



UNIVERSIDAD
SAN SEBASTIAN

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN

N° 31/2024

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES - UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN

Gonzalo Arenas Hödar
Decano

Gonzalo Arenas Hödar
Director de la Revista

Carlos Villarroel
Secretario de la Revista

Comité Editorial

Jaime Abedrapo, Iván Navas, Tatiana Celume, Felipe Muñoz,
María Cristina Schwabe, Gina Osorio, Marión Soto, Carlos Villarroel,
Roberto Mayorga, Carlos Künsemüller, Fernanda Garcés

La Revista de Derecho y Ciencias Sociales es una publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad San Sebastián y es la continuadora de la *Revista de Derecho* de la misma universidad.

Domicilio legal: Bellavista 7, Recoleta, Santiago.
Correo electrónico: gonzalo.arenas@uss.cl

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la institución que edita la revista.

Publicación semestral.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	7
Desde la concepción humanista cristiana hasta el constitucionalismo democrático: análisis y vigencia de sus principios <i>Manuel José Navarrete Jara</i>	11
Influencia del pensamiento político populista latinoamericano en el proceso constituyente chileno 2019-2022 <i>Andrés Hidalgo Olivares</i>	37
Ciberética y derechos humanos: una reflexión respecto de los desafíos digitales en la búsqueda de una sociedad más pacífica y tolerante <i>Roberto Alexis Sánchez Fuentes</i>	83
La teoría del caso: estrategia, planificación y eficiencia en el litigio penal <i>Carlos René Galdames Gaytán</i>	91
Femicidio íntimo ampliado: la necesidad de su modificación debido a su evidente vulneración al principio de igual consideración y respeto <i>Constanza Oyarzún Lara, Estefanía Fabrenbühler Villanueva, Revisión por Catalina Bastías García</i>	131
Modificaciones al estatuto minero chileno <i>Diego Villarroel Contreras</i>	147
¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el servicio de mejor niñez? <i>Javier Herrera Valverde, Joaquín Reyes Barros</i>	165
Particularidades acerca de la propiedad respecto de tumbas, nichos, mausoleos y capillas en cementerios <i>José Maximiliano Rivera Restrepo</i>	189

PRESENTACIÓN

Con honda satisfacción y sincero agradecimiento me corresponde presentar a la comunidad académica y público general el número 31 de la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Facultad de Derecho de la Universidad San Sebastián.

Nuestra Revista tiene el cometido esencial de contribuir de manera rigurosa e imparcial a la discusión científica y divulgación del conocimiento en las diversas disciplinas del Derecho y de las ciencias humanistas, de tal manera de otorgar a los investigadores que en ella colaboran un espacio para el cultivo de sus más variadas inquietudes disciplinares. En este sentido, garantizamos que los trabajos que sometemos a la evaluación de la comunidad científica cumplen con los más altos estándares de calidad requeridos para generar nuevas discusiones y aportar al diálogo creativo en las distintas ramas del saber jurídico y de las ciencias sociales.

Presentamos en esta oportunidad ocho artículos vinculados a un amplio espectro de temáticas de relevancia jurídica y social, siendo con ello conscientes de que, al dar a conocer estos trabajos, respondemos al perenne compromiso de nuestra Universidad por promover y difundir un conocimiento que, manteniendo su excelencia y rigor científico, tenga la vocación de contribuir al bien común de la sociedad.

En el ámbito de la dogmática constitucional, destacamos, en primer lugar, el artículo del profesor Manuel José Navarrete, que lleva por título “Desde la concepción humanista cristiana hasta el constitucionalismo democrático: análisis y vigencia de sus principios”. En este trabajo, el autor analiza cómo los procesos constituyentes fallidos de 2022 y 2023 han revitalizado y reafirmado la vigencia de los principios y valores que sirvieron de inspiración al constituyente de 1980 y que, sustentándose en los pilares conceptuales del humanismo cristiano y el constitucionalismo democrático, configuran hasta el presente las bases de nuestra institucionalidad republicana.

También en el área de la teoría constitucional, el profesor Andrés Hidalgo contribuye con su trabajo llamado “Influencia del pensamiento político populista latinoamericano en el proceso constituyente chileno 2019-2022”, el que examina detalladamente las principales ideas y características del populismo constituyente latinoamericano, y cómo estas influyeron en la gestación y concreción de la propuesta de la Convención Constitucional y que fue rechazada por la ciudadanía en 2022. El autor concluye, entre otras cosas, que la presencia de varios elementos populistas en dicho proceso tuvo como consecuencia ostensible que el texto producido por los convencionales se alejó notablemente de la tradición constitucional chilena.

En el plano de la teoría general acerca de los derechos humanos, presentamos el ensayo del profesor Alexis Sánchez que lleva por nombre “Ciberética y derechos humanos: una reflexión respecto de los desafíos digitales en la búsqueda de una sociedad más pacífica y tolerante”. En dicho trabajo, el autor plantea el desafío de aproximarse a la ética cibernética con un enfoque que favorezca la promoción y defensa de los derechos fundamentales. Solo así se podrá aspirar a que el avance de la técnica se traduzca en un verdadero progreso para la humanidad, y que privilegie la promoción de una sociedad más justa, compasiva y equitativa.

En el ámbito de las ciencias penales, presentamos el estudio del alumno de nuestro programa vespertino Carlos Galdames, titulado “La teoría del caso: estrategia, planificación y eficiencia en el litigio penal”. Este ensayo reivindica la importancia de la metodología basada en casos como herramienta clave del proceso penal, no solo para comprender o estructurar bien el litigio, sino también con el objeto de asegurar la justicia y la eficiencia en la resolución de conflictos.

También en el campo del derecho penal, incluimos el trabajo de las egresadas de nuestra Facultad Estefanía Fahrenbühler y Constanza Oyarzún llamado “Femicidio íntimo ampliado: la necesidad de su modificación debido a su evidente vulneración al principio de igual consideración y respeto”. En este artículo, las autoras explican desde una perspectiva sociológica y política este último concepto, creado por los pensadores Ronald Dworkin y John Rawls, para plantear conforme con él la necesidad de modificar el artículo 390 bis, inciso 2° del Código Penal. En efecto, la mencionada normativa, tal como está redactada actualmente, solo incluye las relaciones heterosexuales y el supuesto de que un hombre mate a una mujer. Las autoras proponen, en cambio, una nueva figura penal que se limite a regular exclusivamente el “vínculo entre dos personas”, de manera tal que el principio de igual consideración y respeto, que constituye el derecho humano fundamental en una sociedad, sea debidamente tutelado y promovido.

En el ámbito del derecho de la minería y los recursos naturales, presentamos el estudio de Diego Villarroel acerca de las modificaciones al estatuto minero chileno consagradas por la Ley 21.649 de diciembre de 2023. Este trabajo contiene de manera rigurosa y sistemática una explicación de las principales novedades de la normativa comentada, tales como la obligación de entrega de información geológica por el titular de una concesión, la modificación del régimen de pago de las patentes mineras y la alteración de la duración de las concesiones de exploración. Consideramos como de la máxima relevancia incluir en nuestra Revista esta clase de trabajos, ya que la disciplina del derecho minero, aun siendo fundamental, debido a la riqueza de nuestro país en este tipo de recursos naturales, resulta todavía hoy en gran medida desconocida y reducida a un círculo de especialistas.

En el ámbito del derecho privado, presentamos, en primer lugar, el ensayo de los profesores Joaquín Reyes y Javier Herrera, que lleva por nombre “¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados

ante el Servicio de Mejor Niñez?”. Los autores responden a esa interrogante afirmando que el certificado de idoneidad es un acto administrativo de contenido favorable para su destinatario, lo que trae como consecuencia de que su revisión o revocación procede únicamente de manera excepcional, es decir, en caso de que los derechos de los administrados hayan sido adquiridos de manera ilegítima, esto es, por medio de fraude u otra vía ilícita.

Finalmente incluimos, también en el campo del derecho privado, el artículo del profesor José Rivera titulado “Particularidades acerca de la propiedad respecto de tumbas, nichos, mausoleos y capillas en cementerios”. Esta investigación, que emplea el método cualitativo, concluye que esta especie de dominio, según la jurisprudencia, tiene ciertas características particulares, tales como que no está sometido al requisito de la inscripción conservatoria, sino al registro de propiedad y transferencias que lleva cada cementerio. El autor recalca que estas particularidades, a pesar de todo, no alteran el hecho de que estamos aquí en presencia de un derecho real de propiedad, que goza por tanto de la protección constitucional y legal que nuestro ordenamiento reconoce al dominio.

Al poner todas estas investigaciones a disposición de la comunidad científica y público general, nuestra Revista reconoce la importancia de una difusión del conocimiento pertinente a las ciencias jurídicas y sociales que trascienda el ámbito estrictamente académico. En efecto, nuestras ciencias humanas tienen siempre la vocación de impregnar con sus reflexiones y principios la vida social misma. Por ello el estudio serio y metódico de las cambiantes realidades que nos influyen será siempre un valiosísimo aporte.

Gonzalo Arenas Hödar
Decano
Facultad de Derecho
Universidad San Sebastián

DESDE LA CONCEPCIÓN HUMANISTA CRISTIANA HASTA EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: ANÁLISIS Y VIGENCIA DE SUS PRINCIPIOS

*Manuel José Navarrete Jara, Mg. U. de Chile**

RESUMEN

El presente artículo sitúa nuestro estudio en el primer capítulo del texto fundamental *Bases de la Institucionalidad*, que conocidamente comprende principios y valores que sustentan la organización más elemental de la sociedad chilena y que resultan imperativos para todo intérprete, desde que el proceso de hermenéutica de la Constitución Política –típico, sistemático y autónomo– se basa estrictamente en estas definiciones esenciales que configuran la Patria.

Luego de transcurridos los procesos constituyentes de 2022 y 2023, este análisis destaca, desde una perspectiva descriptiva, la vigencia de aquellos principios y valores.

La concepción humanista cristiana de la sociedad y el constitucionalismo democrático representan las fuentes más señeras que inspiraron al constituyente y serán el objeto de nuestro estudio.

Palabras clave: Concepción humanista cristiana, constitucionalismo democrático, principios constitucionales, bases de la institucionalidad, procesos constituyentes.

INTRODUCCIÓN

Son escasas las experiencias comparadas que dan cuenta de continuos procesos de revisión plena destinados a reemplazar un texto constitucional. Más escasa aún

* Abogado, Universidad Central de Chile. Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Abogado en el Estudio Jurídico Pfeffer & Asociados. Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad San Sebastián, Santiago. Autor de destacadas publicaciones en su especialidad.
Correo electrónico: mnavarretej@docente.uss.cl

Desde la concepción humanista cristiana hasta el constitucionalismo democrático:
análisis y vigencia de sus principios / MANUEL JOSÉ NAVARRETE JARA

es la sucesión de tales experiencias, una tras otra –bajo una fórmula sin solución de continuidad–, con idéntico propósito. Y qué duda cabe, son más escasos los ejemplos de pluralidad de revisiones plenas y sucesivas con resultados adversos para reemplazar la vigente Constitución Política de la República (en adelante CPR).

Luego de los procesos constituyentes de 2022 y 2023, Chile se encuentra en esta última situación.

Un proceso constituyente del 2022, que con explícitas aspiraciones de sustituir no solamente el texto fundamental, sino que también hacerlo con toda la institucionalidad histórica concebida por la sociedad chilena transcurridos más de dos siglos de existencia, terminaría con un paradigmático rechazo en las urnas que, ya por entonces, demostraba una firme postura ciudadana.

El segundo proceso constituyente de 2023, caracterizado por una estructura precisamente delineada, con resguardos constitucionales orgánicos y sustantivos que acotaron la discusión posterior a lo real y objetivamente revisable –notable diferencia con el proceso antecesor–, culminó en un nuevo rechazo plebiscitario, menos intenso que el precedente, pero marcado con cifras relevantes.

El país sufragó, entonces, en dos procesos, con modelos diametralmente opuestos, que, sin embargo, no germinaron en la ciudadanía la opción de reemplazo constitucional pleno que se había postulado.

De allí que es perfectamente plausible sostener que la Carta Fundamental vigente adquirió, por esa fuerza incontrastable que solo los hechos y la realidad vivencial pueden conferir, una posición de actualidad y revitalización social que justifica con propiedad adentrarse en todos esos principios y valores que soportan la institucionalidad chilena y que, escrutados en su esencia bajo el prisma de la concepción humanista cristiana de la sociedad y del constitucionalismo democrático, advierten no solo una profunda tradición republicana tras ellos, sino que también una arraigada forma donde la hermenéutica los ha vuelto práctica institucional.

De ello, en modo sinóptico, hablaremos en las siguientes líneas.

1.1. *Concepción humanista cristiana de la sociedad*

Centrada en el reconocimiento universal de la dignidad de la persona humana, tanto en su desarrollo individual como en su esfera organizada en cuerpos intermedios, y su preexistencia a la organización estatal, la concepción humanista cristiana de la sociedad se explica en el articulado constitucional por el propio desarrollo que el constituyente postula, a saber:

–Principio de igualdad radical: art. 1º, inciso 1º, CPR:

Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Todas las personas, sin distinción de entidad alguna, nacen con idéntico catálogo de libertades y estatuto de igualdad, tanto en la consideración y el respeto oponibles a la sociedad en su conjunto como en lo que cabe a su dignidad y derechos reconocidos.

1.1.2. ¿Cuáles derechos reconocidos? Se trata de aquellos que la **concepción *ius naturalista***, en cuanto integrante de la concepción humanista cristiana de la sociedad, estima que preceden al Estado; que *son preexistentes al Estado; que están por sobre el Estado, y que, en buenas cuentas, justifican el poder*¹.

La primera parte del artículo 5º constitucional, en su inciso segundo, lo explica en los siguientes términos:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (...).

Entonces, según esta concepción, los derechos y libertades emanan de la dignidad y naturaleza humana, de lo que se derivan varias consecuencias, entre otras:

- a)** Las personas nacen con derechos y libertades, *ergo*, las personas son anteriores al Estado (art. 1º, inciso 4º, CPR);
- b)** Los derechos son inalienables y absolutos (art. 5º, inciso 2º);
- c)** Los derechos no tienen carácter taxativo, por lo que, de acuerdo con el artículo 5º constitucional, corresponden a todos aquellos que:
 - i.** Están consagrados en la CPR;
 - ii.** Están consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como la Convención Americana de Derechos Humanos o la Convención de los Derechos del Niño;
 - iii.** Y aún, serán considerados derechos fundamentales los que, sin estar consagrados en ningún instrumento jurídico, se pruebe por su titular que emanan de la naturaleza humana, sea mediante un recurso de protección, de un *habeas corpus* u otro arbitrio. Por ejemplo, el derecho al ocio como integrante del derecho a la vida en su aspecto psíquico o el derecho a la propia imagen como integrante del derecho de propiedad sobre cosas incorpóreas.

Respecto de tales derechos, sobre el Estado pesan dos deberes: **respetar y promover**.

Sostiene la segunda parte del artículo 5º, inciso segundo:

*(...) es deber de los órganos del Estado **respetar y promover** tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

¿Cuál es el significado de las expresiones “respetar” y “promover”?

Respetar supone una labor pasiva del Estado, una verdadera obligación de no hacer y de no interferir en el ejercicio legítimo de tales derechos.

¹ Ha expresado el Tribunal Constitucional: “*El contenido del art. 19, CPR, conjuntamente con sus arts. 1º, 4º y 5º, inc. 2º, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como deber de los órganos del Estado*”. STC Rol Nº 6383-19, considerando undécimo.

Desde la concepción humanista cristiana hasta el constitucionalismo democrático:
análisis y vigencia de sus principios / MANUEL JOSÉ NAVARRETE JARA

Promover, por el contrario, supone una labor activa del Estado, una verdadera obligación de hacer, consistente en remover todos los obstáculos económicos, jurídicos, sociales y culturales que impiden a una persona gozar plenamente de sus derechos. El artículo 1º constitucional, en su parte final, lo destaca expresamente:

Es deber del Estado (...) 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.

1.1.3. El principio de subsidiariedad

Como una consecuencia razonable de la concepción humanista cristiana de la sociedad se erige el principio de subsidiariedad, no explicitado en términos nominales en la Carta Fundamental vigente, pero inspirador de toda su arquitectura.

Concepto: Es el principio que postula el reconocimiento del Estado a la libertad de cada persona para efectuar todas aquellas actividades que estime convenientes a su mayor realización espiritual y material posible; reconociendo, además, la autonomía de los grupos intermedios para satisfacer sus fines propios y específicos, reservándose el derecho a intervenir en los ámbitos donde los particulares no pueden intervenir, no deben intervenir, no quieren intervenir o su intervención es ineficiente.

El principio de subsidiariedad contiene **dos aspectos**:

- i) Primer aspecto:** la libertad de la persona y autonomía de los grupos intermedios (art. 1º, incisos 1º y 3º, CPR);
- ii) Segundo aspecto:** ámbitos de intervención del Estado (art. 1º, incisos 4º y 5º, CPR).

i) Primer aspecto: la libertad de la persona y autonomía de los grupos intermedios (art. 1º, incisos 1º y 3º, CPR)²

1. Se garantiza la libertad individual desde que toda persona *nace libre en dignidad y derechos*: Art. 1º, inciso 1º, CPR.

2. Se reconoce y ampara la autonomía de *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*: art. 1º, inciso 3º, CPR.

El grupo intermedio por excelencia es **la familia**, definida por el constituyente como ... *el núcleo fundamental de la sociedad*. Art. 1º, inc. 2º, CPR.

Desde otra perspectiva, podemos definir a la familia como un conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco, estado civil o mancomunidad de afectos.

Diversos son los preceptos constitucionales que reconocen a la familia. Por ejemplo:

- a)** Art. 1º, inciso 2º: *La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*;

² En sentencia Rol Nº 167-93, el Tribunal Constitucional sostuvo: *El Capítulo I de la Constitución constituye un marco de carácter valórico y conceptual que viene a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares.*

- b) Art. 1º, inciso 5º, primera parte: *Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta (...).*
- c) Art. 19, Nº 4, primera parte: *La Constitución asegura a todas las personas: El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (...).*
- d) Art. 19, Nº 7, letra f): *En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de este sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley;*
- e) Art. 19, Nº 10, inciso 3º: *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;*
- f) Art. 19, Nº 11, inciso 4º: *Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos;*
- g) Art. 154, Nº 9 (resguardos del segundo proceso constituyente): *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 derecho-deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos, entre otros.*

En cuanto a los tipos de familia que se cautelan por el constituyente, conforme con un proceso hermenéutico evolutivo y sistemático (el Art. 154, Nº 9, habla de “las familias”), se desprende que prima un modelo de *unidad no exclusiva*, de lo que se concluye que no existe un catálogo específico que se encuentre constitucionalizado.

De este modo, siendo la familia el único grupo intermedio que acompaña a las personas durante toda la vida, sin necesidad de personalidad jurídica, pero con un consistente reconocimiento normativo, y organizándose la sociedad en torno a ella, resulta incuestionable su protección valórica y estatutaria.

Finalmente, ¿los grupos intermedios poseen límites? Efectivamente. La Carta Fundamental señala, desde luego, diversos límites, a saber:

- a) Art. 1º, inciso 3º: La adecuada autonomía que se reconoce y ampara a los grupos intermedios por parte del Estado, solo para cumplir sus **propios fines específicos**;
- b) Art. 23, inc. 1º: *Los grupos intermedios de la comunidad y sus dirigentes que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos, serán sancionados en conformidad a la ley. Son incompatibles los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales con los cargos directivos superiores, nacionales y regionales, de los partidos políticos;*
- c) Art. 19, Nº 15, inciso 4º: *Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado;*

Desde la concepción humanista cristiana hasta el constitucionalismo democrático:
análisis y vigencia de sus principios / MANUEL JOSÉ NAVARRETE JARA

- d) Art. 19, N° 15, inciso 5°, primera parte: *Los partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que les son propias ni tener privilegio alguno o monopolio de la participación ciudadana (...);*
- e) Art. 19, N° 15, inciso 6°, primera parte: *Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política (...).*

Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad.

- d) Límites de contenido valórico: Distintos preceptos constitucionales prohíben a los grupos intermedios atentar contra la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. Por ejemplo: art. 19°, N°s 6, 11, 15, inciso 4°, 16°, 19° y 21°, CPR.

ii) Segundo aspecto: Ámbitos de intervención del Estado (art. 1°, incisos 4° y 5°, CPR)

1. El artículo 1°, inciso 4°, consagra el **principio de servicialidad del Estado** y proporciona un concepto de bien común:

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.

i) En cuanto al principio de servicialidad: como una consecuencia de la adscripción constitucional al *ius naturalismo*, es el Estado (y solo el Estado) quien se encuentra y nace para estar a disposición de las personas, para ello posee una finalidad: el bien común.

ii) En cuanto al concepto de bien común: son las condiciones sociales que permiten 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 reconoce;

Se trata de una definición aristotélico-tomista, y que podemos explicar en los siguientes términos:

- **Fin u objeto del Estado:** El bien común o interés público.
- **Medios utilizados por el Estado para alcanzar el fin u objeto:** políticas públicas. Ejemplo: la política fiscal y la política monetaria.

- **Sujetos que contribuyen al bien común:** el Estado y la sociedad civil. De ambos, es el Estado el **principal obligado**, por cuanto es quien debe **contribuir** a crear tales condiciones sociales.
 - Sin embargo, si el Estado **contribuye** al bien común, entonces no es el único obligado: la sociedad civil colabora con el Estado, mediante el ejercicio de la libertad individual de las personas y de los grupos intermedios;
 - **Límites del bien común:** pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución reconoce.
2. El artículo 1º, inciso 5º, consagra deberes imperativos del Estado en virtud del **principio de servicialidad:**
- Resguardar la seguridad nacional;
 - Dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta;
 - Promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación;
 - Asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

1.2. *El Constitucionalismo Democrático*

Se trata de un movimiento filosófico, de fuerte contenido liberal, que surge en la Europa de mediados del siglo XVII, desarrollándose en plenitud durante el siglo XVIII, y cuyo objeto fue reconocer libertades civiles, políticas y económicas en favor de las personas, especialmente frente a las monarquías absolutas gobernantes a la sazón.

Se trató de un movimiento intelectual de carácter enciclopédico, cuyos postulados serían determinantes, en primer lugar, para la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Francesa, y luego, para la emancipación de las colonias americanas desde inicios del siglo XIX.

A esta primera etapa se le conoce como Constitucionalismo Democrático clásico.

Una segunda etapa de este movimiento se desarrolla desde comienzos del siglo XX, con el desencadenamiento de las dos guerras mundiales que, como se sabe, supuso una reestructuración del rol hasta ese instante ejercido por el Estado en el mundo occidental, transitando desde un rol pasivo a un rol particularmente activo, sobre todo en materias sociales y económicas.

A esta segunda etapa se le conoce como Constitucionalismo Democrático contemporáneo³.

³ Por “Constitucionalismo Democrático contemporáneo” se alude por la doctrina mayoritaria a la evolución propia del Constitucionalismo Democrático, distinguiéndolo así de lo que más tarde pasaría a denominarse como “Neoconstitucionalismo” que, antes bien, consiste en “una actitud que selecciona determinados aspectos de dicha evolución (en especial, aspectos que dependen de ciertas prácticas de los operadores jurídicos y de la influencia que la doctrina ejerce sobre

Desde la concepción humanista cristiana hasta el constitucionalismo democrático:
análisis y vigencia de sus principios / MANUEL JOSÉ NAVARRETE JARA

En cada una de las señaladas etapas se postulan principios que, más tarde, quedarían plasmados en los respectivos ordenamientos constitucionales, y que, en el caso de la vigente Constitución Política chilena, forman parte de su primer capítulo: Bases de la institucionalidad.

Trataremos cada uno de ellos de acuerdo con el siguiente orden:

1.2.1. Principios clásicos del Constitucionalismo Democrático:

- a) Soberanía nacional;
- b) Democracia representativa;
- c) Supremacía constitucional;
- d) Legalidad y vinculación directa;
- e) Separación de funciones;
- f) Principio de juridicidad;
- g) Consagración de los derechos individuales;
- h) Responsabilidad;
- i) Estado de Derecho;

1.2.2. Principios contemporáneos del Constitucionalismo Democrático:

- j) Consolidación del presidencialismo como forma de gobierno;
- k) Consagración de los derechos sociales;
- l) Probidad y publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado;
- m) Seguridad nacional;
- n) Garantía y vigencia del Sistema Democrático;

1.2.1. Principios clásicos del Constitucionalismo Democrático:

a) Soberanía nacional - Art. 5º, CPR

a.1. Concepto: Es aquel principio que radica el poder supremo en un sujeto abstracto, denominado Nación, caracterizado por representar la universalidad de tradiciones y prácticas de un país, siendo su ejercicio realizado por el pueblo, por medio del plebiscito y de elecciones periódicas, y también, por las autoridades establecidas por la Constitución Política de la República⁴.

Principio postulado principalmente por el político francés Emmanuel-Joseph Sieyès, el “Abate Sieyès” como también fue conocido.

ellos) y los valora favorablemente”. Esto último, en Aldunate, Eduardo (2010). “Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo”. *Revista de Derecho* (Valdivia), 23(1), pp. 79-102.

⁴ Como consecuencia de constituir la Nación una universalidad de tradiciones y prácticas que a todos representan, los emblemas –la bandera nacional, el escudo de armas de la República y el himno nacional– son, justamente, **nacionales** y no estatales. Art. 2º, CPR.

¿Quiénes ejercen la soberanía? Conforme con el inciso 1º del artículo 5º de la CPR:

- i. El pueblo**, mediante el plebiscito y elecciones periódicas: ejercicio permanente y de ejecución ritual o solemne.
- ii. Las autoridades establecidas por la Constitución Política de la República**, quienes son simplemente agentes o representantes del poder supremo de la Nación: ejercicio permanente y de ejecución orgánica.
- iii. Ejercicio excluyente, la soberanía**: ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. Art. 5º, inciso 1º, parte final, CPR.

Esta última se trata de una norma que, de manera expresa, excluye la “soberanía popular”, entendida como aquel principio que considera que cada persona es depositaria de una misma e idéntica cuota de poder, permitiendo aquello que, justamente, esta disposición descarta: que una persona o grupo pueda atribuirse el ejercicio del poder supremo⁵.

Que quede claro, entonces, que en Chile rige el principio de soberanía nacional, mas no el principio de soberanía popular.

b) Democracia representativa – Art. 4º, CPR

b.1. Concepto: Es aquel principio que considera a las autoridades como meros gestores de intereses superiores o simples mandatarios, quienes, sin excepción, actúan por cuenta de la Nación o poder supremo.

Pese a que el artículo 4º de la CPR solo expresa que “Chile es una república democrática”, el principio de democracia representativa se subsume en el artículo 5º, inciso 1º, de la CPR, desde que la soberanía reside en la Nación; las autoridades la ejercen en forma permanente y de ejecución orgánica, y, por sobre todo, desde que ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

b.2. Entonces, el Estado chileno se reconoce como:

- **República**, lo que excluye a la monarquía;
- **Democrática**, lo que implica adscripción a determinados valores y principios con base en el respeto y promoción de los derechos de las personas;
- **Representativa**, lo que implica que las autoridades actúan como meros gestores de intereses superiores o simples mandatarios;
- **Presidencial**, lo que conlleva una forma de gobierno denominada Presidencialismo, que excluye, como regla base, al Congreso Nacional (o Parlamento) de potestades

⁵ Muy relacionado con el carácter unitario de la Nación, parece conveniente recordar que los proyectos de Constitución de 2022 y 2023 propusieron constitucionalizar a los pueblos indígenas, siguiendo visiones diametralmente opuestas. Mientras que el proyecto de 2022 creó la figura de la plurinacionalidad a base de las denominadas “autonomías territoriales indígenas”, el proyecto de 2023 postuló un “reconocimiento” de los pueblos indígenas como parte de la Nación chilena, una e indivisible.

Desde la concepción humanista cristiana hasta el constitucionalismo democrático:
análisis y vigencia de sus principios / MANUEL JOSÉ NAVARRETE JARA

incidentes en el gobierno propiamente tal y la administración del Estado, las que recaen en una sola figura: el Presidente de la República, y

- **Unitario**, lo que significa un solo centro de impulsión política y gubernamental, y cuya administración, de acuerdo con el artículo 3° constitucional, será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada, en su caso, de conformidad con la ley.

c) Principio de supremacía constitucional – Arts. 6° y 7°, CPR

c.1. Concepto: Es aquel principio que reconoce en la Constitución Política de la República la norma suprema del ordenamiento jurídico, tanto en términos de principios, derechos y valores como en lo que incumbe al respeto de procedimientos, formas y protocolos, por parte de todo titular o integrante de los órganos del Estado, como asimismo de toda persona, institución o grupo.

En una democracia, los órganos con potestades constituyentes son dos: el Órgano constituyente originario y el Órgano constituyente derivado. El primero, representado por el pueblo, es el único que puede crear una Constitución Política, reemplazarla y, evidentemente, modificarla e interpretarla. En cambio, el segundo –el Órgano constituyente derivado– solo posee, por delegación expresa del Órgano constituyente originario, las facultades de modificar e interpretar el texto supremo.

¿Puede crear una nueva Constitución Política el Órgano constituyente derivado? En efecto, si opera delegación expresa, empero sujeta a plebiscito ratificatorio.

c.2. El principio de supremacía constitucional puede ser material o formal.

- *El principio de supremacía constitucional material* supone la primacía irrestricta por sobre el ordenamiento jurídico de todos y cada uno de los principios, derechos y valores definidos por la Carta Fundamental.
- *El principio de supremacía constitucional formal* implica la primacía irrestricta por sobre el ordenamiento jurídico de todos los procedimientos, formas y protocolos que han sido concebidos y ordenados que se establezcan por la Constitución Política de la República.

Así, de este principio depende la unidad, sistematicidad y coherencia del ordenamiento jurídico. Custodiar que ello se cumpla se le ha encomendado, en esencia, a un órgano especial, denominado Tribunal Constitucional.

d) Principio de Legalidad y Vinculación Directa – Art. 6°, incisos 1° y 2°, CPR

d.1. Concepto: Es aquel principio en cuya virtud los preceptos constitucionales se bastan a sí mismos para obligar tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo.

Expresan los incisos 1° y 2° constitucionales:

Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

Conforme con este principio, el carácter vinculante de la Constitución Política es bastante para su ejecución por toda persona, institución o grupo, desde que, inclusive, podría prescindir de un desarrollo posterior mediante normas jurídicas de menor jerarquía, y no obstante justificar su imperatividad.

Todos deben obedecerla, sin excepción.

Ciertamente, nos encontramos frente a un principio que profundiza el reconocimiento del texto supremo como norma fundamental del ordenamiento jurídico, estableciendo no solamente su superioridad ordenatoria, sino que, de igual forma, su plena ejecutividad de base.

e) Separación de funciones – Art. 7º, inciso 2º, CPR

e.1. Concepto: Es aquel principio que, con el objeto de evitar el abuso de poder, distribuye razonadamente las competencias que incumben a las autoridades que integran los órganos del Estado.

Se trata de un principio que encuentra en Charles de Montesquieu a uno de sus mayores exponentes.

Pese a su trascendencia para la organización del Estado de Derecho, el constituyente de la Carta vigente no lo ha consagrado en forma explícita, sino que se desprende en forma tácita de aquella tradicional⁶ redacción del inciso 2º del artículo 7º de la CPR:

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Es decir: desde el momento que “ninguna” (varias) “magistratura” (autoridades), persona o grupo de personas pueden atribuirse más “autoridad o derechos” (competencias) de aquellos que le han sido conferidos expresamente por el ordenamiento en vigor, se concluye **que las competencias radican en diferentes autoridades y órganos, y ninguna de ellas puede invadir las potestades de otra.**

f) Principio de juridicidad – Arts. 6º y 7º, CPR

f.1. Concepto: Es aquel principio que impone a los órganos del Estado cumplir con tres exigencias conjuntivas o copulativas para que su comportamiento se ajuste íntegramente a derecho: previa investidura regular de sus integrantes; actuar dentro de su competencia, y en la forma que prescriba la ley.

