a entregarse o pagarse, según la posición a un año plazo.

Un mercado organizado es aquél en que existe una entidad formal que administra el sistema, denominada comúnmente como Cámara de Compensación de ganancias y pérdidas, cuyo fin es minimizar el riesgo de incumplimiento de las partes ya que cada parte contrata con intermediarios, bróker o *dealer*, los que a su turno contratan con la Cámara de Compensación que pasa a ser la contraparte de cada parte, de esta forma el comprador del futuro contrata con la Cámara y no con el vendedor, y el vendedor con la Cámara y no directamente con el comprador, con ello la relación entre las partes —compradora y vendedora— no es directa sino que es la Cámara de Compensación la que es la contraparte de cada parte, y a ella exigirán el cumplimiento de las ganancias o pérdidas.<sup>27</sup> Luego cada parte puede cambiar de posición adquiriendo contratos en posición contraria para realizar cobertura minimizando riesgos, por cierto, si desea especular puede aumentar aquella posición, compradora o vendedora, que estime tendrá mayores beneficios.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Sobre contratos de futuros, su operación y naturaleza jurídica ver MADRID (1994) y GUERRERO (2003), pp. 277-319.

<sup>27</sup> GUERRERO (2003), pp. 294-295.

<sup>28</sup> GUERRERO (2003), p. 288.

Si la contratación se realiza directamente con la otra parte, sin pasar por una Cámara de Compensación, sería un contrato de futuro en un mercado no organizado y se les denomina contratos forwards los que no son estandarizados.

La Cámara de Compensación durante el desarrollo del contrato hasta la fecha fijada para cumplimiento definitivo (entrega del subyacente y pago del precio pactado) va solicitando garantías de cumplimiento a cada parte según quien ganaría o perdería, simulando que cada día, ese día fuere el de la fecha de cumplimiento y se debiera liquidar el contrato. De este modo al llegar la fecha futura pactada para el cumplimiento de la entrega del subyacente, la Cámara de Compensación contará con las garantías suficientes que le permitirán responder frente al contratante beneficiado ante un eventual incumplimiento de la parte que obtendrá pérdidas al liquidar el contrato, con ello no existen incentivos para incumplir ya que el efecto económico de la liquidación del contrato ha sido previsto y garantizado previamente.

La existencia de una Cámara de Compensación que es contraparte de cada parte de un contrato de futuros u opciones, se recoge en el legislador chileno de la Ley N° 20.345 de 6 de junio de 2009, *Sobre sistemas de compensación y liquidación de instrumentos financieros*, que dispone en su Art. 4 que “*La administración de sistemas de compensación y liquidación de instrumentos financieros sólo podrá ser ejercida por sociedades administradoras constituidas como entidades de contraparte central o cámaras de compensación de instrumentos financieros de conformidad a la presente ley*”; pero además podemos advertirlo de forma análoga en el sistema diseñado por el legislador a propósito de los valores desmaterializados en que por su depósito en la empresa de depósito centralizado de valores, el emisor no pierde el dominio del valor, pero la empresa frente a terceros aparece como la propietaria del valor, del cual en términos estrictos es solo mera tenedora en cuanto depositante. Lo anterior se realiza para dar seguridad a los inversionistas respecto de la legitimidad de ese valor en circulación desmaterializado.

Esta nueva figura jurídica, la analiza Guzmán Brito estudiando primero el contrato de depósito irregular en el derecho chileno<sup>29</sup> para luego referirse más derechamente al contrato de depósito de valores de oferta pública con una empresa de custodia de tales<sup>30</sup> y a propósito de las garantías en los contratos de préstamos de valores referirse a las garantías ante las Cámaras de Compensación<sup>31</sup> ya que según dispone el Art. 26 de la Ley 20.345 “*las sociedades administradoras deberán requerir garantías a los participantes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que éstos asuman o que se deriven del ingreso de órdenes de compensación al sistema*”.<sup>32</sup>

La referencia a “*garantías*” que realiza el legislador, seguramente llama la atención de Guzmán Brito y atendido que éstas quedan sujetas a las “*normas de funcionamiento*” que la propia Cámara de

---

<sup>29</sup> GUZMÁN (2014b), pp. 87-137.

<sup>30</sup> GUZMÁN y GUERRERO (2016a), pp. 71-117.

<sup>31</sup> GUZMÁN (2012a), pp. 157-180.

<sup>32</sup> Ley N°20.345, de 2009.

Compensación dicte, las posibilidades quedan abiertas sobre a qué tipo de garantías se refiere el legislador, pero él lo vincula rápidamente a la prenda, ya que la propia Ley N° 20.345 hace referencia en el Art. 26 a que tratándose de instrumentos financieros guardados en una empresa de depósito y custodia de valores la constitución, alzamiento o modificación de dichas garantías se efectuará de conformidad con el artículo 14 de la ley N° 18.876, el que a su vez, permite constituir prendas y derechos reales sobre los valores mantenidos en depósito sea que se traten de valores de emisión materializada o desmaterializada, en los mismos casos en que el depositante o su mandante podría hacerlo si no estuvieren en depósito.

Es cierto que se permite la prenda de derivados financieros si éstos están depositados en una empresa de depósito de valores, pero esa es solo una forma de garantías y no todos los derivados se depositan en ellas, ya que en contexto y lenguaje financiero que se recoge en estas legislaciones mercantiles, cuando se habla de “*garantías*” por lo general, se refiere a garantías líquidas o fácilmente liquidables atendida la necesaria operatividad y rapidez del negocio, más derechamente están pensando en dinero efectivo, más que en prendas que requieren de un proceso ejecutivo de realización o ejecución frente al incumplimiento, pero es cierto y allí el profesor Guzmán Brito acierta, que el legislador lo reconoce como una alternativa. En todo caso, cabe tener presente que distinto es que para garantizar una operación financiera o un crédito se entreguen en prenda contratos de futuro u opciones, a que la garantía de la Cámara de Compensación se complete con prendas, la primera es operación de garantías con terceros, la segunda es con el administrador del sistema.

#### IV. DEL PIGNUS A LA PRENDA DE VALORES DESMATERIALIZADOS

De la revisión de la rica obra bibliográfica del profesor Guzmán Brito, destaca una publicación relativamente reciente, del año 2009, denominada “*La pérdida del concepto romano de hipoteca mobiliaria en los derechos moderno y codificado y su recuperación a lo largo de los siglos XIX y XX con especial referencia al caso de Francia*”<sup>33</sup> y creemos que en ella es posible advertir, como era de esperar, que no era broma sino muy en serio lo que planteaba sobre que estos supuestos fenómenos jurídico-financieros modernos, pueden perfectamente vincularse al derecho romano clásico. Recordemos que Guzmán Brito se aproxima al estudio de los título-valores o valores negociables desde sus estudios sobre las garantías.

Señala Guzmán Brito que en el derecho romano clásico una de las formas de garantía era el *pignus*, nacido del ámbito del *edictum (ius pretorium)*.<sup>34</sup> “*El pignus o prenda, tiene dos modalidades, una en que se entrega la cosa prendada, por ende con desplazamiento de su tenencia al acreedor que se suele de-*

---

<sup>33</sup> GUZMÁN (2009b), pp. 103-148.

<sup>34</sup> La otra forma de garantía es la *fiducua del ius civile*, que Alejandro Guzmán desarrolla en GUZMÁN (2009b), p. 106. Igualmente, en su tratado sobre Derecho Privado Romano, Guzmán señala que “*la fiducia consiste en transferir el dominio de una cosa al deudor o un tercero al acreedor, para que éste lo tenga como suya en tanto no se pague la obligación debiendo restituir el dominio una vez extinguida la obligación garantizada. Estrictamente, pues, no se trata de una prenda, sino de la transferencia del dominio en función garantizadora*”, GUZMÁN (2010d), pp. 643-644. Sobre la *fiducia cum creditore* o enajenación aseguratoria, además, ver KUNKEL y JÖRS (1937), pp. 221-222.

nominar *pignus datum* y, otra, en que se permitía constituir la prenda por una simple convención entre un deudor o un tercero y un acreedor en orden a tener una cosa propia por afectada al cumplimiento de una obligación y en seguridad de ésta, producir el efecto de dejar pignorada la cosa sin necesidad de entregarla al acreedor, de modo de permanecer en poder del deudor o de un tercero constituyente, es decir, del pignorante, esta forma de prenda se denomina *pignus conventum*, y en un momento indeterminado de la época clásica tardía se le aplicó el nombre griego de *hypotheca*.<sup>35</sup>

Para el derecho romano, siguiendo a Guzmán Brito, no hubo diferencia alguna entre *pignus datum* y el *pignus conventum* o *hypotheca*<sup>36</sup> en lo que concierne al tipo de cosas en que una y otra pueden recaer, que no fuere su aptitud de poder ser entregadas físicamente.<sup>37</sup> Todo lo que puede ser entregado físicamente, puede ser objeto de *pignus datum* por eso limita su procedencia a las *corpora* o *res corporales* en la terminología de Gayo, actuales y presentes. Para los *iura* o *res incorporales*, a las cosas futuras o que actualmente no existen, pero se espera que existan, y a las universalidades de cosas, a todos los bienes presentes y futuros del pignorante o prenda universal como ninguno de ellos puede ser entregada se reserva el *pignus conventum* o *hypotheca*.<sup>38</sup>

Por lo señalado, un inmueble puede ser objeto de una u otro tipo de *pignus* o prenda, pero como es muy extraño que el dueño de un inmueble deje su casa o predio, para entregarla al acreedor, ya que vivía o producía en ella, se optaba mayoritariamente en el caso de los inmuebles por el *pignus conventum* o hipoteca<sup>39</sup> en que bastaba la convención sin que fuere necesaria la entrega del bien pignorado, pero nada obstaba a preñar o hipotecar en lenguaje romano clásico un bien mueble y que éste no se entregara y por tanto quedara en manos del deudor o bien se prendara o hipotecara una cosa incorporal como un crédito, bastaba que se pactara un *pignus conventum*, por lo que existían distintos casos de hipotecas mobiliarias, tales como de rebaños y sus crías o las mercaderías de un establecimiento de comercio o taberna o los instrumentos de labranza o mercaderías embarcadas para garantizar un préstamo marítimo.<sup>40</sup> Asimismo, se podían pignorar universalidades, cuotas o las cosas futuras, las que actualmente no existen, pero se espera que hayan de existir.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> GUZMÁN (2009b), pp. 106-107. Sobre el origen de la hipoteca en el derecho romano en la garantía inmobiliaria de los arriendos públicos y en la garantía inmobiliaria del arrendamiento rústico que incorpora los muebles acarreados y semovientes introducidos por el colono en la finca arrendada, que luego del siglo I d.c. se generalizó como prenda sin posesión, ver D'ORS (1968), p. 142.

<sup>36</sup> Alejandro Guzmán Brito explica que el término *hypotheca*, que se puede traducir al latín como *suppositio*, de *sub-ponere*, poner debajo, deriva del verbo *hypotithemi*, que tiene el sentido de preestablecer, predeterminar, porque, de acuerdo con el derecho griego, al otorgarse la garantía sin desplazamiento, de bienes, necesario era predeterminar o preestablecer cuáles iban a quedar afectados. Posiblemente la introducción de esta palabra griega al derecho romano fue a través de la jurisdicción de los gobernadores de las provincias orientales por impulso de las partes y sus abogados. GUZMÁN (2010d), p. 655. Para un estudio introductorio sobre la prenda e hipoteca en el derecho romano, véase además GONZÁLEZ (1981), pp.145-169.

<sup>37</sup> En el mismo sentido Antonio Fernández de Buján al conceptualizar la hipoteca romana cita a Ulpiano, señalando: "Así Ulpiano en D. 13.7.1. pr: se puede contraer el *pignus* por la mera convención, y en D. 13.7.9.2: Llamamos en sentido propio prenda la que pasa al acreedor e hipoteca cuando no pasa al acreedor ni la posesión", FERNÁNDEZ DE BUJÁN (2008), p. 364, y Teresa Giménez-Candela que señala que "La jurisprudencia romana contempló ambas modalidades de *pignus*, como una sola realidad jurídica, sin conceder excesiva importancia al desplazamiento inicial (*datum*) o diferido (*Convetum*) de la prenda o, dicho en otros términos, a la prenda con posesión o sin ella", en GIMÉNEZ-CANDELA (1999), pp. 417-418.

<sup>38</sup> GUZMÁN (2009b), p.107.

<sup>39</sup> Sobre la hipoteca en el derecho romano clásico, véase MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA (1959), pp. 229-316.

<sup>40</sup> GUZMÁN (2009b), pp. 109-110.

<sup>41</sup> GUZMÁN (2010d), pp. 657-659.

Un caso al que el profesor Guzmán Brito presta especial atención es el que aparece examinado en un texto que se conserva en D. 20, 4, 21, 1 que se refiere a un caso narrado por el jurista Cervidio Escévola, que se refiere a un negociante de mármoles que necesitaba abastecerse para desarrollar su actividad, quien pide un crédito a alguien -hoy sería a un banco o entidad financiera- de modo que este acreedor pagare a los vendedores de mármol el precio acordado. Como garantía de devolución de este préstamo, el negociante de mármoles constituía una prenda sobre las piedras compradas y que él utiliza en su giro comercial, por tanto, se trata de una prenda sin entrega, una *pignus conventum* o hipoteca, por tanto, en la hipoteca era indiferente en el derecho romano si se constituía sobre muebles o inmuebles, corporales o incorporales o que no existen pero que se esperaba que existan.<sup>42</sup>

Alejandro Guzmán Brito en la publicación que revisamos continúa con una larga explicación histórica en que analiza el derecho medieval, francés y alemán, concluyendo que en el caso de los juristas medievales se mantuvo en general el esquema del derecho romano, salvo algunos canonistas. Sin embargo, comenta Guzmán Brito que comenzaron a proliferar desde el Siglo XI algunos textos que eran reticentes a la prenda real o datum sobre inmuebles,<sup>43</sup> ya que la prenda real requiere entrega y los inmuebles no pueden moverse, por lo que la prenda debe ser sobre muebles y la hipoteca sobre inmuebles, justificando ello en que en la hipoteca primero la cosa es obligada y luego entregada, lo que es un error según Guzmán Brito ya que la prenda sobre inmuebles era solo *consensu*, bastaba el consenso para su perfeccionamiento, más allá de la ejecución posterior.

Esta idea de diferenciar la prenda de la hipoteca, según proceden contra muebles o inmuebles, se recoge en el derecho francés desde el derecho consuetudinario restringiendo la prenda a los muebles porque pueden ser entregados, con la excepción de las universalidades y se restringe la hipoteca a los inmuebles, con lo que se excluye la hipoteca mobiliaria, contradiciendo así el derecho romano clásico, lo que igualmente se observa en el derecho alemán, salvo en el Codex Maximilianeus Vavaricus Civiles promulgado en 1756 por el príncipe Maximiliano José III de Baviera, que distingue entre las cosas que se entregan lo que llama prenda manual, de la hipoteca cuya entrega acaece sólo por medio de una mera inscripción sin tradición, es decir no hay entrega real pero si anotación en un registro.<sup>44</sup>

Este derecho prendario ya limitado solo a muebles, comienza a evolucionar en los siglos XIX y XX, ya que la rígida norma de la prenda solo sobre muebles y con entrega de la cosa pignorada y la hipoteca solo sobre inmuebles, provocó, según Guzmán Brito, que en un sociedad crecientemente industrializada en que quien entrega la garantía sobre máquinas u otras especies necesitaba seguir contando con ellas para trabajar, muy prontamente los hechos económicos se encargaron de demostrar que los codificadores franceses cometieron un error histórico de grandes proporciones -según Guzmán Brito- cuando otorgaron su preferencia al *droit coutumier* por sobre el derecho romano, desconociendo las ventajas que ofrecía la hipoteca mobiliaria en una sociedad industrializada. Por ello se comienzan a establecer excepciones permitiendo la prenda mobiliaria sin desplazamiento o hipoteca mobiliaria,

---

<sup>42</sup> GUZMÁN (2009b), pp. 111-112. En el mismo sentido sobre *hypotheca* de cosas futuras: FUENTESSECA (2013), pp. 141-146.

<sup>43</sup> Alejandro Guzmán Brito cita el *Libellus de verbis legalibus*, "De pignore", 50, de autor anónimo. GUZMÁN (2009b), pp. 112-113.

<sup>44</sup> GUZMÁN (2009b), p. 124.

pudiendo hacerlas posibles sobre cosas futuras, universalidades, sobre derechos personales que no constan en un título-valor o de crédito que pueda ser entregado (como sería el caso modernamente de un valor desmaterializado) o sobre derechos reales muebles y como contrapartida se exigió en vez de la entrega la anotación en un registro.<sup>45</sup>

Sin embargo, las necesidades fueron aumentando y cada vez se sumaron más tipos de prendas sin desplazamiento, hasta ser el único tipo de prenda en casos como las garantías sobre automóviles, maquinarias agrícolas o industriales. En cada reforma se agregan más casos, lo que lo ha ido transformando a la prenda sin desplazamiento casi en la regla general.

El profesor Guzmán Brito advierte que el derecho francés así ya lo ha reconocido, ya que “reinstaló en su interior el antiguo *pignus conventus* o *hypotheca romano*, constituido por convención sobre muebles, pero sin entrega, y, por ende, sin desplazamiento de la cosa pignorada al acreedor, primero como posibilidad especial y excepcional; y en fin como posibilidad general de Derecho común”,<sup>46</sup> que se reconoce desde 2006 en el Código Civil francés y además en el mismo año, incorporando las prendas especiales que se habían acumulado en el ordenamiento francés desde la segunda mitad del siglo XIX en el libro V del Código de Comercio francés, rubricado de los efectos de comercio y las garantías.<sup>47</sup>

El caso chileno no es ajeno, ya que la prenda sin desplazamiento comenzó con situaciones excepcionales, así como la hipoteca sobre muebles vinculado siempre a un registro, por ejemplo, de una nave, también son excepción, y al igual que en Francia, en cada modificación conforme las necesidades económicas y evolución tecnológica se incorporan más casos, pasando en la práctica a ser casi el derecho común.

## V. CONCLUSIÓN

De la revisión de la bibliografía de don Alejandro Guzmán Brito, es posible identificar que desde el estudio de la prenda sin desplazamiento en la legislación chilena se introduce en el estudio sobre valores negociables desmaterializados y luego en las nociones de mercado de valores y la noción de valores o valores negociables, en sustitución de títulos-valores.

Conforme a la moderna legislación chilena del mercado de valores es posible pignorar valores o derechos registrados que no constan materialmente, por lo que no son posibles de entrega física al momento de ser prendados, es decir, solo pueden ser objeto de *pignus consensu*, prenda sin entrega de la cosa o sea una *hypotheca* según el derecho romano.

Así como en Roma se podían pignorar o hipotecar las piedras mármol, pues hoy se pueden pignorar

---

<sup>45</sup> GUZMÁN (2009b), p. 143.

<sup>46</sup> GUZMÁN (2009b), p. 145.

<sup>47</sup> GUZMÁN (2009b), pp. 144-145.

o hipotecar en lenguaje romano, derivados financieros, bastando solo su registro, es decir supuestamente por la vía de la excepción se ha revolucionado la prenda al alcanzar estos valores negociables modernos, incluso desmaterializados, pero de revolución nada, como señalara Guzmán Brito al terminar uno de sus trabajos, refiriéndose a la posibilidad de preñar muebles o inmuebles, con o sin entrega, en que señala: “pero nosotros sabemos que había sido una realidad hasta su repudio al menos a principios de la época moderna; de modo que lo acaecido desde la segunda mitad del siglo XIX fue propiamente un redescubrimiento o un reencuentro y no la instalación de una idea revolucionaria”.<sup>48</sup> El profesor Alejandro Guzmán Brito, como casi siempre, tenía razón: en el derecho romano todo se podía hacer incluso hipotecar modernos valores negociables del mercado de tales como los derivados financieros desmaterializados.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- D'ORS, Álvaro (1968): *Derecho Privado Romano* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra).
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio (2008): *Derecho Romano Privado* (Madrid, Iustel).
- FUENTESECA, Margarita (2013): *Pignus e hypotheca en su evolución histórica* (Santiago de Compostela, Andavira).
- GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa (1999): *Derecho Privado Romano* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- GONZÁLEZ, María del Rosario (1981): “Génesis y evolución de la prenda y la hipoteca en el derecho romano”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (núm. 40).
- GUERRERO BECAR, José Luis (2003): “Contratos de futuro” en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 24).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2008a): “La pignoración de grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho en la nueva Ley de prenda sin desplazamiento”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 30).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2008b): “La prenda sin desplazamiento de cosas corporales e incorporeales futuras”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 31).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2009a): “El llamado contrato de prenda sin desplazamiento”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri* (núm. 13).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2009b): “La pérdida del concepto romano de hipoteca mobiliaria en los derechos moderno y codificado y su recuperación al largo de los siglos XIX y XX con especial referencia al caso de Francia”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 33) y en GIARO, Tomasz (editor) (2011): “Roman Law and Legal Knowledge. Studies in Memory of Hwnryk Kupoiszewski, Warszawa, Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego (Asociación de Graduados de la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad de Varsovia).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2010a): “El derecho real de prenda sin desplazamiento”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 34).