⁶ Es tradicional por cuanto se trata de una fórmula que conserva su redacción desde los albores de la Patria, mantenida casi sin modificaciones por los dos proyectos constitucionales de 2022 y 2023.

Desde la concepción humanista cristiana hasta el constitucionalismo democrático:
análisis y vigencia de sus principios / MANUEL JOSÉ NAVARRETE JARA

Nos encontramos frente a un principio capital y verdadero soporte del Estado de Derecho democrático, por cuanto su finalidad es, por esencia, evitar el abuso de poder, protegiendo de ese modo la libertad de las personas.

Tres son los requisitos que exige el inciso 1° del artículo 7° de la CPR, para una actuación regular de las autoridades y que explicamos a continuación:

1. Previa investidura regular de sus integrantes: acceder al poder supone cumplir con exigencias formales y de mérito. Ejemplo: el Presidente de la República solo quedará regularmente investido si resulta electo por mayoría de sufragios válidamente emitidos (primera vuelta), o con el mayor número de sufragios (segunda vuelta); si es, además, proclamado por el Tribunal Calificador de Elecciones (Tricel), y si, finalmente, presta el respectivo juramento o promesa ante el Congreso Pleno.

En otros términos: luego de las elecciones, estaremos ante un “Presidente de la República electo”; después de la proclamación del Tricel estaremos frente a un “Presidente de la República proclamado”; solo después del respectivo juramento o promesa ante el Congreso Pleno nos encontraremos con un “Presidente de la República en ejercicio”, es decir, **regularmente investido**.

Respecto de la investidura, la doctrina ha dicho:

Entendemos por tal la designación o nombramiento legal que debe poseer el órgano o autoridad que emite el acto administrativo, y también a los casos de promoción de conformidad con lo señalado por el art. 14 del Estatuto Administrativo⁷.

2. Actuar dentro de su competencia: supone que los órganos del Estado y cada uno de sus integrantes ejerzan el poder en el marco de las potestades y atribuciones que le han sido expresamente conferidas por la Constitución Política de la República y las leyes.

Consiste entonces cuando, habiendo sido concedidas en forma expresa cada una de las atribuciones por parte de la norma jurídica, la autoridad se encuentra, en primer lugar, obligada a cumplir con tal imperatividad, y, en segundo lugar, le está vedado invadir facultades reconocidas en favor de otra autoridad.

3. Actuar en la forma que prescriba la ley: se persigue que la autoridad se ciña de manera estricta y sin excepción alguna, al imperio de la norma que taxativamente regula cada una de sus conductas en el ejercicio del cargo desempeñado.

El Constituyente emplea la palabra “ley” en términos amplios, por cuanto en este inciso 1° del artículo 7° constitucional, no solo está aludiendo a la ley en un sentido restringido, sino que, también, a la Constitución Política de la República y a todas las normas encargadas de regular y precisar la conducta funcionaria que la autoridad debe celosamente ejercer.

⁷ Silva Cimma, Enrique (2023). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes*. Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 79.

Tiene aquí plena aplicación el apotegma de que en el derecho público solo se puede hacer aquello que la ley expresamente permite; en cambio en el derecho privado, no solo aquello que la norma permite, sino que, además, lo que no se prohíbe.

f.2. La nulidad de derecho público

Perentorio es el Constituyente en asignar una sanción de nulidad a todo acto en contravención a lo preceptuado en el estudiado artículo 7°.

Concepto: Consiste en una sanción de ineficacia establecida por el Constituyente, de acuerdo con lo anterior, todo acto de autoridad en contravención a los requisitos conjuntivos o copulativos del artículo 7° constitucional, es nulo, perdiendo así toda fuerza normativa ante el ordenamiento jurídico.

El inciso final no ha proporcionado mayores características de esta institución, por cuanto simplemente se limita a señalar:

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

Las normas supletorias, tanto sustantivas como accidentales, además de la jurisprudencia y la doctrina, han delineado sus principales atributos, a saber:

- i.** Consiste en una sanción típicamente constitucional, y no asimilable a las nulidades contenidas en el Código Civil.
- ii.** Legitimidad activa: si bien puede alegar la nulidad de derecho público cualquier persona –aunque no tenga un interés concreto–, siempre se requerirá que, al menos, se actúe en el solo interés del derecho. No se trata, por tanto, de una acción popular.
- iii.** Tribunal competente y procedimiento para su tramitación: en virtud del principio de inexcusabilidad y el derecho a la acción del que la persona es titular, al aplicar la norma supletoria del artículo 3° del Código de Procedimiento Civil, se concluye que la ritualidad deberá diligenciarse ante el competente **Tribunal Ordinario en lo Civil** siguiendo las normas del **Procedimiento Ordinario de Mayor Cuantía**.

De esta característica se desprenden algunas consecuencias:

- Por tratarse de un procedimiento declarativo, la sentencia que se pronuncie favorablemente acerca de la nulidad de derecho público simplemente reconocerá un vicio preexistente, sin constituir una nueva calidad;
- Por reconocer la sentencia un vicio preexistente es que también el vicio de nulidad de derecho público existe desde el inicio (*ab initio*) y de pleno derecho (*ipso iure*);
- Y si el vicio de nulidad de derecho público nunca dejó de existir, debido a la misma sentencia que lo reconoce y a las características propias de la nulidad, es que, al declararlo, los efectos operan con efecto retroactivo hasta el instante mismo cuando se dictó o se ejecutó la actuación de autoridad contaminada de nulidad de derecho público.

Desde la concepción humanista cristiana hasta el constitucionalismo democrático:
análisis y vigencia de sus principios / MANUEL JOSÉ NAVARRETE JARA

iv. Alcances de la nulidad de derecho público: si la sentencia acoge la demanda de nulidad de derecho público, todos los actos que constituyan, respecto de la conducta viciada, una consecuencia directa y razonable a la luz de la buena fe, también serán alcanzados por el vicio original.

Se ha sostenido al respecto:

... en el caso de que la nulidad opera por disposición de la Constitución o de la ley de pleno derecho, los efectos de tal nulidad se producen desde su realización y todos los actos posteriores también son nulos. No obstante, aun en este caso, los efectos de la nulidad no pueden afectar a los terceros de buena fe. El Estado, en tal caso, deberá indemnizar perjuicios, si los hubiere, en tanto no sea procedente la prescripción⁸.

v. En materia de saneamiento y prescripción: si bien la nulidad de derecho no es susceptible de sanearse por ratificación de las partes –por no serle aplicable al estatuto del Código de Bello–, la jurisprudencia ha establecido que, en materia de prescripción, debe estarse al plazo general y, por esta razón, supletorio establecido en el Código Civil: 5 años, contados desde que se incurrió en el acto viciado por parte de la autoridad.

vi. Concurrencia con la acción de protección: atendidas las características del caso concreto, podría plantearse la disyuntiva de optar por una acción de nulidad de derecho público o una acción de protección. En un principio no es posible la confusión, por cuanto la primera está pensada para conflictos de lato conocimiento y derechos que merecen un reconocimiento judicial; en cambio la segunda, de naturaleza esencialmente cautelar, persigue el auxilio en favor de derechos indubitados cuya existencia conste fehacientemente en favor del recurrente⁹.

g) Reconocimiento de los derechos individuales o de la primera generación – Arts. 1º y 5º, CPR

g.1. Concepto: es aquel principio que exalta el reconocimiento y cautela de los denominados derechos de la primera generación, esto es, de aquellos derechos fundamentales que exigen de parte del Estado respetar y no interferir en su legítimo ejercicio y satisfacción.

⁸ Pfeffer, Emilio (2005). “La nulidad de derecho público: Tendencias jurisprudenciales”. *Revista de Derecho Público* (67), pp. 129-144.

⁹ En el caso del recurso de protección como herramienta inidónea, la Excm. Corte Suprema ha dicho: *Que, adicionalmente, la precitada resolución ha sido dictada por la autoridad competente, en los casos y en la forma establecidos por la ley, por lo que no se vislumbra ilegalidad o arbitrariedad, siendo impugnabile, además, mediante otros medios previstos en el ordenamiento jurídico.* Excm. Corte Suprema, causa Rol Nº 63.149-2020.

Indudablemente que los derechos de la primera generación se asocian con postulados concebidos en los albores del Constitucionalismo Democrático, por esta razón, nacidos en un contexto histórico, en el que el liberalismo económico de Adam Smith y el liberalismo político de John Locke exigieron del Estado no concentrarse en asuntos donde el mercado podía entregar respuestas más eficientes.

El artículo 5°, inciso segundo, identifica el deber que a este respecto les cabe a los órganos del Estado, destacando el de **respetar tales derechos**, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Respetar, entonces, entraña una labor de deferencia por parte del Estado, de reconocer el agenciamiento de las personas para alcanzar los propósitos que suponen el ejercicio de ciertas facultades que les son inherentes. En buenas cuentas, derechos como la vida biológica, de libertad de expresión y de propiedad, se encuentran tan íntimamente vinculados con la autonomía de las personas, que al ordenamiento jurídico en su totalidad solo le es posible favorecer la libre determinación de las personas.

h) Principio de responsabilidad – Arts. 6°, 7°, 38°, 52°, 53°, 60°, 61° y 79°, CPR

h.1. Concepto: es aquel principio donde en una democracia tanto las autoridades e integrantes de los órganos del Estado como todo particular deben asumir las consecuencias dañosas que su actuar antijurídico provoca en el afectado.

La base de este principio se encuentra en el artículo 6°, inciso final, en concordancia con el artículo 7°, inciso final, de la CPR:

Artículo 6°, inciso final: *La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.*

Artículo 7°, inciso final: *Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.*

De lo que se desprende que en caso de infracción o contravención a las disposiciones del ordenamiento jurídico que regulan la conducta competencial, tanto el particular como la autoridad así ejercida deberán asumir los efectos de su conducta dañosa.

Según sea el caso, el particular o la autoridad soportarán responsabilidad civil contractual o extracontractual si se ha infligido un daño patrimonial; se asumirá responsabilidad criminal si se ha incurrido en un tipo penal; en un ilícito constitucional si se ha incurrido en responsabilidad política, o, en fin, en responsabilidad administrativa si se ha cometido un abuso estatutario.

Entonces, tanto particulares como autoridades asumen responsabilidad como consecuencia de sus respectivas conductas dañosas. El primero lo hará conforme con el ordenamiento jurídico sectorial, en los términos señalados.

El Estado, por su parte, asumirá en la forma que prescriba la ley y de acuerdo con las estrictas reglas que el propio Constituyente describe en concreto, a saber:

Desde la concepción humanista cristiana hasta el constitucionalismo democrático:
análisis y vigencia de sus principios / MANUEL JOSÉ NAVARRETE JARA

1. La Administración del Estado:

Artículo 38, inciso 2°:

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

2. Congreso Nacional:

- Senadores y diputados: causales de cesación y estatuto del desafuero, arts. 60° y 61°, CPR.
- Acusación constitucional contra autoridades expresamente singularizadas, arts. 52° y 53°, CPR.

3. Poder Judicial, art. 79°, CPR:

Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Tratándose de los miembros de la Corte Suprema, la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad.

Si la autoridad provoca un daño patrimonial asumirá responsabilidad civil contractual o extracontractual; si incurre en un tipo penal, asumirá responsabilidad criminal; si incurre en un ilícito constitucional incurrirá en responsabilidad política; o, en fin, si incurre en un abuso estatutario, incurrirá en responsabilidad administrativa.

En consecuencia, indudablemente que en un Estado de Derecho quienes representan la voluntad del Estado deben asumir responsabilidad por los ilícitos que en el ejercicio de sus cargos incurran, ya sea por transgredir expresamente normas del ordenamiento jurídico vigente (conducta positiva), ya sea por no decidir o actuar cuando constitucional y legalmente se encontraban forzados a hacerlo (conducta negativa).

i) Principio de Estado de Derecho – Arts. 6°, 7°, 5°, 38°, 52°, 53°, 60°, 61° y 79°, entre otros, CPR

i.1. Concepto: es aquel principio que garantiza la igual aplicación por parte de los Tribunales de Justicia de las normas del ordenamiento jurídico vigente a todos los habitantes del territorio nacional, sin distinción ni exclusión alguna.

El Estado de Derecho constituye un verdadero corolario del sistema democrático de gobierno, desde que garantiza, por una parte, el imperio irrestricto de la ley, y, por otra, la ausencia de privilegios que marginen o excluyan su plena vigencia.

Tradicionalmente, se distinguen dos tipos de Estado de Derecho: Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho. En el primero tendrían vigencia en forma

preponderante derechos individuales o de la primera generación; en cambio, el segundo se caracterizaría por la prevalencia de derechos sociales o de la segunda generación¹⁰.

Unos se fundarían en la libertad y los otros, en la igualdad.

1.2.2. Principios contemporáneos del constitucionalismo democrático:

j) **Robustecimiento de las facultades presidenciales o ejecutivas y consolidación consecuencial de las figuras unipersonales como base de las distintas formas de gobierno – Arts. 63° y 65°, CPR**

j.1. Concepto: es aquel principio que robustece las facultades presidenciales o ejecutivas como forma de evitar la disgregación del poder, consolidando de manera consecuencial al presidencialismo como forma de gobierno mayoritaria.

Se trata de un principio relativamente reciente, desde que adquiere notoriedad luego de las dos guerras mundiales que develaron al mundo la necesidad de contar con autoridades democráticas expeditas, que impulsaran en forma eficiente la administración del Estado en la satisfacción de necesidades sociales.

Distintos ordenamientos jurídicos reconocen modelos que fortalecen la figura del mandatario principal, por medio del Presidente de la República o del Primer Ministro, por ejemplo.

En Chile existe una certera coincidencia con el auge de este principio, por medio del restablecimiento de las potestades presidenciales bajo la Constitución Política de 1925, luego de un período pretérito marcado por el aminoramiento estatutario del Primer Mandatario en favor del Congreso Nacional, al punto de entorpecer seriamente el funcionamiento del Estado.

Facultades relacionadas con la administración financiera y política del país han sido conferidas, entre nosotros, en forma excluyente al Presidente de la República, de modo tal que solo mediante su iniciativa exclusiva de ley es factible discutir estas materias en el Congreso Nacional.

De allí que subprincipios como los de eficiencia, celeridad, prudencia y austeridad en el manejo del Estado, se erigen como justificante del robustecimiento de las facultades presidenciales o ejecutivas y la consolidación consecuencial de las figuras

¹⁰ De acuerdo con un autor: “El análisis de los antecedentes que ilustran el Estado chileno contemporáneo demuestra, por consiguiente, en forma por demás elocuente, que los ejes sustentatorios del Estado de la *pace et iustitia*, del Estado gendarme del siglo XIX, del Estado potestativo de cimientos filosóficos liberales individualistas que han llevado a calificarlo como Estado de Derecho por excelencia, no tiene hoy la fuerza de persuasión que le llevaron a sustentar con entereza ese gran modelo jurídico político que es el Estado constitucional de primera generación”. En Pantoja, Rolando (2010). *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho y Administración del Estado*. Tomo I, Abeledo Perrot LegalPublishing, p. 296.

Desde la concepción humanista cristiana hasta el constitucionalismo democrático:
análisis y vigencia de sus principios / MANUEL JOSÉ NAVARRETE JARA

unipersonales como base de las distintas formas de gobierno, tanto en Chile como a nivel comparado.

k) Consagración de los Derechos Sociales – Arts. 1° y 5°, CPR

k.1. Concepto: es aquel principio que exalta el reconocimiento y cautela de los denominados derechos de la segunda generación, esto es, de aquellos derechos fundamentales que exigen de parte del Estado, desde una perspectiva estrictamente jurídica, una promoción y satisfacción directa o indirecta, y que, desde una óptica más general, implican para el Estado una perspectiva u horizonte a cristalizar en cuanto base u objeto del bien común.

Se trata, entonces, de facultades o libertades públicas que se sitúan en un contexto de redefinición del rol del Estado en la sociedad, acentuado poderosamente desde comienzos del siglo XX, con el acaecimiento de las dos guerras mundiales y de sucesivas crisis económicas que pusieron en trance la estructura tradicional de lo que conocemos como Estado moderno, dando paso a una nueva etapa del constitucionalismo democrático que, como efecto natural, terminó concibiendo una nueva generación de derechos fundamentales: los denominados derechos sociales o de segunda generación.

Para algunos autores, estos derechos habrían estado “destinados preferentemente a los trabajadores, con el fin de darles seguridad y protección ante los riesgos derivados de su condición socioeconómica”¹¹.

Tal como a propósito de los derechos de primera generación, el artículo 5°, inciso segundo, identifica el deber que a este respecto les cabe a los órganos del Estado, destacando el de **promover tales derechos**, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Promover, así, entraña una labor activa por parte del Estado, de satisfacer el ejercicio de tales derechos mediante su intervención directa o indirecta, por medio de prestaciones económicas o de servicio. Es lo que ocurre en casos como el derecho a la salud, a la educación o a la seguridad social. Y que, desde una mirada más general, conlleva, asimismo, un ideal de objetivo a conseguir como base del bien común y de creación de condiciones sociales para todos los habitantes de la sociedad nacional.

l) Principio de probidad y publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado – Arts. 5° y 8°, CPR

l.1. Concepto: es aquel principio que obliga a los titulares de las funciones públicas a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones,

¹¹ Molina Guaita, Hernán (2010). *Derecho constitucional*. Santiago: LegalPublishing, p. 253.

y reconoce, al mismo tiempo, la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.

Nos encontramos frente a un principio típicamente contemporáneo que impone a los Estados no solo el deber de satisfacer la provisión de un servicio público, sino que, de igual manera, hacerlo con transparencia: la que recae tanto en quienes ejercen funciones públicas como respecto de la mayoría de aquellos que deciden y tramitan¹².

El artículo 8° constitucional es prístino al señalar que solo son públicos¹³ de los órganos del Estado:

- i) “los actos”,
- ii) “resoluciones”,
- iii) “sus fundamentos” y
- iv) “los procedimientos que utilicen”.

Excepción: sin embargo, la publicidad que señala el artículo 8° constitucional sufre una excepción, en el caso de que una ley de cuórum calificado establezca la reserva o secreto de los “actos”, “resoluciones”, “sus fundamentos” y “los procedimientos que utilicen”, cuando dicha publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

1.2. Declaración de intereses y patrimonio: como una consecuencia natural del principio de probidad, el inciso 3° del citado artículo 8° dispone que el Presidente de la República, los ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.

De igual manera, el inciso final del artículo 8° ordena a las señaladas autoridades, bajo ciertos casos y condiciones, delegar a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública, pudiendo consultar otras medidas apropiadas para resolverlo y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

m) Principio seguridad nacional – Arts. 1°, 22°, inc. 2°, y 101°, CPR

m.1. Concepto: es aquel principio que busca la implementación de políticas públicas por parte del Estado que, de un lado, resguarden el territorio nacional y, del otro, protejan a la población y a la familia.

¹² La Ley 20.285, del 2008, regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información. Asimismo, crea el Consejo para la Transparencia, y una acción específica para requerir información de los organismos públicos: el denominado *habeas data*.

¹³ Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia dictada en causa Rol N° 8474-2020.

Desde la concepción humanista cristiana hasta el constitucionalismo democrático:
análisis y vigencia de sus principios / MANUEL JOSÉ NAVARRETE JARA

Desde el punto de vista constitucional, quien posee el deber de *resguardar* la seguridad nacional es el Estado –de allí el imperativo de adoptar políticas públicas–, pero el Constituyente también hace partícipe de esta función a todos los chilenos, desde que les asigna los deberes trascendentales tanto de *defender* la soberanía de la patria como de *preservarla*.

Expresan los artículos 1º, inciso 5º, y 22º, inciso 2º, de la Constitución Política:

Artículo 1º, inciso 5º:

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, 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.

Artículo 22, inciso 2º:

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.

Según se advierte, la seguridad nacional es una consecuencia incuestionable del **principio de servicialidad del Estado** que pretende mantener la paz social, interna y externa, por lo que solo mediante su cautela, aquel cumplirá su deber de 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.

m.2. Estamos frente a un principio que obliga al Estado a *resguardar*; a los chilenos a *preservarla* y *defender* la soberanía de la patria, y, en general, a todas las personas a ejercer los derechos constitucionales *respetando* sus límites.

Y si es obligación del Estado *resguardar*, resulta, entonces, una consecuencia evidente que la Constitución Política le asigne un rol esencial a las Fuerzas Armadas.

Sostiene el artículo 101, inc. 1º:

*Las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. **Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional.***

Y si los chilenos tienen el deber de *preservar* la seguridad nacional y *defender* la soberanía patria, es, de igual manera, una consecuencia natural que todas las personas posean el deber de ejercer los derechos constitucionales *respetando* sus límites.

Algunos ejemplos de ellos:

Art. 19º, Nº 11, inc. 2º, CPR:

*La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y **la seguridad nacional.***

Art. 19º, Nº 21, inc. 1º, CPR:

*El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a **la seguridad nacional**, respetando las normas legales que la regulen.*

Art. 19°, N° 24, inciso 2°, a propósito de la función social de la propiedad privada: *Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, **la seguridad nacional**, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.*

Finalmente, corresponderá a la autoridad de cada época dar aplicación a este principio en consonancia con los desafíos y amenazas que cada día se ciernen sobre las sociedades modernas.

n) Garantía y vigencia del Sistema Democrático – Arts. 9° y 19°, N° 15, incs. 6°, 7° y 8°, CPR

Concepto: es aquel principio que postula la cautela y garantía del sistema democrático de gobierno excluyendo, por un lado, a los grupos intermedios que socaven los principios esenciales de la convivencia cívica y, por otro, rechazando el terrorismo en todas sus formas.

Con el objeto de promover la vigencia del sistema democrático de gobierno, el Constituyente reconoce, en síntesis, dos mecanismos:

n.1. Primer mecanismo: *rechazo al terrorismo en todas sus formas;*

n.2. Segundo mecanismo: inconstitucionalidad por vulneración del sistema democrático.

Hemos decidido proporcionarles un tratamiento en común, considerando el inobjetable propósito por el que ambos se unen: *asegurar la plena vigencia de los principios elementales que sustentan la democracia.*

n.1. Primer mecanismo: Rechazo al terrorismo en todas sus formas. Art. 9°, CPR

Las definiciones en torno a la figura delictiva del terrorismo suelen ser siempre complejas, tomando en cuenta que la modernidad ha dado origen a un sinnúmero de conductas que, con base en el miedo a escala colectiva que desencadenan, incurren en ilícitos que lesionan los más diversos bienes jurídicos de la mayor importancia para sus titulares.

Por ello es que, a propósito de la propagación de ese temor, algunos autores han pensado:

... si una o más de las formas de terrorismo podrían ser noticias o informaciones, ideas y opiniones transmitidas por los medios de comunicación social, penándose los por coautoría, complicidad y hasta de encubrimiento si, por ejemplo, no revelan sus fuentes informativas¹⁴.

¹⁴ Cea Egaña, José Luis (1998). *Tratado de la Constitución de 1980*. Editorial Jurídica de Chile (Santiago), p. 113.

Desde la concepción humanista cristiana hasta el constitucionalismo democrático:
análisis y vigencia de sus principios / MANUEL JOSÉ NAVARRETE JARA

En ese sentido, la Constitución ha optado por un sistema generalizado de condena al terrorismo, reconociendo en el mecanismo inhabilidades; características y definiciones de esta conducta delictiva que pasaremos a revisar:

- i) *Condena generalizada*: el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos;
- ii) *Ley especial*: una ley de cuórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad;
- iii) *Inhabilidades*:
 - **Inhabilidades para funciones estrictamente públicas**: los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular;
 - **Inhabilidades asociadas a la enseñanza y educación**: inhabilidad para ejercer como rector o director de establecimiento de educación o para ejercer en ellos funciones de enseñanza;
 - **Inhabilidades asociadas a medios de comunicación social**: inhabilidad para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones;
 - **Inhabilidades asociadas a funciones gremiales**: inhabilidad para ser dirigente de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo.
- iv) *Carácter no taxativo de las inhabilidades*: lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley.
- v) *Naturaleza del delito terrorista*: serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales.
- vi) *Imprudencia de indulto particular*: no procederá respecto de ellos el indulto particular. **Excepción**: salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo.
- vii) *Procedencia del indulto y amnistía generales*: conforme con el artículo 63 constitucional, Nº 16, inciso segundo, se requerirá para su procedencia un cuórum de **dos tercios** de los senadores y diputados en ejercicio. Y de acuerdo con el artículo 65, inciso segundo, parte final, las leyes respecto de amnistía y acerca de indultos generales solo pueden tener un **origen obligado**: el Senado.

n.2. Segundo mecanismo: Inconstitucionalidad por vulneración del sistema democrático. Art. 19, Nº 15, incisos 6º, 7º y 8º

A propósito del derecho de asociación, la Carta Fundamental reconoce un segundo mecanismo para garantizar el sistema democrático de gobierno: la inconstitucionalidad de diversos grupos intermedios que socaven los principios esenciales de la convivencia cívica.

La doctrina ha expresado que:

El repudio a los sistemas autocráticos se hace evidente ante la letra expresa de la Constitución, que busca una democracia representativa donde el Estado existe para asegurar y proteger los derechos individuales, sociales y políticos¹⁵.

Revisaremos la estructura que el Constituyente le ha proporcionado:

- i) *Garantía del pluralismo*¹⁶: la Constitución Política garantiza el pluralismo político;
- ii) *Inconstitucionalidad sobre objetivos, actos o conductas*: Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos **objetivos, actos o conductas** no respeten:
 - Los principios básicos del régimen democrático y constitucional;
 - Procuren el establecimiento de un sistema totalitario;
 - Aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política.
- iii) *Tribunal competente*: Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad. Si la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio (art. 93º, N° 10),
- iv) *Legitimidad activa*: Habrá acción pública para requerir al Tribunal Constitucional (art. 93º, CPR). **Excepción**: si la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, el requerimiento deberá formularse por la Cámara de Diputados o por la cuarta parte de sus miembros en ejercicio.
- v) *Forma de apreciar los hechos*: en conciencia.
- vi) *Caso de admisibilidad de requerimiento formulado por una parte*: cuando el Tribunal Constitucional sea requerido por una parte, corresponderá a una sala del Tribunal pronunciarse, sin ulterior recurso, de su admisibilidad.
- vii) *Sanciones*: las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad:
 - **Sanciones de naturaleza político-partidista**: no podrán participar en la formación de otros partidos políticos, movimientos u otras formas de organización política;
 - **Sanciones asociadas con altos cargos públicos**: no podrán optar a cargos públicos de elección popular (por ejemplo: Presidente de la República, diputado o senador) ni desempeñar los cargos que se mencionan en los números

¹⁵ Cruz-Coke Ossa, Carlos (2009). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* (Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae), p. 326.

¹⁶ Recordemos que el antiguo sistema de protección de la democracia estaba consagrado en el hoy artículo 8º de la Constitución Política, y su reemplazo por el actual se debió, entre otras razones, a la exclusión *ex ante* de ciertos y determinados partidos políticos; a que no sancionaba conductas, sino que castigaba la libertad de expresión y de pensamiento político, y a la aplicación de sanciones sin límite temporal, entre otras.

Desde la concepción humanista cristiana hasta el constitucionalismo democrático:
análisis y vigencia de sus principios / MANUEL JOSÉ NAVARRETE JARA

1) a 6) del artículo 57¹⁷, por el término de cinco años, contados desde la resolución del Tribunal. **Pérdida de pleno derecho:** Si a esa fecha las personas referidas estuvieren en posesión de las funciones o cargos indicados, los perderán de pleno derecho.

viii) *Imposibilidad de rehabilitación:* las personas sancionadas en virtud de este precepto no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo de 5 años, según lo dicho precedentemente.

ix) *Duplicación del periodo de inhabilidad:* en caso de reincidencia, las inhabilidades se elevarán al doble.

IDEAS FINALES

El ejercicio descriptivo y de reflexión que hemos efectuado en el presente análisis de los principios constitutivos de la Carta Fundamental vigente, con base en la Concepción humanista cristiana de Occidente y en el constitucionalismo democrático, permite apreciar en perspectiva y con moderación la práctica vigente de cada uno de ellos.

Tras dos procesos constituyentes sucesivos con propósitos de reemplazo pleno, se advierte una práctica revitalizada que ha sobrevenido nítidamente sobre un conjunto de principios y valores que, al tiempo de perfilar la evolución institucional de la patria durante las últimas décadas, también por su intermedio se ha mantenido una continuidad histórica que ha develado las más profundas prácticas republicanas concebidas desde los albores del país.

Lo expuesto, antes que a una expectativa responde a una verídica constatación que los últimos acontecimientos plebiscitarios no han hecho más que destacar.

La hermenéutica institucional seguirá su evolución y proporcionando la elasticidad típica de la norma jurídica que, para responder con propiedad a los tiempos cuando ella es invocada, precisa de una permanente adecuación a los desafíos que la realidad social impone en forma incesante: nuevas formas de criminalidad que pretenden desestabilizar a las sociedades democráticas; profundización de prestaciones de derechos sociales que eleven estándares elementales de la población o respondan a nuevas fórmulas que el derecho ha ido concibiendo para ampliar su horizonte de ejecución, por mencionar solo algunos a título meramente ejemplar.

¹⁷ 1) Ministros de Estado; 2) Gobernadores regionales, delegados presidenciales regionales, delegados presidenciales provinciales, alcaldes, consejeros regionales, concejales y subsecretarios; 3) Miembros del Consejo del Banco Central; 4) Magistrados de los tribunales superiores de justicia y los jueces de letras; 5) Miembros del Tribunal Constitucional, del Tribunal Calificador de Elecciones y de los tribunales electorales regionales; 6) Contralor General de la República.

Una tarea que, por un lado, descansa en la jurisprudencia, pero por sobre todo, en la actividad legislativa en conjunto con el correcto diseño de políticas públicas por el Ejecutivo.

Pero lo que termina siendo verdaderamente inobjetable, después de las sucesivas experiencias de reemplazo pleno constitucional, es que el tejido tradicional de una sociedad y su competente valoración conforme con los tiempos que se transitan, importan lo esencial que distingue a toda discusión constituyente, cuya identificación radica en una ciudadanía respetuosa de sus principios y valores más genuinos.

REFERENCIAS

- ALDUNATE, EDUARDO (2010). “Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo”. *Revista de Derecho* (Valdivia), 23(1), pp. 79-102.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS (1998). *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CRUZ-COKE OSSA, CARLOS (2009). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae.
- MOLINA GUAITA, HERNÁN (2010). *Derecho constitucional*. Santiago: LegalPublishing.
- PANTOJA, ROLANDO (2010). *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho y Administración del Estado*. Tomo I, AbeledoPerrot LegalPublishing.
- PFEFFER, EMILIO (2005). “La nulidad de Derecho público: Tendencias jurisprudenciales”. *Revista de Derecho Público* (67), pp. 129-144.
- SILVA CIMMA, ENRIQUE (2023). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes*. Ediciones Jurídicas de Santiago.

Sentencias

- Corte Suprema, Rol N° 63.149-2020, de 14 de julio de 2020.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 8474-2020, de 27 de diciembre de 2020.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 6383-19, 16 de octubre de 2019.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 167-93, de 6 de abril de 1993.

INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO POLÍTICO POPULISTA LATINOAMERICANO EN EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO 2019-2022

*Andrés Hidalgo Olivares**

RESUMEN

El presente documento analiza el pensamiento populista, con énfasis en el populismo latinoamericano, sus principales ideas y características propias, centrándose en la influencia que este ha tenido en los procesos constitucionales de Venezuela (1999), Bolivia (2006), Ecuador (2007-2008) y principalmente en el Proceso Constituyente chileno realizado entre 2019 y 2022, tanto en su forma (antecedentes, grupos políticos protagonistas y principales hechos políticos) como en su fondo (ideología dominante y argumentos esbozados en la discusión constitucional).

Palabras clave: populismo latinoamericano, Proceso Constituyente, sistema político, plurinacionalidad.

INTRODUCCIÓN

Los procesos constituyentes latinoamericanos de las últimas décadas poseen múltiples similitudes que abordan características propias del pensamiento populista de la región, entre estos destacan un contexto previo de crisis políticas o económicas, la dualidad entre un “pueblo virtuoso” y una “élite corrupta” considerada como enemigo, la adhesión a medidas profundamente refundacionales y la presencia de un líder carismático movilizador de masas votantes. Estos elementos han logrado influir, hasta cierto punto, en el Proceso Constituyente chileno, realizado entre el 2019 y 2022, desde su inicio por medio del estallido social del 18 de octubre de 2019,

* Abogado, Máster en Pensamiento Político, Universidad San Sebastián.
Correo electrónico: ahidalgo123@gmail.com

hasta en contenidos de la Propuesta Constitucional elaborada por la Convención Constituyente, como son el sistema político y plurinacionalidad, fundamentándose principalmente en que el cambio constitucional es un método para superar las barreras institucionales que frenan las políticas populistas.

En contraste con las ideas populistas, la historia de Chile presenta una vasta tradición constitucional, la que ha contado con más de diez cartas fundamentales (sin considerar las leyes federales de 1826), que datan de los inicios del proceso independentista y la construcción de la República, hasta la Constitución de 1980 con sus constantes reformas, siendo la más relevante la del 2005¹, llevada a cabo por el expresidente Ricardo Lagos, y la del 2019², la que abrió el Proceso Constituyente para la redacción de una nueva Constitución.

Las protestas que comenzaron en octubre de 2019 tuvieron como consecuencia que la mayoría de los partidos políticos³ buscaran una salida institucional ante la grave crisis política y social que enfrentaba el país, firmando el denominado “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución”, en la madrugada del 15 de noviembre del mismo año, lo que dio por iniciado formalmente el Proceso Constituyente y la creación de un órgano constitucional, cuyo único objetivo era redactar una propuesta de nueva Constitución, estableciendo un conjunto de reglas generales y límites a dicho poder constituyente.

Posteriormente, el 25 de octubre de 2020, se realizó el Plebiscito Nacional por el que la ciudadanía debía pronunciarse a favor o en contra de iniciar el proceso de elaboración de una nueva Constitución y el mecanismo con el que se redactaría. En este plebiscito, la ciudadanía decidió por una amplia mayoría⁴ aprobar la elaboración de un nuevo texto fundamental por medio de una Convención Constitucional⁵, la que, más adelante, definiría que sus miembros serían elegidos mediante un sistema

¹ El 2005 se aprobó un total de 58 modificaciones a la Constitución de 1980, entre las cuales estuvieron el fin de la institución de los llamados senadores designados y el otorgamiento de más facultades fiscalizadoras al Congreso. Estas reformas han suscitado gran debate respecto al origen y legitimidad de la Carta Fundamental.

² Esta reforma se concreta con la Ley N° 21.200, cuyo origen se encuentra en siete proyectos de ley refundidos, destinados a implementar las propuestas de la Mesa Técnica, con el propósito de establecer un procedimiento para elaborar una nueva Constitución Política de la República.

³ El documento fue suscrito por los partidos políticos: Democracia Cristiana, Revolución Democrática, Renovación Nacional, Comunes, Partido Socialista, Partido Por la Democracia, Partido Liberal, Partido Radical, Unión Demócrata Independiente, Evolución Política y Gabriel Boric como independiente (su partido decidió no firmar).

⁴ El resultado del plebiscito dio por ganadora la opción “Apruebo”, con el 78,28% de los votos válidamente emitidos, contra un 21,72% de los votos por la opción “Rechazo”.

⁵ Al órgano encargado de redactar la nueva Constitución se le denominó Convención Constitucional, ya que el concepto de Asamblea Constituyente provocaba rechazo de los sectores opositores a la elaboración de una nueva Constitución debido a la connotación negativa que tenía para ellos la experiencia de otros países latinoamericanos.

electoral que incluiría paridad de género, escaños reservados para pueblos originarios y listas de integrantes independientes. Esto no solo abrió el camino para la elaboración de una nueva Carta Magna, sino que, además, significó la entrada de una conducta populista propia de algunos países latinoamericanos como Venezuela o Argentina, pero que, hasta la fecha, no se había visto con toda claridad en Chile⁶.

El tildar de “populismo” acciones o proyectos políticos se ha transformado en una situación cotidiana en los últimos tiempos, por lo que la búsqueda de una definición, características y análisis de este concepto y su influencia en las democracias latinoamericanas se vuelve un imperativo para poder entender las motivaciones, argumentos y situaciones de hecho que se han dado en las discusiones de los procesos constitucionales. En el caso de Latinoamérica, existen ciertas características en común que, como se verá más adelante, son propias del pensamiento populista, el que sitúa el cambio constitucional como un elemento fundamental para superar las barreras que impiden los cambios transformadores que los proyectos populistas suelen definir como sus metas.

Si bien históricamente el caso chileno se ha caracterizado por su republicanismo y respeto por la democracia, desde fines de 2019 ha manifestado tendencias populistas; considerando lo anterior, es necesario analizar minuciosamente qué características populistas latinoamericanas se evidenciaron en el Proceso Constituyente acaecido entre el 2019 y 2022 y cuáles fueron estrictamente desechadas por los ciudadanos chilenos a la hora de rechazar con gran mayoría el texto constitucional propuesto⁷.

En este trabajo se analizarán brevemente tres casos de procesos constituyentes latinoamericanos en los que se evidencia la influencia del pensamiento populista: Venezuela (1999), Bolivia (2006) y Ecuador (2007-2008)⁸. Estos procesos presentan visiones de la democracia que contrastan con las ideas constitucionales tradicionales de Chile, pero que se asemejan y tienen gran relevancia en la crisis previa establecida en el estallido social y en el Proceso Constituyente propiamente tal.

En cuanto al texto final propuesto por la Convención Constitucional, el análisis se centrará en dos aspectos donde el pensamiento populista se hace más notorio.

⁶ Existe discusión acerca de conductas populistas de algunos personajes de la historia de Chile, como lo son Arturo Alessandri Palma, Carlos Ibáñez del Campo o Salvador Allende; no obstante, la opinión académica mayoritaria se inclina por la tesis de la “excepcionalidad chilena”, donde Chile ha sido un país históricamente inmune al populismo.

⁷ En el Plebiscito Constitucional de 2022, llamado “Plebiscito de Salida”, la ciudadanía rechazó la propuesta de nueva Constitución elaborada por la Convención Constitucional. Los resultados, con una participación histórica del 85,7% del padrón electoral, dieron por ganadora a la opción “Rechazo”, con el 61,86% de los votos válidamente emitidos, contra 38,14% de votos para la opción “Apruebo”.

⁸ Estos tres casos son escogidos por ser los últimos procesos constitucionales latinoamericanos que llevaron a la aprobación de una nueva Constitución y que evidencian de forma más concreta el pensamiento populista de la región.

Influencia del pensamiento político populista latinoamericano
en el proceso constituyente chileno 2019-2022 / ANDRÉS HIDALGO OLIVARES

Estas temáticas son el sistema político, considerado por muchos como la “sala de máquinas” o parte más relevante a modificar en la Carta Fundamental debido su relevancia en la organización del Estado; y la plurinacionalidad, como concepto que tiene un origen e influencia ligados a los procesos constituyentes estudiados⁹ y que tuvo gran repercusión en la discusión constitucional.

1. POPULISMO

1.1. Uso de la palabra “populismo”, origen y su dificultad conceptual

Es común escuchar la palabra “populismo” frecuentemente en discusiones políticas, medios de comunicación y charlas informales; existe un uso generalizado del término o al menos una suposición de su significado, pero su comprensión se dificulta al momento de definirlo. En algunos casos se utiliza para señalar alguna medida como irresponsable o desmedida¹⁰, en otros casos se utiliza como un insulto político a un adversario por sus dichos o forma de actuar¹¹ y, en otros, se profundiza en su concepto como una estrategia política con sus propias definiciones de democracia y sociedad¹²; lo cierto es que su estudio y comprensión se vuelve cada vez más relevante a medida que se sostiene su auge como una de las grandes discusiones del siglo XXI.

Si vamos al origen de la palabra, es frecuente mencionar el *Naródnik*, término que se traduce al español como “populismo” y cuya denominación se daba a un grupo de movimientos y corrientes políticas cercanas al socialismo en la segunda mitad del siglo XIX en Rusia, el que derivaba de su lema “ir hacia el pueblo”. Si bien estos grupos no poseían una organización concreta, su objetivo primordial era derrocar la monarquía y llegar a la construcción de una sociedad socialista sin la necesidad de tener que pasar por una etapa de capitalismo. Existía una exaltación histórica del rol de las masas rurales y especialmente de los campesinos, a las que las élites cultas debían guiar en pro del bienestar¹³.

⁹ En un principio, este trabajo también contemplaba analizar la temática feminista abordada en la Propuesta Constitucional; no obstante, tanto por la extensión de este documento como por su relevancia en comparación con los otros dos temas escogidos, se tomó la decisión de dejar su análisis para otra oportunidad.

¹⁰ Visión de populismo de Mario Vargas Llosa y Enrique Krauze en *El estallido del populismo*.

¹¹ Cas Mudde y Cristóbal Rovira, *Populismo: Una breve introducción* (Santiago: Alianza Editorial, 2019), p. 13.

¹² Visión de populismo de Ernesto Laclau y Chantal Mouffe.

¹³ Pierre Rosanvallon, *El siglo del Populismo – Historia, Teoría, Crítica* (Buenos Aires: Manantial, 2020), p. 21.

Otro caso es el de las décadas finales del siglo XIX en Estados Unidos, durante este periodo se comienzan a formar alianzas de campesinos, asalariados urbanos y activistas de clase media que proponían el aumento de la emisión de billetes para frenar la caída de los precios agrarios. Más adelante, estos grupos se organizarían políticamente para defender sus intereses y fundarían el denominado Partido del Pueblo o Partido Populista¹⁴. En ambos casos, se comienzan a dar ciertos esbozos de la comprensión del populismo: definición de ciertos grupos en sintonía de antagonismo frente a otros, demandas específicas que se agrupan para encontrar soluciones y un rol preponderante del concepto de “pueblo”.

La palabra populismo no solo adolece de una confusión conceptual y uso generalizado, también suele ser utilizada de forma peyorativa sin desprender de su utilización alguna identificación ideológica, como una estrategia política para denominar el marco discursivo tanto de figuras de izquierda como de derecha. Este es el caso del expresidente Donald Trump en Estados Unidos, al que los medios han llegado a comparar en aspectos populistas con presidentes de izquierda de Latinoamérica, principalmente argumentando su constante confrontación y enfrentamiento antagónico con los medios periodísticos¹⁵. De esta comparación podemos analizar dos características relevantes a la hora de entender el populismo. La primera, como una “ideología delgada”. Según autores como el chileno Cristóbal Rovira –quien se ha desempeñado en la investigación de política comparada y especialmente en la relación entre populismo y democracia–, el populismo es una ideología flexible, versátil y adaptable a necesidades e ideologías; por tanto, no necesariamente identificable con políticos de derecha o izquierda o con determinados pensamientos políticos como el socialismo o el conservadurismo¹⁶. Una segunda característica es el uso de la expresión populismo para referirse a un mero marco discursivo, sin considerar que existe un concepto nutrido de ideas y perspectivas propias respecto de la democracia y otros aspectos fundamentales de la vida en sociedad. Se le considera una simple conducta utilizada por diferentes líderes y proyectos políticos que buscan llegar al poder mediante el uso de una retórica similar¹⁷.

¹⁴ Rosanvallon, *El siglo del Populismo*, p. 22.

¹⁵ Marisa Kellam y Elizabeth Stein, mediante una columna de opinión en el *Washington Post*, “Trump’s War on the News Media Is Serious. Just Look at Latin America”, 16 de febrero de 2017. En internet: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2017/02/16/trumps-war-on-the-news-media-is-serious-just-look-at-latin-america/>.

¹⁶ Cas Mudde y Cristóbal Rovira, *Populismo: Una breve introducción*, pp. 33 y 34.

¹⁷ Cas Mudde y Cristóbal Rovira, *Populismo: Una breve introducción*, pp. 31 y 32.

1.2. Populismo como ideología: visión de la democracia y la sociedad

En aquellos casos donde el populismo es concebido como una ideología, se propone que su principal característica es la oposición dualista entre un “pueblo virtuoso” y una élite política; el primero, como el grupo de personas que poseen el poder soberano y la toma de decisiones, y el segundo, concebido como una expresión de desigualdad y concentración de poder en un grupo privilegiado de personas que no tienen una percepción colectiva de la política¹⁸. En esta dirección apunta el académico Pierre Rosanvallon, quien en su estudio pertinente a democracia y populismo señala que este último puede ser definido de acuerdo con cinco características que se pueden observar en las distintas formas y expresiones de populismo existentes hoy. La primera es una visión binaria y polarizada de la sociedad, la que se divide en dos partes antagónicas que se enfrentan. Es una perspectiva más moralista que sociológica, en donde el pueblo está de un lado y la élite de otro¹⁹.

Un segundo aspecto es su visión de la democracia, según esta, el populismo se enfoca particularmente en el voto popular. Rosanvallon señala que existe un interés en el sufragio universal, pero no en los contrapoderes o mecanismos de frenos y contrapesos propios de ser establecidos en los textos constitucionales²⁰. Es por esta razón que los gobiernos populistas suelen enfrentarse a las cortes constitucionales y buscan cambios en el orden constitucional, al considerarlo un obstáculo en su actuar; pretenden, de este modo, domar al poder judicial y tener autoridades independientes para poder cumplir con sus metas. Es una visión directa e inmediata de la democracia, que solo toma en cuenta a los poderes electos, sin ver las distintas expresiones de interés general. Según el autor, la voluntad general no solo se manifiesta mediante el voto electoral, sino también mediante la conciencia del bien común y las instituciones.

La tercera característica del populismo es su visión de la representación política. Rosanvallon señala que quien ejerce el poder según la visión populista de la democracia es el pueblo, pero este tiene un líder por el que se manifiesta; así la experiencia Latinoamericana ha dotado de ciertas características a ese líder, las que pueden ser observadas en diversos líderes populistas del mundo²¹. Ejemplo de esto son los gobiernos de Getulio Vargas en Brasil, Cárdenas en México o Perón en Argentina, los que tienen grandes semejanzas en sus figuras de liderazgo y relación con la movilización de masas cuya adhesión lograban mediante discursos grandilocuentes. El populismo considera que la representación se encarna en la voluntad de una persona y no en

¹⁸ Cristóbal Bellolio, *El momento populista chileno* (Santiago: Debate, 2022), p. 33.

¹⁹ Rosanvallon, *El siglo del Populismo*, pp. 35 y 36.

²⁰ Rosanvallon, *El siglo del Populismo*, pp. 41 y 42.

²¹ Rosanvallon, *El siglo del Populismo*, pp. 52, 53 y 54.

la de diversas fuerzas políticas, como las que confluyen en un Parlamento; cree en una visión polarizada de la representación, y no en una visión pluralista.

La crítica a esta postura está determinada por el entendimiento del populismo como contrario a la democracia representativa. Según el populismo, la democracia se trata de una delegación de facultades en un actor activo de la política (delegado), pues involucra una consulta directa y constante de sus decisiones políticas en el pueblo. A diferencia de esta postura populista, la representación es la forma política donde se deben hacer visibles los problemas, las preguntas y expectativas que existen en la sociedad; la representación debe intentar dar visibilidad a los problemas de las personas para la construcción de una convivencia pluralista. La democracia no es la disputa de mayorías circunstanciales que arrasan con las minorías en justificación del interés colectivo, sino las reglas de las mayorías con pleno y absoluto respeto por las minorías en un contexto de pluralidad.

Una cuarta característica es su visión acerca de las propuestas económicas. El populismo basa su crítica en un sentimiento de impotencia, manifestando que los gobiernos son impotentes para solucionar los problemas de las personas, por lo que las fuerzas populistas se proponen como la solución a todos los males que aquejan a las personas mediante la aplicación de políticas proteccionistas. Para el populismo, la libertad económica fue debilitando la voluntad política, por lo que el proteccionismo es el cimiento de la reconstrucción de la voluntad política y de la acción colectiva. Es una crítica radical a la apertura económica²².

Como quinto y último elemento, el populismo despliega una visión vivencial de la política, donde se enfatizan las emociones. Este punto es clave para entender el éxito del populismo. Es normal que la política se enfoque en los intereses de las personas y de diferentes grupos que la componen; no obstante, el populismo los exalta de tal manera que pueda provocar su reconocimiento y similitud con el sentir de las personas.

El populismo se define con sus características, visiones y entendimiento respecto de conceptos tan relevantes como la democracia y sociedad, y no solamente como una mera figura pragmática de formas de actuar en política. Para Rosanvallón no basta con creer que estamos frente a un populismo o con la mera denuncia de un estilo populista, se requiere analizar su figura y fuerza política como un proyecto atractivo y potente. No es solo una reacción política a las definiciones de sociedad y democracia, sino que implica una propuesta que, bajo la visión populista, mejora la democracia y establece una economía más justa mediante el proteccionismo²³.

²² Rosanvallón, *El siglo del Populismo*, pp. 64, 65 y 66.

²³ Rosanvallón, *El siglo del Populismo*, pp. 72 y 77.

1.3. Populismo como democracia antiliberal

En este punto se hace indispensable entender la relación entre populismo y democracia, pues no todas las posturas conciben al populismo como un peligro para la democracia, sino que le atribuyen a este la función de ser un elemento correctivo para lograr la “verdadera democracia”²⁴.

Aquí debemos distinguir entre el concepto de democracia liberal y democracia radical. La primera es un régimen político en el que se respeta la soberanía popular, la separación de poderes del Estado, la sujeción a un Estado de derecho, la protección a los derechos fundamentales y usualmente normado por una Constitución que regula la protección de dichos derechos y de las libertades individuales. Por consiguiente, el fenómeno del populismo no es necesariamente antidemocrático, sino más bien antiliberal, pues cree en las reglas de las mayorías; sin embargo, tiene como objetivo deshacer o degradar los contrapesos o mecanismos contramayoritarios que caracterizan al constitucionalismo liberal²⁵. Asimismo, el populismo cree en la exaltación de la democracia, ya que no se debería constreñir la voluntad del pueblo; por tanto, rechaza planteamientos como el pluralismo o la mediatez al configurar límites a la democracia. Esta es una visión extrema, radical o antiliberal de la democracia.

Existe también una crítica a un liberalismo antidemocrático, el que, bajo la visión populista, coloca la voluntad popular y la toma de decisiones en manos de órganos cada vez más tecnocráticos que imposibilitan el verdadero ejercicio democrático del pueblo. Ejemplos de estos son los bancos centrales autónomos o las cortes constitucionales. Así, los gobiernos populistas suelen tener como principales medidas las modificaciones o reformas que impliquen terminar con la autonomía en la toma de decisiones de ciertos órganos estrictamente técnicos o las reformas constitucionales mediante asambleas constituyentes. Lo que busca el populismo es que la voluntad del pueblo se manifieste de la forma más “pura” posible, sin ser mediada o constreñida. El populismo implica una demanda para profundizar o ampliar la democracia. El problema radica cuando esa demanda se obtiene en desmedro de los principios liberales, en tanto se prioriza la voluntad del pueblo de forma tajante, y, por consiguiente, a costa de erradicar los contrapesos establecidos para proteger los derechos y libertades individuales de las minorías.

1.4. La reivindicación del populismo: el antagonismo democratizador

En esa misma línea de la crítica al liberalismo y del populismo como democracia radical, el filósofo argentino Ernesto Laclau da una interpretación novedosa respecto del populismo, mediante una mirada positiva acerca de su rol en la democracia,

²⁴ Mudde y Rovira, *Populismo*, pp. 135 y 136.

²⁵ Bellolio, *El momento populista chileno*, pp. 43 y 44.

considerándolo una fuerza transformadora que logra articular demandas insatisfechas en el interior de la comunidad política. En su teoría discursiva acerca de los orígenes del fenómeno, nos señala que el populismo no es un tipo de estrategia o retórica cualquiera para obtener el poder, sino que es una estrategia discursiva, performativa o lo que él llama como “lógica equivalencia”, por la que se articulan o constituyen las demandas democráticas o “significantes flotantes” en oposición a la “lógica diferencial o institucional” independientemente de su contenido ideológico. Su función es expresar la enemistad política en el ciclo de la democracia, a diferencia de algunas racionalidades políticas que niegan el conflicto. La razón populista es política, por ser una forma de constituir la unidad del grupo en oposición a las instituciones. Por ello, no es un movimiento identificable con una base social especial o con una determinable orientación ideológica, pero sí con una lógica política con la que se constituye el pueblo o significativo vacío, producto de la lógica equivalencia o populista, articuladora de las diversas demandas sociales, trazando una frontera antagónica respecto del poder, con lo que se asegura el cambio social en democracia²⁶.

Laclau señala que existe un problema en las ciencias sociales para definir el populismo y para darle un carácter conceptual radical. Esto se demuestra en la dificultad para incorporar en el análisis social y político lo no racional, pasional y afectivo, y que de todas formas constituyen aspectos políticos. Esto, según el académico, lleva a una parte importante de los estudiosos del populismo a considerarlo como una anomalía y un concepto ambiguo. Laclau dice que la política y el populismo son una sinonimia, ya que toda política es en cierto modo populista, al ser el populismo el que constituye al pueblo, por lo que es una condición *sine qua non* de la democracia; de todas formas, el autor reconoce que el sujeto pueblo puede devenir en un régimen autoritario, ya que la relación entre populismo y democracia es contingente. La relevancia del populismo radica en el potencial democratizador, y por tanto es parte de la estrategia política. Así, el autor intenta dar una explicación lógica, pero diferente, mirando el populismo como una práctica política específica, una lógica social y un modo específico de construir lo político²⁷.

Otro aspecto que se trata con relevancia en la teoría del populismo de Laclau son las identidades colectivas. Estas se conciben como la identificación de ciertos grupos por medio de un lazo emocional que une socialmente a los miembros de un grupo entre ellos y con un líder. Esta identidad colectiva no es otra cosa que la denominación del “pueblo”. El populismo establece una frontera entre el campo del poder y el campo popular, y esta frontera se organiza a base de la relación antagónica entre el pueblo (amigos) y la élite (enemigos). Laclau señala que la identidad del pueblo se crea por medio de diversos pasos; primero, mediante una heterogeneidad de personas y grupos de interés, los que se expresan en la diversidad de

²⁶ Ernesto Laclau, *La razón populista* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005), p. 150.

²⁷ Laclau, *La razón populista*, pp. 32, 33 y 34.

Influencia del pensamiento político populista latinoamericano
en el proceso constituyente chileno 2019-2022 / ANDRÉS HIDALGO OLIVARES

demandas que posee cada uno de ellos²⁸. En el contexto chileno, este paso estaría constituido gráficamente por las movilizaciones sociales que antecieron al Proceso Constituyente, cuando cobra relevancia simbólica la llamada “marcha del millón”²⁹, al ser una movilización que convocó a una gran cantidad de personas y grupos sin una demanda en particular asociada; al contrario, con una variedad de intereses incluso contrapuestos entre sí; más bien se trata de un descontento genérico que provoca que diversos grupos usaran la instancia para manifestarse y legitimar sus causas particulares, entre ellas, y como una más, el cambio constitucional.

Continuando con la teoría de Laclau, una vez que esas demandas se expresan y no son satisfechas, existe una cierta equivalencia entre ellas y, por consiguiente, se oponen al poder que no las satisface. Posterior a esto viene una fase donde las demandas se condensan o en la que existe una representación simbólica de su conjunto, sin borrar la singularidad de cada demanda. Esto implica la imposibilidad conceptual y lógica de representar la totalidad y plenitud de las demandas, lo que provoca un vacío, carencia o necesidad social. Así, el pueblo se termina por identificar como un ente que simboliza ese conjunto de demandas sociales insatisfechas por quienes poseen el poder. El pueblo y lo social se vuelven antagónicos a lo político y a la élite, logrando una confrontación racional y lógica, un ambiente de adversarios y de enemistad legítima, en la que el populismo logra entrar por medio de la vía democrática de los acuerdos al poder³⁰. En el caso de Chile, un ejemplo de este aspecto se manifiesta en la cantidad y diversidad de demandas sociales que cada constituyente electo propuso como norma constitucional, algunas incluso fuera de todo margen u orden constitucional, pero que llevaron a cabo impulsando la idea de una Asamblea Constituyente.

El enfoque que Laclau le da al populismo es que este es la esencia de la política, ya que es una fuerza emancipadora que contribuye a lograr la democracia radical mediante la reintroducción del conflicto de la política, fomentando la movilización de los sectores excluidos de la sociedad, con el objetivo de modificar el *statu quo*. Es una visión que el autor fue complementando junto con la filósofa y politóloga Chantal Mouffe, la que tiene una visión posmarxista³¹, donde la teoría marxista ortodoxa no es suficiente para analizar los movimientos sociales, por lo que desarrolla una teoría que no está focalizada en la explotación económica y la lucha de clases, criticando fuertemente la idea de un desarrollo determinado del proceso histórico.

²⁸ Laclau, *La razón populista*, p. 213.

²⁹ El 25 de octubre del 2019 se llevó a cabo una manifestación popularmente conocida como “la marcha más grande de Chile”, que de acuerdo con cifras del gobierno concentró a más de 1,2 millones de personas en Santiago.

³⁰ Laclau, *La razón populista*, pp. 112 y 117.

³¹ Entiéndase dentro de las corrientes ideológicas que exploran las diferentes interpretaciones de la tradición marxista posteriores a su período clásico. Tanto Mouffe como Laclau entran en esta consideración.

Mouffe defiende que siempre es posible cambiar las cosas por medio de la política e intervenir y transformar las relaciones de poder, sin que ello signifique necesariamente la destrucción de las democracias liberales o la creación de un nuevo orden. Para ello es necesario aplicar eficazmente los principios de igualdad y libertad que, en su visión, las democracias liberales proclaman pero no practican, ya que el individualismo hace imposible la comprensión de la formación de identidades colectivas, las que serían organizaciones verdaderamente democráticas que permiten la autocomprensión social, logrando así la radicalización de la democracia mediante un populismo de izquierda³².

Mouffe considera que la política y la democracia son indisociables de una dimensión conflictual, que no puede ser eliminada bajo ningún proceso racional de negociación. Es una visión de democracia radical, plural y antagónica o agonista. De esta manera, el antagonismo define a la política, situándola en una relación de amigos y enemigos que no puede ser resuelta de manera dialéctica, para luego transformar el antagonismo en agonismo, el que se plantea desde la confrontación entre adversarios que reconocen la legitimidad de sus respectivas reivindicaciones y que, por consiguiente, mantienen la idea de una democracia, pero mediante la exaltación de la voluntad del pueblo por medio de las demandas sociales³³. Para Mouffe la política termina siendo una lucha constante por la hegemonía, inspirada fuertemente en el concepto hegemónico de Gramsci³⁴.

Tanto Mouffe como Laclau consideran que la democracia liberal, en su intento por construir consensos, oprime diferentes opiniones y puntos de vista; en cambio, la democracia radical no solo acepta las diferencias, disensos y antagonismo, sino que es dependiente de ello, al existir relaciones de poder opresivas en la sociedad que tendrían que ser hechas visibles, renegociadas y modificadas. Es un intento de construir una democracia alrededor de la diferencia y la disensión. Es por esto que perciben al populismo como una “estrategia de construcción de la frontera política”³⁵, ya que en el entendimiento de la pospolítica³⁶, la solución o camino a seguir es el populismo.

³² Chantal Mouffe, *Por un populismo de izquierda* (Londres: Verso, 2018), p. 22.

³³ Mouffe, *Por un populismo de izquierda*, p. 23.

³⁴ Para Gramsci el concepto de hegemonía se refiere a la estrategia desplegada por un determinado grupo social para generar la aceptación de sus propias posiciones ideológicas entre los otros grupos sociales por medio de la persuasión y el consenso.

³⁵ “La apuesta por un populismo de izquierda”, entrevista a Chantal Mouffe en revista *Nueva Sociedad*, mayo-junio 2019. En internet: <https://nuso.org/autor/chantal-mouffe/>.

³⁶ Para Mouffe la pospolítica es el desdibujamiento de la frontera política entre derecha e izquierda. Es una crítica a los consensos entre los partidos de centroderecha y centroizquierda acerca de la idea de que no hay alternativa a la “globalización neoliberal”.

1.5. Crítica al populismo democratizador

Diferente es la perspectiva de la politóloga y profesora universitaria Nadia Urbinati, quien para entender el populismo actual menciona que existen dos direcciones principales; la primera, una teoría minimalista del populismo que apunta a afinar las herramientas de interpretación que nos permiten reconocer el fenómeno cuando lo vemos mediante el análisis de sus aspectos ideológicos. Y la segunda, una teoría maximalista, en la que no solo tiene una función analítica, sino que reclama la validez efectiva del populismo, ya que ofrece a los ciudadanos un modelo que pueden seguir para formar un sujeto colectivo capaz de ganarse a la mayoría electoral y gobernar³⁷. Esta última es la visión pertinente al populismo como máxima expresión de la democracia. Urbinati critica esta teoría, ya que considera que el populismo es una estrategia para llegar al poder que emplea procedimientos democráticos, con fines no democráticos, cuya esencia es la negación de la legitimidad del pluralismo político y de los mecanismos de intermediación entre gobierno y sociedad. Por consiguiente, existe una animadversión de los populistas a la política organizada, entendida esta como los partidos políticos, instituciones e incluso medios de comunicación.

Urbinati señala que en una democracia representativa convencional los partidos políticos y los medios de comunicación son cuerpos intermediarios esenciales, ya que permiten que lo que está dentro y lo que está fuera del Estado se comuniquen sin tener que fusionarse; en cambio, en una democracia representativa populista se busca superar dichos obstáculos. El populismo apela a una noción de un pueblo “bueno y noble” que está a salvo de la corrupción ligada al ejercicio del poder, un pueblo que se construye como antinomia de la élite política y sus defectos, por lo que nutre y despliega un discurso antipolítico, donde el poder es impuro e inmoral. De ahí que en el populismo existe una parte “auténtica” de la sociedad que merece gobernar contra la parte que no es auténtica, la que es excluida por no considerarse genuina del pueblo. En ese sentido, Urbinati señala:

El populismo consiste en una desfiguración de los principios democráticos de la mayoría y del pueblo, de una manera que pretende celebrar a un subconjunto del pueblo mediante su líder, quien utiliza el apoyo de la audiencia para purificar las elecciones de su carácter formalista y procesal. En ese sentido, la ambición del populismo es construir nuevas formas de soberanía popular que mejoren la inclusión parcial, que existen a expensas de la democracia como mayoría/oposición o un juego abierto de contestación y competencia por el gobierno³⁸.

³⁷ Nadia Urbinati, *Political theory of populism* (New York: Annual Reviews, 2019), p. 116.

³⁸ Urbinati, *Political theory of populism*, p. 124.

El populismo trastoca el significado de la mayoría, para volverse una suerte de mayoritarismo, mediante una negación de las discrepancias. Este no reconoce el principio de mayoría, sino que solo reconoce la que dice representar, incluso si esta mayoría aún no se expresa o llega al poder. Y una vez ya en el poder, el populismo sigue degradando a las demás élites e instituciones estatales que obstruyen su gobierno, por lo que ataca los mecanismos de frenos y contrapesos y las instituciones independientes que limitan su poder. El líder populista, para fortalecer su poder de toma de decisiones, intenta cambiar las reglas, entre ellas la norma jurídica y política más relevante: la Constitución. De esta forma, el populismo exagera la polarización política, minimiza el derecho y los canales de participación de la oposición, somete las instituciones que operan como contrapesos al Poder Ejecutivo y caricaturiza o deshumaniza discursivamente a su contraparte.

2. POPULISMO LATINOAMERICANO

2.1. La oleada populista

Latinoamérica suele ser un caso particular de estudio respecto de sus constantes crisis democráticas y gobiernos que son tildados de populistas. Se habla de una tradición populista que comprende desde las primeras décadas del siglo XX hasta la actualidad, existiendo ciertos rasgos y características en los contextos sociales y culturales de los países de la región que propenden a que se desarrollen estas posturas³⁹.

En el aspecto histórico, se pueden identificar tres olas de populismo en América Latina que, con sus diferentes visiones antagónicas de la democracia, han construido un relato en torno a las reivindicaciones sociales y concepción del poder. Para inicios del siglo XX las democracias latinoamericanas se caracterizaban por la escasa participación democrática, producto de las oligarquías y de su inestabilidad política. Las clases medias crecieron gracias a la urbanización e industrialización, y junto con ello los problemas arraigados a la cuestión social⁴⁰. En 1929 estos problemas se agudizan con la llamada Gran Depresión; la crisis económica provocó desempleo, pobreza y un malestar generalizado. Como respuesta a la grave situación en que se encontraban, los países comenzaron a ampliar el gasto público para financiar nuevos planes de desarrollo, los que junto con la emisión de papel moneda, terminaron por incrementar la demanda de bienes, generar inflación y el consecuente aumento del costo de vida de las personas. El panorama estaba acomodado para la emergencia de la primera ola de populismo en Latinoamérica, que traería consigo un grupo de

³⁹ Mudde y Rovira, *Populismo*, p. 65.

⁴⁰ Verónica Ortiz y Julio Pinto, *¿Populismo en Chile? De Ibáñez a Ibáñez, 1927 – 1958* (Santiago: Travesía, 2018), p. 82.

Influencia del pensamiento político populista latinoamericano
en el proceso constituyente chileno 2019-2022 / ANDRÉS HIDALGO OLIVARES

líderes que con gran carisma provocaron un movimiento de masas y cambios profundos en la forma de hacer política.

En la primera ola de populismos, que data de la crisis de 1929 hasta finales de la década de 1960, encontramos gobiernos principalmente de izquierda, que comparten características claves que los hicieron exitosos en su momento. Sus discursos y movimientos políticos se enfocaban en la inserción de las masas al sistema político, y respondían a diferentes demandas sociales que no estaban siendo solucionadas. A lo anterior, se suma la identificación estrecha con líderes carismáticos, posturas abiertamente antioligárquicas y nacionalistas, programas de desarrollo industrial y políticas favorables a los sectores más postergados. Este es el caso de los gobiernos de Juan Domingo Perón en Argentina y Getulio Vargas en Brasil, cuyos discursos se centraban en dar voz a sectores excluidos y marginados de la sociedad, junto con resaltar la identidad común que tienen los países de América Latina y sus constantes denuncias contra la interferencia de Estados Unidos y las potencias imperialistas. Esta identidad en común la podríamos denominar populismo clásico o “populismo bolivariano”, el que está basado en las ideas de integración y desarrollo de la región mediante la unión de los países. Su origen radica en la figura de Simón Bolívar y sus principales ideas en torno a la política de la región respecto de la relación entre las colonias y España; propone soluciones a la situación en la que en ese momento se encontraba Latinoamérica, apuntando a la necesidad de recuperar la unidad regional⁴¹.

En esta época, en Chile solo se destaca la figura de Carlos Ibáñez del Campo como un régimen con características populistas. Ibáñez fue elegido Presidente con una enorme mayoría en 1952, a pesar de haber pasado por un período de dictadura, el que lideró entre 1927 y 1931. Su campaña se basó principalmente en una crítica a los partidos y en sus méritos personales, incluso siendo apoyado por el Partido Femenino y con cierta influencia de la figura de Perón, quien lo visitó en Chile en 1953, compartiendo ambos la figura de exmilitares gobernantes y líderes carismáticos⁴².

En el plano internacional, se vivían grandes acontecimientos que impactarían en la vida política de América Latina, entre ellos la influencia del nazismo alemán y del fascismo italiano en la década de los 30, los que intentaron crear lazos con países latinoamericanos, como ocurrió en el caso de Argentina. A esto se suma la Guerra Civil española, la Segunda Guerra Mundial y la Guerra Fría, acontecimientos que tuvieron gran repercusión en las ideas políticas de la región, junto con la Revolución Cubana, que llegaría a posicionar las ideas marxistas-leninistas en Latinoamérica por medio de la vía violenta, que otros países de la región pasarían a considerar un camino viable a seguir⁴³.

⁴¹ Mudde y Rovira, *Populismo*, pp. 66 y 67.

⁴² Ortiz y Pinto, *¿Populismo en Chile?*, p. 83.

⁴³ José Del Pozo, *Historia de América Latina y del Caribe. Desde la independencia hasta hoy* (Santiago: LOM Ediciones, 2009), pp. 143 y 144.

La segunda ola de populismo surge a inicios de 1990, con casos como el de Carlos Menem en Argentina y Alberto Fujimori en Perú. Esta segunda ola se enmarcó en considerar a la élite como la “clase política” y el Estado, ya que estos países se encontraban afectados por crisis económicas de los años 80 y tuvieron que adoptar políticas neoliberales para poder combatir la hiperinflación⁴⁴, por lo que los enemigos de estos populismos eran más bien similares a las élites denominadas por los populistas actuales cercanas a las ideas de derecha, como lo pueden ser Donald Trump en Estados Unidos, Bolsonaro en Brasil o Javier Milei en Argentina.

Por último, la tercera ola y que incluso se expande a la actualidad, es la de populistas como Hugo Chávez en Venezuela, Evo Morales en Bolivia y Rafael Correa en Ecuador. Todos estos líderes encauzaron procesos constitucionales en sus países mediante Asambleas Constituyentes, con el objetivo de redactar una nueva Constitución que implicara cambios radicales en el sistema político y en la institucionalidad de cada país, y así restringir la capacidad de la oposición para competir de manera libre y justa con los gobiernos populistas⁴⁵. En el caso de Evo Morales, mediante un discurso multiétnico del país, buscó aplicar políticas públicas favorables a los grupos indígenas; más adelante este concepto sería fuertemente discutido en el Proceso Constituyente chileno como plurinacionalidad. Esta tercera ola de populismo se asimila a la primera ola, respecto del concepto de élite, en cuanto vuelve al discurso del americanismo y antiimperialismo; no obstante, se diferencia de los anteriores porque su crítica está especialmente enfocada en las reformas neoliberales implementadas durante las últimas décadas del siglo XX.

2.2. La particularidad regional y el menosprecio por los contrapesos

Los diferentes gobiernos populistas de la región viven en contextos de crisis económicas o políticas similares, pero es necesario cuestionarnos por qué Latinoamérica enfrenta estas crisis mediante gobiernos o momentos populistas. ¿Qué hay en la cultura o idiosincrasia latinoamericana que provoca salidas populistas a las crisis democráticas?

Para Rovira y Mudde, el auge del populismo en Latinoamérica se debe principalmente a la combinación de dos características esenciales: la desigualdad extrema y la política democrática. De este modo, la concentración del poder político y económico en una minoría hace identificable la presencia de una oligarquía que, mediante el discurso populista, se transforma en el enemigo a vencer, ya que actúa en contra del interés colectivo. Además, las elecciones periódicas permiten que el descontento

⁴⁴ Carlos Malamud, *Populismos latinoamericanos. Los tópicos de ayer, de hoy y de siempre* (Asturias: Nobel, 2010), p. 15.

⁴⁵ Mudde y Rovira, *Populismo*, pp. 70 y 71.

Influencia del pensamiento político populista latinoamericano
en el proceso constituyente chileno 2019-2022 / ANDRÉS HIDALGO OLIVARES

hacia esa élite se manifieste mediante el voto a líderes populistas que prometen un gobierno que sea del pueblo y no de una oligarquía que se gobierna a sí misma⁴⁶.

Por su parte el historiador Carlos Malamud señala que existe un conjunto de circunstancias únicas e irrepetibles que originan el retorno del populismo, su surgimiento, difusión y consolidación en el siglo XXI en América Latina a partir del “chavismo”⁴⁷, el que luego se expande en la región. Primero, la alianza entre Fidel Castro y Hugo Chávez, la que legitima el actuar golpista de los militares en Venezuela ante la izquierda latinoamericana, convirtiéndolo en un modelo a seguir con un perfil antiimperialista, anticapitalista y revolucionario⁴⁸. Esto se convierte en un proyecto de contenido hegemónico cubano-venezolano para todo el continente.

Una segunda circunstancia es el crecimiento económico acelerado que tiene lugar en América Latina a partir del año 2003, lo que permite afianzar el gobierno y liderazgo de Chávez incluso a escala continental. Este crecimiento es apoyado principalmente por la expansión de países asiáticos como China y por el incremento del precio de los *commodities*⁴⁹. Esto posibilita que los países que se habían visto afectados por la crisis económica de la década de los noventa pudieran reencontrarse con el crecimiento y dedicar una parte importante de sus nuevos ingresos a políticas sociales y clientelistas, lo que abona la consolidación de nuevos gobiernos populistas.

Como tercera circunstancia, la actividad petrolera de Venezuela permite consolidar el régimen chavista y sus políticas sociales, incluso estrechando sus relaciones internacionales mediante el financiamiento de campañas electorales de líderes afines a su proyecto político, lo que favorece la llegada de nuevos dirigentes populistas que dan sustento al proyecto político de Chávez. Y cuarto, el sólido liderazgo que Chávez ejercía en el gobierno y también a escala universal y continental lo instala como una de las grandes figuras de la izquierda⁵⁰.

Malamud señala que el populismo latinoamericano se puede definir y caracterizar según su crítica al sistema y oposición a diferentes conceptos; por consiguiente, el populismo latinoamericano sería anticapitalista, antiliberal y antielitista. También señala que el populismo no es patrimonio de ninguna ideología ni de una manera determinada de gobernar, sino que más bien se relaciona con notables liderazgos con estilos personalistas y patrimonialistas del ejercicio del poder⁵¹. Este último aspecto es el que cobra gran relevancia en los procesos constitucionales latinoamericanos, pues

⁴⁶ Mudde y Rovira, *Populismo*, pp. 65 y 66.

⁴⁷ “Chávez era un admirador declarado de Juan Domingo Perón y ambos compartían sus ideas de reforma a la Constitución como mecanismo eficaz para garantizar la reelección y así mantenerse en el poder”. Malamud, *Populismos latinoamericanos*, p. 53.

⁴⁸ Malamud, *Populismos latinoamericanos*, p. 51.

⁴⁹ Son las materias primas o productos básicos esenciales que son usados en el comercio para producir y crear otros bienes y servicios.

⁵⁰ Malamud, *Populismos latinoamericanos*, pp. 51, 52 y 53.

⁵¹ Malamud, *Populismos latinoamericanos*, pp. 14 y 15.

en la concepción del poder que tienen los populismos existe un claro menosprecio por los mecanismos de frenos y contrapesos. Consideran a estos mecanismos de control como ilegítimos en cuanto critican a los gobiernos populistas o entorpecen su funcionamiento, pues no les permiten llevar a cabo los cambios transformadores profundos que suelen señalar en campañas electorales. En otras palabras, la Constitución pasa a ser una barrera para los gobiernos populistas y sus fines, por lo que su inclinación a los cambios constitucionales está profundamente ligada a terminar con esos mecanismos de control establecidos en las cartas fundamentales, ya que limitan su poder de actuar en la consecución de sus objetivos.

2.3. El pensamiento populista latinoamericano: de la resistencia a la toma del poder

Si hay un aspecto que ha caracterizado al populismo latinoamericano es el indigenismo, el que se ha manifestado con diferentes rasgos en las Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia y que permeó en gran medida la discusión constitucional del proceso chileno. Este aspecto se le puede atribuir en gran medida a Álvaro García Linera, exvicepresidente de Bolivia y el principal teórico e ideólogo del proceso que transformó a Bolivia en un Estado Plurinacional. García Linera se había dedicado a estudiar las ideas de Marx y su aplicación en Latinoamérica por medio de las comunidades que él consideraba como históricamente excluidas: los indígenas, y cómo por medio de este sujeto político puede existir una articulación social que permita la movilización social.

García Linera plantea que existe un bloque hegemónico histórico y compacto de las ideas neoliberales, pero que a partir del año 2000 se comienzan a crear movilizaciones sociales que implican la construcción de un sujeto público o colectivo, lo que se denomina como período de articulación social. Para otros autores como Íñigo Errejón, los estallidos sociales o momentos de irrupción plebeya se logran cuando el agravio moral de un pueblo es más grande que el imperativo de obediencia⁵². Este agravio moral es un desencanto de los “dominados” por los sectores que en principio capitalizaban sus deseos (los “dominantes”). Lo que distingue esta teoría del marxismo ortodoxo propiamente tal (al igual que la teoría de Mouffe o de Laclau) es la incorporación o irrupción de nuevos actores en lo político. En el caso boliviano, no solo la clase obrera es el sujeto político, sino que el sujeto indígena pasa a ser un elemento esencial para la fuerza de movilización social⁵³.

⁵² Íñigo Errejón Galván, “Crisis de régimen y procesos constituyentes: Sin manual, pero con pistas: algunas trazas comunes en los procesos constituyentes andinos (Venezuela, Bolivia, Ecuador)”, *Viento sur: por una izquierda alternativa* (número 128, 2013, pp. 33-36).

⁵³ Álvaro García Linera, *Comunidad, socialismo y Estado plurinacional* (Santiago: El Desconcierto, 2015).

Influencia del pensamiento político populista latinoamericano
en el proceso constituyente chileno 2019-2022 / ANDRÉS HIDALGO OLIVARES

Luego, la articulación social se comienza a materializar mediante el repertorio de acción colectiva gradual y en crecimiento que se transforma en una identidad (similar a la construcción de identidad pueblo señalada por Laclau), la que logra una capacidad de presión e influencia política necesaria para desbalancear lo institucional, en un escenario donde –bajo su visión– el Parlamento es el único lugar de toma de decisiones y ejercicio de la política oficial, pero que gracias a la movilización social se produce un contrapeso en los poderes, logrando manifestar y legitimar ciertas causas por medio de la protesta y la movilización de las masas. Para el populismo latinoamericano esto es conocido como la revolución democrática: la irrupción de la plebe y la construcción de una nueva identidad dentro de una democracia, la revolución como un momento de democracia absoluta.

Por último, García Linera señala que esta irrupción abre paso a la construcción de un nuevo sentido común y predispone a nuevas creencias, donde lo indígena funciona como una propuesta a otras creencias y esquemas de ordenamiento bajo tres causas específicas: gobierno indígena, nacionalización de los recursos naturales y asamblea constituyente. La primera, como un modo de resolución del horizonte colonial; la segunda, como un modo de superar la fallida resolución neoliberal; y la tercera, como escenario para resolver de manera acordada y concertada entre distintos sectores sociales mediante una refundación⁵⁴.

A esta fórmula se agrega la demanda constituyente, la que genera un impacto que dice relación con una narrativa más rupturista que la de un simple recambio de gobierno, ya que implica un mensaje profundo y vinculado a lo “refundacional”, a la vez que lo hace más tangible que el mito de una “revolución” mediante la toma violenta del poder político⁵⁵. Los tres casos estudiados en este documento toman la demanda constituyente y logran vencer en elecciones presidenciales con fórmulas similares. Así, mediante la idea de una asamblea constituyente y plenipotenciaria, sus programas políticos presidenciables –que no gozaban de una recepción positiva por carecer de posibilidades ciertas de ser ejecutados en el corto plazo– pasan a ser factibles, al transformar la discusión constitucional en un relato político de cartas aspiracionales. En otras palabras, se utilizan los procesos constituyentes como momentos de extrema aceleración política e intensificación de tensiones y discusiones que en un plano normal no se contemplan, para así provocar la movilización y articulación social, tendientes a llegar al poder mediante una revolución en democracia.

⁵⁴ García Linera, *Comunidad, socialismo y Estado plurinacional*.

⁵⁵ Errejón, *Crisis de régimen y procesos constituyentes*, p. 35 – 36.

2.4. Cuatro aspectos para entender un estallido populista

Frente a lo que parece ser un período de diversas movilizaciones sociales y propuestas populistas, varios autores coordinados por Álvaro Vargas Llosa realizan un estudio de los rasgos populistas de varios países de Latinoamérica y del mundo, donde el escritor y excandidato presidencial de Perú Mario Vargas Llosa señala que a diferencia de lo que creía Francis Fukuyama en *El fin de la historia y el último hombre*, la democracia liberal no se vio necesariamente reforzada por la caída del comunismo, sino que surgió otra amenaza, que para el autor va más allá de una ideología, pues la asimila a una “epidemia viral que ataca por igual a países desarrollados y atrasados”, adaptándose a cada circunstancia. Considera el populismo como “una degeneración de la democracia que puede acabar con ella desde dentro” y que es el gran adversario de la democracia liberal en el siglo XXI⁵⁶.

En este estudio, conocido como *El estallido del populismo*, se señalan las características más notorias del populismo. Utilizaremos cuatro de ellas para entender la inspiración de las ideas populistas en Latinoamérica y en sus procesos constitucionales (específicamente en el caso de Chile). Estas características son: en primer lugar, una crisis precedente económica o política que debilita la institucionalidad, erosionando la confianza de la ciudadanía en las instituciones fundamentales, a tal nivel que se hace necesaria la búsqueda de alternativas que puedan solucionar la percepción de las personas frente a la legitimidad de estas⁵⁷. En el plano chileno, esta crisis se manifiesta principalmente en el estallido social de octubre del 2019, sin desmerecer que con anterioridad se venían dando ciertos rasgos que hacían presagiar al menos un malestar ciudadano generalizado.

En segundo término, la dualidad entre un pueblo hegemónico y puro y la idea de un enemigo común de ese pueblo, enemigo al que se considera como el origen de todos los males que aquejan a la ciudadanía: la élite⁵⁸. En Chile, este punto se grafica en el relato político con el que algunos grupos llegaron a ganar las elecciones a convencionales constituyentes mediante la creación de listas independientes aferradas a causas identitarias que luego llevarían a la propuesta constitucional, y en el clima hostil y de enemistad que prevaleció durante todo el proceso de redacción y campaña electoral final.

Tercero, la adhesión a medidas profundamente refundacionales, que no tienen un claro sustento filosófico ni científico, sino que más bien nacen desde la “promesa populista” de asegurar a las personas mejorar sus vidas mediante políticas públicas cortoplacistas e irresponsables. Estas reformas suelen implicar un importante gasto

⁵⁶ Mario Vargas Llosa, “El populismo, el nuevo enemigo”, en *El estallido del populismo* (Madrid: Planeta Publishing, 2017), p. 5.

⁵⁷ Cristián Larroulet, “¿Se aleja el fantasma?”, en *El estallido del populismo*, p. 190.

⁵⁸ Larroulet, “¿Se aleja el fantasma?”, p. 190.

Influencia del pensamiento político populista latinoamericano
en el proceso constituyente chileno 2019-2022 / ANDRÉS HIDALGO OLIVARES

estatal y modificaciones profundas al sistema político con el objetivo de imponer el ideario populista⁵⁹. Ejemplo de esto es la propia idea de un cambio constitucional como solución a todos los males.

Y, por último, la presencia de un líder carismático, que resulta ser una de las características claves para entender el populismo en Latinoamérica. Este líder es portador de un diagnóstico generalmente crítico del país, tiene trato directo con el pueblo y resalta por sus ideas refundacionales que permitirían alcanzar la gloria del progreso con facilidad⁶⁰. Esta característica es la menos notoria o incluso insatisfecha del Proceso Constituyente chileno, ya que la falta de un líder carismático movilizador de masas, capaz de convencerlas de votar apruebo en el plebiscito de salida, puede ser una de las razones de por qué la propuesta fue rechazada. Estos rasgos los analizaremos en mayor profundidad más adelante, tomando como ejemplos los últimos procesos constituyentes latinoamericanos y la influencia de sus ideas en el Proceso Constituyente chileno.

3. POPULISMO CONSTITUCIONAL

3.1. Neoconstitucionalismo

Desde finales del siglo XX se han visto varias manifestaciones y cambios constitucionales en distintos países de América Latina⁶¹, impulsados principalmente por la corriente del neoconstitucionalismo europeo del periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial⁶², que buscó la introducción y mayor protección de los derechos humanos, junto con una dirección diferente de sus sistemas jurídicos y políticos. Adaptada a las características inherentes de la sociedad latinoamericana, esta corriente neoconstitucional significaría un cambio político, cultural y social en dichos países.

En este contexto, la discusión constitucional apunta a un modelo que persigue mayor protección de los derechos de los individuos y pueblos, y que, a la vez, le dé mayor operatividad al Estado. Esta visión ha marcado influencia en diversos procesos

⁵⁹ Larroulet, “¿Se aleja el fantasma?”, p. 190.

⁶⁰ Larroulet, “¿Se aleja el fantasma?”, p. 190.

⁶¹ En el siglo XIX también existieron cambios constitucionales relevantes en Latinoamérica y Chile; no obstante, la tendencia neoconstitucional de incluir grandes cantidades de derechos fundamentales de índole garantista comienza en el siglo XX luego de las masivas violaciones a los derechos humanos causadas por las guerras mundiales.

⁶² El neoconstitucionalismo es un fenómeno que se distingue como una nueva corriente constitucional que abarca una mayor cantidad de derechos fundamentales y coloca al ser humano como el eje central en la sociedad y no solo limita sus funciones o poderes, como en el constitucionalismo clásico.

constitucionales, conformando una percepción garantista⁶³, con un amplio catálogo de derechos, que en muchas ocasiones tienen una aplicación directa en las políticas públicas.

La aplicación de esta corriente teórico-constitucional significó un amplio debate intelectual. La principal crítica apuntaba a la casi imposibilidad de su aplicación, debido a que se trata de adaptar un sistema jurídico y político originado en una realidad distinta, construido a base de requerimientos sociales diferentes. La propuesta del constitucionalismo europeo adaptado no resultó adecuada para la apreciación y el manejo de realidad y reivindicaciones propias de Latinoamérica. Esto dio origen a distintas tendencias respecto de la situación constitucional de cada país, en donde las posiciones políticas e ideológicas comenzaron a transformar el proceso neoconstitucional debido a sus pretensiones.

Las posturas ideológicas frente a los cambios constitucionales están profundamente ligadas al surgimiento de varios movimientos y partidos políticos con enorme apoyo popular y generalmente de oposición a las relaciones de poder existentes. Estos sectores apuntaban su crítica a lo que ellos definían como una élite política corrupta y vieron en el debate constitucional una oportunidad de proponer cambios que algunos autores denominarían como el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, pero que para otros no significaría más que una nueva forma de populismo, el llamado “populismo constitucional”. En ese sentido, el objetivo del populismo es erosionar las instituciones que limitan el poder de los líderes populistas y, siendo la Carta Magna la regla jurídico-política superior que nace como límite al poder y garantía a los derechos individuales de las personas, la importancia del populismo en su modificación es fundamental para sus pretensiones. Malamud ejemplifica ese aspecto con figuras políticas como Hugo Chávez, Evo Morales y Rafael Correa. Refiriéndose a sus pretensiones de derrocar todo control de poderes institucionales por medio de un cambio constitucional, señala: “En general se podría hablar de un claro menosprecio por parte de los líderes populistas de eso que los anglosajones denominan *checks and balances*. El concepto, que podría traducirse como controles y contrapesos, se dirige claramente al control del poder y al control de todos aquellos que de una u otra manera ejercen el poder”⁶⁴.

Desde 1990 han visto la luz un total de siete nuevas constituciones en Latinoamérica: Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Ecuador (1998 y 2008), Venezuela (1999) y Bolivia (2009). Las más recientes exhiben rasgos particulares, como la consolidación de los derechos de los pueblos indígenas y el énfasis en el carácter plurinacional de los Estados. Todos estos procesos terminaron con la aprobación y

⁶³ Se considera la noción ampliada de garantismo, en la que se designa el conjunto de los límites y de los vínculos impuestos al sistema de los poderes e idóneos para asegurar la máxima efectividad a las promesas constitucionales.

⁶⁴ Malamud, *Populismos latinoamericanos*, p. 14.

Influencia del pensamiento político populista latinoamericano
en el proceso constituyente chileno 2019-2022 / ANDRÉS HIDALGO OLIVARES

vigencia de nuevas cartas constitucionales, generando un notorio interés en otros países, dentro de la región, por seguir su mismo recorrido.

Si analizamos la historia reciente de los países latinoamericanos, se evidencian patrones en sus procesos constitucionales. Estos se pueden identificar tanto en sus orígenes como en la similitud de las normas que contiene cada uno de los textos, como, por ejemplo, el carácter plurinacional de las constituciones de Bolivia, Ecuador y la Propuesta Constitucional de Chile 2022. En cuanto al origen, encontramos que los procesos constitucionales han sido elaborados en climas hostiles de crisis políticas y sociales que dificultan la gobernabilidad del país, donde existe un considerable cuestionamiento a la institucionalidad y se produce el surgimiento de movimientos sociales y políticos que toman el discurso acerca del poder constituyente como un vehículo transformador, con intención de renovar o refundar estructuralmente los marcos institucionales del Estado.

3.2. El caso de Venezuela

En plena Guerra Fría, Venezuela gozaba de una democracia más estable que la mayoría de los países latinoamericanos, en un período denominado como República Civil⁶⁵. Producto de esto, experimentó un acelerado crecimiento demográfico, consecuencia de las mejoras en la calidad de vida y de su atractivo para migrantes de otros países. El gran problema radicaba en el hecho de que el gran motor de su crecimiento era la industria petrolera, la que estaba estatizada y condicionó, en gran medida, las posibilidades de desarrollo⁶⁶.

La economía venezolana entró en crisis a raíz del endeudamiento en el que incurrió el país –después de haber estado en el mejor momento del petróleo en la década de 1970–, producto de una economía inestable debido a su dependencia de los precios fluctuantes de los hidrocarburos. A partir de la caída del precio del petróleo comenzó una ralentización económica paulatina, mientras el Estado venezolano aumentaba su recaudación y gastos. Esto causó una devaluación de la moneda, lo que obligó al gobierno a establecer un conjunto de medidas económicas que incluían el incremento en el precio de la gasolina y el alza del transporte público⁶⁷.

Como respuesta a las medidas anunciadas, las personas salieron a protestar, lo que se transformó en un verdadero estallido social llamado el “Caracazo”, debido a que las manifestaciones comenzaron por los problemas de transporte que hubo para llegar a la capital Caracas. El conflicto dejó 276 muertos de acuerdo con las cifras

⁶⁵ Fueron 40 años ininterrumpidos de gobiernos civiles y democráticos, electos por votación popular, que impulsaban el mayor crecimiento humano, social y material vivido por el país.

⁶⁶ María Corina Machado, “La tiranía chavista y la decisión de vencerla”, en *El estallido del populismo*, p. 96.

⁶⁷ Machado, “La tiranía chavista”, p. 96.

del gobierno, las que han sido desmentidas por diferentes instituciones no gubernamentales, señalando que las cifras van desde 2.000 a 3.500 muertos, y las pérdidas materiales se estimaron en más de 3.000 millones de bolívares de la época⁶⁸.

El país ya se encontraba en una crisis económica, política y social, a la que se sumaron dos intentos de golpe de Estado en 1992 liderados por Hugo Chávez, quien sería electo Presidente de la República en 1999 con la promesa de cambiar la Constitución venezolana de 1961 por medio de un proceso constitucional. Su idea era la de una Asamblea Constituyente Originaria y Plenipotenciaria que modificara radicalmente las normas pertinentes a la reforma constitucional. Luego, esta idea sería replicada en Bolivia y Ecuador⁶⁹.

El 2 de febrero de 1999 Chávez asumió el poder y juró sobre la Constitución de 1961, señalando: “Juro delante de Dios, juro delante de la Patria, juro delante de mi pueblo que sobre esta moribunda Constitución haré cumplir e impulsaré las transformaciones democráticas necesarias para que la República tenga una Carta Magna adecuada a los nuevos tiempos”⁷⁰. Era una clara muestra de su desprecio por la Constitución y las reglas democráticas que regían en ese momento.

Una vez en el poder, Hugo Chávez llamó a un referéndum público para iniciar la Asamblea Constituyente, compuesta por representantes y grupos indígenas. El referéndum se efectuó el 25 de abril de 1999, y fue un gran éxito para Chávez, con 88% de votantes que apoyaron la propuesta. Poco después se realizaron las elecciones para la Asamblea, donde habían 1.171 candidatos, de estos, alrededor de 900 eran de grupos opositores al gobierno de Chávez. Aunque los representantes del oficialismo ganaron el 65,8% de los votos, gracias al sistema de representación mayoritario escogido por el gobierno para determinar distribución de escaños, sus partidarios obtuvieron 125 escaños, lo que equivalía a 95% del total de la asamblea, dejando a la oposición con 6 escaños⁷¹.

La Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela de 1999 fue el nombre que tomó el órgano constitucional que, a pesar de ser constituido con el objetivo de redactar una nueva Carta Fundamental, asumió facultades plenipotenciarias por encima de todos los poderes existentes. Esto se manifestó en el despido por parte de la Asamblea de más de 70 jueces, a quienes identificaron como “corruptos”; estos precisamente eran antagónicos al gobierno de Chávez.

En su preámbulo, la Constitución de 1999 señala como ejemplo histórico a “nuestro Libertador Simón Bolívar” con el fin de “refundar la República” y una sociedad

⁶⁸ Machado, “La tiranía chavista”, pp. 96 y 97.

⁶⁹ Malamud, *Populismos latinoamericanos*, pp. 108 y 109.

⁷⁰ Juramento de ley de Hugo Chávez, el 2 de febrero de 1999, luego de la toma de posesión como presidente Constitucional de la República de Venezuela en el Capitolio Federal reunido en el Congreso Nacional.

⁷¹ Machado, “La tiranía chavista”, pp. 98 y 99.

Influencia del pensamiento político populista latinoamericano
en el proceso constituyente chileno 2019-2022 / ANDRÉS HIDALGO OLIVARES

“democrática, participativa y protagonista, multiétnica y pluricultural”. Todo esto dice relación con el ideario de la Revolución Bolivariana de Chávez, el que estaba inspirado en la idea de una América Latina unida que inventara su propio sistema político, y cuyo objetivo era impulsar el patriotismo hispanoamericano para llegar a un socialismo del siglo XXI.

En cuanto al resto del texto constitucional, este aumentó el período presidencial de cinco a seis años, permitió a las personas revocar servidores públicos mediante referéndum, y agregó un nuevo límite de dos períodos presidenciales. Convirtió el sistema bicameral, que estaba constituido por un Senado y una Cámara de Diputados, en uno unicameral, que solo estaba constituido por una Asamblea Nacional⁷². Incluso el país, que entonces oficialmente se llamaba República de Venezuela, pasó a denominarse República Bolivariana de Venezuela por demanda de Chávez, reflejando el carácter bolivariano y refundacional. La nueva Constitución fue aprobada por un referéndum con más del 80% de los votos en diciembre de 1999⁷³.