---

<sup>48</sup> GUZMÁN (2009b), p. 146.

- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2010b): “Unidad y dispersión en la evolución del derecho prendario chileno. derecho común, general y especial de la prenda”, en: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coordinadores), *Estudios de derecho civil V* (Santiago, Abeledo Perrot – LegalPublishing).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2010c): “La realización de la prenda sin desplazamiento”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 35).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2010d): *Derecho Privado Romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2011a): “Universalidad, generalidad y especialidad en la prenda y en la hipoteca en el derecho chileno”, en: Figueroa, Gonzalo et al (coordinadores) *Estudios de derecho civil VI* (Santiago, Abeledo Perrot – LegalPublishing Chile), y en: *Annales de Droit Privé* (2010–2011), Accademie des Privatistes Européens, Pavia.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2011b): “La prenda sin desplazamiento de valores desmaterializados o emitidos sin impresión física del título que los evidencie”, en: *Revista Chilena de Derecho* (núm. 38).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2011c): *Tratado de la prenda sin desplazamiento según el derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2011d): “La prenda sin desplazamiento de créditos nominativos en el derecho chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 16).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2012a): “El contrato de préstamo de valores”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 38).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2012b): “Las garantías en el contrato de préstamo de valores”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 39).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2013): “Tipo, función y causa en la negocialidad”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 41).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014a): “El concepto de crédito en el derecho chileno”, en: *Revista de Derecho (Coquimbo, en línea)* (núm. 21).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014b): “El depósito irregular en el derecho chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 23).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2015a): “El arrendamiento de fungibles”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 44).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2015b): “El usufructo de créditos”, en: Vidal, Álvaro et al (editores), *Estudios de derecho civil X* (Santiago, Thomson Reuters).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2015c): “La naturaleza de los actos y contratos relativos a valores guardados en entidades de depósito y custodia de valores”, en: Barría Paredes, Manuel et al (editores), *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila* (Santiago, Legal Publishing).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro y GUERRERO BECAR, José Luis (2016a): “El contrato de depósito de valores de oferta pública con una empresa de custodia de tales”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 26).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro y GUERRERO BECAR, José Luis (2016b): “La noción de ‘valor’ como objeto de transacción en el mercado de valores según el derecho chileno”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 47).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro y GUERRERO BECAR, José Luis (2017): “La sustitución de la noción ‘título-valor’ por ‘valores negociables’ en la Ley del Mercado de Valores de España, como base para la delimitación de un derecho del mercado de valores”, en: *Revista de Derecho (Coquimbo, en línea)* (núm. 24).

- GUZMÁN BRITO, Alejandro y GUERRERO BECAR, José Luis (2019): *Estudio sobre los valores, en especial de los de oferta pública* (Santiago, Thomson Reuters).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2021): *Tratado de la prenda sin desplazamiento según el derecho chileno*, 2ª edición actualizada por Luis Vargas Sáez (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).
- KUNKEL, Wolfand y JÖRS, Paul (1937): *Derecho Privado Romano* (Traducc. de Leonardo Prieto Castro, Barcelona y otras, Labor).
- MADRID PARRA, Agustín (1994): *Contratos y mercados de futuros y opciones* (Madrid, Tecnos).
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, Juan (1959): “El rango hipotecario en el Derecho Romano Clásico”, en: *Anuario de la Historia del Derecho Español* (núm. 39).

### **Normas citadas**

- Ley Nº18.876, establece el marco legal para la constitución y operación de entidades privadas de depósito y custodia de valores, de 21 de diciembre de 1989.
- Ley Nº20.190, introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continua el proceso de modernización del mercado de capitales, de 5 de junio de 2007.
- Ley Nº20.345, sobre sistemas de compensación y liquidación de instrumentos financieros, de 6 de junio de 2009.

# Libertad de Expresión y Derecho de Propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

## *Freedom of Speech and Property Rights in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*

**Matías Ulloa Correa**

Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.

Correo electrónico: mulloa1998@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0000-5169-0839>.

Recibido el 30/10/2023

Aceptado el 26/12/2023

Publicado el 27/12/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n43.06>

**RESUMEN:** El presente estudio se aboca a la relación entre dos derechos fundamentales de primera generación: el derecho de propiedad y la libertad de expresión. En primer lugar, se contextualiza dicha relación a partir de las observaciones de los economistas Milton Friedman y Douglas North. En segundo lugar, se expone el origen histórico y el fundamento conceptual de ambos derechos presente en la doctrina y en las Cartas de Derechos del siglo XVIII. En tercer lugar, se explican casos clave de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que permitirán ilustrar la relación existente entre ambos derechos. Dicha jurisprudencia será analizada a la luz de los aportes conceptuales antes expuestos para defender la tesis de que el artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos constituye una protección indi-

**ABSTRACT:** This work exposes the relationship between two classical fundamental rights: property rights and freedom of speech. First, we give some context to this relationship based on the writings of the economists Milton Friedman y Douglas North. In second place, we expose the historical origin and the conceptual basis of both rights that are present in doctrinal works and in the Bills of Rights written in the XVIII century. In third place, we explain landmark cases in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, that allows to explain the relationship between these two rights. These landmark cases will be analysed using the conceptual contributions previously exposed to defend the thesis that the article 13.3 of the American Convention on Human Rights establish an indirect protection of property rights in cases where mass media is involved,

recta al derecho de propiedad en aquellos casos que involucran medios de comunicación masiva, pues este es un requisito indispensable para el pleno ejercicio de la libertad de expresión.

*because this right is an essential requirement to the full exercise of the freedom of speech.*

**PALABRAS CLAVE:** Libertad de expresión, derecho de propiedad, Corte Interamericana, derechos humanos, jurisprudencia.

**KEY WORDS:** *freedom of speech, property right, Inter-American Court, human rights, jurisprudence.*

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la libertad de expresión y el derecho de propiedad comparten dos características fundamentales: son derechos negativos y de primera generación.<sup>1</sup> Si bien ambas características suelen presentarse simultáneamente, describen dimensiones distintas de un derecho determinado. Un derecho negativo es aquel que implica una abstención por parte del Estado. Es decir, es una garantía para el ciudadano de que dentro de determinadas esferas de su vida el Estado no va a intervenir y si lo hace, va a ser solo en casos excepcionales establecidos previamente en la ley. Estos se oponen a los derechos positivos, que abarcan una serie de prestaciones básicas que deben ser proporcionadas por el Estado, como la salud o la educación. Por su parte, los derechos de primera generación son producto del pensamiento liberal e ilustrado y comienzan a consagrarse luego de las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII, en la forma de cartas de derechos. Ejemplos de esto son la *Bill of Rights* de 1689 en Inglaterra, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 en Francia y la Carta de Derechos de 1791 en Estados Unidos. Los nuevos límites a la acción estatal otorgaron seguridad jurídica a los ciudadanos, siendo especialmente relevantes los dos derechos antes mencionados. La consagración del derecho de propiedad permitió a las personas participar de la vida económica de la nación en igualdad de condiciones (formales, no materiales), favoreciendo la inversión a largo plazo y el desarrollo de actividades comerciales. Por su parte, la libertad de expresión dio paso a una era de pluralismo político y al florecimiento de la actividad periodística. En resumen, los ciudadanos podían conducirse con libertad tanto al momento de disponer de sus bienes como al compartir sus opiniones.

A pesar de esta coincidencia ontológica e histórica, no se ha profundizado la relación entre ambos derechos desde la ciencia jurídica. Sin embargo, dada la importancia del derecho de propiedad en la ciencia económica, su relación con los derechos civiles sí ha sido tratada desde esta disciplina. Friedman, siguiendo la línea esbozada por Hayek antes que él en "*Camino de Servidumbre*", plantea que la libertad económica es una condición sine qua non para la libertad política.<sup>2</sup> En otras palabras, la posibilidad de administrar y disponer libremente de bienes cuyo dominio está claramente determinado es un requisito para que la ciudadanía pueda emitir sus verdaderas opiniones, consolidando en

---

<sup>1</sup> PÉREZ LUÑO (1991), pp. 205-206.

<sup>2</sup> HAYEK (2008).

la opinión pública el pluralismo político y la diversidad ideológica. La razón de ello estriba en que, en una sociedad donde se garantiza la propiedad privada, basta reunir los fondos para comprar, arrendar o construir los medios materiales -papel para imprimir periódicos, el espectro radioeléctrico para emitir programas de radio y televisión, un auditorio para dar una conferencia, etc.- y de esta forma emitir públicamente una opinión política que busque persuadir a la ciudadanía de la necesidad de un cambio social concreto, incluso si este resulta perjudicial para el gobierno de turno. En cambio, si estos medios materiales son vulnerables a expropiaciones arbitrarias o están sujetos a un estricto control estatal, difícilmente alguien se arriesgaría a darle un uso que fuese visto con malos ojos por el gobierno. En su primer libro de divulgación política - "Capitalism and Freedom" - Friedman utiliza un ejemplo extremo propio de la época de la Guerra Fría:

*"En una sociedad de libre mercado, es suficiente tener el financiamiento adecuado. Los productores de papel están tan dispuestos a vendérselo al Daily Worker que al Wall Street Journal. En una sociedad socialista no sería suficiente tener el financiamiento. Un defensor hipotético del capitalismo tendría que persuadir a una fábrica estatal de hacer papel para vendérselo a él, a la imprenta estatal para imprimir sus panfletos, a la oficina de correos estatal para distribuirlos entre la gente, a una agencia estatal para arrendarle un auditorio en el cual hablar públicamente, etc."*<sup>3</sup>

El punto de Friedman es que un gobierno socialista que controle los medios de producción difícilmente le vendería papel a un cliente que planease utilizarlo para imprimir un diario opositor. En el régimen de propiedad privada, hay suficientes dueños independientes de papel como para que ninguno de ellos pueda evitar la propagación de ideas contrarias a sus intereses. No se puede garantizar la libre expresión de ideas disidentes si no se garantiza que los medios materiales que permiten divulgar masivamente esas opiniones sean accesibles.

Pocos años antes de su muerte, en una conferencia ante miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, Friedman reiteró dicho argumento, agregando observaciones relevantes para el tema del presente estudio. Friedman reformula la pregunta sobre la relación entre libertad económica y libertad política y esta vez hace la interrogante sobre la relación entre mercados libres y hombres libres. La respuesta vuelve a ser la misma: los mercados libres - consecuencias de la propiedad privada de los medios de producción- preceden a los hombres libres. La ventaja que ofrecen los mercados libres para la libertad de expresión es que todo intercambio supone un beneficio mutuo y por lo mismo, rehusar una oportunidad de intercambio para perjudicar una opinión disidente supone una desventaja frente a la competencia.<sup>4</sup> En resumen, en el pensamiento político de Friedman, la libertad económica, el derecho de propiedad y los mercados libres son una condición necesaria -pero no suficiente- para el desarrollo de sociedades libres.

Hay un alcance que se le puede hacer al argumento de Friedman: los derechos de propiedad y las demás libertades económicas son normas jurídicas que deben surgir de un proceso político previo,

---

<sup>3</sup> FRIEDMAN (2002), p.18.

<sup>4</sup> FRIEDMAN (1987), p. 6.

por lo que se requiere cierto grado de libertades políticas para que se consoliden las libertades económicas.<sup>5</sup> La relación simbiótica entre libertades políticas y económicas, entre libertad de expresión y derecho de propiedad, también se haya esbozada en la obra del economista Douglas North.

North hace su análisis a partir del origen histórico de las organizaciones políticas. Cuando se forma una comunidad humana, surgen símbolos, ritos y códigos comunes. Es en la cultura, señala North, donde puede encontrarse el origen de lo que él llama instituciones, es decir, aquellas restricciones surgidas de las convenciones humana que tienen como fin limitar las interacciones políticas, económicas y sociales.<sup>6</sup> La utilidad de dichas limitaciones consiste en facilitar la coordinación entre los distintos agentes y disminuir los costes de transacción, permitiéndoles prever como va a reaccionar el resto de la comunidad y las consecuencias que tendrán sus decisiones en su vida económica y política. El derecho de propiedad y la libertad de expresión pueden considerarse instituciones en este sentido, pues establecen con claridad cuáles son los límites dentro de los cuales el ciudadano puede actuar, por más amplios que estos sean. Estos derechos modernos no poseen la relación simbiótica antes señalada producto de que uno preceda al otro, sino que esto se debe a que ambas instituciones son producto de la cultura liberal e ilustrada del siglo XVIII y están inspiradas por los mismos principios rectores, aplicados a distintos aspectos de la vida del ciudadano. En resumen, es la cultura, las costumbres e ideas de un pueblo las que dan forma a sus instituciones políticas y económicas, y los derechos en comento no son la excepción.

Las ideas de North permiten explicar la evolución del orden político y económico en el largo plazo, el argumento de Friedman permite ilustrar un punto fundamental para el tema del presente estudio: incluso los derechos civiles, que a primera vista parecen etéreos y abstractos, se ejercen en condiciones materiales y económicas concretas y por ello, no se pueden desatender dichas condiciones en orden a garantizar el pleno ejercicio de tales derechos. El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) en su numeral tercero prohíbe específicamente esta forma de vulnerar la libertad de expresión, regulación que no está presente en otros tratados internacionales y que por lo mismo constituye una protección especialmente aplicable para los medios de comunicación, como periódicos o canales de televisión, en cuanto son medios de ejercer la libertad de expresión y de opinión particularmente susceptibles de ver alterado su funcionamiento o incluso su línea editorial si sufren privaciones a su propiedad o limitaciones excesivas en el uso de los múltiples bienes corporales e incorporeales que requieren empresas de esa magnitud y complejidad. Por ello, en el presente estudio se defenderá la tesis de que la prohibición a las formas de censura indirecta presente en dicho artículo constituye una forma de protección de la propiedad privada que presenta ventajas probatorias con respecto a la protección autónoma del derecho de propiedad presente en el artículo 21 de la CADH.

En el siguiente apartado se hará un breve análisis comparativo de la regulación de la libertad de expresión y el derecho de propiedad en nuestra actual Constitución Política de la República, en Cartas

---

<sup>5</sup> MÉNDEZ ORTIZ (2014).

<sup>6</sup> NORTH (1993), p.23.

de Derechos de importancia histórica y en la CADH, con el fin de ilustrar las particularidades de esta última en su forma de regular aquellos derechos. En el apartado tercero se expondrán dos casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en los cuales los dueños de canales de televisión alegaron vulneraciones tanto al derecho de propiedad como la libertad de expresión: *Ivcher Bronstein vs Perú* (1999) y *Granier y Otros (Radio Caracas Televisión) vs Venezuela* (2015). Asimismo, se señalarán otros fallos de la Corte IDH en materias de derecho de propiedad y de libertad de expresión, respectivamente, en los cuales se utilizaron criterios análogos para determinar si hubo una vulneración a un derecho fundamental. En el apartado cuarto, se analizará la normativa y jurisprudencia antes expuesta para defender la tesis de que el artículo 13.3 de la CADH constituye una protección indirecta del derecho de propiedad en los casos en que esta es utilizada como medios para emitir opinión, lo que la convierte en una garantía para el libre desarrollo de actividades económicas en el ámbito de las comunicaciones. Dicha protección no resulta superflua con respecto a la protección al derecho de propiedad presente en el artículo 21 de la CADH, pues presenta ventajas procesales que adquieren relevancia en casos relativos a la propiedad sobre medios de comunicación masiva. En la última sección del presente estudio se recapitulará lo expuesto anteriormente y se presentaran las conclusiones.

## II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE PROPIEDAD EN DISTINTAS REGULACIONES

Como se indicó previamente, tanto el derecho de propiedad como la libertad de expresión son derechos de primera generación. Por lo mismo, se encuentran presentes en gran variedad de documentos jurídicos: Constituciones, tratados internacionales y cartas de derechos de importancia histórica.

Luego de la Revolución Gloriosa en Inglaterra, se promulgó la primera carta de derechos del mundo moderno, la *Bills of Right* de 1689. Esta se enfocó garantías procesales y en la independencia de los poderes legislativo y judicial, describiendo circunstancias concretas en lugar. El derecho de propiedad, protegido desde hace siglos por el derecho consuetudinario inglés, solo quedo consagrado indirectamente en la *Bill of Rights* a través de la prohibición de que el rey estableciera impuestos sin la aprobación del Parlamento. Por su parte, la única mención a la libertad de expresión se refiere a que los representantes no pueden ser juzgados o cuestionados por sus dichos en ninguna Corte o lugar fuera del Parlamento.<sup>7</sup> Sin embargo, seis años después fue establecida la libertad de prensa en Inglaterra, pues el parlamento se negó a renovar, la *Licensing Act*, que exigía la autorización previa de todo libro publicado.<sup>8</sup> De esta forma, se fue formando en Inglaterra un ambiente de respeto por ambos derechos fundamentales, no porque estuviesen explícitamente garantizados como derechos propiamente tales, sino porque existía una legislación dispersa que los protegía en una serie de actos concretos.

---

<sup>7</sup> Carta de Derechos, de 1698.

<sup>8</sup> ROBERTSON (1972), pp. 5-8.

El desarrollo de dicha normativa fue analizado y sistematizado por una serie de juristas, como William Blackstone con sus *Comentarios sobre las leyes de Inglaterra*<sup>9</sup> y Montesquieu con su obra *El espíritu de las leyes*.<sup>10</sup> Ambos autores tomaban como punto de partida la visión iusnaturalista del derecho, concibiendo las libertades individuales como derechos inherentes al hombre que debían protegerse estableciendo divisiones claras entre los poderes del Estado y limitaciones a la acción del mismo con respecto al individuo y sus bienes.<sup>11</sup>

En el mundo anglosajón, los *Comentarios* de Blackstone se convirtieron en un texto guía en la enseñanza del derecho,<sup>12</sup> en tanto que Montesquieu era un autor predilecto de James Madison, Alexander Hamilton y Benjamin Franklin.<sup>13</sup> Por lo mismo, estos dos autores fueron influencias clave en la tradición constitucional norteamericana y por medio de esta, dejaron una huella indisoluble en la historia de los derechos fundamentales en comento.

Un documento fundacional de dicha tradición fue la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, antecedente de la Carta de Derechos de Estados Unidos,<sup>14</sup> y que al igual que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 resguarda explícitamente tanto el derecho de propiedad como la libertad de expresión. Ambas fueron influencias decisivas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en materia de derechos civiles,<sup>15</sup> aunque la primera de estas tiene como marca distintiva una preponderancia del derecho de propiedad propia del liberalismo clásico, característica que comparte con nuestra actual Constitución, como se demostrará más adelante. Vale la pena detenerse en la regulación que tienen los derechos en comento en estos tres documentos:<sup>16</sup>

---

<sup>9</sup> BLACKSTONE (2016).

<sup>10</sup> MONTESQUIEU (2005).

<sup>11</sup> Las raíces iusnaturalistas del pensamiento de Blackstone y Montesquieu pueden verse en BARKER (2011); GREY (1978) y RAHE (2012).

<sup>12</sup> BARKER (2011), p. 149.

<sup>13</sup> RAHE (2012), p. 76.

<sup>14</sup> Respecto de los derechos en comento, el contenido de las primera y quinta enmienda coincide casi perfectamente con la Declaración de Derechos de Virginia, con la excepción de que se menciona la necesidad de una indemnización justa en caso de expropiación. Debido a estas similitudes no se consideró necesario exponer en detalle dicho cuerpo normativo.

<sup>15</sup> CLAPHAM (2020), pp. 17-21.

<sup>16</sup> Tabla 1.

|                      | <b>Declaración de Derechos de Virginia de 1776.</b> <sup>17</sup>  | <b>Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.</b> <sup>18</sup>  | <b>Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.</b>   |
|----------------------|--|---|---|
| Derecho de propiedad | <p>“I. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran a estado de sociedad, no pueden, por ningún pacto, privar o despojar a su posteridad; a saber, el goce de la vida y la libertad, con los medios para adquirir y poseer propiedad, y perseguir y obtener felicidad y seguridad.</p> <p>VI. Que las elecciones de los miembros que deben servir como representantes del pueblo en asamblea deben ser libres; y que todos los hombres, que hayan evidenciado suficientemente un interés común permanente y un vínculo con la comunidad, tiene el derecho de sufragar y no puede ser objeto de impuesto, o privado de su propiedad para usos públicos sin su consentimiento o de los representantes así elegidos, ni sometido a ninguna ley a la que no hallan, de ese modo, asentido, para el bien común”.</p> | <p>“Artículo 17:<br/>                 Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de haya una justa y previa indemnización”.</p> | <p>“Artículo 17:<br/>                 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.<br/>                 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”.</p> |

<sup>17</sup> La versión del texto reproducida aquí es la presente en HERVADA y ZUMAQUERO (1992), pp. 24-35.

<sup>18</sup> HERVADA y ZUMAQUERO (1992), pp. 38-53.

|                       |   |  |   |
|-----------------------|---|--|---|
| Libertad de Expresión | “XII. <i>Que la libertad de la prensa es uno de los máximos bastiones de la libertad y nunca puede ser restringida sino por gobiernos despóticos</i> ”. | “Artículo 11:<br><br>La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier Ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley”. | “Artículo 19:<br><br>Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. |
|-----------------------|---|--|---|

En la *Declaración de Derechos de Virginia* el derecho de propiedad se menciona dos veces. En su primer artículo, este forma parte de la trilogía de derechos fundamentales de John Locke, que luego pasaría al acervo común del liberalismo clásico: vida, libertad y propiedad.<sup>19</sup> Luego, en su artículo sexto, al mencionar ciertas garantías de representatividad a la que tienen derecho los ciudadanos, se señala el requisito de que todo impuesto o expropiación debe ser aprobado por representantes elegidos democráticamente. La mención a la libertad de prensa es más escueta y simplemente se limita a señalar que no va a ser restringida.

En el caso de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, la redacción de ambos derechos tiene una estructura similar. En primer lugar, se señala la importancia y el valor de tal derecho, luego la universalidad de dicho derecho y por último los límites de este. En el caso del derecho de propiedad, el hecho de que para realizar una expropiación sea requisito una indemnización justa y previa, es una garantía concreta que tendrá eco en las constituciones del siglo XX. Por su parte, el tratamiento de la libertad de expresión tiene un claro contraste con los documentos norteamericanos de la época: mientras aquel reconoce que pueden darse abusos en el ejercicio de este derecho, estos le dan un carácter absoluto, sin establecerle ningún límite explícito.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH) solo menciona dos aspectos del derecho de propiedad: que puede ejercerse individual o colectivamente y que nadie puede ser privado arbitrariamente de ella, expresión mucho más genérica que las presentes en los otros dos documentos mencionados. La redacción del derecho a la libertad de expresión es más detallada, mencionando situaciones protegidas por dicho derecho. Particularmente relevante para el tema en estudio es que en la DUDH ya se haya presente la doble faz de la libertad de expresión: no solo abarca el poder emitir una opinión, sino también recibirla. Dicho criterio ha sido explicitado por la Corte Interamericana en su interpretación del Pacto San José de Costa Rica. En efecto, no solo debe resguardarse el derecho

<sup>19</sup> La trilogía expuesta por LOCKE (1990) luego sería continuada por BLACKSTONE (2016), quedando la impronta de ambos autores en la Constitución de Estados Unidos, sobre todo en la Carta de Derechos formada por las primeras diez enmiendas a la misma.

de un individuo a emitir su opinión libremente, sino que también el derecho de la colectividad a recibir nuevas opiniones y puntos de vista.<sup>20</sup>

El mayor énfasis en la libertad de expresión se mantiene en los siguientes tratados internacionales. El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* no menciona el derecho de propiedad, pero sí es enfático en su protección a la libertad de expresión y opinión. La *Convención Europea de Derechos Humanos* protege la libertad de expresión en su artículo 10, dejando la protección del derecho de propiedad al artículo 1 de su primer protocolo adicional. El Pacto San José de Costa Rica es un caso poco común, pues plantea desde el principio una protección a ambos derechos. Pero incluso en este caso, el texto del tratado no los trata con igual profundidad:

*“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión*

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

*2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

*3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*

*4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*

*5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional (...)*

---

<sup>20</sup> FUCHS y STEINER (2019), p. 409.

### Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. *Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*
2. *Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*
3. *Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley*.<sup>21</sup>

De la lectura del artículo 13 se desprende la importancia que tiene este derecho para los redactores de la Convención, hasta el punto de señalar de forma taxativa sus límites: solo se debe responder en caso de afectar derechos de terceros o la seguridad nacional, la censura previa procede únicamente para la protección de la infancia y la adolescencia y la prohibición de discurso de odio y de incitación a la guerra. Asimismo, el numeral tercero de dicho artículo establece una garantía no solo en contra de la censura directa, sino que también de la utilización de medios indirectos para vulnerar la libertad de expresión. Como se expondrá en la sección sobre jurisprudencia, en los casos de medios de comunicación esta censura indirecta suele implicar una vulneración o privación del derecho de propiedad.

El artículo 21, además de su menor extensión, tiene la particularidad de evitar los conceptos de “propiedad” o “dominio”, utilizando la expresión más amplia de “derecho al uso y goce de sus bienes”. Dada dicha amplitud, la Corte ha considerado protegidos por dicho artículo todo tipo de bienes corporales e incorporeales: pensiones, acciones, indemnizaciones, propiedad intelectual e incluso la propiedad colectiva o tribal de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales. La jurisprudencia de la Corte en materia de derecho de propiedad se ha concentrado en la propiedad tribal, pero los casos relevantes para entender la protección a las empresas de medios de comunicación masiva son aquellos que tratan sobre titularidad de las acciones.<sup>22</sup>

Para finalizar la enunciación de la normativa relevante, resulta ilustrativo hacer el contraste con nuestra actual Constitución Política de la República de Chile (CPR). Dentro del catálogo de derechos del artículo 19 de la CPR, su numeral 12 asegura la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa. Asimismo, establece que ello no obsta que se cometan delitos y abusos en el ejercicio de dicha libertad y que toda persona ofendida injustamente tiene derecho a una rectificación al respecto. Contiene una prohibición expresa al monopolio estatal de los medios de comunicación social, además de aspectos relativos a la televisión y la producción cinematográfica. Sin embargo, la regulación del derecho de propiedad presente en el numeral 24 de dicho artículo es mucho más específica, pues dedica tres incisos a establecer todos los requisitos que deben cumplir los procedimientos de expropiación: la necesidad de una ley que autorice la expropiación; la proporcionalidad de la indemnización, que

---

<sup>21</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969.

<sup>22</sup> FUCHS y STEINER (2019), pp. 611-615.

deberá ser pagada en su totalidad antes de la toma de posesión del bien y la posibilidad de realizar un reclamo de legalidad ante tribunales ordinarios. A ello se agrega que nuestra constitución consagra explícitamente derechos que en otras legislaciones se considerarían meros anexos al derecho de propiedad: el derecho a desarrollar actividades económicas – numeral 21-, el derecho a la no discriminación en materia económica – numeral 22- y la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes – inciso 23-. El conjunto de tales derechos constituye una de las bases del orden público económico del Estado de Chile.

La profunda y detallada protección a la propiedad y a otros derechos económicos en nuestra Constitución ha hecho casi imposible la aplicación de formas de censura indirecta en contra de canales de televisión y otros medios de comunicación, razón por la cual no se han presentado denuncias fundadas en el artículo 13.3 en contra del Estado de Chile. Como señala el profesor José Luis Cea, en Chile la actividad empresarial en la comunicación social se encuentra protegida por nuestro orden público económico y en particular, por el derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica establecido en el artículo 19 N°21 de la CPR.<sup>23</sup>

### III. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En el tratamiento que ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los casos que involucran medios de comunicación masiva confluyen dos temas recurrentes: la titularidad sobre acciones y los medios indirectos de violación de la libertad de expresión. Antes de comprender los casos en que confluyen ambos temas, se debe comprender los criterios que ha utilizado la Corte cuando se presentan por separado.

La CADH solo asegura el derecho de propiedad de las personas naturales, a diferencia del primer protocolo adicional de la CEDH, que abarca tanto personas físicas como morales. Por lo mismo, para acoger reclamos relativos a la vulneración de la propiedad de personas jurídicas, la Corte ha establecido que se debe demostrar cómo ello produce una vulneración a la propiedad de las personas que constituyen dicha persona jurídica.<sup>24</sup> Dicha línea jurisprudencial fue establecida a partir del caso *Cantos vs Argentina*.<sup>25</sup> El estado argentino había opuesto una excepción preliminar de incompetencia de la Corte, ya que la CADH solo protege personas naturales y en este caso la presunta víctima era una persona jurídica. Frente a ello la Corte IDH señaló que las personas jurídicas podían verse protegidas por la CADH, pues los derechos y obligaciones de las personas jurídicas se resuelven en derechos y obligaciones de las personas que la constituyen. En definitiva, no se puede privar a una persona particular de hacer valer sus derechos solo porque los mismos se encuentren cubiertos por una ficción jurídica.

---

<sup>23</sup> CEA EGAÑA (2012), pp. 381-382.

<sup>24</sup> FUENZALIDA BASCUÑÁN (2020).

<sup>25</sup> *Cantos con Argentina* (2001).

Siguiendo dicha línea jurisprudencial, en el caso *Perozo y Otros vs. Venezuela*,<sup>26</sup> la Corte rechazó el reclamo sobre la base de que los daños a los bienes del canal de Televisión Globovisión afectaron a la persona jurídica, sin que se acreditase un perjuicio de los accionistas. Por el contrario, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez vs Ecuador*,<sup>27</sup> la Corte acogió el reclamo, estimando que las injerencias en el uso y goce de los bienes de la empresa afectaban su valor y productividad, perjuicio que afectaba el patrimonio de los accionistas. El criterio relevante es, por tanto, no la naturaleza del bien afectado, si no la capacidad de demostrar que dicha afectación afecta no solo a la persona jurídica, sino a los accionistas o personas naturales que la constituyen.

Por otro lado, la primera manifestación de la Corte IDH en materia de medios indirectos de violación de la libertad de expresión proviene de una opinión consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas establecida por una ley promulgada por el estado de Costa Rica.<sup>28</sup> En dicha opinión consultiva, la Corte distinguió entre las supresiones radicales y no radicales a la libertad de expresión. Son supresiones radicales aquellas que impiden la libre circulación de información, como pueden ser la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones. Las supresiones no radicales son aquellas que restringen la circulación de noticias y opiniones, pero sin impedir las totalmente. De esta forma, incluso las supresiones no radicales pueden considerarse vulneraciones a la libertad de expresión siempre que esta se restrinja más allá de lo legítimamente permitido. En base a esto, la Corte concluyó que la colegiación obligatoria de periodistas constituía un medio indirecto de violación de la libertad de expresión, estimándola por tanto contraria al artículo 13 de la Corte IDH, por más que dicha supresión no fuese radical o total.

El año 2009 la Corte IDH conoció de dos casos que involucraban medios indirectos utilizados en contra de canales de televisión en Venezuela: *Ríos y Otros vs Venezuela*<sup>29</sup> y *Perozo y otros vs Venezuela*.<sup>30</sup> Se alegó que los periodistas y trabajadores de los canales de televisión RCTV y Globovisión – respectivamente – habían sido agredidos y amenazados reiteradamente por parte de terceros, incumpliendo el Estado su obligación de debida diligencia en la investigación. A pesar de que ambas sentencias fueron favorables, la Corte concluyó que se configuraban vulneraciones a los artículos 1.1 y 13.1, pero que no eran suficientes para que se configurara la vulneración al artículo 13.3. Sin embargo, en su razonamiento en torno a este último artículo, la Corte estableció dos nuevos criterios en torno a los medios indirectos. En primer lugar, que el listado de medios indirectos del artículo 13.3 no era taxativo, sino que meramente enunciativo y que por tanto se podían reconocer como tales cualesquiera otros medios que vulnerasen la libertad de expresión. En segundo lugar, quedó establecido que se podía configurar la responsabilidad del estado por actos particulares cuando omitiera su deber de evitar un riesgo previsible o dejase de cumplir su deber de protección, aunque ello no produjese beneficio alguno para ningún funcionario público, siempre que dicha omisión restrinja efectivamente la

---

<sup>26</sup> *Perozo y otros con Venezuela* (2009).

<sup>27</sup> *Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez con Ecuador* (2007).

<sup>28</sup> *La colegiación obligatoria de periodistas* (1985).

<sup>29</sup> *Ríos y otros con Venezuela* (2009).

<sup>30</sup> *Perozo y otros con Venezuela* (2009).

circulación de opiniones. En estos casos dicha restricción se concretó, pues dado el contexto político y social de Venezuela, era patente que la negligencia por parte de los agentes estatales guardaba relación con las opiniones disidentes de los medios respectivos.

La confluencia entre ambos temas se da en dos casos especialmente ilustrativos de dichas líneas jurisprudenciales: *Ivcher Bronstein vs Perú*<sup>31</sup> y *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs Venezuela*.<sup>32</sup>

Baruch Ivcher era un ciudadano de origen israelí posteriormente nacionalizado peruano que era accionista mayoritario del canal de televisión Latina, también conocido como Canal 2. Por medio de dicho canal, emitía opiniones críticas al gobierno de Alberto Fujimori, exponiendo supuestos vínculos de oficiales de gobierno con el narcotráfico y casos de escuchas telefónicas ilegales a miembros de la oposición. En respuesta a esto, en julio de 1997 el Director General de la Policía Nacional afirmó que no se había encontrado el expediente en el que se había tramitado la nacionalización del señor Ivcher y procedió a firmar una “*resolución directoral*” que dejó sin efecto el título de nacionalidad respectivo. La ley peruana exigía que los propietarios de medios de comunicación fueran de nacionalidad peruana, con lo cual dicha resolución implicaba sacar a Ivcher del directorio del canal y darles el control a accionistas minoritarios, lo que significó un cambio hacia una línea editorial que ya no era crítica del gobierno.

A raíz de dicha resolución, en agosto del mismo año el juez Percy Escobar decretó una medida cautelar que suspendía los derechos del señor Ivcher como accionista mayoritario y presidente de la Empresa, revocando su nombramiento como director de la misma y ordenando la conformación de un nuevo directorio.

Los accionistas minoritarios aprovecharon la situación para aumentar el capital accionario de la empresa, sin la aquiescencia del señor Ivcher, convirtiendo a este en un accionista minoritario. Con ello dichos accionistas pasaban a ser titulares del 60% de la Compañía, lo que les permitía tomar cualquier decisión sin la aprobación de Ivcher, incluso si este recuperaba la nacionalidad peruana.

El proceso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) comenzó desde antes de que se concretara la revocación de la nacionalidad, pues el día 9 de junio de 1997, el congresista peruano Javier Diez Canseco presentó una denuncia, alegando que el estado peruano estaba creando las condiciones para privar arbitrariamente de su nacionalidad a Baruch Ivcher, lo cual constituía una violación del artículo 20.3 de la CADH. Luego de que se concretara dicha privación arbitraria, el 26 de agosto Ivcher solicitó una audiencia a su favor.<sup>33</sup> La CIDH consideró admisible el reclamo y el día 31 de marzo de 1999 presentó a la Corte IDH una demanda fundada para determinar si el Estado peruano violó los derechos consagrados en los artículos 8,13,20, 21 y 25 de la CADH. En su sentencia del 6 de febrero de 2001, la Corte IDH acogió la demanda en su totalidad, considerando que la privación arbi-

---

<sup>31</sup> *Ivcher Bronstein con Perú* (2001).

<sup>32</sup> *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) con Venezuela* (2015).

<sup>33</sup> *Ivcher Bronstein con Perú* (1998).

traría de la nacionalidad del señor Ivcher si había producido vulneraciones a todos aquellos derechos y ordenó al Estado peruano facilitar las condiciones para que Ivcher recupere el uso y goce de sus derechos como accionista mayoritario e indemnizarle el daño moral y las costas judiciales producidas.<sup>34</sup> Las consideraciones de la Corte con respecto a los dos derechos fundamentales en comento confirman la línea jurisprudencial que se había formado a raíz de casos anteriores.

Respecto al derecho de propiedad, la Comisión alegó ante la Corte IDH que, si bien no se había producido una privación formal de su derecho de propiedad sobre las acciones de la empresa, si se le había impedido ejercer derechos que son atributos fundamentales en el caso de las acciones sobre una sociedad mercantil, como lo es participar de las decisiones de la sociedad ejerciendo su derecho a voto y recibir los dividendos acordados legal y estatuariamente.<sup>35</sup> La Corte acogió dicho argumento y estableció que se había violado el derecho de propiedad del señor Ivcher. La situación fáctica satisfacía los criterios que se habían establecido a partir del caso *Cantos vs Argentina*, pues en el presente caso no se trataba de vulneraciones al derecho de propiedad de una persona jurídica cuya repercusión sobre el patrimonio de una persona natural debiese ser demostrada, sino que se trataba de una vulneración directa al derecho de propiedad de una persona natural sobre las acciones de una persona jurídica. En el presente caso, la Corte señala que dicho mismo criterio también es utilizado por la Corte Internacional de Justicia:

*“La Corte Internacional de Justicia ha diferenciado los derechos de los accionistas de una empresa de los de la empresa misma, señalando que las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos, como los de recibir los dividendos acordados, asistir y votar en las juntas generales y recibir parte de los activos de la compañía en el momento de su liquidación, entre otros.*

*Este Tribunal observa que la medida cautelar mencionada obstruyó el uso y goce de esos derechos por parte del señor Ivcher Bronstein; (...) Consecuentemente, la Corte concluye que el señor Ivcher fue privado de sus bienes, en contravención de lo establecido en el artículo 21.2 de la Convención.”<sup>36</sup>*

Por otro lado, al tratar el tema de la libertad de expresión, la Corte reafirmó su estándar de las dos dimensiones. La censura de Ivcher no solo constituía un perjuicio para él, sino que también para el conjunto de la sociedad peruana, que se veía privada de un medio para acceder a noticias críticas con el gobierno:

*“Al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática.”<sup>37</sup>*

---

<sup>34</sup> *Ivcher Bronstein con Perú* (2001), p. 69-70.

<sup>35</sup> *Ivcher Bronstein con Perú* (2001), p. 52.

<sup>36</sup> *Ivcher Bronstein con Perú* (2001), p. 54.

<sup>37</sup> *Ivcher Bronstein con Perú* (2001), p. 62.

Por lo mismo, se reconoció que la revocación de la nacionalidad de Ivcher y sus efectos patrimoniales constituyeron un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, impidiendo no solo que él pudiese manifestar sus opiniones libremente, sino que también censurando toda una línea editorial del medio televisivo.