3.3. El caso de Bolivia

Al Proceso Constituyente boliviano también lo antecede una crisis política y social que afectaba al país en los años precedentes. En 2003 el entonces presidente Gonzalo Sánchez de Lozada anuncia medidas para subir impuestos, lo que desata varias manifestaciones violentas que provocaron el retiro de dichas medidas; no obstante, las manifestaciones vuelven y con más furor en octubre del mismo año producto del conflicto denominado “guerra del gas”, el que se desató debido a la decisión del gobierno respecto de la explotación de reservas de gas natural a bajo precio que se quería exportar a Estados Unidos y cuyo transporte sería por medio de un puerto chileno. Estas medidas fueron intensamente criticadas por la falta de políticas para abastecer el mercado interno y la relación con dichos países. Producto de la violencia desmedida, el gobierno buscó la intervención militar, lo que llevó a ciertos actos de represión denominados como la “masacre de octubre” que terminaron con Sánchez huyendo del país y renunciando a la presidencia.

Entre las demandas de las manifestaciones que continuaron se esbozaba la creación de una Asamblea Constituyente con el objetivo de crear un nuevo pacto social. Poco después el presidente Carlos Mesa llevó a cabo una reforma a la Constitución Boliviana de 1967, para habilitar el proceso constituyente mediante el mecanismo de una Asamblea Constituyente. Luego, y ya en el gobierno de Evo Morales, se celebran las elecciones de los integrantes de la Asamblea, quedando 137 de 255 asambleístas para el partido del gobierno, pero aun así no fue suficiente para tener

⁷² Constitución Política de la República Venezolana de 1999, artículo 186.

⁷³ Machado, “La tiranía chavista”, p. 99.

los dos tercios necesarios para aprobar normas sin la necesidad de negociar con otras fuerzas políticas.

Evo Morales, desde el inicio de su gobierno y con una importante influencia chavista, ya había anunciado que cambiaría la Constitución. La propuesta era promocionada como indígenista y plurinacional. Esta fue elaborada por el Centro de Estudios Públicos y Sociales de Valencia⁷⁴, formada por expertos en constitucionalismo cubano y que también influyeron en la Constitución ecuatoriana de Rafael Correa. A su respecto, Juan Claudio Lechín señala: “Las tres cartas magnas, la de Venezuela, Bolivia y Ecuador, se divulgaron como autóctonas. En lo medular buscaban legalizar dictaduras democráticas con reelección del caudillo y concentración del poder. Eran proyectos incompatibles con el Estado de Derecho”⁷⁵.

El 25 de enero se realizó el referéndum constitucional convocado por el Congreso, donde se aprobó el nuevo texto constitucional. Los resultados otorgaron 61,43% de votos favorables a la aprobación de la nueva Carta. Finalmente, el mismo año, la Constitución fue promulgada por Evo Morales en un multitudinario evento, donde manifestó: “En este día histórico proclamo la nueva Constitución Política del Estado boliviano, la vigencia del Estado plurinacional unitario, social y, económicamente, el socialismo comunitario”, junto con resaltar: “misión cumplida con la refundación de una nueva Bolivia unida”. El 7 de febrero de 2009 entró en vigor la Constitución de Bolivia que rebautizaba al país como Estado Plurinacional.

El texto constitucional boliviano tiene una amplia dimensión indígena no solo en la declaración de plurinacionalidad, sino que en sus derechos consagrados, entre los que se encuentran: escaños reservados, sistema judicial autónomo, derecho a la autonomía y autogobierno, y propiedad exclusiva de recursos forestales.

3.4. El caso de Ecuador

Para 2007 Ecuador venía resistiendo múltiples golpes de Estado y violaciones al Estado de Derecho desde el retorno a la democracia en 1979. En la década de 1960 y 1970 había crecido notoriamente el estatismo, lo que había dejado un Estado ecuatoriano de gran envergadura que proveía amplias oportunidades para cometer abusos de poder y actos de corrupción por parte de los actores políticos. El sistema de partidos políticos tradicionales también se encontraba en crisis; ejemplo de esto es que en 1997 el país cambió de Presidente tres veces y la única materia donde se

⁷⁴ En este centro de estudios trabajan académicos como Rubén Martínez Dalmau y Roberto Viciano Pastor, con publicaciones como: *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela* (2000); *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (2008); *El proceso constituyente boliviano (2006-2008) en el marco del nuevo constitucionalismo* (2008).

⁷⁵ Juan Lechín, “Evo Morales, monarquía plebeya o monarquía lumpen”, en *El estallido del populismo*, p. 168.

Influencia del pensamiento político populista latinoamericano
en el proceso constituyente chileno 2019-2022 / ANDRÉS HIDALGO OLIVARES

podía observar una cierta estabilidad era en economía, ya que se había efectuado una reforma económica que dolarizó la moneda ecuatoriana⁷⁶.

En ese clima, llegó a la presidencia Rafael Correa, quien durante la campaña para las elecciones presidenciales de 2006 utilizaba como principal propuesta que el primer día de su gobierno llamaría a consulta popular para instalar una Asamblea Constituyente que elaborase una nueva Constitución y reformase la estructura del Estado incluyendo la disolución del Congreso. Esto le valió la victoria en noviembre de ese mismo año.

Correa cumplió su promesa llamando a la consulta prometida por medio de un decreto ejecutivo el primer día de su mandato. Luego, existirían varios conflictos con el Congreso que provocaron una crisis legislativa marcada por la destitución de 57 diputados por parte del Tribunal Supremo Electoral por oponerse a la elaboración de una nueva Constitución, basados en que Correa estaba violando la Constitución vigente para abrir el procedimiento. El Tribunal Supremo se atribuyó funciones que no le correspondían, ya que los diputados debían ser juzgados por la Corte Suprema, según lo indicado en la Ley Orgánica de Elecciones. Correa apoyó la decisión del Tribunal Supremo Electoral y el Congreso le dio su respaldo al Presidente al desconocer el fallo del Tribunal Constitucional, el que concedía amparo a los diputados destituidos y mandaba a restituir a 50 de ellos. Este hecho marca un notorio desgaste y degradación de la institucionalidad en Ecuador e involucra a todos los poderes del Estado. Correa había logrado acabar con la institucionalidad y ahora la refundaría a su favor mediante un cambio en la Carta Fundamental.

En la consulta popular ganó la opción de realizar la Asamblea por 81,72%, para luego efectuarse las elecciones de los 130 asambleístas; de estos, el partido político de Correa logró el 70% de los escaños. Durante el período cuando la Asamblea ejerció funciones, el Congreso Nacional fue disuelto y el Poder Legislativo pasó a manos de este organismo.

La Asamblea Constituyente finalizó su labor de redactar el texto constitucional; no obstante, sus labores continuaron una vez que el texto fue aprobado por el 63,93% de los votos. Esto, ya que les correspondía conformar la Comisión Legislativa, de Fiscalización y Función Electoral que ellos mismos se habían otorgado.

Respecto del texto, este innova en materias como reelección indefinida de autoridades o el otorgar derechos a la naturaleza (a pesar de no ser un sujeto de derechos que pueda exigirlos), y trata particularmente a ciertas personas, como adultos mayores, jóvenes, mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes, personas en situación de discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, privados de libertad, usuarios y consumidores, con lo que se exacerban los ideales identitarios. También establece gobiernos autónomos, la plurinacionalidad y un Estado de

⁷⁶ Gabriela Calderón, "Ecuador: la revolución, el buen vivir y la tiranía de ingenieros sociales", en *El estallido del populismo*, p. 131.

Derecho que se fundamenta en los derechos colectivos o ambientales, de los que el Estado se convierte en garante y actor, desplazando la prioridad otorgada a las garantías individuales por parte de la anterior Constitución. El fundamento para esto es que la nueva Constitución permitiría desarticular el modelo de Estado de Derecho y economía social de mercado y pasar de una “Constitución de libertades” a una “Constitución del bienestar”, transversalmente adornada por la filosofía comunitarista ancestral del “buen vivir” que los antiguos quechuas denominaban *sumak kawsay*⁷⁷.

3.5. Constituciones aspiracionales

Los textos constitucionales latinoamericanos tienen la particularidad de ser extensos en su cantidad de artículos, principalmente por la inclusión de los denominados “derechos de segunda y tercera generación”, también conocidos como derechos económicos, sociales y culturales⁷⁸. Entre las más recientes constituciones, las de Ecuador y Bolivia son, con sus más de 400 artículos, las más extensas de América Latina. En ellas se estipulan lineamientos específicos en materia de política económica y social, y contienen un gran número de promesas, destacando el derecho a una “vida buena”. Dependiendo de la perspectiva desde la que se mire, estas promesas pueden ser descritas como ambiciosas o simplemente difíciles de cumplir. Estas constituciones se enmarcan en referentes normativos propios de cartas aspiracionales⁷⁹, con una eficacia que no puede ser sino simbólica, y que en todos los casos conservan al presidencialismo como modelo de gobierno. Un claro ejemplo del aspecto aspiracional es la Constitución boliviana en el Capítulo Cuarto de su Constitución, denominado *Reivindicación Marítima*, cuyo artículo 267 señala:

I. El Estado boliviano declara su derecho irrenunciable e imprescriptible sobre el territorio que le dé acceso al océano Pacífico y su espacio marítimo. II. La solución efectiva al diferendo marítimo a través de medios pacíficos y el ejercicio pleno de la

⁷⁷ *Sumak kawsay* es un neologismo en quechua creado en la década de 1990 como propuesta política y cultural de organizaciones indigenistas y adoptada posteriormente por los gobiernos del Movimiento por el Socialismo del siglo XXI en Ecuador y Bolivia. El término alude a la implementación de un socialismo que sea más independiente de las teorías socialistas europeas y que esté más bien ligado a un pensamiento y estilo de vida comunitario y ancestral de las etnias quechuas que debería ser promovido como nuevo modelo de organización social y estatal. En Ecuador se ha traducido como “buen vivir”, aunque expertos en lengua quechua coinciden en señalar que la traducción más precisa sería la “vida en plenitud”. En Bolivia la palabra original se ha traducido como “vivir bien”.

⁷⁸ Esta es la denominación histórica que se les da a los derechos cuya característica esencial es ser prestacionales.

⁷⁹ Término para denominar a las constituciones cuya finalidad es establecer metas y no normas jurídicas aplicables.

Influencia del pensamiento político populista latinoamericano
en el proceso constituyente chileno 2019-2022 / ANDRÉS HIDALGO OLIVARES

soberanía sobre dicho territorio constituyen objetivos permanentes e irrenunciables del Estado boliviano⁸⁰.

En el caso mencionado, no importan ni las relaciones limítrofes internacionales ni los recursos que se deban emplear para tales objetivos, pues es un mandato a todos los poderes del Estado a intentar cumplir con las aspiraciones que, en su momento, un líder populista como Evo Morales plasmó en su Constitución.

El populismo postula que la Constitución tiene que ser un instrumento transformador de realidades, no solo el marco fundamental de la convivencia y la norma jurídica superior jerárquica. A la Constitución se le atribuye un rol decisivo en la superación del modelo de Estado patriarcal, colonialista y capitalista que ha profundizado las desigualdades estructurales de la sociedad y, a la vez, a aquellas culturas ancestrales existentes antes de la conquista española. De aquí surgen nociones como el “pluralismo jurídico” y el intento persistente de posicionar a los representantes de los pueblos originarios en cada una de las estructuras del Estado, independientemente de su porcentaje respecto del resto de la población. Las constituciones populistas aspiracionales se caracterizan por mantener una profunda distancia respecto de las realidades sociales y políticas que quieren transformar, porque expresan el país que desean, no el que existe.

Como ya vimos, en diferentes países de Latinoamérica existen altos niveles de inestabilidad política y continuas crisis de gobernabilidad, provocadas en gran parte por la incapacidad de los partidos políticos y las instituciones de formular y aplicar políticas que respondan a las necesidades sociales. Esto ha suscitado una generalizada frustración ciudadana con los partidos tradicionales y una creciente desconfianza hacia los mecanismos democráticos representativos. Según la visión populista, las restricciones propias del sistema representativo impiden dar respuesta a las demandas sociales, políticas y económicas de la sociedad civil, y buscan la democracia participativa o radical como alternativas a un modelo que los ciudadanos no consideran fiable o incluso estiman fracasado.

4. SITUACIÓN EN CHILE

4.1. De la tradición constitucional al Proceso Constituyente

En Chile existe una vasta tradición constitucional⁸¹ que abarca un periodo histórico de búsqueda y ensayo de diferentes modelos constitucionales que llevó a la dictación

⁸⁰ Constitución de la República de Bolivia, 2009, artículo 267.

⁸¹ “La tradición constitucional puede ser entendida como un mecanismo institucional e histórico de reforma gradualista”. Juan Luis Ossa, *Chile constitucional* (Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2020), p. 12.

de varias constituciones (1811, 1812, 1814, 1818, 1822, 1823 y 1828), hasta un período marcado por una mayor estabilidad, con escasas constituciones y caracterizado por la duración y flexibilidad de las cartas magnas (1833, 1925 y 1980). Como elementos en común de ellas están la presencia de un Estado unitario y los diversos grados de presidencialismo que configuran un aspecto importante del sistema político del país.

Para el historiador Juan Luis Ossa, existen cuatro grandes procesos constituyentes en la historia de Chile, los que parten con el proceso de elaboración de la Constitución de 1828, que se caracterizó porque los políticos de dicha década compartían un contexto intelectual similar, que permitió que las distintas expresiones liberales y republicanas dieran por resultado una Carta Fundamental que para el autor establecería las bases de la tradición constitucional. Esto, amparado principalmente en que en los textos oficiales de las constituciones de 1833 y 1925 se declaran “reformas” de sus antecesoras. En cambio, la Constitución de 1980 se considera una “revolución constitucional”, ya que esta se concibe como una nueva Carta, que fue redactada en una “hoja en blanco” (entendida desde una perspectiva simbólica y no en su articulado) y que promulga una nueva institucionalidad, a pesar de mantener en su redacción lineamientos similares a los de los textos antepasados. Esto implica que la tradición constitucional fue instaurada principalmente por ideas cercanas al liberalismo moderado o conservador, el que se caracteriza por la continuidad, gradualismo y reformismo del desarrollo constitucional chileno durante su historia, aunque, a ojos del autor, dicha tradición habría concluido con la Constitución de 1980⁸².

A diferencia de la posición anterior, la opinión mayoritaria se inclina por entender que fue la Constitución de 1833 la que establece las bases de la institucionalidad chilena de manera más clara, y luego los textos de 1925 y 1980 se ven como nuevas cartas fundamentales que se van adaptando a determinados contextos históricos y políticos, aunque todas ellas con un precedente de crisis previas que terminaron en batallas políticas con fracciones triunfantes que crean un nuevo orden constitucional⁸³. Este aspecto coloca en entredicho no solo la legitimidad de origen de la Constitución de 1980, sino también la de los textos de 1833 y 1925 que en su conjunto configuran las bases del ordenamiento constitucional actual; incluso abriendo el debate a la legitimidad del Proceso Constituyente de 2019-2022, debido a su origen producto de manifestaciones que en varias oportunidades escalaron en el uso de la violencia.

La crítica a la legitimidad de origen de la Constitución de 1980 es sin duda uno de los principales argumentos esgrimidos por los sectores que venían proponiendo una Asamblea Constituyente desde hacía años y que buscaban un momento propicio para instalar la discusión constitucional como un tema predominante. Esta oportunidad llegó gracias a las manifestaciones surgidas a raíz del estallido social. El argumento

⁸² Ossa, *Chile constitucional*, pp. 88 y 89.

⁸³ Sofía Correa, “Este peculiar proceso constituyente”, en *La Constitución en disputa. Miradas sobre el debate constitucional chileno* (Santiago: Democracia y Libertad, 2021), pp. 30 y 31.

Influencia del pensamiento político populista latinoamericano
en el proceso constituyente chileno 2019-2022 / ANDRÉS HIDALGO OLIVARES

principal se sustenta no solo en el origen propiamente tal de la Constitución, producto del golpe de Estado de 1973, sino que la crítica apunta a los llamados “mecanismos contramayoritarios” que posee el texto constitucional, a pesar de sus diversas reformas; o como señala el abogado y académico Fernando Atria, los llamados “enclaves autoritarios”, los que según el autor son parte de un ordenamiento constitucional diseñado para limitar el poder de las mayorías y neutralizar la política. Ejemplos de esto son las Leyes Orgánicas Constitucionales (LOC) y sus cuórum de aprobación, el sistema binominal, el control preventivo del Tribunal Constitucional y los cuórum de reforma constitucional⁸⁴.

A pesar de ser un aspecto importante para un sector académico y político de la izquierda más radical, la idea de una nueva Constitución no figuraba como una de las grandes prioridades para los ciudadanos, y en épocas electorales seguía sin ser un tema de gran relevancia. La institucionalidad no era cuestionada por los principales actores políticos, y la centroizquierda, conformada por la Concertación, gobernaba el país con las reglas del juego determinadas por la Constitución de 1980, pero validada mediante constantes reformas que le fueron dando legitimidad en su ejercicio, que permitió un gran progreso para el país en dichas décadas.

La situación parece cambiar gradualmente desde la derrota de la centroizquierda en las elecciones presidenciales de 2009, las que dieron como ganador al candidato Sebastián Piñera. Luego de eso, la izquierda se comienza a reconfigurar mediante un discurso de deslegitimación de las bases legales, políticas y económicas del país, con el relato de haber sido resueltas en dictadura militar, incluyendo la Constitución de 1980. La reconfiguración de la izquierda chilena se hace notoria mediante la creación de la coalición de la Nueva Mayoría, a la que se incorpora al Partido Comunista, colectividad que había sido crítica de los anteriores gobiernos de la Concertación⁸⁵. Posteriormente se suma la creación del Frente Amplio como una nueva coalición de izquierda, liderada por los jóvenes protagonistas de las movilizaciones estudiantiles de los años 2006 y 2011, pero cuyo ideario político se acerca a las ideas que caracterizan a la izquierda populista latinoamericana, entre ellas, y como una de las principales, el cambio constitucional.

Ya para el 2014 la entonces presidenta Michelle Bachelet inicia un proceso de participación mediante cabildos ciudadanos para elaborar un texto que sustituiría la Constitución de 1980, el que debía pasar por los trámites legislativos correspondientes por parte del Senado y la Cámara de Diputados y luego por una ratificación final mediante un plebiscito. Sin embargo, el proyecto no avanzó legislativamente⁸⁶.

⁸⁴ Fernando Atria, *La Constitución tramposa* (Santiago: LOM Ediciones, 2013), pp. 46, 51 y 54.

⁸⁵ Benjamín Ugalde, “Introducción”, en *La Constitución en disputa. Miradas sobre el debate constitucional chileno* (Santiago: Democracia y Libertad, 2021), p. 15.

⁸⁶ Tanto en el mensaje de la expresidenta Michelle Bachelet para presentar la Propuesta de Constitución de 2018, como en la forma de referirse el gobierno a los medios de comunicación,

El siguiente intento ya sería producto del Acuerdo por la Paz y Nueva Constitución firmado por la mayoría de los partidos políticos como respuesta institucional al estallido social del 18 de octubre de 2019. Este proceso lo analizaré basándome en las características del pensamiento populista mencionadas en capítulos anteriores. Estas son: un contexto previo de crisis económicas o políticas, la dualidad entre pueblo virtuoso y élite corrupta como enemigo, la adhesión a medidas profundamente re-fundacionales y la presencia de un líder carismático movilizador de masas votantes⁸⁷.

4.2. Crisis previa

Los hechos políticos y sociales como el estallido social no se producen por causas únicas, sino más bien por una confluencia o serie de factores. Mirando en perspectiva, estos pueden tener su origen principalmente en un sistema político que ha sido ampliamente criticado, el que dificulta las opciones para que los partidos políticos lleguen a consensos. Esto queda patente con la conformación de diferentes comisiones⁸⁸ transversales que se han creado para proponer soluciones a problemas que han perdurado a lo largo del tiempo, pero que luego no logran transformarse en políticas públicas por medio de leyes aprobadas, sino que terminan descansando en los archivos de algunas de las cámaras del órgano legislador. En consecuencia, se produce un profundo malestar de la ciudadanía con quienes ejercen el poder: los políticos, que pronto son categorizados como una élite política dominante por parte de sus adversarios, y cuyo foco apunta principalmente a los partidos políticos tradicionales y al gobierno como principales causantes del descontento. Junto con lo anterior, y como un antecedente más de la crisis precedente, el sistema económico también sufría de un profundo desprestigio al experimentar un proceso de desaceleración económica desde el 2014, debido al fin del período conocido como “*boom* de los *commodities*”⁸⁹, lo que provocó una creciente frustración de expectativas de la clase media junto con altas tasas de endeudamiento de las familias chilenas.

se denomina este proyecto como un “Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía”, por lo que entre el 2015 y 2023 consideramos la realización de tres procesos constituyentes fallidos en Chile.

⁸⁷ Larroulet, “¿Se aleja el fantasma?”, p. 190.

⁸⁸ Para el año 2017 existe un promedio de 25,9 comisiones y comités interministeriales para los 23 ministerios del Poder Ejecutivo. Centro de Estudios Públicos, *Un Estado para la ciudadanía, Informe de la Comisión de Modernización del Estado* (Santiago: CEP, 2017).

⁸⁹ Nelson D. Schwartz y Julie Creswell, “A Global Chill in Commodity Demand Hits America’s Heartland in China and other emerging markets, growth is waning and demand for the raw materials that drive the global economy has dried up” (*The New York Times*, 23 de octubre de 2015).

A las dificultades del sistema político y económico se suman las reiteradas manifestaciones que tuvieron lugar en 2006 y 2011⁹⁰, lideradas por estudiantes secundarios y universitarios que exigían una mejor calidad en la educación, a lo que sus líderes agregaban que debía ser un sistema de educación sin lucro y con un considerable enfoque estatal. Luego, estos líderes llegarían a formar parte del Congreso y a influir en la Convención Constitucional, incluso arribando al gobierno por medio de uno de sus principales líderes, Gabriel Boric. Esta generación de políticos parece a primera vista como un conjunto de liderazgos e ideas políticas nuevas; no obstante, el pensamiento político e ideales que los movilizan tienen más cercanía con posturas posmarxistas notoriamente inspiradas en la teoría de la estrategia discursiva movilizadora populista y democracia radical de Laclau y Mouffe, así como en figuras políticas como Chávez y su idea de un socialismo del siglo XXI. En otras palabras, hablamos del surgimiento de una izquierda radical en Chile⁹¹.

La característica de que las movilizaciones las inician estudiantes secundarios se manifiesta nuevamente en las protestas del 2019, en el segundo gobierno de Sebastián Piñera, las que son detonadas por el alza de precios en el transporte público. Las protestas partieron como evasiones en el metro por parte de los estudiantes, pero de manera inmediata la violencia fue creciendo a tal punto que el gobierno tuvo que decretar estado de emergencia. Las consecuencias fueron varias estaciones de Metro incendiadas, saqueos, destrozos a infraestructura pública y privada y violaciones a los derechos humanos cometidas por funcionarios del Estado chileno⁹².

Las protestas se caracterizaron por la ausencia de líderes y por la incorporación de un amplio espectro social. Aunque la causa inmediata puede atribuirse al alza de tarifa del transporte público, las concentraciones populares pronto expusieron sus causas mediatas: el alto costo de la vida, bajas pensiones, precios elevados en el sistema de salud y educación superior, un rechazo generalizado a toda la clase política y el descrédito institucional acumulado durante los últimos años producto de numerosos casos de corrupción⁹³.

⁹⁰ Tanto en las manifestaciones estudiantiles del 2006 como en las del 2011 la crítica de sus dirigentes estaba enfocada en el sistema de educación como legado de la dictadura.

⁹¹ Si bien no es objetivo de este documento extenderse en esta afirmación, el conglomerado del Frente Amplio nace como una alternativa al bipartidismo chileno en la época del sistema bicameral, tomando como inspiración la experiencia del Frente Amplio uruguayo y de Podemos en España.

⁹² Esta afirmación la corroboran los informes de Amnistía Internacional, Comisión de Derechos Humanos, Human Rights Watch y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. De los cuatro informes, solo uno asegura que fueron violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

⁹³ En las últimas décadas han existido muchos casos de corrupción que en su mayoría involucraron a personas ligadas a la política chilena (caso Cascadas, caso Penta, caso Caval, entre otros) y otros que han afectado a diversas municipalidades. A pesar de esto, Chile sigue teniendo una baja percepción de la corrupción por parte de sus habitantes, obteniendo 67 puntos (siendo 0 una percepción de altos niveles de corrupción y 100 de muy bajos niveles de corrupción). Fuente:

Desde esa perspectiva y volviendo a los postulados del populismo de Mouffe y Laclau, el estallido social sería la movilización social de grupos heterogéneos que se unen frente a un descontento, y ese descontento termina siendo la causa similar de esos grupos, que los sectores de izquierda encauzan mediante el enfrentamiento antagónico; en otras palabras, es la construcción del pueblo y su antagonismo con la élite lo que transforma el estallido social en el contexto de un momento populista que luego daría paso al Proceso Constituyente. Para Bellolio, una de las explicaciones para entender el estallido social como un momento populista es que el primero evidencia la impugnación del orden establecido y la construcción de una nueva norma capaz de generar legitimidad. El Proceso Constituyente sería una extensión del estallido social, y por consiguiente del momento populista, ya que, por un lado, tiene propiedades redentoras al intentar acabar con el legado de la dictadura debido a su ilegitimidad de origen y, por otro, tiene su origen en el sacrificio de un pueblo movilizad⁹⁴.

Según el doctor en filosofía Benjamín Ugalde, la izquierda política en Chile hizo suya parte de la interpretación que se le dio al estallido, de acuerdo con ello, las protestas surgieron producto de las profundas desigualdades económicas propiciadas por el sistema o modelo neoliberal, el que hunde sus raíces en la Constitución de 1980⁹⁵. Este punto lo refuerza la historiadora Valentina Verbal considerándolo como una crisis de legitimidad, en el que las fuerzas políticas de izquierda deslegitimaron las instituciones políticas, el modelo económico, la Carta Fundamental, la democracia representativa e incluso el mismo Congreso como fuerza mediadora entre la política y la ciudadanía y como poder constituyente derivado⁹⁶.

4.3. Dualidad pueblo versus élite

La dualidad entre pueblo y élite se vio reflejada notoriamente en el estallido social mediante la instalación de un discurso que impugna a los elencos políticos y económicos que dirigen al país, a los que se les responsabiliza de frustrar de forma sistemática las demandas del pueblo⁹⁷. Este ánimo adversarial continúa en la Convención Constituyente por parte de los sectores que se autodenominan “marginados” o “históricamente excluidos” (como quedó expresado en el texto constitucional), conformados por los grupos que tuvieron mayor influencia dentro del proceso: la coalición denominada Apruebo Dignidad (constituida por la unión entre el Frente

Índice de percepción de la corrupción (IPC), Organización para la Transparencia Internacional del 2022.

⁹⁴ Bellolio, *El momento populista chileno*, p. 103.

⁹⁵ Ugalde, *La Constitución en disputa*, p. 15.

⁹⁶ Valentina Verbal, “La democracia en entredicho”, en *La Constitución en disputa*, p. 78.

⁹⁷ Bellolio, *El momento populista chileno*, p. 119.

Amplio, Partido Comunista, la Federación Regionalista Verde y Acción Humanista), la Lista del Pueblo y los representantes de los Pueblos Originarios. Quizás el ejemplo más claro del ánimo adversarial es el hecho de que estos grupos buscaron la caída del gobierno mediante la acusación constitucional al jefe de Estado⁹⁸⁻⁹⁹.

En el Proceso Constituyente se instaló un ambiente de intolerancia y de cancelación de unos a otros, donde se intentó anular la crítica política y el disenso¹⁰⁰. Desde la visión populista de los sectores políticos antes mencionados, la dualidad estaba determinada por quienes se consideraban parte del “pueblo virtuoso”, aquellos que habían sufrido décadas de abandono por parte del Estado y querían construir una nueva Constitución en democracia que viniera a sanar todos los males dejados por la dictadura y el sistema neoliberal; contra la élite política y económica del país, entendidos como aquellos privilegiados que defienden sus privilegios y, por consiguiente, defendían la Constitución de 1980 y su legado¹⁰¹.

La izquierda contaba con más de dos tercios de los convencionales, por lo que no requería ni de la centroizquierda ni de la centroderecha para aprobar las normas que pasarían a formar parte del borrador de nueva Constitución; de esta forma no existieron acuerdos importantes que involucraran a los otros sectores excluidos¹⁰². Volviendo a la lógica populista de Mouffe, podemos señalar que se reafirmó la naturaleza de la política como algo adversarial, buscando transparentar las diferencias y el antagonismo de visiones e intereses, incluso a costa de hacer fracasar el proceso.

⁹⁸ En Chile solo en tres oportunidades se han presentado acusaciones constitucionales contra un Presidente de la República durante el ejercicio de su cargo, la primera en contra de Carlos Ibáñez del Campo, la que fue rechazada en la Cámara de Diputados, y las otras dos en contra de Sebastián Piñera. Una en 2019, cuando la Cámara de Diputados aprobó una cuestión previa (teniéndose en definitiva por no presentada), y otra en 2021, la que fue aprobada por la Cámara y rechazada en el Senado. Fuente: Senado de la República de Chile.

⁹⁹ Verbal, *La Constitución en disputa*, p. 82.

¹⁰⁰ Marcela Cubillos, *Leer antes de votar* (Santiago: Ediciones Universidad San Sebastián, 2022), p. 28.

¹⁰¹ Ejemplo de esto es que, a tan solo dos semanas de haberse iniciado el trabajo de la Convención, en un programa de televisión, la entonces presidenta del órgano, Elisa Loncon, se refirió a los constituyentes de Vamos por Chile señalando: “Siempre han estado en una situación de privilegio”. En internet: <https://www.biobiochile.cl/especial/una-constitucion-para-chile/noticias/2021/07/22/loncon-y-constituyentes-de-vamos-por-chile-siempre-han-estado-en-una-situacion-de-privilegio.shtml>.

¹⁰² Hubo diversas opiniones que hacían ver la exclusión de los sectores de centroderecha en la Convención. Así, entre otras, se creó la organización “Una que nos una”, quienes con anticipación señalaban la importancia de incluir a todos los sectores en la redacción de una nueva Constitución.

4.4. Medidas profundamente refundacionales

Luego de la elección de los miembros de la Convención, el medio CIPER, por medio de una nota, identificó a 77 convencionales electos de diversos grupos que tenían propuestas comunes cuyo objetivo es “impulsar cambios radicales al sistema”¹⁰³. Entre las propuestas de campaña de estos convencionales estaban el terminar con el rol subsidiario del Estado, superar la economía extractivista, recuperación de tierras para pueblos originarios, reconocimiento de la plurinacionalidad, recuperar derechos laborales, establecer la soberanía alimentaria, cambiar el sistema de pensiones y consagrar el derecho a la educación pública de calidad, entre otros temas. Todos ellos, además, criticaban fuertemente en sus programas de campaña el rumbo que tomó la transición con posterioridad a la dictadura, principalmente la “política de los acuerdos” que primó por décadas entre la ex-Concertación y la centroderecha.