El otro caso en que se interceptan ambos derechos es mucho más reciente. El año 2007, el gobierno de Hugo Chávez en Venezuela decidió no renovar la concesión del espectro electromagnético al canal de televisión Radio Caracas Televisión (RCTV) en un procedimiento irregular. Dicho espectro fue utilizado para crear la señal estatal Televisión Venezolana Social. El posterior cierre de RCTV produjo una serie de protestas en Venezuela, pues se trataba del canal de televisión más antiguo del país y de uno de los principales medios de oposición. El día 10 de febrero de 2010 se presentó la petición inicial ante la CIDH. Posteriormente, la Comisión consideró que se habían vulnerado derechos fundamentales de los accionistas y trabajadores de RCTV e interpuso una demanda en contra del estado de Venezuela ante la Corte IDH, fundándose en violaciones a los derechos consagrados en los artículos 8, 13, 21, 24 y 25 de la CADH.<sup>38</sup> Lo relevante del caso es que la Corte acogió el argumento de que la no renovación de la concesión se debió a que el canal RCTV tenía una línea editorial crítica hacia el gobierno, pero ocupó un estándar distinto para determinar si se había vulnerado cada uno de los derechos en comento.

Por un lado, la Corte rechazó la posibilidad de una vulneración al derecho de propiedad, pues consideró que los reclamantes no habían logrado demostrar que los actos del gobierno habían vulnerado el patrimonio personal de los accionistas del canal. Como se señaló anteriormente, como el ámbito de aplicación de la CADH solo considera a las personas naturales, la Corte solo acogerá casos que afecten a personas jurídicas en la medida en que se logre demostrar que ello implicó una vulneración del derecho de propiedad de los accionistas de dicha persona jurídica:

*“para declarar violado el derecho a la propiedad, es necesario que se encuentre plenamente demostrada la afectación del patrimonio personal de las presuntas víctimas. De esta manera, es posible distinguir las acciones estatales que afectan los derechos de una persona jurídica, de aquellas que afectan los derechos de una persona natural. Por estas razones, en el presente caso, la Comisión declaró que las presuntas víctimas no habían probado suficientemente el efecto directo sobre el patrimonio personal de los accionistas presentados como víctimas como resultado de la incautación de los bienes de RCTV”.*<sup>39</sup>

La Corte IDH expone dos razones principales sobre porque considera que no se ha podido comprobar dicha afectación. En primer lugar, la no renovación de la concesión ni siquiera constituye una vulneración al derecho de propiedad de la persona jurídica propiamente tal, pues la concesión sobre el espectro electromagnético no constituye un derecho adquirido a perpetuidad, sino que se trata de un bien público que se licita periódicamente a los particulares. El estado de Venezuela no tenía la obligación de renovar la concesión y si la decisión de no hacerlo era arbitraria, ello constituía una

---

<sup>38</sup> Granier y otros (Radio Caracas Televisión) con Venezuela (2015), pp. 3-4.

<sup>39</sup> Granier y otros (Radio Caracas Televisión) con Venezuela (2015), p. 99.

vulneración de otros derechos fundamentales, pero no de la propiedad. En segundo lugar, no había una relación directa entre los accionistas y la empresa afectada, sino que estos eran dueños de acciones de sociedades que, a su vez, tenían acciones en el canal de televisión. Dada la complejidad de la estructura societaria, los accionistas, como personas naturales, guardaban una relación con la canal demasiado indirecta como para que se considerado afectado su derecho de propiedad:

*“la Corte recuerda que, en el presente caso, la relación entre las presuntas víctimas de este derecho y la empresa afectada no es directa, lo cual dificulta realizar la presunción sobre la posible afectación de las acciones. En efecto, el Tribunal reitera que en el presente caso se declaró probado que las presuntas víctimas son accionistas de personas jurídicas o patrimonios autónomos separados, que a su vez son accionistas o propietarios de una cadena que tiene en el intermedio entre una o hasta cinco otras personas jurídicas hasta llegar a la empresa RCTV C.A. Por ello, la Corte considera que esta constitución accionaria compleja, consecuencia de una estructura societaria amplia de personas jurídicas con patrimonios separados, dificulta aún más poder establecer una relación directa y evidente entre la alegada pérdida de valor de acciones y las afectaciones al patrimonio de la persona jurídica de RCTV”.<sup>40</sup>*

El presente considerando deja en claro porque el artículo 21 de la CADH puede ser insuficiente para proteger la propiedad privada de los medios de comunicación masiva y la consiguiente posibilidad de emprender actividades económicas dentro de dicho rubro. Las personas jurídicas dedicadas al control de medios de comunicación masiva suelen tener una estructura societaria compleja, debido a la forma de financiamiento que requieren las empresas de dicho tamaño.

He ahí la dificultad para probar vulneraciones al artículo 21 en los casos en que se daña la propiedad de empresas dueñas de medios de comunicación masiva, dificultad que ve subsanada por la prohibición vulnerar la libertad de expresión por medios indirectos presente en el artículo 13.3 de la CADH.

Dicha normativa fue el fundamento de que la Corte considerase afectado el derecho a la libertad de expresión en el presente caso. Al igual que en el caso *Ivcher Bronstein vs Perú*, lo primero que señala la Corte IDH son las dos dimensiones de este derecho: la individual y la social. Por la escala que tienen los canales de televisión, la Corte hace hincapié en esta última, pues la existencia de medios independientes que muestren visiones diversas es indispensable para la democracia:

*“Este Tribunal desde sus inicios ha resaltado la importancia del pluralismo en el marco del ejercicio del derecho a la libertad de expresión al señalar que éste implica la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática”.<sup>41</sup>*

Precisamente por la importancia que les reconoce la Corte a los medios de comunicación, se muestra mucho más indulgente con respecto a su estructura societaria cuando la analiza como un vehículo para el ejercicio de la libertad de expresión:

---

<sup>40</sup> Granier y otros (*Radio Caracas Televisión*) con Venezuela (2015), p. 107.

<sup>41</sup> Granier y otros (*Radio Caracas Televisión*) con Venezuela (2015), p. 50.

*“la Corte ha señalado anteriormente que los medios de comunicación son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión, que sirven para materializar este derecho y que juegan un papel esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de esta libertad en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. En efecto, este Tribunal coincide con la Comisión respecto a que los medios de comunicación son, generalmente, asociaciones de personas que se han reunido para ejercer de manera sostenida su libertad de expresión, por lo que es inusual en la actualidad que un medio de comunicación no esté a nombre de una persona jurídica, toda vez que la producción y distribución del bien informativo requieren de una estructura organizativa y financiera que responda a las exigencias de la demanda informativa”.*<sup>42</sup>

Al igual que en sus consideraciones con respecto al derecho de propiedad, las vulneraciones a la libertad de expresión de una persona jurídica nunca bastaran para acoger la demanda, debe demostrarse que estas afectaron el ejercicio de dichos derechos por parte de personas naturales vinculadas a dicha persona jurídica, pero mientras que en el primer caso se exige una afectación directa al patrimonio de los accionistas, en el segundo el estándar para que se verifique la vulneración del derecho es más baja y abarca una gama más amplia de casos:

*“para determinar si una acción estatal que afectó al medio como persona jurídica también tuvo, por conexidad, un impacto negativo, cierto y sustancial sobre la libertad de expresión de las personas naturales, se debe analizar el papel que cumplen las presuntas víctimas dentro del respectivo medio de comunicación y, en particular, la forma en que contribuían con la misión comunicacional del canal”.*<sup>43</sup>

En este caso, la relación que debe demostrarse entre la persona jurídica y la persona natural es fáctica y no jurídica. Es decir, no se debe demostrar un vínculo jurídico, como en el caso de derecho de propiedad, sino que basta demostrar que la persona jurídica estaba siendo utilizada como un medio para ejercer la libertad de expresión. Dicha “contribución a la misión comunicacional” puede ir acompañado de un vínculo jurídico, como el dominio sobre las acciones de la empresa o la presencia de un contrato, pero en este caso dicho vínculo es una forma de probar dicha relación fáctica. Porque lo relevante no era el vínculo jurídico que unía a los reclamantes – accionistas y periodistas – con la persona jurídica afectada, sino que el hecho de que en virtud de dicha relación podían utilizar el canal como un medio para expresar sus propias ideas, visiones y principios.

Reconocida la vulneración a la libertad de expresión y el vínculo entre RCTV y los reclamantes, la Corte acogió la demanda y ordenó reestablecer la concesión de la frecuencia radioeléctrica y pagar a los reclamantes una indemnización por los daños materiales e inmateriales y por los gastos y costas del juicio.<sup>44</sup> Si bien en el fallo se reconoció la facultad de los estados de regular y controlar las actividades de radiodifusión, se enfatizó que estas debían ser los mínimos estrictamente necesarios y que se debía favorecer el pluralismo político. En el caso en cuestión había ocurrido exactamente lo contrario,

---

<sup>42</sup> Granier y otros (Radio Caracas Televisión) con Venezuela (2015), p. 53.

<sup>43</sup> Granier y otros (Radio Caracas Televisión) con Venezuela (2015), p. 54.

<sup>44</sup> Granier y otros (Radio Caracas Televisión) con Venezuela (2015), p. 122.

pues se abusó de un elemento regulatorio para censurar un medio opositor. La sentencia favorable en esta materia fue una oportunidad de la Corte para sentar los criterios en los cuales la regulación de frecuencias radioeléctricas puede constituir una restricción indirecta a la libertad de expresión:

*“la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones, en particular cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención. Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo”.*<sup>45</sup>

#### IV. FUNDAMENTOS Y CONSECUENCIAS DEL ARTÍCULO 13.3 DE LA CADH

Del análisis de los casos *Ivcher Bronstein vs Perú* y *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs Venezuela* se puede extraer una conclusión idéntica a el argumento de Friedman antes expuesto: si el gobierno tiene la posibilidad de pasar a llevar la propiedad privada, utilizará ese poder para limitar los medios materiales que tiene la oposición para manifestarse en su contra.<sup>46</sup> Por su propia naturaleza, los medios de comunicación masiva requieren de la certeza jurídica que confiere la protección del derecho de propiedad para funcionar de forma independiente. En efecto, para el correcto funcionamiento de empresas de tal magnitud se requiere una gran inversión tanto en capital humano como físico y tanto en bienes corporales como incorporeales. Algunos de estos bienes, como la concesión del espectro radioeléctrico, son imprescindibles e irremplazables, por lo que puede bastar una vulneración a los derechos sobre dichos bienes para que el medio no pueda seguir funcionando. Asimismo, reunir el capital para iniciar una empresa de tal magnitud requiere la formación de estructuras societarias que suelen tener una alta complejidad. Ambos elementos facilitan que el Estado pueda intervenir en el funcionamiento de dichos medios. Lo que le da un motivo para hacerlo es que los medios independientes suelen ser críticos con el gobierno. Así, en la situación fáctica el derecho de propiedad constituye un requisito para que los medios de comunicación puedan emitir libremente opiniones contrarias al gobierno de turno sin que ello constituya un riesgo para la continuidad del funcionamiento del canal.

El enfoque de Douglas North también resulta iluminador con respecto a los casos citados.<sup>47</sup> Al igual el interés en proteger derechos individuales surgió en un contexto político y cultural específico, las vulneraciones a estos derechos tampoco pueden entenderse sin atender dichos contextos. Como se señaló anteriormente, la libertad de expresión y el derecho de propiedad son derechos de primera generación, concebidas como esferas de acción a los que el individuo tenía un derecho inherente. La Revolución Gloriosa de 1688 es el punto de partida de la consolidación de dichos derechos, pero

---

<sup>45</sup> *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) con Venezuela* (2015), p. 51.

<sup>46</sup> FRIEDMAN (1987) y FRIEDMAN (2002).

<sup>47</sup> NORTH (1993).

esta no surgió de la nada, fue producto de un cambio cultural gradual hacia un mayor respeto por el individuo y una mayor preocupación por las injerencias del Estado en la vida privada.<sup>48</sup> De la misma forma, si Alberto Fujimori en Perú y Hugo Chávez en Venezuela pudieron realizar impunemente – pues ninguno de ellos fue afectado personalmente por los fallos de la Corte IDH – no se debió únicamente a su éxito electoral o al deterioro de las instituciones políticas, sino a que habían logrado un cambio cultural mediante su retórica y sus tácticas populistas<sup>49</sup> gracias al cual el costo político de intervenir medios opositores era mucho menor. Pero si dicho cambio fue posible en tan poco tiempo, se debe precisamente a que en Latinoamérica la cultura del respeto a los derechos individuales nunca será tan fuerte como en aquellos países donde dichos derechos fueron concebidos originalmente. La redacción del artículo 13 de la CADH, mucho más específica que la de los demás tratados internacionales sobre derechos humanos, puede deberse a un intento por compensar esta diferencia cultural.

En particular, el artículo 13.3 de la Convención constituye una regulación única dentro de los tratados internacionales, pues establece la posibilidad de que se vulnere la libertad de expresión por vías o medios indirectos, de los cuales entrega una lista no taxativa. Ello constituye una incorporación innovadora a los sistemas comparados, pues constituye un reconocimiento al hecho de que el ejercicio pleno de la libertad de expresión depende de circunstancias materiales concretas, en las cuales se puedan disponer de los bienes necesarios para dichos fines, sin temer por represalias posteriores sobre los bienes o la integridad física de la persona. Como vimos en la sección sobre jurisprudencia, uno de los medios indirectos más comunes eran vulneraciones a los derechos de propiedad de los canales de televisión. A pesar de que este último derecho tiene una protección propia en el artículo 21 de la Convención, el requisito establecido por la jurisprudencia de la Corte de que debe poder demostrarse el perjuicio patrimonial sobre los accionistas en tanto personas naturales tiene como consecuencia que en los casos relativos a canales de televisión y otros medios de comunicación masiva se van a producir una serie de situaciones de hecho en la cual no se van a poder configurar vulneraciones al derecho de propiedad de acuerdo al artículo 21, pero sí va a quedar establecido que hubo una restricción a la libertad de expresión a los trabajadores y dueños del canal por medios indirectos, tal como establece el artículo 13.3.

El caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs Venezuela* es ilustrativo de este tipo de casos. La compleja estructura societaria de la empresa imposibilitó que se acreditara un perjuicio económico directo para sus accionistas, con lo cual no se acogió el reclamo fundado en el artículo 21 de la Convención. Sin embargo, si se pudo demostrar que la no renovación de la concesión sobre el espectro electromagnético constituía una restricción indirecta a la libertad de expresión de los trabajadores y dueños del canal. El contraste entre ambos argumentos se debe a que, si bien la corte solo acoge aquellos casos en los cuales se ha demostrado que una persona natural ha sido vulnerada en sus derechos fundamentales, la relación entre la persona natural y el canal de televisión no es igual de directa.

---

<sup>48</sup> Dentro de esta cultura de los derechos individuales puede citarse obviamente a LOCKE (1990), pero también, de forma más anecdótica, la *Aereopagítica* del poeta John Milton, publicado originalmente en 1644 y citado por ROBERTSON (1972) como una de las primeras defensas de la libertad de prensa.

<sup>49</sup> ELLNER (2004).

Para considerar acreditada una vulneración al derecho de propiedad sobre un canal de televisión, se debe demostrar a la Corte, en primer lugar, el título de propiedad sobre las acciones y en segundo lugar que las vulneraciones a la persona jurídica afectaron el valor de las acciones o algún otro elemento del patrimonio del accionista. Y si la estructura societaria es más compleja (por ejemplo, sociedades que son accionistas de otras sociedades) el proceso de imputación del daño desde el canal de televisión hacia el patrimonio del accionista puede verse interrumpido. Dada la complejidad que suelen tener las estructuras societarias de grandes empresas, como son los canales de televisión, esto puede ser un obstáculo a futuro para que sus dueños puedan ejercer sus derechos.

En cambio, la prueba de la vulneración a la libertad de expresión es más laxa. La razón de ello es que no se debe probar la relación patrimonial que tiene el reclamante con el medio de comunicación, basta acreditar que era un medio que era utilizado por este para expresar sus opiniones y compartir información. De ahí que en el caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs Venezuela los trabajadores y periodistas del canal también hayan reclamado de la vulneración del derecho a la libertad de expresión, pues claramente era un medio que utilizaban habitualmente para compartir noticias y opiniones.

En resumen, la distinta carga probatoria para acreditar vulneraciones a ambos derechos se debe a que la relación entre el reclamante, la persona natural, y el canal de televisión no debe ser igual de intensa. En un caso hay que acreditar una situación estrictamente jurídica y en el otro una relación fáctica. Para que se configure una violación al derecho de propiedad se debe probar el vínculo jurídico entre la persona natural y la persona moral y como los daños a la propiedad de la persona moral tienen una consecuencia directa y comprobable en el patrimonio del accionista. En el caso del artículo 13.3 basta acreditar una situación fáctica, esto es que el canal de televisión u otro medio masivo de comunicación era utilizado por el reclamante para emitir opiniones y transmitir información. En un caso hay que acreditar una afectación al dominio, en el otro una interrupción en el uso. La contrapartida de esta ventaja es la especificidad de este último, ya que se debe probar que dicha interrupción en el uso de los bienes tuvo como consecuencia una limitación a la libertad de expresión, es decir, que implicó una restricción a la circulación de ideas, noticias y opiniones.

## V. Conclusiones

La libertad de expresión y el derecho de propiedad han guardado una relación estrecha desde sus orígenes, habiéndose incorporado simultáneamente en los ordenamientos jurídicos de Europa y América, como resultado de una cosmovisión iusnaturalista que por primera vez los consideró derechos inherentes al ser humano.

A pesar de la claridad que tenemos sobre su origen histórico ha existido discusión en torno a la relación entre ambos derechos fundamentales desde el punto de vista de su ejercicio. Al principio de este artículo se explicaron dos visiones al respecto. En primer lugar, los liberales ortodoxos como Friedman y Hayek sostienen que el derecho de propiedad es un requisito para el pleno ejercicio de

la libertad de expresión, pues esta se vuelve ilusoria sin la posibilidad de adquirir los medios para ejercerla, por ejemplo, el papel para imprimir periódicos. Por otro lado, Douglas North señala que el ejercicio de estos derechos depende de una institucionalidad y una cultura que sean coherentes con los valores que les dieron origen, siendo estas los requisitos fundamentales para el ejercicio de ambos derechos.

Ambas teorías sirven para ilustrar los peligros que enfrentan la libertad de expresión y el derecho de propiedad en el escenario político latinoamericano. El ejemplo de Friedman de la posibilidad de restringir la libertad de prensa por medio la vía de la distribución se encuentra establecido expresamente en el artículo 13.3 de la CADH al señalar que “*el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos*” constituye un medio indirecto para limitar la libertad de expresión. La no renovación de la concesión del espectro radioeléctrico en el caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs Venezuela* constituye otro ejemplo del problema planteado por Friedman.

Asimismo, el énfasis que hace North sobre la cultura y las instituciones pone de relieve que los actos que vulneran simultáneamente la libertad de expresión y el derecho de propiedad suelen ser producto de una institucionalidad débil y de una cultura favorable al populismo, como el Perú de Alberto Fujimori o la Venezuela de Hugo Chávez. En este sentido, la utilización de medios indirectos de censura puede ser considerado un indicio claro de decadencia institucional.

Los casos *Ivcher Bronstein vs Perú* y *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs Venezuela* revelan que el artículo 13.3 de la CADH constituye una innovación normativa no solo porque es la única norma de derecho internacional que da cuenta de la estrecha relación entre la libertad de expresión y el derecho de propiedad, sino que porque entrega una ventaja procesal en aquellos casos en que se hayan vulnerado ambos derechos.

Debe tenerse en cuenta que la regulación del artículo 13.3 puede operar como una protección al derecho de propiedad que es más profunda y amplia que la presente en el artículo 21 de la Convención, pero que a su vez es más específica, pues abarca solo los bienes que son utilizados para emitir opinión y transmitir información. Los canales de televisión y otros medios de comunicación cumplen este requisito y por su tamaño y complejidad suelen presentar una estructura societaria compleja, en la cual la relación entre la persona natural tiene acciones en una persona jurídica que a su vez tiene participación sobre la propiedad del medio de comunicación respectivo. Por lo mismo, se vuelve imposible acreditar una afectación a la propiedad del accionista a partir de los daños a la propiedad del medio masivo de comunicación, con lo cual no se cumplen los requisitos que ha establecido la Corte para considerar configurada una vulneración a la propiedad privada de acuerdo con artículo 21 de la Convención. De esta forma, la protección a la libertad de expresión en contra de restricciones indirectas queda como la garantía más efectiva para proteger la propiedad de las personas jurídicas que son los canales de televisión, dado la facilidad probatoria de demostrar que los bienes de dicho canal de televisión constituyen un medio necesario para el ejercicio de la libertad de expresión.