La Convención actuó bajo la idea de construcción de una nueva historia, con la convicción de ser el único órgano realmente democrático que tiene poderes ilimitados y puede cambiarlo todo, algo así como una Asamblea Constituyente plenipotenciaria, atribución de la que carecía¹⁰⁴. Su objetivo era la refundación de Chile, entendida esta como un cambio profundo al sistema, no solo al sistema político o económico –al que tildaban de neoliberal–, sino que incluso había que modificar las mismas tradiciones y costumbres chilenas. Se pusieron en duda temas como el himno nacional, el carácter de república, el sistema presidencial, el Estado unitario y la división territorial. Así lo demuestra el discurso de Elisa Loncon cuando fue electa como presidenta de la Convención Constitucional:

Esta Convención que hoy día me toca presidir transformará a Chile en un Chile plurinacional, en un Chile intercultural, en un Chile que no atenta contra los derechos de las mujeres, los derechos de las cuidadoras, en un Chile que cuida a la Madre Tierra, en un Chile que limpie las aguas, en *un Chile libre de toda dominación...* Es posible, hermanas y hermanos, compañeros y compañeras, *refundar este Chile*, establecer una nueva relación entre el pueblo Mapuche y todas las Naciones que conforman este país. Vamos a cambiar la historia de este país, vamos a refundar Chile¹⁰⁵.

Por otra parte, el programa del entonces candidato Jaime Bassa, quien luego sería electo vicepresidente de la Convención, señalaba que “la actual Constitución

¹⁰³ Nota de CIPER Chile, 17 de mayo de 2021. En internet: <https://www.ciperchile.cl/2021/05/17/la-mitad-de-la-convencion-77-constituyentes-electos-provienden-de-listas-que-impulsan-cambios-radicales-al-sistema/>.

¹⁰⁴ Cubillos, *Leer antes de votar*, p. 25.

¹⁰⁵ Primer discurso de Elisa Loncon como presidenta de la Convención. En internet: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2021/07/04/1025714/primer-discurso-loncon-presidenta-convencion.html>.

ha sido un obstáculo para canalizar y prevenir el malestar social... Ella ha impedido cambios sociales significativos y, además, consagra una forma de relaciones sociales marcadas por la mercantilización de los derechos”. Se aprecia en estas citas que las autoridades elegidas para dirigir el órgano redactor mantenían un ideario refundacional que querían dejar de manifiesto tanto en el proceso como en el texto final de la nueva Constitución¹⁰⁶.

4.5. El líder carismático

Señalábamos que la presencia de un líder político carismático es una de las características o rasgos generales que comparten la mayoría de los fenómenos populistas, y que tiene una expresión clara en los procesos constituyentes latinoamericanos. Como señala Finchelstein en su libro *Del fascismo al populismo en la historia*:

En todos los casos, el populismo habla en nombre de un solo pueblo, y también lo hace en nombre de la democracia. Pero una democracia definida en términos restringidos: como la expresión de los deseos de los líderes populistas. No se puede definir al populismo simplemente por su pretensión de representar en exclusividad al pueblo entero contra las élites. No se trata solo de que los populismos quieren actuar en nombre de todo el pueblo; también creen que su líder es el pueblo, y que debería reemplazar a los ciudadanos en la toma de todas las decisiones¹⁰⁷.

En ese extracto, el autor da a entender la relevancia del líder populista, ya visto para el caso del proceso constitucional venezolano con Hugo Chávez, en el boliviano con Evo Morales y en el ecuatoriano con Rafael Correa. Todos ellos hicieron sus campañas presidenciales enfocadas en la promesa de un cambio constitucional; sin embargo, en el proceso constituyente chileno no se aprecia un líder que con anterioridad al proceso constituyente haya enfocado su campaña presidencial hacia ese objetivo con los mismos esfuerzos y notoriedad que los líderes mencionados.

Si se buscan liderazgos que resalten dentro del proceso, quizás una de las primeras figuras que se vienen a la mente es la de la expresidenta Michelle Bachelet, debido al inicio del proceso de los cabildos constitucionales en su mandato; sin embargo, ese mecanismo no tuvo ninguna aplicación directa en el Proceso Constituyente del 2019-2022, y menos la figura de Bachelet fue considerada un liderazgo dentro de la Convención Constitucional; al contrario, existió un claro desprecio por la figura de los expresidentes y por todo aquello que estuviera vinculado a la política tradicional.

¹⁰⁶ Marisol Peña Torres, “El proyecto constitucional chileno como expresión del populismo constitucional” (*Revista Española de Derecho Constitucional*, 2023), pp. 129, 171 y 202. En internet: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.129.06>.

¹⁰⁷ Federico Finchelstein, *Del Fascismo al Populismo en la Historia* (Taurus, 2018), pp. 11 y 12.

Otros liderazgos que ameritan un breve análisis son los que ejercieron los dirigentes de los movimientos estudiantiles que se manifestaron durante más de una década de forma intermitente, y cuyos partidos políticos llegaron luego a ser fuerzas significativas dentro de la Convención: el Frente Amplio y el Partido Comunista¹⁰⁸. Aquí tenemos diversos liderazgos que han influido dentro y fuera de la Convención, como es el caso del presidente Gabriel Boric; no obstante, descartamos su nombre, pues no solo las encuestas han demostrado que no tiene una alta aprobación ciudadana (siendo el Presidente con menor aprobación en sus primeros meses de gobierno desde la vuelta a la democracia hasta el 2024)¹⁰⁹, sino que, además, su liderazgo no ha llegado a ser escuchado directamente en los grupos que redactaron la Propuesta Constitucional. Esto, producto de que muchos de ellos fueron independientes que llegaron criticando vigorosamente a los partidos políticos, señalándolos como los causantes de los malestares de la sociedad. Estos grupos se consideraban “apolíticos” o “antipartidos” y nacieron como movimientos sociales¹¹⁰ en el estallido social, unificándose principalmente en la llamada Lista del Pueblo¹¹¹; sin embargo, duraron unidos poco tiempo, ya que sus diferencias se hicieron notar en la Convención, lo que significó su separación y la posterior disolución de ese conglomerado político¹¹².

Es admisible destacar que existen dos académicos que resaltan en ciertos aspectos como “ideólogos” de la Propuesta Constitucional, al menos en cuanto al relato político plasmado en la Convención. Estos son Fernando Atria y Jaime Bassa¹¹³, ambos

¹⁰⁸ Se menciona a estos partidos y conglomerados políticos, ya que los principales liderazgos estudiantiles de esas manifestaciones ahora son militantes de los mismos: Giorgio Jackson, Camila Vallejo, Karol Cariola, Gabriel Boric, entre otros.

¹⁰⁹ Un mes antes del plebiscito de salida, la aprobación del presidente Boric era de 37% y quienes desaprobaban su gestión llegaron a 56%, marcando una distancia de 19 puntos. Además, para ese entonces 46% de los encuestados se inclinaba por la opción Rechazo y 37% por la opción Apruebo. Fuente: Encuesta Plaza Pública CADEM del 19 de agosto de 2022.

¹¹⁰ Para el estallido social surgieron varios movimientos sociales que se agrupaban en torno a causas y “territorios”, muchos de ellos denominados “Coordinadoras”, los que luego manifestaron su apoyo a los candidatos de la Lista del Pueblo.

¹¹¹ La Lista del Pueblo fue un movimiento político chileno que se ubicaba entre la izquierda y la extrema izquierda del espectro político, conformado por independientes de cara a las elecciones de convencionales constituyentes de 2021. Su funcionamiento terminó siendo la de un partido político *de facto*.

¹¹² La Lista del Pueblo fue perdiendo toda credibilidad luego de episodios como el del convencional Rojas Vade, quien renunció a la Convención luego de que se publicara un reportaje donde se manifestaba que había mentido respecto de su diagnóstico de salud, en el que afirmaba padecer de leucemia. Su campaña había girado en torno a dicha condición, incluso llegando a recibir donaciones, lo que lo llevó a ser declarado culpable como autor de delito de estafa residual. A esto se suman otros actos de convencionales que votaban desde su baño, iban disfrazados a los plenarios o realizaban “sahumerios” en la Convención.

¹¹³ Existen intelectuales que criticaban el texto constitucional de 1980 desde antes; no obstante, se decidió mencionar a aquellos académicos que también fueron electos convencionales constituyentes

Influencia del pensamiento político populista latinoamericano
en el proceso constituyente chileno 2019-2022 / ANDRÉS HIDALGO OLIVARES

electos para redactar la nueva Constitución. Ellos fueron creando un discurso en contra de la Constitución de 1980 desde la primera década del siglo XXI, por medio de sus diferentes libros y ensayos, en los que criticaban principalmente la legitimidad de origen de la Constitución y el modelo de sociedad que plasmaba, estableciendo ciertos fundamentos a los que llamaban “cerrojos”. A pesar de todo esto, en la práctica, volvemos a la falta de un liderazgo carismático al que se pueda imputar una gran influencia en el Proceso Constituyente chileno, por lo que esta característica del populismo constitucional latinoamericano ha sido la que menos ha influido en Chile¹¹⁴.

5. PROPUESTA CONSTITUCIONAL

La Convención Constitucional terminó sus funciones el 4 de julio de 2022 en un evento realizado en el Salón de Honor del palacio del ex Congreso Nacional de Chile, ceremonia en la que se hizo entrega del texto oficial de la propuesta de nueva Constitución Política de la República de Chile al presidente Gabriel Boric. Inicialmente se había acordado no invitar a los expresidentes de la República a dicho acto, medida acorde con los ánimos refundacionales vistos durante todo el proceso constitucional, ya que la figura de los expresidentes era un símbolo de aquello que los sectores dominantes de la Convención querían eliminar y consideraban parte de la “antigua política” que, en su visión, tenía gran responsabilidad en los males provocados durante los últimos treinta años¹¹⁵. Finalmente, y luego de una gran controversia y crítica por parte de los diferentes sectores políticos, medios de comunicación y opinión pública, la Mesa Directiva de la Convención revirtió la decisión e invitó a los expresidentes a la ceremonia; no obstante, todos dieron sus debidas excusas para no asistir. El ciclo y función de la Convención Constitucional había terminado, pero aún quedaba un proceso de reflexión, análisis y decisión de la ciudadanía para votar en el plebiscito de salida, el que, como sabemos, terminó con una amplia mayoría rechazando la propuesta.

y participaron directamente del debate constitucional.

¹¹⁴ Entre sus libros más destacados están: *Mercado y ciudadanía en la educación* (2007), *La mala educación: Ideas que inspiran al movimiento estudiantil en Chile* (2012), *Veinte años después: neoliberalismo con rostro humano* (2013), *La Constitución tramposa* (2013), *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público* (2014) y *El otro modelo: del orden neoliberal al régimen de lo público* (2013), por parte de Fernando Atria; y *El estado constitucional de derecho: Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales* (2008), *La Constitución chilena: Una revisión crítica a su práctica política* (2015), *Constituyentes sin poder: Una crítica a los límites epistémicos del derecho moderno* (2019), *La Constitución que queremos* (2020) y *Chile decide: Por una nueva Constitución* (2020), por parte de Jaime Bassa.

¹¹⁵ Una de las frases más célebres del estallido social fue “no son 30 pesos, son 30 años”, entendida como una crítica al sistema y gobiernos desde el retorno de la democracia.

La Propuesta Constitucional contenía 11 capítulos, 388 artículos y 57 disposiciones transitorias, lo que resultaba suficiente para considerarlo un texto amplio y maximalista en su contenido¹¹⁶. Muchos de los temas que abordaba eran novedosos para la tradición constitucional chilena, entre ellos destacan el sistema político y la plurinacionalidad, ya que en estos temas la propuesta aborda con mayor claridad aspectos populistas característicos de Latinoamérica.

5.1. Sistema político

El sistema político¹¹⁷ fue uno de los temas más discutidos en el Proceso Constituyente. La falta de acuerdos debido a un Congreso fragmentado es considerado uno de los grandes causantes del desencanto ciudadano por la política tradicional, la que, encauzada por la visión populista, termina siendo una crítica a la democracia representativa. El problema parece persistir desde la reforma electoral del 2015, cuando se reemplazó el sistema binominal por un sistema proporcional inclusivo, con el objetivo de fortalecer la representatividad en el Congreso mediante la inclusión de nuevas fuerzas políticas.

El problema que presenta el sistema político radica principalmente en el sistema de partidos políticos y sistema electoral. Existe una dificultad para generar acuerdos estables en el tiempo, debido a que no hay incentivos para la cooperación entre los actores y organismos que participan del debate político, por lo que la mayoría de las iniciativas legislativas terminan siendo archivadas o aprobadas con poco tiempo de vida, profundizando la incertidumbre política, económica y social del país. La fragmentación de los partidos tiende a la polarización ideológica, lo que, junto con el presidencialismo reforzado combinado con multipartidismo excesivo, provoca inestabilidad y dificultades de gobernabilidad.

Frente a estos problemas, el Proceso Constitucional era una oportunidad para lograr un nuevo pacto con el sistema político y hacer profundas reformas al sistema electoral y al de partidos políticos; lamentablemente, el populismo ataca la institucionalidad¹¹⁸ y este proceso no fue la excepción. En ese sentido, la propuesta constitucional no distribuye el poder de manera balanceada y debilita el sistema de pesos y contrapesos, concentrando el poder en el Congreso de Diputadas y Diputados¹¹⁹ y debilitando la figura presidencial. Entre las atribuciones de la Cámara de Diputadas y Diputados

¹¹⁶ Si la Propuesta Constitucional hubiera sido aprobada, se posicionaría como la tercera Constitución más extensa del mundo en su articulado, solo superada por las constituciones de Ecuador (444 artículos) y Bolivia (411 artículos).

¹¹⁷ En rasgos generales, el sistema político trata acerca de la organización de los poderes del Estado y, en particular, de aquellos que tienen a su cargo, por una parte, el gobierno y la administración del Estado y, por la otra, la discusión y aprobación de las leyes.

¹¹⁸ Benjamín Ugalde, *La miseria del populismo* (Santiago: Horizontal, 2019), p. 8.

¹¹⁹ Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022, artículo 253.

Influencia del pensamiento político populista latinoamericano
en el proceso constituyente chileno 2019-2022 / ANDRÉS HIDALGO OLIVARES

(equivalente a la Cámara Baja) se encuentran las siguientes: la tramitación de todos los proyectos de ley puede comenzar en dicho órgano; puede presentar proyectos de ley que irroguen gasto fiscal; puede fijar las urgencias legislativas, rechazar el veto presidencial e insistir por mayoría simple.

Junto con eso, la propuesta reemplazaba el Senado por la Cámara de las Regiones, la que quedaba con menos competencias debilitando el equilibrio de pesos y contrapesos frente al Congreso de Diputadas y Diputados y al Poder Ejecutivo, aspecto que es fundamental para evitar el excesivo poder de mayorías circunstanciales y el oportunismo electoral. Ejemplo de esto es que la Cámara de las Regiones solo podía votar en leyes de acuerdo regional, leyes referidas al Poder Legislativo, Sistema de Justicia, Servicio Electoral, Banco Central y formular enmiendas en sesenta días a proyectos de ley que no fueran de acuerdo regional¹²⁰.

De esta manera, el conflicto previo que existía en Chile producto de un sistema político que mantiene un Congreso fragmentado –lo que imposibilita lograr acuerdos duraderos y dificulta la gobernabilidad– se sostiene y profundiza en la propuesta de nueva Constitución, la que exacerba el conflicto político mediante la degradación de los pesos y contrapesos entre el órgano legislativo y el Poder Ejecutivo, junto con implementar un aspecto nuevo y con gran implicancia en el sistema político y división territorial del país: la plurinacionalidad.

5.2. Plurinacionalidad

Sin duda el tema que causó mayor controversia de la propuesta constitucional fue la plurinacionalidad. Este concepto era nuevo para la tradición constitucional chilena, pero no para la latinoamericana, ya que en los últimos tres procesos constitucionales de la región se había instalado de manera notoria el discurso indigenista y las dos últimas constituciones (Bolivia y Ecuador) tenían en su contenido el concepto de plurinacionalidad.

La plurinacionalidad la podemos entender como la superación de la idea de Estado-Nación, avanzando hacia un Estado en donde conviven distintas naciones. Para García Linera, la plurinacionalidad “es el reconocimiento de los pueblos indígenas como naciones previas a las naciones republicanas. Y segundo, la propia transformación de la nación republicana a partir de lo importante de lo indígena en la Constitución de la nación”¹²¹. Esta visión demuestra que la idea de plurinacionalidad va profundamente ligada a la de un cambio constitucional, pues dice relación con la modificación del sistema político y territorial.

Si bien en la Constitución venezolana de 1999 no existe el concepto de plurinacionalidad, sí se enfatiza en un discurso indigenista que logra instaurar Chávez

¹²⁰ Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022, artículo 255.

¹²¹ Cubillos, *Leer antes de votar*, p. 36.

mediante la idea de la revolución bolivariana como emancipadores de los males del pasado. Su relato se centra en recalcar la figura de Simón Bolívar como héroe anticolonial y su texto constitucional hace referencia a lo multiétnico y lo pluricultural¹²². En parte, esto se debe a que en Venezuela los grupos indígenas o pueblos originarios existen en menor cantidad que en el resto de los países latinoamericanos (a fines del siglo XX solo 0,9% de la población venezolana se consideraba indígena)¹²³⁻¹²⁴.

Evo Morales en Bolivia replicó algunas ideas del cambio constitucional de Chávez, lo que le permitió lograr su objetivo de poder ser reelegido e impulsar la concesión de una amplia autonomía a las comunidades y el pleno reconocimiento de los derechos colectivos¹²⁵. Es precisamente en este proceso que los pueblos indígenas adquieren mayor protagonismo, en parte porque Bolivia tiene el porcentaje de población indígena más alto de Latinoamérica (62,2%)¹²⁶, junto con la construcción del relato que sus líderes elaboraron para llegar al poder.

La Constitución boliviana señala en su artículo primero que “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, intercultural, descentralizado y con autonomías”¹²⁷, similar al artículo primero de la Propuesta de Constitución chilena: “Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural regional y ecológico”¹²⁸. Además, el texto boliviano reconoce la existencia de los pueblos indígenas¹²⁹, sus derechos económicos, sociales y culturales¹³⁰, los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos¹³¹, entre otros¹³².

En el caso de Ecuador, en el preámbulo de su Constitución, también se habla acerca de “las formas de dominación y colonialismo” y del “buen vivir”, y en sus artículos presenta: deberes y responsabilidades provenientes del lenguaje indígena¹³³, derechos a la comunicación libre, respecto de su propia lengua y símbolos¹³⁴ y derechos de los pueblos indígenas en su Capítulo VIII, que incluye el reconocimiento

¹²² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, artículo 119.

¹²³ Malamud, *Populismos latinoamericanos*, pp. 315 y 322.

¹²⁴ El porcentaje de población indígena de Venezuela para el 2010 es de 2,7%. Naciones Unidas CEPAL, *Síntesis informe CEPAL 2014, Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos* (Santiago, CEPAL, 2014), p. 117.

¹²⁵ Malamud, *Populismos latinoamericanos*, p. 320.

¹²⁶ Naciones Unidas CEPAL, *Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, p. 117.

¹²⁷ Constitución Política del Estado de Bolivia 2009, artículo 1.

¹²⁸ Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022, artículo 1.

¹²⁹ Constitución Política del Estado de Bolivia 2009, artículo 1.

¹³⁰ Constitución Política del Estado de Bolivia 2009, artículo 4.

¹³¹ Constitución Política del Estado de Bolivia 2009, artículos 30, 31 y 32.

¹³² Malamud, *Populismos latinoamericanos*, p. 325.

¹³³ Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 83.2.

¹³⁴ Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículos 61.2 y 29.

Influencia del pensamiento político populista latinoamericano
en el proceso constituyente chileno 2019-2022 / ANDRÉS HIDALGO OLIVARES

de los pueblos indígenas, su organización social, política y económica, cultura, usos, costumbres y derechos originarios sobre tierras ancestrales.

En cuanto a la situación en Chile, la plurinacionalidad en la propuesta constitucional se traduce en el reconocimiento de 11 pueblos y naciones indígenas “preexistentes”¹³⁵, y otros que pueden ser reconocidos por ley¹³⁶; asimismo, los territorios indígenas estarán dotados de autonomía política, administrativa y financiera¹³⁷ y existirá una consulta y consentimiento en materias que les afecten en sus derechos¹³⁸, lo que se traduciría en un “derecho a vetar” cualquier política pública que el Estado promueva cuando las soluciones no los satisfagan íntegramente¹³⁹.

También se suma el derecho de especial protección de las tierras, territorios y recursos indígenas¹⁴⁰, restitución de tierras como mecanismo preferente de reparación de utilidad pública e interés general¹⁴¹, pluralismo jurídico sin restricciones de materias, que se manifiesta en tribunales que “coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia”¹⁴²⁻¹⁴³ y escaños reservados proporcionales a quienes se identifiquen como indígenas, sin considerar el porcentaje del padrón indígena que vota por sus representantes¹⁴⁴.

En resumen, la plurinacionalidad del texto profundizaba la división de la sociedad mediante las diferencias de indígenas y no indígenas, que no contribuía a una relación equitativa de respeto, intercambio y aprendizaje mutuo entre culturas, ya que transgredía la igualdad ante la ley. El texto genera muchos derechos individuales y colectivos indígenas que crean un “estatuto privilegiado” frente al resto de los ciudadanos.

¹³⁵ Estos pueblos serían: Mapuche, Aymara, Rapa Nui, Lickantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawashkar, Yaghan y Selknam. Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022, artículo 5.2.

¹³⁶ Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022, artículo 5.2.

¹³⁷ Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022, artículo 234.1.

¹³⁸ Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022, artículo 191.2.

¹³⁹ Existe debate acerca del derecho a veto. Se discute si se extiende a cualquier medida o política susceptible de afectarles a los pueblos originarios o solo a aquellos enmarcados en la participación de las entidades territoriales en el Estado Regional.

¹⁴⁰ Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022, artículo 79.2.

¹⁴¹ Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022, artículo 79.3.

¹⁴² Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022, artículo 309.

¹⁴³ En esta materia la Convención rechazó la exclusión expresa de materias penales.

¹⁴⁴ Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022, artículo 162.

CONCLUSIONES

La idea que tengamos respecto del populismo va a depender de la perspectiva desde la que este se analice; de esta manera, el populismo no es solo una estrategia política para llegar al poder y que puede ser utilizada tanto por fuerzas políticas de izquierda como de derecha, sino que también puede dar una visión novedosa acerca de la democracia y la sociedad. En ese sentido, el populismo que vemos en los procesos constitucionales latinoamericanos se asemeja más a la idea de construir lo político desde un sentido adversarial, que se complementa con la construcción de un pueblo a base de la movilización y su confrontación con una élite (que para el caso chileno fue tildada de privilegiados, pero que parte con una oposición ciudadana a la política en general). El populismo también implica una crítica profunda a la democracia representativa, a la que se desea sustituir por una democracia radical o participativa; no obstante, esta última suele degenerar en regímenes cercanos al autoritarismo, con líderes que buscan el cambio constitucional para superar las barreras que contempla la Carta Magna para limitar su poder.

Las condiciones de Latinoamérica propenden a que se formen gobiernos de carácter populista. Esto se ve a lo largo de la historia de los diversos países de la región, principalmente por la concurrencia de situaciones de desigualdad graves que no encuentran soluciones concretas, lo que abre la puerta a la recurrente existencia de crisis institucionales y a una constante erosión de la democracia. En esos momentos aparecen líderes populistas que proponen soluciones inmediatas y refundacionales, en cuyos discursos agregan el cambio constitucional como algo necesario para realizar las transformaciones necesarias. Así sucedió en los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador, países donde, luego de crisis sociales, políticas y económicas, llegaron al poder populistas que, como primer paso, decidieron cambiar sus constituciones y colocar agendas anticoloniales y proindigenismo.

En lo que respecta a la situación en Chile, se pueden apreciar elementos que configurarían la presencia de una marcada tendencia populista: primero, una crisis previa encauzada por diferentes factores que desemboca en un estallido social. Segundo, la dualidad pueblo-élite en la Convención que fue liderada por sectores de izquierda y que mediante un relato de marginados versus privilegiados intentaron impulsar medidas refundacionales. Tercero, el carácter refundacional que implica un desconocimiento de la historia y que busca la creación de un nuevo sistema político y gobernabilidad, inspirado en la agenda indigenista latinoamericana y en conceptos como la plurinacionalidad, para terminar con una propuesta constitucional que difiere de la tradición constitucional chilena y que se aleja de la representación que debiese tener el texto fundamental, producto de haber excluido al resto de las visiones dentro de la Convención. Cuarto, y como último punto, la característica del líder populista no es apreciable en el proceso chileno como una clara evidencia de influencia del pensamiento populista latinoamericano, porque ninguna de las figuras políticas se

Influencia del pensamiento político populista latinoamericano
en el proceso constituyente chileno 2019-2022 / ANDRÉS HIDALGO OLIVARES

desenvuelve de manera similar a los líderes latinoamericanos, es decir, mediante propuestas de asambleas constituyentes previas o plenipotenciarias, ya sea porque no quisieron o no pudieron. En cualquier caso, no existió un líder que lograra movilizar una gran masa de votantes para que se aprobara la propuesta Constitucional.

Luego del fracasado intento de la Convención, en Chile se produjo otro proceso constitucional fallido, que si bien no exhibió los problemas del proceso pasado, tampoco logró una Constitución de consenso. Al corto plazo, parece no existir cabida para iniciar otro proceso constitucional; sin embargo, el hecho de haber reformado la Constitución actual para iniciar los procesos fracasados implicó un cambio de cuórum en materias constitucionales relevantes, lo que significa que se puede intentar reformar desde el Congreso sin la necesidad de abrir un nuevo proceso. Junto con lo anterior, Chile se transforma en el único país que ha rechazado dos propuestas constitucionales seguidas, redactadas en democracia (uno con notoria influencia del populismo), con lo que se pone término a la discusión de la legitimidad de origen de la Carta de 1980. Sin embargo, ello no significa necesariamente que el país le cierre las puertas al populismo, pues Chile sigue manteniendo un sistema político débil, un Congreso fragmentado y muchas demandas sociales que la política no está sabiendo solucionar, todo esto conforma un estado de cosas que, tarde o temprano, puede desembocar en el resurgimiento de las ideas populistas latinoamericanas.

REFERENCIAS

- Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución del 15 de noviembre de 2019.
- AGUERRE, MARÍA LUISA (2017). *El populismo latinoamericano*, Universidad de la República, Facultad de Derecho Magíster en Ciencias Políticas.
- ATRIA, FERNANDO (2013). *La Constitución tramposa*, Santiago: LOM Ediciones.
- BAQUERIZO, JORGE (2016). *El Poder Constituyente como estrategia: La búsqueda de «plenos poderes» en el Nuevo Populismo Latinoamericano*, Universidad de Girona.
- BELLOLIO, CRISTÓBAL (2022). *El momento populista chileno*, Santiago: Debate.
- BENJAMÍN UGALDE (2021). “Introducción”, en *La Constitución en disputa. Miradas sobre el debate constitucional chileno*, Santiago: Democracia y Libertad, pp. 15-26.
- BRUN, ÉLODIE; HERAS, CARLOS, Y MONTIEL, JUAN (2022). “¿Y América Latina? Una propuesta analítica sobre populismo y política exterior”, *Revista de Ciencia Política*, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- CALDERÓN, GABRIELA (2017). “Ecuador: la revolución, el buen vivir y la tiranía de ingenieros sociales”, en *El estallido del populismo*, Madrid: Planeta Publishing, pp. 131-149.
- CASSAGNE, BREWER Y CARIAS (2020). *El Estado populista y populismo constitucional. Dos estudios*, Biblioteca de Derecho Administrativo: Lex Ediciones Olejnik.

- CIPER Chile, nota de 17 de mayo de 2021. En internet: <https://www.ciperchile.cl/2021/05/17/la-mitad-de-la-convencion-77-constituyentes-electos-proviene-de-listas-que-impulsan-cambios-radicales-al-sistema/>.
- CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS (2017). *Un Estado para la ciudadanía, Informe de la Comisión de Modernización del Estado*, Santiago: CEP.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE BOLIVIA DE 2009.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA VENEZOLANA DE 1999.
- CORREA, SOFÍA (2021). “Este peculiar proceso constituyente”, en *La Constitución en disputa. Miradas sobre el debate constitucional chileno*, Santiago: Democracia y Libertad, pp. 29 y 55.
- CUBILLOS, MARCELA (2022). *Leer antes de votar*, Santiago: Ediciones Universidad San Sebastián.
- DEL POZO, JOSÉ (2009). *Historia de América Latina y del Caribe. Desde la independencia hasta hoy*, Santiago: LOM Ediciones.
- Discurso de Elisa Loncon como presidenta de la Convención. En internet: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2021/07/04/1025714/primer-discurso-loncon-presidenta-convencion.html>.
- ERREJÓN GALVÁN, ÍÑIGO (2013). “Crisis de régimen y procesos constituyentes: Sin manual, pero con pistas: algunas trazas comunes en los procesos constituyentes andinos (Venezuela, Bolivia, Ecuador)”, *Viento sur: por una izquierda alternativa* (número 128), pp. 27-37.
- ESPAÑA, ALFONSO (2022). “Sistema político y crisis democrática”, columna de opinión en *El Mostrador*.
- FINCHELSTEIN, FEDERICO (2018). *Del fascismo al populismo en la historia*, Buenos Aires: Taurus.
- FREI, RAIMUNDO Y ROVIRA, CRISTÓBAL (2008). “El populismo como experimento político: Historia y teoría política de una ambivalencia”, *Revista de Sociología*, 2008.
- GARCÍA LINERA, ÁLVARO (2015). *Comunidad, socialismo y Estado plurinacional*, Santiago: Editorial El Desconcierto.
- GONZÁLEZ, OSMAR (2007). *Los orígenes del populismo latinoamericano. Una mirada diferente*, Cuadernos del CENDES: Universidad Central de Venezuela.
- HOEHN, MAREK (2014). *Asambleas Constituyentes en América del Sur en un contexto de Nuevo Constitucionalismo*, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- LACLAU, ERNESTO (2017). *La razón populista*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- LARROULET, CRISTIÁN (2017). “¿Se aleja el fantasma?”, en *El estallido del populismo*, Madrid: Planeta Publishing, pp. 190-204.
- LECHÍN, JUAN (2017). “Evo Morales, monarquía plebeya o monarquía lumpen”, en *El estallido del populismo*, Madrid: Planeta Publishing, pp. 156-170.

- Ley N° 21.200, publicada en el *Diario Oficial* del 24 de diciembre de 2019.
- MACHADO, MARÍA CORINA (2017). “La tiranía chavista y la decisión de vencerla”, en *El estallido del populismo*, Madrid: Planeta Publishing, pp. 95-111.
- MALAMUD, CARLOS (2010). *Populismos latinoamericanos. Los tópicos de ayer, de hoy y de siempre*, Asturias: Nobel.
- MARISA KELLAM Y ELIZABETH STEIN (2017). “Trump’s War on the News Media Is Serious. Just Look at Latin America”, columna de opinión en *The Washington Post*. En internet: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2017/02/16/trumps-war-on-the-news-media-is-serious-just-look-at-latin-america/>.
- MOUFFE, CHANTAL (2018). *Por un populismo de izquierda*, Londres: Verso.
- MOUFFE, CHANTAL (2019). “La apuesta por un populismo de izquierda”, entrevista en *Revista Nueva Sociedad*, mayo-junio 2019. En internet: <https://nuso.org/autor/chantal-mouffe/>.
- MUDDE, CASS Y ROVIRA, CRISTÓBAL (2019). *Populismo: Una breve introducción*, Santiago: Alianza Editorial.
- NACIONES UNIDAS CEPAL (2014). *Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Santiago: CEPAL.
- OSSA, JUAN LUIS (2020). *Chile constitucional*, Santiago: Fondo de Cultura Económica.
- ORTIZ, VERÓNICA Y PINTO, JULIO (2018). *¿Populismo en Chile? De Ibáñez a Ibáñez, 1927-1958*, Santiago: Travesía.
- PEÑA TORRES, MARISOL (2023), “El proyecto constitucional chileno como expresión del populismo constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. En internet: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.129.06>.
- Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022.
- Proyecto para modificar la Constitución Política de la República de Chile de 2018.
- ROSANVALLON, PIERRE (2020). *El siglo del Populismo – Historia, Teoría, Crítica*, Buenos Aires: Manantial.
- UGALDE, BENJAMÍN (2019). *La miseria del populismo*, Santiago: Horizontal.
- URBINATI, NADIA (2019). *Political theory of populism*, New York: Annual Reviews.
- VALENTINA VERBAL (2021). “La democracia en entredicho”, en *La Constitución en disputa. Miradas sobre el debate constitucional chileno*, Santiago: Democracia y Libertad, pp. 57-89.
- VARGAS LLOSA, MARIO (2017). “El populismo, el nuevo enemigo”, en *El estallido del populismo*, Madrid: Planeta Publishing, pp. 5-31.