En resumen, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a vul-

neraciones de los artículos 13.3 y 21 de la CADH resulta concordante con los argumentos de Friedman y North sobre la relación entre libertad de expresión y derecho de propiedad, con la salvedad de que la Corte ha mostrado una mayor deferencia hacia los reclamantes con respecto a las restricciones a la libertad de expresión.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- BLACKSTONE, William (2016): *Commentaries on the Laws of England* (Oxford, Oxford University Press), t. I.
- BARKER, Robert (2011): “Natural Rights and The United States Constitution”, en: *Ars Boni et Aequi* (vol. 7 núm. 2).
- CEA EGAÑA, José Luis (2012): *Derecho Constitucional Chileno*, 2ª edición (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), t. II.
- CLAPHAM, Andrew (2020): *Derechos Humanos: Una breve introducción* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- ELLNER, Steve (2004): “Hugo Chavez y Alberto Fujimori: Análisis Comparativo de dos clases de populismo”, en: *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales* (vol. 10 núm. 1).
- FUCHS, Marie-Christine y STEINER, Christian (2019): *Comentarios a la Convención Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª edición (Bogotá, Nomos Impresores).
- FUENZALIDA BASCUÑÁN, Sergio (2020): “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la propiedad, ¿concepción liberal o republicana?”, en: *Revista de Estudios Constitucionales* (vol. 18 núm. 1).
- FRIEDMAN, Milton (1987): “Free Market and free speech”, en: *Harvard Journal of Law and Public Policy* (vol. 10 núm. 1).
- FRIEDMAN, Milton (2002): *Capitalism and Freedom*, 3ª edición (Chicago, University of Chicago Press).
- GREY, Thomas C. (1978): “Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought”, en: *Stanford Law Review* (vol. 30 núm. 5).
- HAYEK, Friedrich (2008): *Camino de Servidumbre* (Buenos Aires, Unión Editorial).
- HERVADA, Javier y ZUMAQUERO, José María (1992): *Textos internacionales de derechos humanos*, 2ª edición (Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra), t. I.
- LOCKE, John (1990): *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil* (Madrid, Alianza Editorial).
- MÉNDEZ ORTIZ, Pablo (2014): “¿Es la libertad económica un medio para la libertad política? Friedman y las reglas del juego?”, en: *Revista de Ciencias Sociales* (núm. 64).
- MONTESQUIEU, Charles (2005): *El Espíritu de las Leyes*, 7ª edición (Buenos Aires, Editorial Heliasta).
- NORTH, Douglas (1993): *Instituciones, cambio Institucional y desempeño económico* (México D.F., Fondo de Cultura Económica).
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1991): “Las generaciones de derechos fundamentales”, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (núm. 10).

RAHE, Paul A. (2012): "Montesquieu Natural Rights Constitutionalism", en: *Social Philosophy and Policy* (vol. 29 núm. 2).

ROBERTSON, A. H. (1972): *Human Rights in the World* (Manchester, Manchester University Press).

### **Jurisprudencia citada**

La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1985): Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85, Serie A N°5.

Ivcher Bronstein con Perú (1998): Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N°20/98, Caso 11.762.

Ivcher Bronstein con Perú (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N°74.

Cantos con Argentina (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones Preliminares, Serie C N°85.

Cantos con Argentina (2002): Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N°97.

Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez con Ecuador (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N°170.

Ríos y otros con Venezuela (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N°194.

Perozo y otros con Venezuela (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N°195.

Granier y otros (Radio Caracas Televisión) con Venezuela (2015): Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N°293.

### **Normas citadas**

Carta de Derechos de Reino Unido, de 13 de febrero de 1698.

Carta de Derechos de Virginia, de 12 de junio de 1776.

Constitución de Estados Unidos de América, de 17 de septiembre de 1787.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789.

Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

Convención Europea de Derechos Humanos, de 04 de noviembre de 1950.

Protocolo Adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos, de 20 de marzo de 1953.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.

Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969.

Constitución Política de la República de Chile, de 22 de septiembre de 2005.

# **Dos controversias en el Derecho Administrativo y Civil chileno en una misma sentencia: comentario a la sentencia de la Corte Suprema: PECSA con I. Municipalidad de Talcahuano, rol N°41.162-2019**

*Two controversial affairs in the Administrative and Civil Chilean law in the same case: commentary to the judgment of the Supreme Court in the case PECSA vs I. Municipalidad de Talcahuano, rol N°41.162-2019*

## **Javier González Cuevas**

Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile.  
Correo electrónico: jgc.abogado@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0008-4698-5462>.

## **MAURICIO AGUIRRE MIRANDA**

Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile.  
Correo electrónico: mauricioaguirrederecho@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0009-8453-3720>.

Recibido el 15/05/2023

Aceptado el 20/11/2023

Publicado el 29/12/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n43.07>

**RESUMEN:** En este artículo se analiza la interpretación que realiza la Excelentísima Corte Suprema a la resciliación, terminación por mutuo acuerdo o también llamado mutuo disenso, como causal de término del contrato administrativo, y cómo esta forma de ponerle término impacta en la forma correcta de solicitar la indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual.

**PALABRAS CLAVE:** Supletoriedad del Código Civil, Ley Nº19.886, contrato administrativo, incumplimiento contractual, autonomía de la indemnización.

**ABSTRACT:** This article analyzes the interpretation made by the Supreme Court of resciliation, termination for mutual agreement or mutual dissent, as a cause for the termination of the administrative contract and how this way of terminating of this contracts affects the compensation for damages by the breach of contract.

**KEY WORDS:** Suppletory function of the Civil Code, Law Nº19.886, administrative contract, breaches of contract, autonomy of the compensation for damages.

## I. INTRODUCCIÓN

Una disyuntiva en la que se inserta la sentencia que comentaremos es respecto a cómo la contratación administrativa se relaciona con la clásica, y vigente,<sup>1</sup> discusión, sobre si es posible que normas y principios del Derecho Civil puedan aplicarse sobre instituciones que forman parte del Derecho Administrativo. La misma se enmarca en la doctrina de la “*summa divisio*” del Derecho Público y lo Privado.<sup>2</sup> Se sostiene por algunos autores que, en general, no procede la aplicación de técnicas de interpretación e integración de los actos y contratos administrativos provenientes del Derecho Civil.<sup>3</sup> Otros autores sostienen la conveniencia de tal aplicación y la justifican en la naturaleza de Derecho Común del Derecho Civil.<sup>4</sup>

En este sentido, el Código Civil (en adelante también como CC) puede aplicarse al ámbito de la contratación administrativo solo porque así lo permite el art. 1º de la Ley Nº 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (en adelante, Ley de Compras Públicas); y para los efectos que esta norma prevé.<sup>5</sup> Por otra parte, hay quienes sostienen la perfecta aplicación de

---

<sup>1</sup> VERGARA (2020).

<sup>2</sup> Velasco afirma: “Más bien, la *summa divisio* es un instrumento de análisis o disección de cada uno de los sectores normativos. Y con ese objetivo analítico sobre cada sector normativo, la *summa divisio* sirve para identificar en qué medida, en qué sector jurídico, los parámetros de conducta que definen las normas se apoyan, para su efectivo cumplimiento, en el poder judicial o en la Administración pública”. Ver VELASCO (2014), p. 17.

<sup>3</sup> Vergara afirma: “no parece adecuada, ante lagunas normativas, la utilización de técnicas de integración normativa, como la supletoriedad, entre disciplinas de los sectores contrapuestos del Derecho”. Ver VERGARA (2010), pp. 53-54 y 110.

<sup>4</sup> Así opina Osorio: “No es posible, entonces, desconocer las relaciones que tienen y, posiblemente, varias de las normas del Código Civil que previamente puede identificarse como propiamente administrativas. Por lo mismo, consideramos imperioso advertir una eventual captura de la codificación, ya que no es correcto considerarlas como normas de Derecho Privado, simplemente por estar contenidas en el Código del ramo, omitiendo por completo el contenido de estas”; para luego concluir la imposibilidad absoluta de una independencia del Derecho Administrativo respecto del Derecho Civil, sea porque la relación entre ambas ramas este dada por remisión del legislador, por el tipo de la relación jurídica en que intervenga el Estado o por el mecanismo de la integración del Derecho. Ver OSORIO (2020), p. 241 y 247.

<sup>5</sup> Artículo 1º de la Ley Nº18.886, de 2003: “Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustaran a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicaran las normas del Derecho Público y, en defecto de

normas del CC al Derecho Administrativo en aquellas situaciones carentes de regulación.<sup>6</sup>

En la sentencia que comentaremos convergen dos temas debatidos actualmente en nuestra doctrina nacional: (1) en primer lugar, la supletoriedad del Derecho Civil respecto del Derecho Administrativo y, segundo, la autonomía de la acción de indemnización respecto de la resolución por incumplimiento contractual. En este caso, la Corte Suprema conoce de un recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, la que confirmó la sentencia del Juez Civil que rechazó la demanda de resolución por incumplimiento contractual con indemnización de perjuicios, interpuesta por la empresa PECSA en contra de la Ilustre Municipalidad de Talcahuano. En la sentencia, la Corte Suprema, sin mayor fundamentación, aplica normas y principios del Derecho Civil; tanto respecto de la interpretación del contrato (art. 1560 CC), como de las acciones de resolución por incumplimiento contractual y de indemnización de daños y perjuicios (art. 1489 CC).

Más concretamente, el debate de la sentencia versa en torno a: (1) la correcta aplicación de la causal de término de contrato por mutuo acuerdo de las partes en el ámbito de la contratación administrativa; (2) la procedencia y alcance de una reserva de derechos cuando se le pone término al contrato por medio de la causal mencionada mediante la aplicación de las normas y principios de interpretación contractual del Derecho Civil; y, (3) la correcta deducción de la acción indemnizatoria en conjunto con la acción resolutoria, ambas del art. 1489 del Código Civil, una vez ya se ha puesto término al contrato por mutuo acuerdo de las partes. El presente análisis pretende dar cuenta de los actuales criterios de nuestra Corte Suprema respecto de estos asuntos.

## II. LA SENTENCIA

El fallo versa sobre una demanda ordinaria de terminación de contrato con indemnización de perjuicios deducida por la empresa PECSA en contra de la Ilustre Municipalidad de Talcahuano, aduciendo que, si bien suscribió con ésta un documento denominado “*Mutuo Acuerdo de Terminación Anticipada del Contrato*”, el cual fue aprobado por Decreto Alcaldicio correspondiente. Sin embargo, en virtud de una cláusula de reserva de derechos consignada en el mismo acto de terminación, PECSA cree tener derecho a accionar contra la Municipalidad por los daños y perjuicios sufridos en virtud de la relación contractual, sosteniendo que debía prevalecer “*la voluntad real a la voluntad declarada*”, frente a una discordancia en el mismo acto jurídico de terminación anticipada del contrato.

El tribunal civil de primera instancia determinó que, a raíz de los términos en que se celebró la terminación por mutuo acuerdo, lo que realmente declaró PECSA no fue una voluntad contraria a la

---

aquellas, las normas del Derecho Privado”.

<sup>6</sup> En esta línea, Bermúdez algunos fundamentos para ello: (1) “*porque el Derecho Civil es la base de buena parte de las instituciones de Derecho Administrativo*”; y, (2) “*por razones de certeza y seguridad jurídica, como valores propios de un estado de derecho*”. Ver BERMÚDEZ (2012), pp. 64-65. De similar opinión, es Guzmán, quien destaca con particular ímpetu, a propósito de la potestad de interpretación administrativa, lo siguiente: “*se trata de reglas de interpretación contenidas en una ley, no de consejos, directivas generales y abiertas o guías del legislador al intérprete; por estas razones, el intérprete administrativo está obligado a aplicarlas*”. Ver GUZMÁN (2014), p. 153.

terminación total del contrato, sino declarar que le asisten derechos a cobrar sobre la Municipalidad de Talcahuano frente a su incumplimiento. Además, el contrato no podía resciliarse o terminarse parcialmente, pues si bien las bases de licitación permitían la posibilidad de una terminación anticipada, nada se señalaba respecto a que la terminación pudiera ser parcial, careciendo este órganos estatal de la facultad de resciliar parcialmente el contrato (cuestión sobre la que dejó constancia en su oportunidad); concluyendo el tribunal que PECSA “*abdicó de su intención de parcializar la terminación del contrato y optó por hacer reserva de derechos y acciones*” (Considerando 7°; párrafo 2°).

Un segundo punto en lo que reparó el tribunal para desechar la demanda fue que, a raíz de los principios de pasividad y congruencia procesal, PECSA supeditó la acción indemnizatoria a la acción resolutoria del contrato por incumplimiento de la Municipalidad y, al descartarse la terminación parcial, no quedaba más que desechar la pretensión indemnizatoria por estar unida a la acción resolutoria (Considerando 7°; párrafo 6°). La sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, confirmando la sentencia definitiva del tribunal *a quo*, estableció que, habiendo las partes puesto término anticipado a la convención que las unió, no era posible dar lugar a la acción de resolución por incumplimiento del art. 1489 CC, esto en virtud del principio de legalidad que rige los actos de la Municipalidad y la legalidad de su actuación no fue objeto de la demanda de autos (Considerando 7°; párrafo 7°).

En lo que respecta al recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema, antes de referirse a la infracción a las normas de interpretación contractual de los artículos 1560 y siguientes CC, normas denunciadas como infringidas por la recurrente de casación, PECSA, la Corte profundiza los fundamentos del rechazo a la acción de indemnización. Sobre esto, La Corte sostiene que, en virtud de la subordinación de la acción indemnizatoria a la procedencia de la acción de resolución por incumplimiento del contrato que hizo PECSA en su demanda, ésta no denunció en ningún momento una infracción en base al art. 1489 CC, resultando que, dada la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes, se extinguieran las obligaciones recíprocas pendientes.

Por su parte, la recurrente denunció infracción a los arts. 1560 a 1566 CC (normas sobre interpretación de los contratos), señalan que el sentenciador: “*dio mayor valor a la voluntad declarada que a la real, al estimar que dicho término anticipado era la manifestación expresa que las partes habían decidido poner término al contrato de mutuo acuerdo, error de interpretación del contrato que contraviene el artículo 1560 del Código Civil, pese a que en esa misma convención, en la cláusula tercera, el demandante hizo reserva expresa respecto a la acción que se ejerció en estos autos, a fin de obtener el pago de los perjuicios sufridos en la construcción de la obra, lo que fue reconocido en el considerando décimo de la sentencias de primera instancia*” (Considerando 4°).

En sus consideraciones, la Corte Suprema resalta que los contratos suscritos entre la Administración y los particulares se rigen, primero, por sus cláusulas y aquellos elementos que los integran y que, por tal motivo, habiendo precedido licitación pública, las bases de ella forman parte integrante del contrato. En este sentido, la Corte afirma: “*que los jueces de fondo no incurrieron en los yerros denunciados, pues al interpretar las cláusulas de la convención “Mutuo acuerdo de terminación anticipada de contrato” suscrito entre las partes, al amparo de las bases administrativas y del principio de la autonomía de la voluntad, las partes convinieron la extinción de las obligaciones que emanaban del contrato de*

ejecución de obras... por lo que el demandante estaba impedido de obtener declaración judicial del mismo por incumplimiento de las obligaciones contractuales” (Considerando 14°).

### III. ANÁLISIS

#### A. El contrato administrativo ¿es un contrato?

La Corte Suprema, al aplicar las normas de interpretación de los contratos del CC, asume implícitamente, y sin mayor problema, que el mismo tiene la naturaleza jurídica de un contrato. Tradicionalmente se ha entendido que la relación jurídica de derechos y obligaciones que existe entre la Administración y los particulares tiene la naturaleza jurídica de un contrato, institución del Derecho Civil. Esta ha sido la interpretación que ha tenido la Contraloría General de la República en reiterados dictámenes.<sup>7</sup> Acerca de la naturaleza jurídica de esta clase de vínculos entre los particulares y la Administración del Estado han surgido, principalmente, tres teorías que pretenden explicar la naturaleza de vínculos: la teoría del contrato, la teoría del acto administrativo sujeto a modalidad<sup>8</sup> y la teoría del *supraconcepto*.<sup>9</sup>

En la sentencia en análisis, la Corte Suprema no se pregunta por la naturaleza jurídica del contrato administrativo, ya que, como hemos adelantado regiones atrás, esta lisa y llanamente concibe a la relación entre PECSA y la Municipalidad de Talcahuano como una de naturaleza contractual, procediendo derechamente a aplicar el Derecho Civil.

<sup>7</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2009), (2013) y (2014). Bermúdez se muestra cercano a esta posición al definir al contrato Administrativo como: “(...) un acuerdo de voluntades entre un órgano de la Administración del Estado que actúa dentro de su giro y tráfico propio administrativo y en ejercicio de sus competencias específicas, y un particular u otro organismo público que actúa como particular y no dentro de sus competencias específicas, que tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas, produciendo entre ellas derechos y obligaciones”. Ver BERMÚDEZ (2011), p. 196.

<sup>8</sup> Sin embargo, tanto en la doctrina comparada como nacional, se ha criticado que la naturaleza de los denominados “contratos administrativos” sea la de un contrato, categoría que pertenece al género del negocio o acto jurídico, institución propia del Derecho Civil. Arancibia, al plantear que los contratos administrativos no son más que prestaciones voluntarias que hacen los particulares al Estado, las cuales son compensadas por aquel. Este autor señala que estas relaciones jurídicas son en realidad actos jurídicos unilaterales de la Administración a través de los cuales el Estado impone o asigna cargas públicas compensadas, cuyos efectos surgen a partir de la manifestación de voluntad del administrado que las acepta, concluyendo así que los contratos administrativos tienen la naturaleza jurídica de *actos administrativos unilaterales de imposición de cargas modales*, y la modalidad consistiría en la condición suspensiva de la aceptación del administrado que las realizará bajo el derecho a ser compensado. Ver ARANCIBIA (2019), p. 31. En este sentido, el contrato administrativo se asemejaría más al vínculo jurídico que posee un funcionario público respecto del organismo estatal en el que presta servicios. En contra opina Bermúdez, quien señala la profunda diferencia entre un contrato administrativo y el nombramiento de un funcionario público: “en estos casos es posible apreciar una suma de actos unilaterales sucesivos provenientes de los sujetos involucrados, que se mantienen diferenciados como propios de estos individuos, a diferencia de un contrato administrativo...”. Ver BERMÚDEZ (2011), p. 194. Por lo tanto, de asemejarlo con alguna institución del Derecho Civil, se parecería más a la aceptación de una herencia o de un legado que al contrato. Ver ARANCIBIA (2019), p. 33.

<sup>9</sup> Para quienes postulan esta teoría, tanto el contrato administrativo como el contrato del Derecho Privado (incluidos los contratos por adhesión y de trabajo), son expresiones de una categoría superior, *el Contrato*, “al que remite la unidad última del Derecho”. En el mismo sentido Corral Talciani, quien aboga por concebir al ordenamiento jurídico como una unidad en último término. En contra piensa Vergara quien concibe al ordenamiento jurídico como un conjunto de sistemas aislados cuya única posibilidad de vinculación entre cada uno de los sistemas (derecho administrativo, derecho civil, derecho laboral, derecho penal, etc.); sería la existencia de una norma que autorice expresamente la supletoriedad de una norma de un sistema en relación a otro, por ejemplo, el artículo 2° del Código de Comercio, el artículo 1° del Código del Trabajo, el artículo 2° bis de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, y, especialmente en el tema tratado, el artículo 1° de la Ley de Compras Públicas. Ver VERGARA (2009), pp. 59-60.