CIBERÉTICA Y DERECHOS HUMANOS: UNA REFLEXIÓN RESPECTO DE LOS DESAFÍOS DIGITALES EN LA BÚSQUEDA DE UNA SOCIEDAD MÁS PACÍFICA Y TOLERANTE

*Roberto Alexis Sánchez Fuentes**

“Todo el mundo se enriquece, hijo mío,
excepto el cuerpo y el espíritu humano”.
Julio Verne.

INTRODUCCIÓN

Premonitoriamente lo expresó Julio Verne en la obra *París en el siglo XX*, donde refleja críticamente cómo –en una sociedad enfocada en el progreso material y tecnológico– los valores humanos esenciales, como el bienestar espiritual y emocional, pueden ser descuidados o subvalorados. Verne –en cierto modo– anticipa una preocupación por el desequilibrio entre el avance tecnológico y el desarrollo humano integral, un desafío que sigue siendo relevante en la era digital actual.

No cabe duda que, en el ámbito de la era digital, la interacción entre la ciberética y los derechos humanos se manifiesta como un área de estudio y acción críticamente significativa. La rápida expansión de la tecnología digital ha reinventado fundamentalmente nuestros modos de vida, trabajo y comunicación, ofreciendo oportunidades sin precedentes para el progreso social. No obstante, estos avances también introducen importantes desafíos para los derechos humanos, incluidas preocupaciones acerca de privacidad, seguridad y el acceso igualitario a la información. En este entorno, la ciberética, definida como el estudio de los sistemas de regulación y control tanto en la tecnología como en la sociedad, se torna especialmente relevante (Floridi, 2014). Este ensayo examina los retos digitales en el esfuerzo por forjar una sociedad más

* Profesor de Historia y Geografía, UCSH. Administrador Público, USS. Magíster en Políticas Públicas, UDD. Máster en Estudios de la Tolerancia y la Paz Mundial, UCAM.
Correo electrónico: rasanchezf@udd.cl

pacífica y tolerante, enfatizando la necesidad de confrontar estas cuestiones éticas y sociales para salvaguardar y promover los derechos humanos en el espacio digital.

Asimismo, la revolución digital, desde internet hasta la inteligencia artificial, ha creado un entorno global interconectado que crea tanto oportunidades como amenazas a los derechos humanos. Las plataformas digitales aportan nuevas formas de expresión, compromiso político y educación. Sin embargo, estas plataformas han dado lugar a nuevas formas de violencia, explotación y discriminación. La vigilancia masiva, la recopilación de datos personales sin consentimiento y los ciberataques son solo algunas de las amenazas que enfrentan las personas en el ámbito digital (O'Mara, 2019). Por tanto, una ciberética centrada en la protección de los derechos humanos es imperativa y busca equilibrar el progreso tecnológico con las salvaguardas morales y legales que sustentan una sociedad justa y equitativa.

Por lo anterior, este ensayo postula que atender los desafíos digitales con un enfoque en los derechos humanos es crucial para promover una sociedad más pacífica y tolerante. La integración de principios de justicia, equidad y respeto por la autonomía individual en el diseño y regulación de las tecnologías digitales puede mitigar los riesgos inherentes a la era digital. Bostrom (2014) discute la importancia de considerar cuidadosamente las implicaciones éticas de la inteligencia artificial y otras tecnologías emergentes, sugiriendo que una gobernanza efectiva y principios éticos sólidos son fundamentales para evitar consecuencias negativas. Asimismo, Carr (2010) reflexiona respecto de cómo el uso intensivo de internet y las tecnologías digitales está reconfigurando nuestra capacidad de atención y procesamiento de la información, lo que plantea preguntas referentes al impacto en el bienestar humano y la cohesión social. Juntos, estos autores subrayan la necesidad de equilibrar el progreso tecnológico con consideraciones éticas y humanísticas, lo que es esencial para alcanzar un equilibrio que beneficie a la sociedad en su conjunto.

Por tanto, al abordar estas cuestiones con una perspectiva centrada en los derechos humanos, es posible promover un desarrollo tecnológico que no solo sea innovador, sino también inclusivo, justo y respetuoso con la dignidad humana. Las políticas públicas y las estrategias en ciberseguridad deben, por tanto, incorporar consideraciones éticas desde su concepción hasta su implementación, garantizando que los avances tecnológicos sirvan a los intereses de todos los miembros de la sociedad y protejan los derechos fundamentales. No cabe duda que el progreso tecnológico y digital, al servicio de las personas, es una contribución significativa al bienestar de la sociedad.

CONSIDERACIONES TEÓRICAS

Una revisión de la literatura puede proporcionar ideas acerca de las complejidades y oportunidades que presenta esta intersección. Algunos autores han integrado

en su análisis estas consideraciones, perspectivas, y cuyos hallazgos contribuyen a la comprensión de este tópico contemporáneo.

En este sentido, es preciso mencionar el trabajo de Margaret O'Mara (2019), en el que explica cómo la innovación tecnológica y el cambio social alineado con las políticas gubernamentales han moldeado la estructura de la sociedad moderna, especialmente en Silicon Valley. Este análisis histórico destaca la naturaleza dual de la tecnología como motor de progreso y también un agente transportador potencial de desigualdad. La narrativa destaca la importancia crítica de integrar consideraciones éticas y sociales en el corazón del desarrollo tecnológico, demostrando que el camino hacia sociedades más pacíficas y tolerantes está pavimentado por políticas y prácticas que defienden y promueven los derechos humanos.

Yuval Harari (2017), además, nos invita a pensar en el futuro de la humanidad a través de los anteojos de los avances tecnológicos, como la inteligencia artificial y la biotecnología. Las reflexiones de Harari pertinente a estos futuros posibles subrayan la necesidad urgente de un marco ético sólido que oriente el desarrollo tecnológico, garantizando que contribuya positivamente al bienestar social y respete los derechos humanos. Este enfoque ético actúa como una línea referencial que guía el desarrollo tecnológico hacia resultados que promuevan la coexistencia pacífica y tolerante.

En este sentido, Bostrom (2014) proporcionó un análisis en profundidad de los riesgos asociados con la superinteligencia, enfatizando la importancia de una gobernanza y preparación proactivas. La alineación de la IA (inteligencia artificial) con los valores humanos y los derechos fundamentales está en el centro de su argumento, que sugiere que solo mediante una gobernanza cuidadosa podemos garantizar que la IA (inteligencia artificial) sirva a los intereses humanos y contribuya a una sociedad más segura y justa.

De forma similar, Carr (2010) hace más de una década advertía una perspectiva crítica de cómo internet iba a reconfigurar nuestra cognición, y hemos sido testigos de sus efectos. Este análisis cuestiona cómo las tecnologías digitales pueden tener un profundo impacto en la cohesión social y el bienestar humano, al cambiar la forma cuando pensamos y procesamos la información. Carr argumentó que el diseño de tecnología debe priorizar el apoyo al bienestar humano y la promoción de la cohesión social, en lugar de socavarlo.

No cabe duda –de acuerdo con lo que expone Floridi (2014)– de la necesidad de una “ética de la información” como marco mínimo para navegar los variados desafíos éticos en la era digital. Este enfoque enfatiza la responsabilidad colectiva de asegurar que la tecnología avance el bienestar humano, la justicia, y contribuya a la construcción de sociedades pacíficas y tolerantes. Por tanto, la ética de la información ofrece unos anteojos a través de los cuales podemos evaluar y guiar el impacto social de la tecnología, una responsabilidad regulatoria compartida. Así también, los trabajos de Yuste (2017) y Esvelt (2014) discuten las consideraciones éticas y de salud pública en el desarrollo de tecnologías emergentes. Estos estudios resaltan la importancia de

establecer claras prioridades éticas para guiar el desarrollo tecnológico, de manera que se respeten y promuevan los derechos humanos, subrayando la necesidad de una ética proactiva en la innovación tecnológica.

ALGUNAS REFLEXIONES

A) Impacto de la tecnología en la sociedad

Comprender los desafíos y oportunidades de la era digital en relación con los derechos humanos y la búsqueda de una sociedad pacífica y tolerante, requiere examinar el profundo impacto de la tecnología en la sociedad. Esta reflexión profundiza en las formas cuando la innovación tecnológica da forma a las interacciones y la comunicación humanas, ilustrando con ejemplos específicos cómo puede fomentar la unidad y crear divisiones dentro de las sociedades. La forma cómo nos comunicamos, interactuamos y percibimos nuestro entorno ha sido completamente revolucionada por la tecnología digital. Plataformas como internet, las redes sociales y la mensajería instantánea han abierto nuevas vías para compartir ideas, trabajar juntos y construir comunidades. Seguramente en estos momentos lees estas palabras desde tu *smartphone*, todas tus fotografías están en una nube, envías más información por WhatsApp que por correo y prefieres enviar un audio a llamar. Algo impensado en el 2000.

Según Floridi (2014), ahora existimos en lo que él llama la “infosfera”, un ámbito donde la información y la comunicación digital están en todas partes. Este cambio ha tenido un profundo impacto en la unidad social, la identidad cultural y el compromiso cívico, permitiendo el surgimiento de movimientos sociales y políticos, además de promover la innovación y la educación colaborativa. La reflexión plantea que es esencial desarrollar marcos éticos que guíen el uso de la tecnología digital, protejan la privacidad y promuevan la equidad. Floridi destaca la importancia de la coordinación internacional y los acuerdos globales para enfrentar estos desafíos, subrayando que el mal uso de la tecnología no solo amenaza la privacidad individual, sino también la estabilidad y justicia a nivel mundial. Por tanto, construir una nueva sociedad digital implica una ética robusta que proteja los derechos humanos y fomente una convivencia más armónica en el entorno digital.

Lo anterior, ya que la llegada de la tecnología ha generado obstáculos considerables para mantener la unidad social y defender los derechos humanos. El mismo marco que facilita la comunicación mundial inmediata posee el potencial de vigilar, influir y gobernar sociedades enteras (O'Mara, 2019). Además, la prevalencia de “cámaras de eco” dentro de las plataformas de redes sociales tiene la capacidad de amplificar las divisiones sociales, fomentando la polarización y la discordia en lugar de promover la conversación abierta y la empatía (Carr, 2010). La Primavera Árabe es un ejemplo de cómo la tecnología digital puede servir como fuerza impulsora

de la transformación social y política. Dota a los activistas de los medios necesarios para organizar protestas de forma eficaz, compartir información vital y obtener apoyo mundial.

No obstante, este mismo panorama digital ha sido manipulado para llevar a cabo campañas de desinformación, facilitar una vigilancia generalizada y reprimir las voces de disidencia dentro de numerosos regímenes autoritarios en todo el mundo. En relación con lo mencionado anteriormente, la reacción mundial a la pandemia de Covid-19 sirve como un excelente ejemplo de cómo la tecnología da forma a la sociedad. Durante los confinamientos, los avances digitales han desempeñado un papel vital en el mantenimiento de la funcionalidad de las sociedades, permitiendo el trabajo remoto, la educación y las interacciones sociales mediante plataformas virtuales. Sin embargo, esta crisis también ha dejado al descubierto e intensificado las disparidades en el acceso digital, magnificando aún más las desigualdades sociales. Subraya la urgencia de implementar políticas inclusivas que garanticen la igualdad de oportunidades tecnológicas para todos los individuos dentro de la sociedad.

B) Ciberseguridad y derechos humanos

Reflexionar a propósito de derechos humanos y ciberseguridad es de suma importancia a la hora de considerar el panorama digital actual. La mayor dependencia de las tecnologías digitales ha expuesto a la sociedad a diversas amenazas y debilidades que ponen en peligro aspectos esenciales, como la privacidad, la libertad de expresión y la disponibilidad de información, todos ellos elementos fundamentales de los derechos humanos en la era digital.

Asimismo, el ámbito de la ciberseguridad se extiende más allá de salvar la infraestructura vital y los sistemas de información contra ataques malévolos; abarca los derechos fundamentales de la humanidad. La preservación de la privacidad y la libertad de expresión están estrechamente entrelazadas con la capacidad de las personas y las comunidades de protegerse de la vigilancia injustificada, las filtraciones de datos y la censura en línea. Floridi (2014) afirma que nuestra existencia se desarrolla dentro de una “infosfera”, donde la importancia de la información es tan profunda que su salvaguardia se convierte en una extensión de la salvaguardia de la propia existencia y la libertad personal. Para garantizar la protección y el avance de la privacidad y la libertad de expresión, es imperativo establecer eficaces medidas de ciberseguridad. Al hacerlo, la ciberseguridad actúa como facilitadora de los derechos humanos, equipando a las personas y las comunidades con los medios para protegerse contra posibles infracciones y ataques que puedan impedir su seguridad y libertad en línea. Las consecuencias de los ciberataques van más allá de las preocupaciones económicas y de seguridad nacional, ya que también tienen un efecto significativo en los derechos de las personas. Una tendencia creciente es el ataque deliberado a actores públicos, periodistas y activistas, en un intento de suprimir sus

voces y limitar su libertad de expresión o cancelarlos públicamente. Se emplean tácticas como los ataques de denegación de servicio (DDoS)¹, el *doxing*² y el *phishing*³ para intimidar, censurar y socavar los esfuerzos de quienes defienden derechos, o bien, simplemente anular una postura disidente (O'Mara, 2019).

Un ejemplo mundialmente conocido acerca de qué reflexionar es la revelación hecha por Edward Snowden en 2013, que sacó a la luz el amplio alcance de la vigilancia gubernamental en internet. Este caso particular sirve como muestra del conflicto entre las medidas tomadas por las autoridades para monitorear a los ciudadanos, justificadas con el pretexto de la seguridad nacional, y los derechos fundamentales de las personas a la privacidad y la libertad de expresión. Garantizar la salvaguardia de los derechos de las personas en el ámbito digital requiere un enfoque integral que tenga en cuenta no solo la protección de la infraestructura y los datos, sino también la preservación de la privacidad y la libertad de expresión. Para lograrlo, las políticas y prácticas de ciberseguridad deben guiarse por valores éticos y de derechos humanos, garantizando que las tecnologías digitales se utilicen como herramientas de empoderamiento en lugar de instrumentos de represión.

C) Desafíos éticos y sociales de la inteligencia artificial

Otra reflexión actual tiene relación con la inteligencia artificial (IA), cuya revolución representa uno de los avances tecnológicos más significativos de nuestro tiempo, con el potencial de transformar radicalmente la sociedad en múltiples aspectos. Sin embargo, esta transformación no está exenta de desafíos éticos y sociales que deben ser abordados para asegurar que la IA contribuya positivamente a la construcción de una sociedad más pacífica y tolerante.

Asimismo, la integración de la IA en sistemas de toma de decisiones, desde diagnósticos médicos hasta selección de personal y sentencias judiciales, plantea preguntas fundamentales acerca de justicia, equidad y responsabilidad. Bostrom (2014) destaca la importancia de anticipar y mitigar los riesgos potenciales asociados con la superinteligencia, sugiriendo que una gobernanza efectiva y principios éticos sólidos son fundamentales para evitar consecuencias negativas. La preocupación radica cuando los algoritmos de IA, si no se diseñan y entrenan adecuadamente, pueden perpetuar

¹ Esto significa ataque de denegación de servicio distribuido (Distributed Denial-of-Service, DDoS); es un delito cibernético en el que el atacante inunda un servidor con tráfico de internet para evitar que los usuarios accedan a servicios y sitios en línea conectados.

² El *doxing* consiste en recopilar y publicar información personal de alguien o de un grupo, sin su consentimiento, con el objetivo de dañar su trayectoria pública y profesional.

³ El *phishing* es una técnica de ingeniería social que consiste en el envío de correos electrónicos que suplantando la identidad de compañías u organismos públicos y solicitan información personal y bancaria al usuario.

o incluso exacerbar sesgos y discriminaciones existentes, afectando negativamente los derechos humanos y socavando la equidad social.

En consecuencia, la IA tiene el potencial tanto de promover como de violar los derechos humanos. Por un lado, puede ser una herramienta poderosa para abordar desafíos globales, mejorar la accesibilidad de servicios y fortalecer la participación ciudadana. Harari (2017) reflexiona acerca del impacto transformador de la tecnología en la sociedad, enfatizando la necesidad de un marco ético robusto que guíe el desarrollo tecnológico. Por otro lado, la vigilancia masiva y los sistemas de reconocimiento facial desplegados sin controles adecuados presentan graves riesgos para la privacidad y la libertad individual, resaltando la importancia de establecer límites claros y mecanismos de rendición de cuentas para el uso de la IA en la vigilancia y el control social.

Finalmente, llegamos a la interrogante: ¿Es indispensable la creación de un marco ético y regulatorio sólido ante la IA para garantizar que su desarrollo y aplicación sirvan al bienestar humano y respeten los derechos fundamentales? Si la respuesta es afirmativa, ¿cómo hacerlo de tal modo que esto no sea una paralización al desarrollo y avance de esta innovación? Toda esta discusión está absolutamente abierta.

CONCLUSIÓN

La ética cibernética orientada a los derechos humanos no es solo un marco teórico; es una llamada a la acción para todos aquellos involucrados en el desarrollo y uso de tecnologías digitales, y a los tomadores de decisiones, actores políticos y sociales. Al centrar los derechos humanos en nuestra aproximación a la ciberética, podemos considerar los desafíos de la era digital de manera que promueva una sociedad más justa, inclusiva y tolerante, donde la tecnología sirva a los intereses de la humanidad en su conjunto, y no solo a los de unos pocos, o como ha sido mencionado en la reflexión desde la cita de Julio Verne, en esta carrera hacia el progreso tecnológico, no debemos perder de vista la importancia de nutrir el espíritu y el bienestar humano, detrás de cada pantalla hay una persona. La ciberética y los derechos humanos deben entrelazarse de tal manera que promuevan no solo una sociedad más segura y eficiente, sino también más compasiva y equitativa. Este equilibrio es clave para asegurar que el avance tecnológico se traduzca en un verdadero progreso para toda la humanidad, fortaleciendo la cohesión social, respetando y enriqueciendo también el tejido inmaterial.

REFERENCIAS

- ARAVENA, F. (2022, noviembre 11). “Luciano Floridi, filósofo: Debemos construir una nueva sociedad para este nuevo mundo digital”. La Tercera. <https://www.latercera.com/la-tercera-sabado/noticia/luciano-floridi-filosofo-debemos-construir-una-nueva-sociedad-para-este-nuevo-mundo-digital/3BEJTXYLWVCUHI7SUJEDPQ67ME/>
- BOSTROM, N. (2014). *Superinteligencia: Caminos, peligros, estrategias*. Oxford University Press.
- CARR, N. G. (2010). *The Shallows: What the Internet is Doing to Our Brains*. W. W. Norton & Company.
- ESVELT, K. M. (2014). *Emerging technology: A public health perspective on gene drive*. eLife, 3, e03401.
- FLORIDI, L. (2014). *The 4th Revolution: How the Infosphere is Reshaping Human Reality*. Oxford University Press.
- HARARI, Y. N. (2017). *Homo Deus: Breve historia del mañana*. Debate.
- O’MARA, M. (2019). *The Code: Silicon Valley and the Remaking of America*. Penguin Press.
- VERNE, J. (1863). *París en el siglo XX*. Elejendria.
- YUSTE, R.; GOERING, S.; BI, G.; CARMENA, J. M.; CARTER, A.; FINS, J. J. & WOLPAW, J. (2017). “Four ethical priorities for neurotechnologies and AI”. *Nature*, 551(7679), pp. 159-163. <https://www.nature.com/articles/551159a>

LA TEORÍA DEL CASO: ESTRATEGIA, PLANIFICACIÓN Y EFICIENCIA EN EL LITIGIO PENAL

*Carlos René Galdames Gaytán**

“La estrategia sin tácticas es la ruta
más lenta hacia la victoria;
las tácticas sin estrategia, son solo el ruido
que precede a la derrota”.
Sun Tzu

RESUMEN

La Teoría del Caso es una herramienta clave en el litigio penal, que organiza hechos, normas jurídicas y pruebas para presentar una narrativa coherente. Permite a los abogados anticipar las objeciones de la contraparte y facilita la comunicación con el juez. Mediante su sistematización en matrices, mejora la eficiencia del proceso judicial, contribuye a la justicia y equidad, y refuerza la planificación estratégica en la resolución de conflictos.

PRESENTACIÓN

La concepción de la Teoría del Caso es ciencia y arte, el contexto de desarrollo pleno lo representa el Derecho Penal –aunque no privativo– en virtud de los bienes jurídicos que protege y de las penas asociadas a los delitos que juzga; trascendiendo la mera concepción de una idea de acción, sino representando una herramienta de planificación y conducción del proceso substanciado (Binder, *Litigación Penal: La etapa del juicio*, 2000, p. 123).

* Alumno del Programa de Derecho Vespertino de la USS.
Correo electrónico: crgg1972@gmail.com

Es por ello que el contexto del presente es el Derecho Penal; evidentemente, esta decisión no es aleatoria, sino en mérito al carácter antagónico que particularmente tiene implícita dicha relación jurídica.

Establecido ello, se debe reconocer que la Teoría del Caso no es monopolio del Derecho Penal, no obstante, la naturaleza de la controversia que motiva a los intervinientes en dicha rama del Derecho representa un escenario propicio para reflexionar respecto de un tácito juego de estrategias (Maier, *Derecho Procesal Penal*, 2004, p. 215).

La sola idea de referirse a la Teoría del Caso exige una cabal comprensión del proceso, como también, de aquellas materias propias que lo sustancian.

Asimismo, resulta imperativo reconocer el carácter antagónico que tiene implícito el litigio penal, en su esencia; si bien las salidas alternativas tienen su origen en un acuerdo entre los intervinientes, no es posible afirmar que ello subsuma la controversia.

INTRODUCCIÓN

Intrínseco en el Derecho Penal, la Teoría del Caso se reconoce como el derrotero que describe el curso del proceso judicial; se trata de una narrativa articulada que traba los hechos del caso con las normas jurídicas aplicables, configurando la postura que cada parte interviniente defenderá ante el tribunal.

La construcción jurídica en comento se obliga al Derecho sustantivo y adjetivo penal, que define los delitos y sus sanciones y, a su turno, describe los procedimientos para su persecución y juzgamiento, respectivamente; constituyendo ello un imperativo de estricta observancia como condición para el éxito (Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 2002, p. 345).

Así, la Teoría del Caso se convierte en un conector entre la normativa abstracta y la realidad concreta del caso, permitiendo a las partes argumentar y probar su posición con precisión, pertinencia y coherencia (Binder, *Teoría del Caso: Estrategia de Litigación*, 2011, p. 67).

La concepción de la Teoría del Caso implica una rigurosa planificación del proceso, pues demanda anticipar los escenarios probables y definir las líneas de acción a seguir; ese razonamiento estratégico resulta crucial para conducir el litigio de manera eficaz y eficiente, enfrentando exitosamente las innumerables circunstancias que puedan surgir, mediante la explotación de las fortalezas, la salvaguarda de las vulnerabilidades y, principalmente, mitigando las limitaciones (Duce y Riego, *La Reforma a la Justicia Penal en Chile*, 2007, p. 142).

Asimismo, indefectiblemente es en el proceso penal la instancia donde colisionan las voluntades de los intervinientes, a partir de los objetivos contrapuestos de cada uno; la fiscalía buscará la condena del imputado, mientras la defensa persigue su absolución o, en su defecto, una pena menor.

Dicha confrontación exige a los litigantes actuar con absoluto profesionalismo y ética, basando sus argumentos en pruebas fehacientes y respetando los principios del debido proceso.

Para optimizar la estrategia y la toma de decisiones, resulta fundamental –como se evidenciará– sistematizar la Teoría del Caso en una matriz. Esa herramienta gráfica permitirá visualizar de manera clara y organizada los elementos fácticos, jurídicos y probatorios del caso, facilitando su análisis y la identificación de la información clave (Binder, *Litigación Penal: Juicio Oral y Prueba*, 2015, p. 98).

Por tanto, la concepción de la Teoría del Caso constituye un elemento forzoso para el éxito en el ámbito penal, como también en las otras ramas del Derecho, conformando el principal medio que permitirá a las partes litigar con la destreza exigida en el proceso judicial, defendiendo sus intereses y observando una conducta ética, a partir de una estrategia pertinente y coherente y con argumentos lógicamente expresados en un Tribunal.

ENUNCIACIÓN DEL PROBLEMA

En el ámbito del Derecho, la Teoría del Caso constituye una herramienta fundamental para la construcción de argumentos concretos y la defensa efectiva de los intereses de los intervinientes involucrados en un proceso judicial; sin embargo, es crucial que la aplicación de esa Teoría se base en un análisis completo y objetivo de la controversia, evitando enfoques parciales que puedan generar distorsiones y obstaculizar la búsqueda de soluciones justas (Roxin, *Derecho Penal: Fundamentos y Límites del Poder Punitivo*, 2007, p. 65).

Un análisis limitado, que solo considere una visión parcial del problema principal, arriesga ser afectado por una grave distorsión con aciagas consecuencias para el interés del afectado.

Al enfocarse en un único punto de vista, probablemente, se ignorará información relevante, perdiéndose la perspectiva general del caso; esa situación podrá conducir a conclusiones erróneas, a partir de un proceso de toma de decisiones basadas en una comprensión incompleta de la realidad.

La limitada comprensión de la interdependencia de las variables involucradas en una controversia también representa un obstáculo significativo para la aplicación efectiva de la Teoría del Caso; cada variable en un proceso judicial está correlacionada con las demás, siendo fundamental comprender esas relaciones para poder construir un argumento sólido, coherente y cuyas pruebas presentadas sean pertinentes (Binder, *Teoría del Caso y Juicio Oral*, 2013, p. 88).

Así, un análisis que ignore dichas interdependencias puede resultar superficial y poco concluyente; la pérdida de información relevante es otra consecuencia adversa de un análisis limitado, al enfocarse en solo algunas de las variables del caso, desestimando información relevante que podría ser determinante para la resolución de este.

Derivado del análisis precedente es posible plantear el problema, asociado este al imperativo de una comprensión integral del proceso judicial y su intrínseca relación con la Teoría del Caso, integrando en ella la visión propia, de la contraria y del juez.

El enunciado precedente permite plantear el problema, representado por el imperativo de concebir una metodología para formular la Teoría del Caso; vinculando en ese proceso la integración de las variables esenciales que obligatoriamente –por ser origen y solución de la controversia– se enfrentarán, sometiendo sus posturas al arbitrio de un tercero, todo en el contexto del ordenamiento jurídico.

Señalado lo anterior, a continuación se describen los aspectos particulares que fundamentan la importancia de sistematizar la Teoría del Caso, siendo estos:

1. La comprensión íntegra del proceso; por medio de ello es posible concebir soluciones desde el inicio hasta la resolución final de la controversia, logrando resolver de manera metódica, oportuna y asertiva, en las diferentes fases y etapas del juicio, anticipando posibles objeciones de la contraparte, adicionando a ello el imperativo de una persuasión efectiva en el juez.
2. El enfoque estratégico; la Teoría del Caso aporta una concepción estratégica de acción en relación con la forma cómo se buscará la solución de la controversia entre las partes o los intervinientes –según corresponda–, permitiendo identificar los elementos claves que permitan la adecuada correlación entre los hechos y el Derecho. Eso constituirá una ventaja para identificar, ponderar, discriminar y desarrollar argumentos –pertinentes y coherentes– respecto de un pasado cuya realidad debe reconstruirse en demanda de la verdad y de la justicia.
3. La comunicación efectiva; disponer de herramientas que permitan concebir una capacidad propia, sustentada en una estrategia cuyos hechos debidamente probados y asociados según la dispuesto por el Ordenamiento Jurídico, constituye una garantía de comunicación efectiva con el juez y, también, hacia la contraria; así, se generará una alternativa plausible de persuasión y de disuasión, respectivamente.
4. La eficiencia del proceso; concebir una estrategia basada en una metodología, inequívocamente hará más eficiente la vinculación con el proceso judicial, permitiendo centrar el esfuerzo en los aspectos relevantes del caso y evitar debates innecesarios.
5. La justicia y equidad; construir una Teoría del Caso contribuirá a una mayor justicia y equidad en el sistema judicial, garantizando que los hechos y el Derecho se presenten en observancia de argumentos claros y veraces, creando las condiciones para que el juez sentencie con la máxima objetividad; eso, indistintamente de la relación del abogado respecto de los intervinientes.
6. Los beneficios adicionales; con un prudente optimismo, se presume que mejorar la calidad de la argumentación forense contribuirá a un debate jurídico de mayor valor cualitativo. Además, promoverá la transparencia del proceso al exigir

mejores fundamentos en las decisiones, lo que, a su vez, fortalecerá el Estado de Derecho mediante la implementación de mejores prácticas.

En conclusión, se resalta la importancia de una comprensión integral y estratégica en la formulación de la Teoría del Caso; enfatizando percibir su utilización como una metodología que contribuye a fundamentar una postura concreta y efectiva dentro del proceso judicial.

METODOLOGÍA Y LIMITACIONES

Respecto de los objetivos y la técnica de análisis, se definió una metodología orientada a describir y guiar la formulación de la Teoría del Caso en el ámbito jurídico, propuesta a otorgar a los abogados una herramienta eficaz para planificar y conducir un caso.

La metodología se centrará en el análisis de las variables claves, la interdependencia entre ellas y la construcción de argumentos concretos, mejorando la eficiencia procesal y la calidad del debate jurídico.

Como en cualquier iniciativa o proyecto, se identifican limitaciones, más todavía cuando se aspira a un objetivo representado por lograr una comprensión integral del proceso judicial, basándose en la Teoría del Caso, integrando la perspectiva propia, la contraria y la del juez; si bien esas son potenciales –al ser previsibles–, merece la pena enunciar las principales, siendo estas:

1. La resistencia al cambio. Es posible que algunos actores del proceso muestren reticencia a adoptar un nuevo enfoque metodológico para la Teoría del Caso, debido al temor a lo desconocido o, principalmente, a la inercia que prevalece en el sistema judicial.
2. Otra limitación relevante es la insuficiencia de información. En ciertos casos, los hechos disponibles pueden ser incompletos o incluso contradictorios, lo que complica la tarea de construir una Teoría del Caso que se ajuste estrictamente a la verdad y que se pueda sostener de manera efectiva en el proceso judicial.
3. Finalmente, existe el riesgo de sesgo. Aunque la Teoría del Caso busca promover la imparcialidad, es crucial reconocer que tanto los intervinientes como el juez pueden estar influidos por sesgos inconscientes que afecten la manera en que construyen o evalúan sus teorías.