## B. Regulación de la interpretación del contrato administrativo

Si el contrato administrativo es un contrato, este debe ser interpretarse como todo contrato debe ser interpretado. Ahora bien, la Contraloría ha señalado que no está dentro de la esfera de su competencia la intervención de ella en asuntos litigiosos.<sup>10</sup> Entonces, ¿a qué reglas de interpretación recurre el Juez Civil al momento de interpretar el contrato administrativo? Sobre este punto, la doctrina se ha dividido. La doctrina civilista ha sostenido con fuerza que nuestro CC es el Derecho Común del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, sus normas son supletorias, sin importar la *suma divitio* entre el Derecho Público y Derecho Privado.<sup>11</sup>

En el ámbito de la doctrina administrativista, Vergara ha sostenido la improcedencia de la aplicación del CC al Derecho Administrativo en caso de laguna. Su aplicación supletoria al ámbito del Derecho Administrativo solo sería posible cuando una norma expresa lo autorizase.<sup>12</sup> Tal sería el caso de los contratos de suministro y prestaciones de servicios por así expresarlo el art. 1º de la Ley de Compras Públicas, el cual establece un orden de prelación de normas a las que se puede recurrir para llenar vacíos, integrar e interpretar los contratos entre la Administración y los particulares: en primer lugar, se deben aplicar las normas de esta ley y sus principios; en segundo lugar, su reglamentos; en tercer lugar, las normas del Derecho Público, como la Ley General de Bases de la Administración del Estado y la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos; y, en último término, las normas del Derecho Privado, como el CC.

En lo que dice relación con la interpretación de un contrato entre la Administración del Estado y un particular, concordamos con Moraga, quien sostiene: “deberá acudirse a las disposiciones del derecho común (artículos 1560 a 1566 del Código Civil), porque ellas prestan utilidad incluso en la órbita del Derecho Público, más aún cuando el legislador de los contratos públicos no se ha preocupado de dar elementos o instrumentos hermenéuticos distintos a los que se establecen en las referidas disposiciones”.<sup>13</sup> A mayor abundamiento, Vergara reconoce esta realidad práctica e histórica en virtud del poco desarrollo de las instituciones del Derecho Administrativo y la propia remisión que hace la Ley de Compras Públicas al Derecho Privado en su art. 1º.<sup>14</sup> En este sentido, Concha señala: “el contrato de la Administración del Estado crea derechos y obligaciones del mismo modo que el contrato de Derecho Privado y así es posible comprender desde el Derecho de las obligaciones el fenómeno de la fuerza vinculante del contrato de la Administración del Estado”.<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2008).

<sup>11</sup> En este sentido, DUCCI (1977), p. 94.

<sup>12</sup> Para Vergara, este sería un caso de verdadera supletoriedad, en contraposición a situaciones en que se aplica el Derecho Civil sin que una norma del Derecho Administrativo lo autorice, solo justificándose en la aplicación supletoria de este código en virtud de su artículo 4º, por ejemplo, en la responsabilidad civil o extracontractual del Estado. Este autor, sostiene el artículo 4º del Código Civil consagra el principio de especialidad de las normas y no la aplicación supletoria, o el carácter de Derecho Común del Derecho Civil. VERGARA (2009), pp. 54 y 65.

<sup>13</sup> MORAGA (2019), pp. 404-405. Y en el mismo sentido, la doctrina civilista; por todos, LÓPEZ (1998), p. 265 y VIDAL (2000), p. 227.

<sup>14</sup> VERGARA (2009), p. 63.

<sup>15</sup> CONCHA (2013), p. 470; y en el mismo sentido, MEILÁN (2018), p. 683. Sobre este punto, CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2008a): “Al respecto, es útil recordar que en virtud del artículo 1545 del Código Civil, de las estipulaciones de los convenios válidamente

Empero, cabría preguntarnos, dada la naturaleza del contrato de *litis* y sus particularidades: diferente de un contrato civil ¿resulta directamente aplicable el CC sin mayor discusión? Como precisó la sentencia causa rol n°16-2017 del máximo tribunal en juicio, seguido entre Serviu Metropolitano con Instituto de Educación Rural: “Que, como se sabe, la Administración actúa no sólo a través de actos administrativos, que son manifestaciones unilaterales de voluntad, sino que también se encuentra facultada para celebrar contratos con particulares, en que el acuerdo de voluntades es el que genera el vínculo que une a las partes. Lo trascendente es que no todo contrato celebrado por la Administración es un contrato administrativo, toda vez que éstos tienen características propias que los distinguen de aquellos de Derecho Privado” (considerando 3°).<sup>16</sup> Ninguna duda deja que el contrato celebrado entre PECSA y la Municipalidad de Talcahuano tiene la naturaleza de un contrato administrativo, en el cual una de las partes es el Estado y la otra un particular.

En este estado de cosas, no vemos ninguna contradicción o imposibilidad de utilizar normas o principios del Derecho Civil para descifrar incidencias de un contrato administrativo, dada la debida interpretación que se debe realizar. Aún más, debemos dejar de manifiesto que quien debe velar por la correcta aplicación del contrato, son los jueces ordinarios civiles, pues no existen tribunales contenciosos administrativos en nuestro país y el Tribunal de Contratación Pública solo tiene competencia desde la aprobación de las bases de la licitación hasta su adjudicación. Creemos, entonces, que no procede ser demasiado categórico para negar cualquier posibilidad de integrar lagunas o situaciones no previstas con normas de otras ramas del Derecho, fundamentados en la contraposición que habría entre ellas. En esta parte seguimos a Coviello, quien destaca: “que el principio del *pacta sunt servanda* solo rige en la medida en que lo considere correcto el tribunal, siendo imposible, la mayoría de las veces, determinar de antemano en qué casos así lo decidirá”.<sup>17</sup>

### C. El contrato administrativo

La Corte Suprema señala la imposibilidad de solicitar la declaración judicial de resolución por incumplimiento de un contrato al que ya las partes han puesto término por mutuo acuerdo. Por otra parte, esta terminación, si bien fue parcial, la Municipalidad carecía de la facultad para celebrar una terminación parcial del contrato, debiendo entenderse por las partes que el contrato se resciliaba completa y totalmente. En efecto, como señala Moraga: “en la Administración recae el peso de observar lo establecido en el artículo 7° de la Constitución Política de la República en la ejecución, cumplimiento y terminación del contrato”;<sup>18</sup> y, esa observación, desde nuestro entender, conduce a sostener que, bajo el alero del principio de juridicidad, los órganos de la administración que suscriben contratos administrativos, salvo normativa especial en contrario, puedan y deban estarse a lo dispuesto en el art. 1545 CC.

---

*celebrados por la Administración emanan derechos y obligaciones que deben ser estrictamente acatados por los contratantes, de tal modo que no podrían aquéllos, después de sancionado y firmado un contrato, alterar unilateralmente el sistema de cálculo del reajuste polinómico pactado, ni en aquella parte que se refiere a la variación de los precios del petróleo ni en ninguna otra”.*

<sup>16</sup> Serviu con Instituto de Educación Rural (2017).

<sup>17</sup> COVIELLO (2011), p. 190.

<sup>18</sup> MORAGA (2019), p. 399.

Por otra parte, cabe reafirmar que las bases de licitación se entienden parte integrante del contrato, lo cual, por lo demás, la propia resolución impugnada así lo indica. Por ende, si nada se dijo en las bases respecto de una resciliación parcial, no hay camino para aceptar la acción de indemnización por estar unida a la acción de resolución, la que es improcedente por haberse puesto término totalmente al contrato mediante la resciliación (la que no podía ser parcial).

Moraga refiriéndose a las bases de licitación, señala: “*en ellas se manifiestan las estipulaciones contractuales y se establecen cláusulas que son fuente principal de derechos y obligaciones tanto de los intervinientes en la licitación como de las partes de la contratación*”.<sup>19</sup> De igual manera, la jurisprudencia administrativa ha puntualizado que “*la estricta sujeción a las bases constituye un principio rector que rige tanto el desarrollo del proceso licitatorio como la ejecución del correspondiente contrato y que dicho instrumento, en conjunto con la oferta del adjudicatario, integran el marco jurídico aplicable a los derechos y obligaciones de la Administración y del proveedor, a fin de respetar la legalidad y transparencia que deben primar en los contratos que celebren*”.<sup>20</sup>

En conclusión, el haber aceptado una resciliación parcial, como finalmente lo pretendía PECSA, atentaría contra el principio de igualdad de los oferentes y el principio de juridicidad o legalidad de los órganos públicos, dado que dicha causal de término no formó parte de la propuesta original del contrato contenida en las bases de licitación.

#### **D. ¿Se puede interponer la acción de resolución por incumplimiento cuándo el contrato ha terminado por mutuo acuerdo de las partes?**

Tal como se aprecia en el considerando 5º literal “o)” de la sentencia, la Corte Suprema pone de relieve que, tanto el juez de primera instancia como el tribunal de alzada, concluyeron que había operado una resciliación total del contrato y no parcial como sostenía PECSA.<sup>21</sup> Las razones de tal conclusión son:

---

<sup>19</sup> MORAGA (2019), p. 351.

<sup>20</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2017).

<sup>21</sup> Oelckers define esta causal de término del contrato administrativo de la siguiente manera: “*el mutuo acuerdo constituye una forma normal de extinción de los contratos. Si éstos nacen a la vida jurídica por mutuo acuerdo entre las partes, es también posible que se ponga término al contrato por mutuo acuerdo entre las partes*” (un razonamiento que podríamos identificar con una concepción contractualista del contrato administrativo). Ver OELCKERS (1985), p. 237. En la concepción del contrato administrativo como un acto administrativo propiamente tal, sin naturaleza contractual, esta forma de terminación adquiere más bien la naturaleza de una forma de invalidación de dicho acto por razones de mérito, oportunidad o conveniencia del interés público, no se tratándose de la institución de la resciliación del Derecho Civil. Ver ARANCIBIA (2019), p. 39. Esta causal se encuentra particularmente establecida en los contratos de suministro y prestación de servicios regulados en la Ley de Compras Públicas, en sus arts. 13 literal a) y 77 N° 1 de su Reglamento, por lo que habría que estarse a dicha normativa siempre que el objeto del contrato se encontrara previsto. Como prevención para su aplicación, cabe advertir que no basta con que las partes simplemente lo acuerden. La doctrina *iuspublicista* está conteste en que la utilización de esta causal solo debe ser utilizada por motivos fundados en el “interés público” que hagan innecesaria la mantención de la convención y que no existan causales específicas de término que puedan configurarse. Así, por lo demás, lo ha estimado CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2019). Sobre su aplicación, este modo de extinguir el contrato administrativo resulta subsidiario de existir otras motivaciones de finalización contractual. Como señala García-Trevijano: “*Los pactos que a tal efecto establezcan la Administración y el contratista obviamente irán dirigidos a zanjar sus relaciones, existiendo una amplia libertad constatada ya la viabilidad de que la Administración pueda prestar su consentimiento, es decir, que no concurran causas de incumplimiento imputable al contratista y que la prosecución del interés público aconseje la extinción del contrato para fiar el alcance mismo de dichos pactos*”. Ver GARCÍA-TREVIJANO (1992), p. 101.

en primer lugar, las bases de licitación no establecían la facultad de la Municipalidad de Talcahuano para terminar parcialmente el contrato, por lo tanto, en virtud de los principios de legalidad de los actos de la Administración del Estado y de estricta sujeción a las bases, principios que informan la contratación administrativa y que mandatan a interpretar restrictivamente las facultades del órgano estatal que es parte de la relación contractual, la Municipalidad carecía de la facultad de realizar una terminación parcial del contrato. En segundo lugar, de la lectura de las cláusulas de la terminación del contrato, solo se aprecia una reserva general de derechos y no una voluntad clara de ambas partes en orden a terminarlo solo parcialmente.

En el caso de marras, queda establecido que los efectos que tuvo el acto jurídico de la terminación total del contrato por acuerdo de ambas partes impiden que luego una de ellas, en este caso PECSA, pueda solicitar la resolución por incumplimiento del mismo recurriendo al art. 1489 CC. Así quedó claro en la sentencia. Los jueces del fondo concluyeron que tanto la pretensión de que se declare la resolución por incumplimiento de un contrato al que previamente se le puso término de mutuo acuerdo contraviene a la ley del contrato o su fuerza obligatoria, aplicando directamente al caso el art. 1545 CC. Aunque en nuestra opinión, pareciera ser una aplicación de la teoría de los actos propios del Derecho Civil en sede de contratación administrativa.

La pretensión de PECSA era obtener la reparación de los daños y perjuicios que afirmaba haber sufrido por el incumplimiento contractual de la Municipalidad. La Corte Suprema estableció en esta sentencia que, PECSA al haber deducido su acción de indemnización de forma conjunta, accesoria y, por consiguiente, dependiente de la acción resolutoria del art. 1489 CC, y siendo improcedente la primera, es que el tribunal *a quo*, en virtud del principio de congruencia procesal, se ve en la imposibilidad de acceder a la indemnización demandada. A mayor abundamiento, en el recurso de casación, PECSA tampoco denuncia como infringido el art. 1489 CC.

Entonces, la negativa de acceder a la indemnización no se funda en la improcedencia de la misma o ausencia de fundamentos o falta de alguno de sus requisitos, sino por haberse deducida de forma conjunta con la resolución por incumplimiento del contrato. En otras palabras, PECSA hizo depender la procedencia de la indemnización a la procedencia de la resolución por incumplimiento, siendo esta última improcedente, pues el contrato había terminado por mutuo acuerdo de las partes, careciendo de validez la terminación parcial en virtud de carecer la municipalidad de facultades para ello.

#### **E. La autonomía de la indemnización de perjuicios**

En relación con el punto anterior, en los últimos años se discutió acerca de la independencia de los denominados *remedios ante el incumplimiento contractual*,<sup>22</sup> dentro de los que se encontraría la indemnización de perjuicios. Esta teoría ha sido desarrollada por la doctrina denominada *del Nuevo*

---

<sup>22</sup> MEJÍAS (2008), p. 460; PIZARRO (2008), p. 400; VIDAL (2009), p. 233. El término remedios proviene del derecho contractual del *common law* (*remedies*), el cual viene a dar cuenta de las *alternativas* o soluciones al incumplimiento para la satisfacción de la prestación. Ver LEAL (2017), p. 168.

*Derecho de los Contratos* a partir de una relectura de las normas del CC y en el contexto del impacto que han tenido los instrumentos de Derecho Uniforme.<sup>23</sup>

Para la doctrina civilista tradicional, la indemnización debe ir siempre unida al cumplimiento forzado o la resolución del contrato. Sin embargo, para la doctrina civil moderna (Nuevo Derecho de los Contratos), la cual realiza una lectura amplia del art. 1489 CC, y resguardando los principios de libertad de elección del acreedor postula la posibilidad solicitar de forma autónoma la indemnización de perjuicios,<sup>24</sup> abandonándose la doctrina tradicional que sostenía la primacía de la pretensión de cumplimiento.<sup>25</sup>

En la sentencia en análisis, la Corte desliza esta posibilidad al descartar la improcedencia de la indemnización por haberse deducido de manera conjunta y dependiente de la resolución por incumplimiento del art. 1489 CC, la que era improcedente por haberse puesto termino al contrato en virtud de un acto jurídico anterior: la resciliación o termino de mutuo acuerdo.

#### **IV. CONCLUSIONES**

En la sentencia comentada convergen dos debates actuales de la doctrina *iuspublicista* y civilista nacional. En relación con la primera, esta es, la relación que existe entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil, la sentencia aplica, sin mayor fundamento, tanto el CC como principios y teorías provenientes de esta rama del Derecho, tales como: la doctrina de los actos propios (aunque no expresamente), y la teoría de los remedios ante el incumplimiento contractual. En relación a esto último, esta nueva tendencia en el Derecho Civil ha postulado la posibilidad de la procedencia de la indemnización de perjuicios respecto a la acción de resolución por incumplimiento contractual, conforme a una relectura del art. 1489 CC.

#### **BIBLIOGRAFÍA**

##### **Doctrina citada**

ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2019): “Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos”, en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (núm. 30).

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General*, 2ª edición (Santiago, Thompson Reuters).

---

<sup>23</sup> Los Principios UNIDROIT, Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos, El Marco Común de Referencias (*The Draft Common Frame of Reference*), Los Principios del Derecho Europeo de Contratos, entre otros instrumentos internacionales más, y la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, la cual es Derecho vigente y directamente aplicable en Chile desde su ratificación en 1990.

<sup>24</sup> CONTARDO (2015), pp. 120-122 y MEJÍAS (2019), pp. 9-17.

<sup>25</sup> CONTARDO (2015), pp. 17-18.

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2012): *Las Relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil* (Santiago, AbeledoPerrot).
- CELIS DANZINGER, Gabriel (2018): *Los Contratos Administrativos*, 2ª edición (Santiago, El Jurista Ediciones Jurídicas).
- CONCHA MACHUCA, Ricardo (2013): “La Fuente Normativa de la Fuerza Obligatoria del Contrato de la Administración (art. 1545 del Código Civil)”, en: *Revista Ius ext Praxis* (núm. 2).
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2015): *Indemnización y resolución por incumplimiento* (Santiago, Thomson Reuters).
- COVIELLO, Pedro José Jorge (2011): “El Contrato Administrativo: ¿*lex inter partes* o *ius variandi*?”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (núm. 66).
- DUCCI CLARO, Carlos (1977): *Interpretación Jurídica*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto (1992): “La Extinción de los Contratos Administrativos por Mutuo Acuerdo”, en: *Revista de Administración Pública* (núm. 127).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014): *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno* (Santiago, Thomson Reuters).
- LEAL BARROS, Patricia (2017): “El derecho de retención en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, en: *Revista de Derecho Privado* (núm. 33).
- LÓPEZ SANTAMARÍA, Jorge (1998): *Los Contratos. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MEILÁN GIL, José Luis (2011): “Una concepción *iusadministrativista* de los contratos públicos”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP* (núm. 66).
- MEILÁN GIL, José Luis (2018): “El Contrato Público determinado por el interés general”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de México* (t. LXVIII núm. 271).
- MEJÍAS ALONSO, Claudia (2008). “El incumplimiento contractual y sus modalidades”, en: Brito Guzmán, Alejandro (coordinador), *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2019): *La resolución por incumplimiento: su procedencia y efectos* (Santiago, Der Ediciones).
- MORAGA KLENNER, Claudio (2019): *Contratación Administrativa*, 2ª edición (Santiago, Thomson Reuters).
- OSORIO VARGAS, Gabriel y VILCHES YÁÑEZ, Leonardo (2020): *Derecho Administrativo. Conceptos y principios* (Santiago, Der Ediciones), t. I.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2008): “Hacia un sistema de remedios ante el incumplimiento”, en: Brito Guzmán, Alejandro (coordinador), *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime (2006): “Las Prerrogativas de la Administración en los Contratos de las Administraciones Públicas”, en: *Revista de Derecho Público* (vol. 70).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2000): “La Construcción de la Regla Contractual en el Derecho Civil de los Contratos”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 21).
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1985): “La Extinción del Contrato Administrativo de Obra Pública”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 9).
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2014): *Derecho Público más Derecho Privado* (Madrid, Marcial Pons).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2009): “Derecho Administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil”, en: *Revista de Derecho Administrativo* (núm. 3).

VERGARA BLANCO, Alejandro (2010): *El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo* (Santiago, Abeledo Perrot).

VERGARA BLANCO, Alejandro (2020): “Supletoriedad del Código Civil en casos administrativos: respuesta a un crítico mediante un análisis jurisprudencial”, en: *El Mercurio Legal*.

VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009): “La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 32).

### **Normas citadas**

Constitución Política de la República de Chile.

Código Civil de Chile.

Ley N°19.886 de 2003 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, 30 de julio de 2003.

### **Jurisprudencia citada**

Dictamen N°36.724, de 2008 (a), de la Contraloría General de la República.

Dictamen N°32.657, de 2008 (b), de la Contraloría General de la República.

Dictamen N°22.640, de 2009, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N°34.523, de 2013, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N°91.219, de 2014, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N°9.553, de 2017, de la Contraloría General de la República.

Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano con Instituto de Educación Rural (2017): Excelentísima Corte Suprema, de 11 de septiembre de 2017, rol 16-2017.

Dictamen N°4.858 de 2019 de la Contraloría General de la República.

Promociones Edificios y Contratas S.A. Agencia en Chile con Ilustre Municipalidad de Talcahuano (2020): Excelentísima Corte Suprema, de 13 de julio de 2020, rol 24.392-2020.

# Sistema de valoración probatoria y presunciones judiciales a propósito de un caso de simulación. Corte Suprema, 8 de febrero de 2023, rol N° 4057-2021

## *System of probative assessment and judicial presumptions in the context of a case of simulation. Supreme Court, 8 February 2023, rol N° 4057-2021*

**Branco Aravena Cuevas**

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile.  
Correo electrónico: branco.aravena@pucv.cl. <https://orcid.org/0000-0002-5201-7184>.

Recibido el 25/06/2023

Aceptado el 12/12/2023

Publicado el 31/12/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n43.08>

**RESUMEN:** En el presente comentario se abordan dos cuestiones probatorias con ocasión de un fallo sobre simulación de un contrato de compraventa. La primera tiene que ver con que la simulación permite cuestionar que el sistema probatorio del Código de Procedimiento Civil sea uno de prueba tasada, sino que es uno que combina reglas de valoración legal (fuertes y débiles) y de sana crítica. La segunda cuestión dice relación con el rol de las presunciones judiciales que permiten inferir la simulación, y los criterios jurisprudenciales que sirven para su construcción.

**PALABRAS CLAVE:** Simulación, prueba tasada, presunciones judiciales, sana crítica.

**ABSTRACT:** In this commentary, two evidentiary issues are addressed in relation to a judgment on the simulation of a sales contract. The first issue pertains to the fact that simulation allows questioning whether the evidentiary system of the Civil Procedure Code is one of legal or assessed evidence, as it combines rules of legal valuation (both strong and weak) and those of free evaluation of evidence. The second issue is related to the role of judicial presumptions that allow the inference of simulation and the jurisprudential criteria used for their construction.

**KEY WORDS:** Simulation, legal regulation of the evidentiary weight, judicial presumptions, free evaluation of evidence.

## I. ANTECEDENTES DEL CASO

El caso versa sobre una serie de pretensiones, entre ellas –en lo que interesa– una demanda de simulación y nulidad absoluta ejercida por doña Adriana Petermann Gascón, quien compareció por sí y en representación de la Inmobiliaria e Inversiones Don Sebastián Ltda., interpuesta en contra del Supermercado Colonial Ltda., representado por don Víctor Fuenzalida Díaz, y contra este último. Se trata de una compraventa de bien raíz celebrada el 16 de mayo de 2011, en la que Víctor Fuenzalida Díaz compareció como representante legal de la Inmobiliaria demandante, la que actuó como vendedora, y del Supermercado, en calidad de compradora, respectivamente. Como se ve, es un caso de autocontratación en que una misma persona actuó gestionando dos patrimonios diversos. Además, el negocio fue celebrado luego de que Adriana Petermann Gascón y Víctor Fuenzalida Díaz se separaran de hecho, y previo a la tramitación del divorcio de su matrimonio.

El precio de la compraventa fue de \$61.000.000, pagadero de la siguiente forma: una cuota de \$25.000.000, al contado, y el saldo de \$36.000.000, se pagaría en cuotas semestrales de \$6.000.000. Luego de unos días de notificada la demanda, las sociedades partes del juicio suscribieron una escritura de pago del precio.

El tribunal de primera instancia rechazó la demanda, lo que fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Concepción, en la causa rol N°19-2020, de 23 de noviembre de 2020. La reflexión del tribunal de alzada se sustentó en lo concerniente al precio. Así, en cuanto a que este no sería real por no resultar verosímil, en el motivo sexto de la sentencia de apelación se anota:

*“Que, además, si bien el precio debe ser real y serio, no es menester que sea justo; de modo que aun cuando no sea un precio justo el pactado y sea, en cambio, un precio vil, que no refleja la equivalencia respecto al valor de la cosa, esa vileza del precio no obsta, por regla general, a la validez del contrato de compraventa, salvo que se acredite la lesión enorme por existir una desproporción grave en las prestaciones, es decir, en el precio y en el valor del inmueble, acorde a los parámetros que señala el artículo 1889 del Código Civil”.*

En adición, la Corte de Apelaciones entendió que el precio fue pagado, lo que se desprende de la escritura que así lo acredita:

*“Que, también ha de desestimarse la alegación de la actora en cuanto afirma que no hubo una intención real de pagar un precio, lo que se demostraría con la circunstancia de que la supuesta vendedora, Inmobiliaria e Inversiones don Sebastián Limitada, no recibió dicho precio. En efecto, dicha alegación no puede prosperar ya que tal precio se ha de tener por íntegramente solucionado, según consta del mérito de la escritura pública de cancelación, presentada en el juicio y no objetada, de 10 de mayo de 2016 por la cual V. H. F. D., en representación de Inmobiliaria e Inversiones don Sebastián Limitada declara que el precio de la compraventa celebrada entre la Inmobiliaria e Inversiones don Sebastián Limitada y Su-*

*permercado Colonial Limitada, antes referida, ha sido pagado totalmente*”<sup>1</sup>

Frente a lo anterior, la actora dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo. La Corte Suprema acogió el primero de ellos, ya que, como fluye del considerando octavo del fallo de casación, la prueba fue estimada en términos generales, sin que se expresaran de forma pormenorizada las conclusiones a las que permitía arribar cada medio de prueba.<sup>2</sup> En lo pertinente, el máximo tribunal consignó que:

*“En consecuencia, se observa que los sentenciadores hacen una estimación general de la prueba y deducen una conclusión sobre la base de sólo parte de la prueba rendida, omitiendo de esta manera analizar detalladamente las probanzas, y sin expresar si ellas acreditan o no un hecho dado”.*

Luego, en el fallo de reemplazo, la Corte Suprema indicó tres cuestiones relevantes: primero, que el régimen de ineficacia para la simulación es la nulidad.<sup>3</sup> Así se afirma en el considerando octavo:

*“En suma, se imprime vigencia y funcionamiento práctico a la figura doctrinaria de la simulación absoluta, conduciendo el caso por el cauce de la estructura del acto jurídico, para desembocar en la nulidad [...]”.*

Segundo, a pesar de que el sistema de valoración del Código de Procedimiento Civil sería el de la prueba legal o tasada, el adjudicador, debido a la naturaleza del asunto conocido, cuenta con un mayor margen de apreciación prudencial que morigera el rigor del modelo vigente. Tercero, que en casos como este, las presunciones judiciales ocupan un lugar especial en la decisión del caso.<sup>4</sup> Son estas dos últimas cuestiones las que comento en este trabajo.

## **II. La simulación como encrucijada al sistema de valoración de la prueba**

El comportamiento de los intervinientes en un negocio simulado es subrepticio, puesto que ninguna de las partes buscará que existan antecedentes que sirvan para acreditar el verdadero carácter de su acuerdo. Por ello, la Corte Suprema, en el considerando sexto del fallo de reemplazo, arriba a un par de consecuencias probatorias, y en lo que por ahora interesa, a la siguiente:

*“a. Que en materia de simulación, en general, la valoración de los distintos medios de prueba debe efectuarse algo alejada de la rigurosidad que en algunos ordenamientos impone el sistema de prueba tasada legalmente, o de tarifa legal, puesto que aun en estos ordenamientos frecuentemente quedan,*

---

<sup>1</sup> Petermann Gascon y otra con Supermercado Colonial Ltda. (2023).

<sup>2</sup> Como explica GASCÓN (2010), p. 183: “En resumen, la exigencia de motivación se extiende a todas las pruebas. Ésta es la regla general, y en su cumplimiento encuentra el juez la legitimidad de su actuación”.

<sup>3</sup> Dado que la simulación no cuenta con una regulación expresa, es importante que se determine cuál es la causal de ineficacia que resulta aplicable. En cuanto a que se trata de la nulidad, me pronuncio en ARAVENA (2022), pp. 271-275.

<sup>4</sup> Ambos puntos fluyen del considerando sexto del fallo de reemplazo del caso en comento.

por la naturaleza del asunto, márgenes de apreciación prudencial en que el tribunal tiene oportunidad de morigerar ese rigor y se trata, precisamente, de que lo haga particularmente en un tema como el de autos [...]”<sup>5</sup>

La tesis que sostiene la Corte Suprema es que esta institución, por su despliegue en la práctica, precisaría de un relajamiento de la valoración probatoria para tenerla por acreditada, al margen de lo que impondría un sistema de prueba legal o tasada.<sup>6</sup> Con todo, la interrogante que persiste es si la simulación es una cuestión excepcional que requiere este margen de apreciación prudencial, o si acaso encuentra lugar en el diseño procesal vigente. Al respecto, es dable sostener que el sistema actual es uno en que se disciplinan distintos modelos, sustentado en la coexistencia de reglas de valoración legal (fuerte y débil) y de sana crítica.

Una regla de valoración legal fuerte es aquella en que el legislador predefine cuál es el mérito que el juez debe asignarle a un determinado medio de prueba, y coincide con la tarifa o prueba legal.<sup>7</sup> Un buen ejemplo de ello es lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1700 del Código civil, al disciplinar que:

*“El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes”.*

Como explica Meneses, el instrumento público hace plena prueba en cuanto a su autenticidad, respecto de las propias partes y terceros. Esto encuentra su fundamento “en la fe pública que acompaña a esta modalidad documental”.<sup>8</sup> Otro tanto ocurre con la veracidad de las afirmaciones vertidas en el instrumento. El autor considera que si las declaraciones dispositivas y las meramente enunciativas son invocadas en contra de las partes, en tal caso se entiende que la regla anotada disponga que el instrumento público hará plena prueba.<sup>9</sup> En definitiva, la seguridad jurídica es el fundamento de esta valoración fuerte que formula el legislador, por cuanto está comprometida la fe pública, que permite verificar la autenticidad e, incluso, la veracidad de las afirmaciones de los otorgantes.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> La Corte Suprema suele reiterar estas conclusiones en distintos fallos sobre simulación, que son extraídas del trabajo de PEÑAILILLO (1992), pp. 25-26, como en *Farandato Costa con Farandato Sclabos y otra* (2016); *Taghizadeh Samad con Automotora Word Cars International Ltda.* (2018); *Fariás Fariás con Faria Fariás* (2021); *Contreras Villarroel con Contreras Candia y otros* (2021); y *Mardini Reyes con Inmobiliaria don Jose Limitada* (2021).

<sup>6</sup> En este sentido DUCCI (2009), pp. 402-403. El autor expone que: “De lo anterior se deduce que nuestra legislación establece taxativamente los medios de prueba y, como lo veremos más adelante, determina también su valor probatorio y la oportunidad en que la prueba debe ser rendida. Es lo que se llama sistema de prueba legal”. Pero reconoce que hay otros autores que indican que el sistema no sería uno legal, sino que mixto, con cargo a la apreciación comparativa del artículo 428 del Código de Procedimiento Civil o el inciso segundo del artículo 426 del mismo Código.

<sup>7</sup> En palabras de COUTURE (2014), p. 219: “Pruebas legales son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio”.

<sup>8</sup> MENESES (2017), p. 546.

<sup>9</sup> MENESES (2017), p. 550.

<sup>10</sup> Al respecto, véase MENESES (2017), pp. 193 y ss.

En cuanto a las reglas de valoración legal débil, se trata de aquellos casos en que el legislador predefine el modo en que el juez debe apreciar la fuerza del medio de prueba dentro de un cierto margen o criterios establecidos. Un caso típico es el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, a propósito de la prueba testimonial. Es la ley la que dispone cuáles son los factores que el juez debe considerar para su reflexión, pero si se analiza con más detención, es posible apreciar que la mayoría de los numerales de dicha regla poseen un sustrato epistémico o estándar racional que permite justificar la configuración de estos preceptos.<sup>11</sup> Así, la primera regla remite a las presunciones judiciales cuando se trata de la declaración de un testigo imparcial y verídico; la segunda regla indica que la declaración de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales podrá constituir plena prueba, en la medida que no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario. De este modo, el juez deberá exteriorizar las razones por las que considera o no que dichas declaraciones constituyen plena prueba, lo que no puede ser arbitrario, sino que deberá expresar cómo es que arriba a la conclusión de que los testigos resultan contestes en los términos exigidos, lo que no es otra cosa que la necesidad de servirse de estándares epistémicos.<sup>12</sup> Y así sucesivamente, aunque con alguna excepción.<sup>13</sup>

Por su parte, las reglas de sana crítica son aquellas que habilitan al juez para valorar los medios de prueba de acuerdo con los estándares que la integran, y que son los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científico afianzado.<sup>14</sup> Un ejemplo de ello es el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, en materia de prueba pericial, el que establece que:

*“Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica”.*

Por último, es posible encontrar reglas que combinan distintos criterios, como lo es el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil, que disciplina la apreciación comparativa de los medios de prueba, en términos que:

*“Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad”.*

La configuración de este supuesto envuelve dos tipos de reglas: una de valoración legal fuerte y una de sana crítica. La primera se encuentra en lo que refiere a la presencia de una ley que *“resuelva el conflicto”*, es decir, que el propio legislador determine cuál medio de prueba va a prevalecer por sobre otro. Tal es el caso de la prueba testimonial, como en el numeral dos del artículo 384 del Código

---

<sup>11</sup> En este sentido MATUS (2019), p. 50.

<sup>12</sup> Véase MATUS (2019), p. 51.

<sup>13</sup> Con excepción de, por ejemplo, la regla cuarta del artículo 384 Código de Procedimiento Civil, que establece que: *“Cuando los testigos de una y otra parte reúnan iguales condiciones de ciencia, de imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declare el mayor número”*. Coincido con MATUS (2019), p. 52, quien califica este precepto como *“aberrante, pues carece de mérito epistemológico”*.

<sup>14</sup> MATURANA (2018), p. 78.

de Procedimiento Civil, de suerte que la declaración de dos testigos contestes hará plena prueba en la medida que no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario, o la hipótesis del artículo 402 del mismo Código, en cuanto a que contra la confesión de hechos personales de un litigante no se recibirá prueba alguna. Al respecto, la Corte Suprema ha entendido que la regla se infringe en aquello que constituye el supuesto de valoración legal fuerte, esto es, que se contravenga la jerarquía que el legislador ha predefinido:

*“También debe descartarse la infracción del artículo 426 Código de Procedimiento Civil, porque la apreciación de la fuerza probatoria de las presunciones judiciales queda entregada a los tribunales de la instancia, ya que su convicción debe fundarse en la gravedad, precisión y concordancia que derive del mérito de los antecedentes, conforme lo dispone el artículo 1712 del Código Civil; mientras que la regla del artículo 428 solo se vulnera cuando, dos o más pruebas contradictorias, concurra una ley que obligue a los sentenciadores a inclinarse por ella y, no obstante, el fallo se decida por la otra, lo que no ha ocurrido en este caso”*.<sup>15</sup>

Salvo estos casos –y los que constituyen presunciones de derecho–, el juez queda en posición de ponderar los medios de prueba contradictorios, inclinándose por aquel que se ajuste de mejor forma a la verdad, lo que significa que debe construir ciertas inferencias probatorias que satisfagan estándares racionales de justificación, esto es, por medio de inferencias epistémicas, cuyo enlace se sustenta en las máximas de experiencia como *“generalizaciones a partir de experiencias previas que asocian hechos del tipo del que queremos probar con hechos del tipo de los que constituyen las pruebas o indicios”*.<sup>16</sup> Por lo mismo, y dado que las máximas de experiencia forman parte de su contenido, asumo que la mejor forma de fundamentar esta reflexión probatoria comparativa es con cargo a los parámetros de la sana crítica, lo que permite honrar la amplitud de la que goza el tribunal para este ejercicio.<sup>17</sup>

La conclusión a la que se puede llegar es que la simulación no precisa de un margen artificial de mayor reflexión prudencial como lo sostiene la Corte Suprema, sino que, con cargo a una adecuada lectura de la configuración de las reglas que componen el sistema de valoración de la prueba, puede arribarse a la tesis de que el modelo del Código de Procedimiento Civil es uno mixto, en el sentido que lo explica Larroucau: *“El Código Civil de 1855 y el Código de Procedimiento Civil de 1903 fueron estatutos que no implementaron un modelo de prueba tasada, sino que hicieron ‘una aplicación preferente’ del mismo, dejando un margen de acción significativo para la sana crítica –y, con ello, para la soberanía judicial–, sobre todo en lo que se refiere a la prueba pericial (art. 425 Código de Procedimiento Civil) y a la decisión ante pruebas contradictorias (art. 428 Código de Procedimiento Civil)”*.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Espíndola con Espíndola (2020).

<sup>16</sup> GONZÁLEZ (2018), pp. 20-21. Como expresa González Lagier, la finalidad de las inferencias probatorias epistémicas es *“aproximarse en la mayor medida posible a la verdad”*.

<sup>17</sup> Solo unos años después de la entrada en vigencia del Código de procedimiento civil, el autor Miguel Luis Valdés ya sostenía que dicho cuerpo normativo daba preferencia a las presunciones de derecho por mandato del legislador, agregando, respecto del otrora artículo 431 (hoy 428 del Código de Procedimiento Civil), que: *“como se ve, este artículo, de acuerdo con la doctrina moderna, deja bastante amplitud para que el juez proceda”*. Véase VALDÉS (1908), pp. 153-154.

<sup>18</sup> LARROUCAU (2015), p. 12.

Este sistema mixto y complementario permite que las escrituras públicas se sopesen con las inferencias probatorias que adoptan el carácter de presunciones judiciales, y que sean medidas según la métrica de la verdad ex artículo 428 del Código de Procedimiento Civil. Así se entiende a partir de lo anotado en el considerando séptimo del fallo de reemplazo, el que, en lo pertinente, refiere que:

*“Pues bien, este antecedente y los demás anteriormente singularizados, constituyen bases de presunciones judiciales que hacen plena prueba en relación a lo que acreditan, o sea, que no existió voluntad real de parte de los vendedores y de la compradora de celebrar dicho contrato”.*

De este modo, el máximo tribunal hace prevalecer a las presunciones judiciales por sobre la compra-venta y la escritura de pago otorgada por los contratantes.

### III. EL ROL DE LAS PRESUNCIONES JUDICIALES EN LA SIMULACIÓN

La segunda consecuencia probatoria que sostiene la Corte Suprema en el fallo de reemplazo es la siguiente:

*“b. Que tratándose de una simulación, la prueba de presunciones es elevada a una consideración primordial y de decisiva influencia. Es la única actitud equitativa si se quiere conceder verdaderamente una opción al demandante de llegar a tener éxito”.*

Una primera cuestión que llama la atención es lo concerniente a la actitud del tribunal frente a las presunciones judiciales para la prueba de la simulación. En el fallo se anota que se trata de *“la única actitud equitativa”*, lo que resulta incorrecto, por cuanto estas no pueden ser un instrumento para que el juez –solapadamente– tome partido por uno de los litigantes, sino que son un mecanismo para inferir, con cargo a ciertos parámetros o estándares racionales, unas determinadas conclusiones probatorias. Una postura como la que asume la Corte Suprema implica sacrificar el componente reflexivo que caracteriza a las presunciones judiciales a cambio de conceder al demandante la oportunidad de obtener un resultado favorable, como si no la tuviera por defecto. Una lectura como esta, por lo demás, parece concordante con la idea de que el sistema de valoración de la prueba sería uno legal y que necesita ser atemperado, lo que estimo incorrecto debido a que –según se expuso previamente– el modelo probatorio vigente es uno mixto.

Cabe recordar que, si bien las presunciones judiciales suelen ser calificadas como un medio de prueba,<sup>19</sup> lo cierto es que son la forma en que los tribunales construyen inferencias probatorias de carácter epistémico. En tal sentido, es un ejercicio de razonamiento probatorio, o –como explica Carbonell– una *“[...] operación que realiza el juez para extraer, a partir de pruebas que permiten dar por probado*

---

<sup>19</sup> Por todos, CORRAL (2022), p. 842, quien entiende que: *“Quizás lo más sensato sería incluir a las presunciones dentro de los medios de prueba, aunque concediendo que estamos ante una forma probatoria que presenta singularidades respecto de los demás medios probatorios”.* Agrega que: *“Finalmente, las presunciones judiciales pueden ser elaboradas por iniciativa propia del juez y sin necesidad de que las partes hayan solicitado su construcción”.*

un enunciado fáctico (en el lenguaje de los juristas, a partir de ‘hechos conocidos’), conclusiones acerca de la efectividad del hecho desconocido que intenta probarse”.<sup>20</sup> En otras palabras, esto significa –como se explicó arriba– que el juez toma ciertos datos de la causa y, a partir de ellos, por medio de un enlace cuyo contenido se determina por las máximas de experiencia, llega a tener ciertos hechos por acreditados. En relación con ello, es importante observar que, según los artículos 426 del Código de Procedimiento Civil y 1712 del Código civil, las presunciones judiciales deben ser graves, precisas y concordantes. Estos son los estándares de racionalidad previstos para que el juez construya las inferencias. Al respecto, convendrá tener a la vista la opinión de Larroucau, en términos que: “tanto el esquema de esta presunción –gravedad, precisión y concordancia– como el de la sana crítica –ciencia, lógica y experiencia– instruyen a un juez acerca de cómo inferir, no qué inferir”,<sup>21</sup> por lo que los límites del adjudicador son metodológicos y no de contenido.

La gravedad implica que “las inferencias indiciarias empleadas para cada uno de ellos utilizan máximas de experiencia dotadas de un alto grado de fundamento, generando así una elevada intensidad persuasiva de cada singular instrumento cognoscitivo indiciario”.<sup>22</sup> La precisión, a su turno, consiste en que “pueden considerarse ciertos y correspondientes a elementos indiciarios, luego de que se hayan superado positivamente las valoraciones tanto de fiabilidad concernientes a las fuentes de prueba de que proceden, como de atendibilidad relativas a los medios de prueba a través de los cuales han llegado al procedimiento”.<sup>23</sup> Por su parte, la concordancia supone que “los resultados de las inferencias basadas en distintos elementos indiciarios, confluyen hacia una reconstrucción unitaria del hecho al que se refieren”.<sup>24</sup> En otros términos, la gravedad implica que el enlace inferencial se encuentre debidamente respaldado por un acervo de experiencias que le confieren solidez;<sup>25</sup> la precisión significa que las presunciones deben resultar plausibles y pertinentes de acuerdo con el material probatorio disponible; y la concordancia supone la coherencia del razonamiento suministrado por el tribunal.

Por ende, la actitud que debe adoptar el tribunal no es la deferencia frente al demandante como si no existiera otra alternativa, sino que debe ceñirse a los criterios que la ley explícitamente establece, y que pueden reconducirse a los estándares de la sana crítica.<sup>26</sup>

Una segunda cuestión dice relación con la preeminencia de las presunciones judiciales en materia de simulación. Este criterio permite comprender el rol de estas inferencias probatorias para tener por acreditado el negocio simulado. Un ejemplo de ello es un caso en que se celebró una compraventa

---

<sup>20</sup> CARBONELL (2021), p. 381.

<sup>21</sup> LARROUCAU (2015), p. 27.

<sup>22</sup> UBERTIS (2017), p. 138.

<sup>23</sup> UBERTIS (2017), p. 138.

<sup>24</sup> UBERTIS (2017), p. 138.

<sup>25</sup> En el sentido que el respaldo, en tanto enunciado categórico, busca validar la funcionalidad de la garantía como enunciado hipotético, que opera como puente entre los datos o base y la tesis. Véase TOULMIN (2007), p. 143.

<sup>26</sup> LARROUCAU (2015), p. 32. Como concluye el autor: “El nexo entre la sana crítica y las presunciones judiciales no solo se aprecia en que ambos acuden a parámetros externos para decidir los hechos, sino que también en que dichos parámetros son, en buena medida, reglas de experiencia”.

con la finalidad de distraer bienes que formaban parte del régimen de sociedad conyugal. Se anota en este sentido:

*“Que de los presupuestos fácticos anotados en el fallo que se revisa y de aquellos que recién han sido mencionados cabe desprender, al tenor de lo que disponen los artículos 426 del Código de Procedimiento Civil y 1712 del Código Civil, presunciones graves, precisas y concordantes, suficientes a juicio del tribunal para formar el convencimiento legal de que el contrato de compraventa de 5 de septiembre de 2008 fue simulado, pues aparentando una actuación lícita otorgó un contrato con el único objeto de que el demandado adquiriera dos inmuebles de la sociedad conyugal conformada por los padres de los litigantes, extrayéndolos del patrimonio social y perjudicando de ese modo a la actora, en tanto heredera del vendedor”.*<sup>27</sup>

A lo anterior se suma la cercanía de las partes involucradas, puesto que el demandado es hijo del difunto vendedor, quien administraba sus bienes:

*“En cuanto al vendedor, es razonable concluir que desde el año 2006 padecía de dificultades de orden cognitivo que fueron diagnosticadas como demencia asociada a enfermedad de [A]lzheimer, situación que se mantuvo hasta su fallecimiento acaecido en el año 2010. En estas condiciones, como desde dos años antes de la celebración del contrato no comprendía los actos que ejecutaba y menos sus efectos, su hijo, demandado en autos, administraba sus negocios y dineros, entre los cuales se encuentra el precio de la compraventa materia del juicio”.*<sup>28</sup>

Otro criterio al que suele prestarse atención es la falta de pago del precio en la compraventa. La Corte Suprema ha entendido que la inejecución de esta prestación sirve como indicador de que el negocio sea uno simulado:

*“e) No se encuentra acreditado que el precio de la compraventa se hubiese pagado en la forma estipulada en la cláusula tercera, esto es, que ‘la compradora cancela en este acto e dinero efectivo y de contado’. Ni en el Libro Diario ni en las cartolas de la cuenta corriente bancaria existe una partida por la cantidad de \$ 40.000.000. Si bien en el libro de contabilidad de la sociedad está registrado un asiento por ‘Anticipo por venta Depto. V.’ por \$ 30.000.000, pero no tiene respaldo porque no se acompañó al proceso el documento sustentatorio de esa anotación contable. A ello habrá que agregar que en el Formulario F-2890 del Servicio de Impuestos Internos (Fs. 130), por medio del cual el Notario informa al Servicio sobre las enajenaciones de bienes raíces, se indica ‘Monto Total Compra: \$ 40.000.000. Valor Total Pagado al Contado \$ 4.000.000’. Pero si esto no fuere bastante, existe una evidente contradicción entre lo expresado por el vendedor que confiesa que el precio se pagó con anterioridad (fs. 316, pregunta 17), en tanto que*

---

<sup>27</sup> Fariás Fariás con Faria Fariás (2021). En un sentido similar, Gutierrez Garrido con Leiva Muñoz (2016), en que la Corte Suprema estableció: “Que, resulta evidente que el demandado, señor L., constituyó una sociedad comercial como cobertura o instrumento para perjudicar fraudulentamente a la sociedad conyugal e indirectamente a su cónyuge, [aun] cuando subyace en la defensa del demandado la pretensión de elevar a la condición de principio insoslayable la regla según la cual siendo la sociedad una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, los bienes que forman parte de la sociedad comercial forman parte del patrimonio propio de ésta y no del socio [...]”.

<sup>28</sup> Fariás Fariás con Faria Fariás (2021).

la compradora sostiene que ‘se [pagó] en dinero efectivo y la parte vendedora no recibió el dinero con anterioridad a esta fecha’ (fs. 310, pregunta 12)”<sup>29</sup>

En otro fallo se puede encontrar este mismo criterio:

“Que acorde con lo que se viene narrando, bien pudo demostrar la actora, –como lo determinaron los juzgadores del grado– con otras probanzas, en particular, con la prueba de las presunciones, que las declaraciones vertidas en el contrato cuya nulidad se pretende carecen de sinceridad. De tal forma, procede atender que el juez a quo, al haber tenido por acreditado que el precio aludido en la escritura suscrita el 17 de septiembre del 2015 no fue solucionado, necesariamente había de arribarse a la conclusión que la compraventa que allí se pretendía hacer aparecer era fingida o aparente, ergo, carecía de realidad, circunstancia que fue completamente soslayada por los jueces de alzada. Por consiguiente, el contrato celebrado por la parte demandada inevitablemente debía tenerse por simulado, lo cual deviene en una circunstancia suficiente para concluir la nulidad que se pretende por los actores, por la flagrante transgresión e los artículos 1444, 1445 y 1793 del Código de Bello”<sup>30</sup>

Ahora, en lo que concierne al caso de este comentario, la Corte Suprema acudió a las presunciones judiciales para inferir que se trataba de un negocio simulado, cuya sola finalidad fue privar a la demandante del bien objeto de la compraventa:

“Que según apreciación de esta Corte existe en autos un conjunto de antecedentes que permiten adquirir la convicción de que el contrato celebrado con fecha 16 de mayo de 2011 otorgado ante el Notario Público de Concepción, R. G. C., por medio del que se transfirió el dominio de la propiedad ubicada en [...], es un contrato simulado. En efecto, ellos conducen inevitablemente a presumir que dicho contrato se celebró con el mero afán de privar, en última instancia, a la demandante del inmueble objeto del contrato de compraventa”<sup>31</sup>

Para confirmar lo anterior, se acudió al expediente del precio para inferir que se estaba ante un negocio simulado, por cuanto resultaba irrisorio<sup>32</sup> en comparación con su valor comercial, junto con que este, en realidad, no se había pagado:

“Pues bien, este antecedente y los demás anteriormente singularizados, constituyen bases de presunciones judiciales que hacen plena prueba en relación a lo que acreditan, o sea, que no existió voluntad real de parte de los vendedores y de la compradora de celebrar dicho contrato. Lo anterior por cuanto, el precio acordado es irrisorio, ya que dista con creces de su valor comercial –sin siquiera alcanzar la mitad de dicho valor–, y, porque además no se ha acreditado mediante prueba alguna en el proceso que dicho precio haya sido efectivamente pagado. En efecto, la referida escritura, de fecha 10 de mayo de

---

<sup>29</sup> Gutierrez Garrido con Leiva Muñoz (2016).

<sup>30</sup> Ovalle Madrid con López Correa (2021).

<sup>31</sup> Petermann Gascon y otra con Supermercado Colonial Ltda. (2023).

<sup>32</sup> De acuerdo con el informe de tasación acompañado y anotado en el considerando 7º del fallo de reemplazo del caso en comento, se concluyó que el valor comercial del inmueble al año 2019 ascendía a la suma de \$304.100.034.

2016, carece del valor pretendido desde que implicaría aceptar como verdadero que la propia demandante Inmobiliaria e Inversiones don Sebastián Limitada, días después de notificada la demandada declaró que el precio reclamado como ficticio en este juicio, fue pagado íntegramente, lo que carece de la más mínima coherencia”.<sup>33</sup>

Además de la magnitud del precio, hay otros factores que saltan a la vista en el caso, y que son la cercanía de los litigantes, pues se trata de cónyuges que son socios de unas mismas sociedades, lo que hace inverosímil que se haya otorgado una escritura de pago luego de haberse notificado la demanda, sumado a que –como se advirtió en la introducción– el negocio simulado fue celebrado en modalidad de autocontratación,<sup>34</sup> en que el demandado representó a ambas sociedades.

#### IV. CONCLUSIONES

Primero, es necesario cuestionar la idea de que la simulación, por su naturaleza, precisa de un mayor margen prudencial para su valoración frente a las supuestas limitaciones que impone un sistema de prueba legal tasada. Las reglas del modelo probatorio del Código Civil y Código de Procedimiento Civil permiten comprender que se trata de un sistema mixto, que alberga reglas de valoración legal y de sana crítica, destacando al respecto el artículo 428 Código de Procedimiento Civil, sobre la apreciación comparativa de los medios de prueba, que autoriza al adjudicador para sopesar la información disponible e inclinarse por lo que crea más conforme con la verdad, y para ello debe suministrar unas razones que justifiquen por qué un medio de prueba prevalece por sobre otro, a través de inferencias epistémicas. La simulación, por ende, requiere de un buen ejercicio de valoración probatoria, que explique la preferencia de las presunciones judiciales por sobre los instrumentos públicos, que suele ser el conflicto habitual en esta clase de asuntos.

Segundo, las presunciones judiciales, en tanto inferencias probatorias de corte epistémico, son el razonamiento clave para decidir la existencia de un negocio jurídico simulado. Sin embargo, su uso no implica una actitud equitativa por parte del tribunal como si fuera la última alternativa, sino que es la forma natural en que se aborda la construcción de dicho razonamiento, con cargo a los estándares de gravedad, precisión y concordancia, que no son otra cosa que la métrica que impone la reflexión conforme con la sana crítica, basada en reglas de experiencia. Para ello el adjudicador debe prestar atención al material probatorio del que dispone para la construcción de estas inferencias, a partir de ciertos criterios usuales en los casos de simulación, como la magnitud del precio (generalmente uno bajo); la falta de pago; la cercanía de las partes y la presencia de un supuesto de autocontratación.

---

<sup>33</sup> Petermann Gascon y otra con Supermercado Colonial Ltda. (2023).

<sup>34</sup> Como explican LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 223, en términos que se actúa “[...] ya sea como titular de dos patrimonios (o de dos fracciones de un mismo patrimonio) sometidos a regímenes jurídicos diferentes”.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- ARAVENA CUEVAS, Branco (2022): “Inexistencia y simulación. Corte Suprema, 14 de diciembre de 2021, rol n°94239-2020, sentencia de reemplazo”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 38).
- CARBONELL BELLOLIO, Flavia (2021): “Presunciones y razonamiento probatorio”, en: Ezurmendia, Jesús (director), *Proceso, prueba y epistemología. Ensayos sobre derecho probatorio* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2022): *Curso de Derecho Civil. Parte general*, 2ª edición (Santiago, Legal Publishing).
- COUTURE, Eduardo (2014): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª edición (Buenos Aires, B de F. Ltda.).
- DUCCI CLARO, Carlos (2009): *Derecho Civil. Parte general*, 4ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2010): *Los hechos en el derecho*, 3ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2018): “Tres modos de razonar sobre hechos (y algunos problemas sobre la prueba judicial planteados a partir de ellos)”, en: Vázquez, Carmen (coordinador), *Hechos y razonamiento probatorio* (México, Editorial Ceji).
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2015): “Sana crítica y presunción judicial”, en: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (año 83 núm. 238).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2017): *Los contratos. Parte general*, 6ª edición actualizada (Santiago, Legal Publishing).
- MATURANA BAEZA, Javier (2018): “En busca de la sana crítica”, en: Benfeld, Johann y Larroucau, Jorge (editores), *La sana crítica bajo sospecha* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- MATUS DE LA FUENTE, Rodrigo (2019): *La premisa fáctica. Consideraciones metodológicas para su establecimiento en el contexto judicial* (Santiago, Legal Publishing).
- MENESES PACHECO, Claudio (2017): *El documento público como medio de prueba en el proceso civil chileno* (Santiago, Legal Publishing).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1992): “Cuestiones teórico-prácticas de la simulación”, en: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (año 60 núm. 191).
- TOULMIN, Stephen (2007): *Los usos de la argumentación* (Traducc. de María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona, Ediciones Península).
- UBERTIS, Giulio (2017): *Elementos de epistemología del proceso judicial* (Traducc. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Editorial Trotta).
- VALDÉS, Miguel Luis (1908): *Esplicaciones del Código de procedimiento civil. I y II libro*. (Santiago, Imprenta y encuadernación universitaria).

### Normas citadas

- Código Civil de Chile.  
Código de Procedimiento Civil de Chile.

### **Jurisprudencia citada**

- Gutierrez Garrido, Ana Lucia con Leiva Muñoz, Luis Alberto (2016): Corte Suprema, de 23 de marzo de 2016, rol n°2284-2015, sentencia de reemplazo, VLEX 631595605.
- Farandato Costa, Ulises Alejandro con Farandato Sclabos Kiparisia y Faranda Sclabos Mariana. (2016): Corte Suprema, de 24 de noviembre de 2016, rol n°2968-2016, sentencia de reemplazo, VLEX 654011733.
- Taghizadeh Samad con Automotora Word Cars International Ltda. (2018): Corte Suprema, de 31 de enero de 2018, rol n°19.126-2017 sentencia de reemplazo, VLEX 702042089.
- Espíndola con Espíndola (2020): Corte Suprema, de 14 de julio de 2020, rol n°33.360-2020, sentencia de casación, VLEX 846221001.
- Petermann Gascon, Adriana Miriam y otra con Supermercado Colonial Ltda. (2020): Corte de Apelaciones de Concepción, de 23 de noviembre de 2020, rol n°19-2020, Oficina Judicial Virtual.
- Fariás Fariás Carmen con Faria Fariás Carlos (2021): Corte Suprema, de 12 de marzo de 2021, rol n°6711-2019, sentencia de reemplazo, VLEX 862251050.
- Contreras Villarroel Cesar con Contreras Candia Rodrigo y otros (2021): Corte Suprema, de 31 de mayo de 2021, rol n°12.462-2018, sentencia de reemplazo, VLEX 899885554.
- Mardini Reyes, Blanca con Inmobiliaria don Jose Limitada (2021): Corte Suprema, de 2 de julio de 2021, rol n°3205-2019, sentencia de casación, VLEX 899880238.
- Ovalle Madrid, German Luis con López Correa Gonzalo Ivan (2021): Corte Suprema, de 4 de noviembre de 2021, rol n°12.987-2019, sentencia de casación, VLEX 877845648.
- Petermann Gascon, Adriana Miriam y otra con Supermercado Colonial Ltda. (2023): Corte Suprema, de 8 de febrero de 2023, rol n°4057-2021, sentencias de casación y de reemplazo, Oficina Judicial Virtual.

# CONTENIDO

---

- 3 Entre proyectos y realidades constitucionales en Chile: gradualidad, inflexión y ruptura. Parte II: Estado, ciudadanía y derechos entre 1980-2023**  
*Between constitutional projects and realities in Chile: gradualism, inflection and rupture. Part II: State, citizenship and rights between 1980 - 2023*  
José Antonio González Pizarro
- 40 La reparación de los daños causados por la persecución de un enjambre de abejas en fundo ajeno previsto en el artículo 612 del Código Civil español. Un supuesto de las denominadas "indemnizaciones o compensaciones por sacrificio"**  
*The repair of the damages caused by the persecution of a swarm of bees on another found provided for in article 612 of the Spanish Civil Code. An assumption of the so-called "compensation for sacrifice"*  
Carlos Céspedes Muñoz
- 53 Julio Olavarría Ávila y su aporte al Derecho Comercial y la Organización del Sistema Penitenciario Chileno**  
*Julio Olavarría Ávila and its contribution to Commercial Law and the Organisation of the Chilean Penitentiary System*  
Jaime Alcalde Silva
- 74 Eficacia, eficiencia y efectividad de la tutela jurisdiccional: un ensayo para reorientar sus conexiones funcionales**  
*Validity, efficiency, and effectiveness of jurisdictional protection: an essay to reorient its functional connections*  
Pablo Martínez Zúñiga
- 98 Alejandro Guzmán Brito, desde las garantías romanas a los valores negociables desmaterializados del mercado de valores chileno**  
*Alejandro Guzmán Brito, from roman guarantees to the dematerialized negotiable securities of the Chilean stock market*  
José Luis Guerrero Becar
- 112 Libertad de Expresión y Derecho de Propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**  
*Freedom of Speech and Property Rights in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*  
Matías Ulloa Correa
- 135 Dos controversias en el Derecho Administrativo y Civil chileno en una misma sentencia: comentario a la sentencia de la Corte Suprema: PECSA con I. Municipalidad de Talcahuano, rol N°41.162-2019**  
*Two controversial affairs in the Administrative and Civil Chilean law in the same case: commentary to the judgment of the Supreme Court in the case PECSA vs I. Municipalidad de Talcahuano, rol N°41.162-2019*  
Javier González Cuevas, MAURICIO AGUIRRE MIRANDA
- 147 Sistema de valoración probatoria y presunciones judiciales a propósito de un caso de simulación. Corte Suprema, 8 de febrero de 2023, rol N°4057-2021**  
*System of probative assessment and judicial presumptions in the context of a case of simulation. Supreme Court, 8 February 2023, rol N°4057-2021*  
Branco Aravena Cuevas