A pesar de esas limitaciones, es posible mitigarlas mediante el diseño de una forma de trabajo adecuada; derivada de una planificación cuidadosa y una ejecución eficaz, se estima que se podrán abordar las dificultades en comento.

En este contexto, las variables fundamentales –la propia Teoría del Caso, la de la parte contraria y la del juez– deben ser los ejes que guíen el desarrollo de la misma, asegurando que se alcancen los objetivos propuestos.

I. GENERALIDADES DE LA TEORÍA DEL CASO

1. Contexto del Derecho Penal y la Teoría del Caso

La Teoría del Caso es una herramienta estratégica fundamental en el Derecho Penal y en cualquier proceso judicial; su objetivo es organizar de manera coherente los hechos y las normas jurídicas aplicables para construir una narrativa que sustente la postura de uno de los intervinientes o las partes, según corresponda (Duce y Riego, *La Reforma Procesal Penal: Evaluación y Perspectivas*, 2007, p. 115).

Esa teoría permite a los abogados relacionar los hechos con el Derecho de forma lógica y persuasiva, considerando todas las variables del caso de manera exhaustiva.

Es relevante porque proporciona una planificación metódica que ayuda a prever las posibles objeciones de la contraparte y a anticipar las decisiones del juez, todo en una expectativa prudente, sustentado en lo probable por sobre lo posible; explotar adecuadamente esa Teoría, se presume, mejora la calidad de la argumentación jurídica, fomenta una comunicación efectiva con el juez y, con ello, aumenta la eficiencia del proceso judicial al centrar los esfuerzos en los aspectos claves del caso, evitando debates innecesarios (Duce, *Litigación Penal: Juicio Oral y Estrategia*, 2011, p. 76).

La Teoría del Caso está intrínsecamente ligada a la planificación y estrategia del proceso judicial, ya que implica no solo la presentación de pruebas y argumentos, sino también la anticipación de las tácticas de la contraparte y la evaluación continua de las decisiones del juez (Binder, *Teoría del Caso y Juicio Oral: Estrategia y Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, 2013, p. 92).

Esta flexibilidad y capacidad de adaptación hacen de la Teoría del Caso una herramienta vital para la defensa efectiva de las pretensiones de los representados, tanto en el ámbito del Derecho Penal como, asimismo, en las otras ramas del Derecho.

2. Importancia de la Teoría del Caso en el proceso judicial

La Teoría del Caso es una herramienta esencial en el proceso judicial tanto para el actor como para la defensa, porque permite estructurar y organizar de manera coherente los argumentos, hechos y normas jurídicas, y presentar una narrativa convincente que respalde sus pretensiones.

Su concepción y empleo adecuado conllevará múltiples beneficios que impactan tanto la calidad del proceso judicial como su resultado final (Binder, *Litigación Penal: La Construcción de la Teoría del Caso*, 2015, p. 110).

En primer lugar, la Teoría del Caso permite una exhaustiva comprensión del proceso, lo que implica analizar todos los hechos relevantes, interpretar las normas aplicables y prever las objeciones o estrategias de la contraparte (Duce y Riego, *Litigación Penal: Estrategia y Técnicas para el Juicio Oral*, 2007, p. 132).

Este enfoque estratégico constituye una garantía para los intervinientes, respecto a poder anticiparse; respondiendo así, oportuna y adecuadamente, a cualquier desafío durante el litigio, aumentando la eficiencia y eficacia de la presentación de los argumentos.

Además, la correcta implementación –concepción y empleo– de la Teoría del Caso está directamente relacionada con la justicia y la equidad en el proceso judicial; al construir una narrativa basada en un análisis exhaustivo y objetivo, los intervinientes pueden presentar los hechos y pruebas de manera clara y veraz, lo que permite al juez tomar decisiones más informadas e imparciales (Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 2002, p. 189).

Ello contribuye a que las resoluciones sean más justas, equitativas y aceptadas por todas las partes involucradas, reduciendo así la posibilidad de futuros conflictos.

Otro beneficio clave es la comunicación efectiva con el juez y la contraparte. Al estructurar los argumentos de forma clara y lógica, se facilita la persuasión y la disuasión, generando un diálogo más constructivo y transparente, lo que fortalece el debate jurídico y, en el largo plazo, el propio sistema judicial (Duce y Riego, *La Reforma a la Justicia Penal en Chile*, 2007, p. 147).

Finalmente, la Teoría del Caso también fortalece el Estado de Derecho, ya que promueve la transparencia en el proceso legal, exigiendo una argumentación más concreta y, a su vez, mejora la calidad de las decisiones judiciales.

En este sentido, su implementación efectiva no solo beneficia a quienes intervienen en el proceso, sino que también contribuye al buen funcionamiento del sistema judicial en su conjunto.

En resumen, la Teoría del Caso es fundamental para garantizar la equidad, la justicia y la eficacia en cualquier litigio, al proporcionar una base sólida en la que se desarrollan las estrategias de ambas partes intervinientes, siempre bajo un marco ético y transparente.

II. FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DEL CASO

1. Definición y concepto de la Teoría del Caso

La Teoría del Caso es una herramienta metodológica clave en el litigio penal, utilizada por los intervinientes para construir y presentar una narrativa coherente que conecta los hechos del caso con las normas jurídicas aplicables.

Se define como una estrategia integral que organiza los hechos, la ley y los argumentos, de manera que resulten convincentes y coherentes, tanto para el juez como para la contraparte (Binder, *Teoría del Caso y Juicio Oral: Estrategia y Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, 2013, p. 101).

En términos funcionales, la Teoría del Caso permite que los abogados estructuren su posición de forma clara, lo que les otorga la capacidad de prever las posibles objeciones y preparar respuestas efectivas.

Es un conector fundamental entre los hechos y las normas jurídicas, debido a que requiere una comprensión profunda de ambos elementos para demostrar de manera convincente cómo los hechos del caso sostienen las pretensiones de quien representan, bajo el marco legal vigente.

En el contexto del litigio penal, la Teoría del Caso tiene un rol concluyente, ya que proporciona la estructura necesaria para guiar todo el proceso judicial, desde la presentación de pruebas hasta la argumentación final (Binder, *Litigación Penal: Juicio Oral y Prueba*, 2015, p. 120).

Además, permite que las partes organicen sus estrategias con los principios de justicia y equidad, garantizando que su postura esté basada en un análisis exhaustivo de los hechos y en la correcta aplicación del Derecho.

En resumen, la Teoría del Caso es un medio para garantizar que los hechos y las pruebas serán presentados de manera que, con un aceptable nivel de certeza, apoyen eficazmente las pretensiones, logrando una integración efectiva entre los eventos ocurridos y las normas jurídicas aplicables, lo que resulta indispensable para obtener una decisión favorable en el juicio.

2. Elementos claves de la Teoría del Caso

Una Teoría del Caso deberá, por norma general, estar conformada por varios elementos esenciales que, correctamente articulados, permitirán presentar una narrativa persuasiva y coherente (Duce y Riego, *Litigación Penal: Estrategias y Técnicas del Juicio Oral*, 2007, p. 89).

Esos elementos claves incluyen los hechos, las normas jurídicas aplicables, las pruebas y las estrategias argumentativas; a continuación se describen esos componentes esenciales:

a. Los hechos:

Los hechos constituyen el punto de partida para desarrollar cualquier Teoría del Caso. Se deben identificar y analizar detalladamente todos los hechos relevantes para la controversia (Binder, *Teoría del Caso y Juicio Oral: Estrategia y Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, 2013, p. 67). Este análisis implica:

- Identificación de los hechos claves: Es crucial determinar qué hechos son los más importantes para sostener la Teoría que se busca probar.
- Comprensión del significado de los hechos: Es necesario interpretar cómo esos hechos se asocian con el marco jurídico.
- Vinculación con el Derecho: Los hechos deben conectarse de manera lógica con las normas jurídicas aplicables, de forma que fortalezcan la argumentación.

b. Las normas jurídicas aplicables:

Una Teoría del Caso debe estar fundamentada en las normas jurídicas que sean relevantes para el caso (Binder, *Teoría del Caso y Juicio Oral: Estrategia y Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, 2013, p. 75). Este componente involucra:

- Identificación de la legislación y jurisprudencia aplicables al caso.
- Interpretación de las normas en relación con los hechos, evaluando su alcance y aplicabilidad.
- *Decisoria litis*. Es incuestionable que identificar la norma que resultará determinante para la resolución de la controversia, es un imperativo para el éxito del cometido. La correcta identificación de esa norma guiará la estrategia argumentativa y las decisiones durante el juicio.

c. Las pruebas:

Las pruebas juegan un rol fundamental en la demostración de los hechos y su vinculación con las normas jurídicas (Duce y Riego, *Litigación Penal: Estrategias y Técnicas del Juicio Oral*, 2007, p. 102). Dentro de este elemento se incluyen:

- Recolección de pruebas que sustenten los hechos claves. Esto puede incluir documentos, testigos, peritajes, entre otros; se debe tener en cuenta la libertad probatoria, en el caso del Derecho Penal.
- Evaluación de la credibilidad y pertinencia de las pruebas, asegurando que estas sean confiables y relevantes para el caso.
- Presentación estratégica de pruebas. Las pruebas se deben presentar de manera que refuercen la narrativa de la Teoría del Caso; derivado de ello, la secuencia de esa presentación no debe ser fortuita.

d. Las estrategias argumentativas:

Las estrategias argumentativas son el elemento conductor que relaciona los hechos, las normas jurídicas y las pruebas para construir un relato coherente y persuasivo

(Binder, *Litigación Penal: Juicio Oral y Prueba*, 2015, p. 115). Una estrategia argumentativa efectiva involucra:

- Organización clara de la narrativa. Los hechos y las pruebas se deben presentar de forma que el juez o tribunal pueda seguir lógicamente la argumentación.
- Anticipación de objeciones. Una buena Teoría del Caso contempla posibles contraargumentos de la parte contraria y se prepara para neutralizarlos o, en su defecto, mitigarlos.
- Flexibilidad y adaptabilidad. Las estrategias deben ser lo suficientemente flexibles para ajustarse a las circunstancias cambiantes del juicio.

En conjunto, estos elementos permiten a las partes desarrollar una Teoría del Caso adecuadamente fundamentada, proporcionando una base estructurada para abordar el proceso judicial con claridad, eficacia y persuasión, maximizando las posibilidades de éxito.

III. METODOLOGÍA PARA LA FORMULACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

1. Análisis de las variables claves

La identificación de las variables críticas en un proceso judicial es fundamental para construir una estrategia exitosa basada en una Teoría del Caso concreta (Binder, *Teoría del Caso y Juicio Oral: Estrategia y Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, 2013, p. 95).

Esas variables incluyen los hechos relevantes, las normativas aplicables, las actuaciones de la parte contraria y del juez. Cada una de ellas representa un elemento concluyente para el proceso y debe ser analizada mediante un riguroso y detallado examen (Binder, *Litigación Penal: Juicio Oral y Prueba*, 2015, p. 122).

A continuación se propone y explica el criterio para identificar y desarrollar cada una de estas variables:

a. Hechos relevantes:

Los hechos son el elemento central de cualquier litigio. Identificar los hechos claves que sustentarán la narrativa de la Teoría del Caso requiere un proceso metódico de recolección y análisis.

El enfoque debe estar en aquellos hechos que realmente impacten la resolución del conflicto, es decir, los que permitan vincular la realidad del caso con las normativas aplicables.

Entre los pasos principales para identificar los hechos relevantes se pueden incluir:

- Revisión exhaustiva de la información disponible: recopilar toda la documentación, declaraciones de testigos, informes periciales y cualquier otro elemento probatorio que tenga relación con el caso.
- Determinación de hechos controvertidos y no controvertidos: es importante distinguir entre aquellos hechos controvertidos que serán debatidos y probados en el juicio, y los no controvertidos, es decir, aquellos que son aceptados por ambas partes.
- Evaluación de la relevancia legal de los hechos: analizar cómo cada hecho se relaciona con las normas jurídicas aplicables y qué relevancia y efecto pueden tener en la decisión del juez; en ese sentido, la preeminencia no solo depende de la existencia del hecho, sino también, de su capacidad para influir en la aplicación de la ley.
- Ordenación cronológica y narrativa: los hechos se deben organizar en una secuencia lógica y coherente que pueda ser comprendida con facilidad por el magistrado; con ello se prevé reforzar la credibilidad de la parte que se representa.

b. Normativas aplicables:

La correcta identificación de las normas jurídicas que rigen el caso, es otra de las variables críticas. Este proceso involucra tanto la legislación vigente como la jurisprudencia relevante, además de la doctrina aplicable.

La normativa actúa como el marco que delimita lo que es posible o no dentro del proceso judicial; para identificar correctamente dichas normativas aplicables, se estima, deben seguirse los siguientes pasos (Zaffaroni, *Derecho Penal: Parte General*, 2002, p. 214):

- Revisión del marco legal general: examinar las leyes, códigos y reglamentos que regulan la materia en disputa. Esto incluye leyes sustantivas, aquellas que definen los derechos y obligaciones, y también leyes procesales, constituidas por aquellas que regulan el procedimiento judicial.
- Investigación de la jurisprudencia: la jurisprudencia es clave para entender cómo la magistratura ha interpretado y aplicado las leyes en casos similares; para ello es fundamental revisar las decisiones previas de tribunales superiores que puedan constituir un precedente.
- Análisis de la doctrina: la opinión de autores especializados puede aportar una interpretación adicional a la normativa y, así, ayudar a fortalecer los argumentos legales que serán esgrimidos.
- Identificación de la *decisoria litis*: como es sabido, la *decisoria litis* es la norma jurídica que será determinante para la resolución del litigio; derivado de ello, identificarla correctamente es perentorio, ya que define el marco legal más relevante en el que se desarrollarán las argumentaciones y, en última instancia, la decisión del juez.

c. Actuaciones de la parte contraria:

Conocer las posibles actuaciones, argumentos y estrategias de la contraparte será ventajoso para anticipar sus intenciones y, a partir de ello, anticipar la preparación de las respuestas adecuadas (Binder, *Teoría del Caso y Juicio Oral: Estrategia y Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, 2013, p. 103).

La capacidad de predecir las acciones de la parte contraria puede influir significativamente en el resultado del litigio. Para identificar las eventuales actuaciones de la contraparte, se sugiere, se deben seguir los siguientes pasos (Binder, *Litigación Penal: Estrategias y Técnicas del Juicio Oral*, 2007, p. 145):

- Análisis de las pruebas y argumentos de la contraparte: es trascendente evaluar las pruebas que la parte contraria ha presentado o que fundadamente puede presentar, así como sus argumentos legales. Esto permite prever las objeciones que podrían surgir y preparar refutaciones adecuadas.
- Estudio de las estrategias históricas: en algunos casos, puede ser útil analizar cómo la parte contraria litigó en casos anteriores; en las circunstancias de poder acceder a esa información, será posible deducir de ese estudio la identificación de patrones en su estrategia o sus tácticas habituales.
- Evaluación de las debilidades: reconocer debilidades en los argumentos de la contraparte es relevante para neutralizar su estrategia. Eso puede implicar demostrar que sus pruebas no son confiables, que interpretan erróneamente la ley o que sus hechos no tienen relación directa con la normativa aplicable.
- Desarrollo de hipótesis estratégicas: fundado en los resultados del análisis previo, se deben generar hipótesis; ella no constituirá bajo condición alguna una percepción azarosa, sino una reflexión racional –fundada en criterios lógicos y probables– respecto de cómo la parte contraria podría estructurar su Teoría del Caso y, en consecuencia, prepararse para debilitar sus argumentos durante el proceso.

d. Posturas del juez:

El juez desempeña una función decisiva en el proceso judicial, lo que no constituye una afirmación cuestionable, ya que es quien finalmente emitirá el fallo (Zaffaroni, *Derecho Penal: Parte General*, 2002, p. 275).

Aceptado lo anterior, comprender las posturas del juez y anticipar –fundado en los hechos– su posible percepción del caso, es una habilidad estratégica que puede influir en la forma cómo será concebida la Teoría del Caso. Para comprender las eventuales posturas del juez se propone:

- Análisis de precedentes judiciales: revisar las decisiones anteriores del magistrado en casos similares o afines, puede proporcionar información acerca de cómo interpreta la ley y cuáles son sus inclinaciones jurídicas.
- Identificación de patrones en sus fallos: si el juez ha emitido decisiones previas concernientes a casos análogos, esto puede constituir una referencia válida para inferir la forma cómo aplica ciertas normas, su disposición a aceptar o rechazar posibles criterios de argumentación o, incluso, su interpretación respecto de aspectos procesales.
- Observación del comportamiento en audiencias preliminares: las interacciones del juez durante las audiencias preliminares o la presentación de pruebas pueden ofrecer una orientación respecto de qué puntos considera más relevantes y, también, qué aspectos le generan cuestionamientos.
- Adecuación de la estrategia argumentativa: una vez comprendida, en la medida de lo posible, la postura del juez, será la oportunidad para ajustar los argumentos y la presentación de pruebas para responder de mejor manera a sus probables exigencias legales. Por ejemplo, si el juez es conocido por ser estricto con la validez de las pruebas, la estrategia debe enfatizar la calidad y relevancia de las pruebas presentadas.

Considerando las ideas del artículo hasta aquí desarrolladas, se puede concluir que la identificación y análisis de las variables críticas en un proceso judicial –los hechos relevantes, las normativas aplicables, las actuaciones de la parte contraria y del juez– son esenciales para construir una Teoría del Caso eficaz y eficiente, que permita sustentar de forma racional y responsable un éxito plausible en el cometido forzoso de hacer valer la pretensión de quien se representa.

Cada variable interactúa de manera dinámica con las otras y el éxito de una estrategia legal dependerá de la capacidad para gestionarlas de manera integrada; una planificación detallada, que contemple las fortalezas y debilidades de cada variable, maximiza las posibilidades de obtener una resolución favorable en el proceso judicial (Binder, *Litigación Penal: Estrategia y Técnica en el Juicio Oral*, 2015, p. 131).

2. Interdependencia de las variables

Como ya ha sido reconocido, la Teoría del Caso es una herramienta clave que articula hechos, normas jurídicas, pruebas y las estrategias argumentativas para presentar un caso debidamente fundado y coherente.

En ese sentido, comprender la interdependencia de las variables involucradas en un proceso judicial es fundamental para evitar distorsiones en la toma de decisiones.

Dicha interdependencia se manifiesta mediante las relaciones entre los hechos relevantes, las normativas aplicables, las actuaciones de la parte contraria y del juez,

todos estos influyen mutuamente (Binder, *Teoría del Caso y Juicio Oral: Estrategia y Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, 2013, p. 109).

- Los hechos relevantes: la correcta identificación de los hechos claves es determinante. Sin un análisis exhaustivo de los hechos, la narrativa del caso arriesga razonadamente el vicio de carecer de coherencia y perderá credibilidad; la relevancia de cada hecho se definirá en función de su aptitud para vincularla con las normativas aplicables y ello condicionará su influencia en la decisión del juez.
- Las normativas aplicables: la correcta interpretación y aplicación de las normas es una exigencia insoslayable. Un error en la identificación de las leyes relevantes representa una distorsión en los argumentos y conllevará indefectiblemente que se desestimen pruebas y se planteen interpretaciones erróneas; de igual manera se debe tener en consideración que esas normativas se deben vincular con los hechos de manera lógica y precisa.
- Las actuaciones de la parte contraria: anticipar los argumentos y tácticas de la contraparte permite contrarrestarlos eficazmente. Si no se comprende correctamente esta variable, es posible que se subestimen ciertos riesgos, lo que puede debilitar la Teoría del Caso; se debe tener presente que esto obedece a una deducción racional, sustentada en un análisis lógico y probable de una eventual decisión, desestimando percepciones impulsivas o lúdicas.
- Las posturas del juez: es fundamental prever cómo el juez podría interpretar los hechos y las normas, en relación con precedentes y su comportamiento en las audiencias; una argumentación desatinada o manifiestamente alejada de la expectativa del juez podría invalidar, irremediablemente, todo el esfuerzo de persuasión.

La Teoría del Caso, tal como se reconoce, debe abordar esta complejidad mediante un enfoque estratégico, sistemático e imperativamente coherente y pertinente, cautelando evitar distorsiones derivadas de una comprensión limitada de las interdependencias; esto cobra especial relevancia respecto del magistrado, quien constituye el primer y principal interviniente a persuadir con el mayor estándar posible (Vives Antón, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2004, p. 157).

Es por ello que el uso de matrices es propuesto como una metodología eficaz para organizar de manera visual y sistemática los elementos del caso (Gómez Colomer, *La Prueba en el Proceso Penal*, 2012, p. 89).

Esa herramienta facilitará la toma de decisiones estratégicas, mejorando la comunicación con el juez y hasta con la parte contraria; consecuente con ello se fortalecerá el proceso judicial al centrarse en los aspectos claves y evitará debates innecesarios (Berdugo Gómez de la Torre, *Estrategia y Táctica en el Proceso Penal*, 2010, p. 143).

En conclusión, integrar todas las variables de manera coherente y anticiparse a las interacciones entre ellas constituye una ventaja difícil de superar para la parte contraria; por ello, concebir una Teoría del Caso cierta de éxito, capaz de defender los

intereses de quien se representa, de forma profesional, ética y estratégica, maximizando las probabilidades de éxito en el proceso judicial, es una obligación indefectible.

3. El uso de matrices para sistematizar la Teoría del Caso

La metodología basada en matrices puede ser una herramienta valiosa para organizar y visualizar la información fáctica, jurídica y probatoria de un caso, mejorando la eficiencia en la toma de decisiones estratégicas durante el litigio (Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 2011, p. 204).

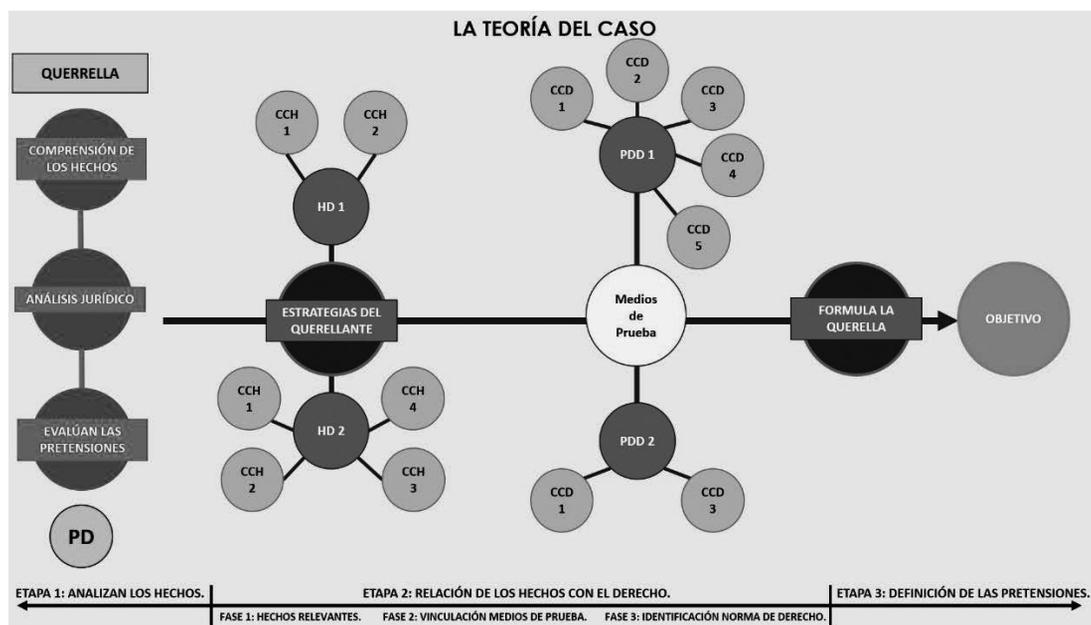


Figura 1: Matriz de la Teoría del Caso propuesta. Fuente: elaborada por el autor.

A continuación se describe cómo aplicar este enfoque teniendo en consideración la estructura, sus etapas, fases y, también, los criterios para generar su relación.

En la estructura, se identifican 3 etapas, una inicial que analiza los hechos, el análisis jurídico y la evaluación de las pretensiones; eso concluye en un Punto de Decisión (PD), que se fundamenta –específicamente– en el pronunciamiento respecto de la viabilidad del acto jurídico que iniciará el litigio.

Una segunda etapa estará conformada por 3 fases. En la primera, corresponderá identificar qué hechos son relevantes, los que se reconocen y denominan como un Hecho Decisivo (HD); a ellos se asocian Criterios de Configuración del Hecho (CCH), que no son sino aquella evidencia que fundamenta la existencia y veracidad del Hecho Decisivo identificado.

La segunda fase se vincula con los medios de prueba con los que deben imperativamente relacionarse los Criterios de Configuración del Hecho (CCH) y, por consecuencia, lo harán los Hechos Decisivos (HD).

Finalmente, para esta etapa se fija una tercera fase, que corresponde a la instancia donde se determinan los Puntos Decisivos de Derecho (PDD), que son aquellas referencias jurídicas –de Derecho Sustantivo– que son aplicables al caso; esos también contarán con Criterios de Configuración del Derecho (CCD), el principal elemento de discernimiento para ello, se reconoce la relación entre las mismas normas o, bien, en aquellas circunstancias que la hacen aplicable.

Así, se alcanza la última etapa para construir la Teoría del Caso. Habiéndose relacionado los hechos con el Derecho, se deben establecer las pretensiones que constituyen el objetivo final, un escenario que representa una condición futura deseada; ello debe ser definido y enunciado en términos concretos, ya que a partir de esa definición, cobrará sentido todo el quehacer de la planificación y ejecución en cuestión.

Continuando con el desglose de la Teoría del Caso, se describen seguidamente los criterios para desarrollar cada uno de los elementos que la componen (Quintero Olivares, *El Proceso Penal y la Teoría del Caso*, 2006, p. 187).

a. Identificación de las categorías claves:

- Hechos: los eventos relevantes se deben organizar en categorías, tales como acusaciones sin fundamento, declaraciones ofensivas por escrito y amplia difusión de información, así como otras comunicaciones de naturaleza similar. En una matriz, los hechos se clasifican de acuerdo con su relación con los actores involucrados y su impacto; es esencial diferenciar entre los hechos ya comprobados y aquellos que requieren verificación en el proceso judicial próximo.
- Pruebas: también es necesario registrar los medios probatorios disponibles, como fotografías, publicaciones en redes sociales o testimonios. En la matriz, se asignan columnas específicas para cada tipo de evidencia, de modo que los hechos puedan vincularse con las pruebas pertinentes.
- Normativa: las normas aplicables se deben identificar y clasificar según criterios de certeza y relevancia en relación con el tema en disputa que fundamenta el litigio; una vez hecho eso, los artículos de Derecho sustantivo y procesal, asociados al caso, se relacionan con los hechos correspondientes, sin importar si favorecen o no a las pretensiones de la parte representada.

b. Organización de los elementos estratégicos:

Utilizando una matriz, es posible organizar los elementos de la estrategia, indistintamente corresponda a cualquiera de las partes intervinientes. Por ejemplo:

- Hecho X: permite relacionar qué estrategias jurídicas se utilizarán para enfrentar dicho hecho, como la negación de pruebas por insuficientes o la explotación de errores en la argumentación de la contraparte.
- Prueba Y: se empleará asociándola a los hechos, usándola para reforzar un argumento o, en contrapartida, para desestimar una acusación.

c. Toma de decisiones informada:

La matriz permitirá visualizar de forma clara qué áreas requieren mayor esfuerzo probatorio o argumental, facilitando una evaluación integral del caso desde múltiples perspectivas.

Esta herramienta no solo organiza la información de manera estructurada, sino que también señala las deficiencias o puntos vulnerables en la argumentación o en el conjunto probatorio; de este modo se convierte en un instrumento clave para la toma de decisiones estratégicas durante el proceso.

Si, por ejemplo, se cuenta con evidencia débil para un hecho clave, la matriz lo revela al permitir una comparación directa entre los distintos elementos que sustentan los hechos controvertidos.

Esta visualización inmediata proporciona a los responsables de la planificación una comprensión clara de las áreas donde el caso es más frágil, permitiendo ajustar la estrategia antes de presentar los argumentos o pruebas definitivas.

Además, la matriz facilita la priorización de recursos; al identificar dónde se necesita reforzar la evidencia o la argumentación, el equipo puede redistribuir sus esfuerzos de manera eficiente, enfocándose en obtener pruebas adicionales, mejorar los testimonios o profundizar en la investigación jurídica.

Esta redistribución se traduce en una mejora global de la congruencia con los elementos del caso, minimizando riesgos en los puntos críticos que podrían comprometer la postura general.

Asimismo, una matriz bien elaborada también actúa como una herramienta de control durante todo el proceso, sea este judicial o administrativo.

A medida que se avanza en la recolección de pruebas y en la construcción de la argumentación, la matriz puede ser revisada y actualizada, mostrando en tiempo real el progreso y las mejoras logradas en las áreas previamente identificadas como débiles.

Esto permite ajustes continuos y dinámicos en la estrategia, asegurando que el enfoque se mantenga en pertinencia y coherencia con las necesidades probatorias del caso y, a su vez, maximizando las posibilidades de éxito en la resolución final.

En resumen, la matriz no solo revela áreas que requieren mayor esfuerzo, sino que también es una herramienta esencial para gestionar y optimizar recursos, guiar la estrategia legal y asegurar un seguimiento constante de la evolución del caso, con el objetivo de presentar la mejor argumentación posible en las instancias correspondientes.

d. Mejora de la eficiencia:

Esta metodología propuesta permite que el equipo jurídico tenga una visión global del caso en un solo lugar, consolidando toda la información relevante en un formato accesible y comprensible.

Al contar con una visión integral, se logra una mayor coherencia en la planificación y ejecución de la estrategia legal, lo que resulta fundamental para el éxito en procesos complejos.

La centralización de la información permite que cada miembro del equipo comprenda el estado actual del caso, sus fortalezas, debilidades y áreas que requieren mayor atención, evitando que se omita algún aspecto importante (De Vicente Martínez, *Estrategias procesales en el Derecho Penal*, 2015, p. 165).

- Actualizaciones rápidas: este sistema facilita la identificación rápida de cambios en el estado del caso, lo que es fundamental en el entorno dinámico de un proceso judicial o administrativo.

A medida que se incorporan nuevos antecedentes o se presentan nuevas pruebas, el sistema permite reflejar esas modificaciones de inmediato en la matriz.

Esto asegura que el equipo jurídico siempre trabaje con la información más actualizada, lo que –a su vez– permite tomar decisiones tanto de oportunidad como, asimismo, estratégicas con mayor precisión y en tiempo real.

Además, la posibilidad de visualizar esos cambios de manera global en un solo lugar ayuda a prever posibles impactos en otras áreas del caso, lo que permite adecuaciones proactivas en la estrategia.

En situaciones donde los plazos son críticos, esta capacidad para actualizar y revisar de forma rápida y eficiente es clave para mantener una ventaja competitiva.

- Colaboración más eficiente: al disponer de una plataforma donde todo el equipo pueda acceder a la misma información, se promueve una colaboración mucho más eficiente entre los diferentes miembros del equipo jurídico.

Cada integrante puede concentrarse en su área de responsabilidad sin duplicar esfuerzos, lo que no solo ahorra tiempo, sino que también reduce el riesgo de errores. Por ejemplo, si un integrante del equipo está trabajando en la obtención de pruebas, otro puede concentrarse en la argumentación jurídica, sin necesidad de preocuparse por otras tareas, que podría crear pendientes, en circunstancias que han sido ya realizadas.

Esto también garantiza que no se ignoren áreas críticas, ya que el sistema permite que se asignen responsabilidades de manera clara y visible para todos los involucrados.

La colaboración eficiente también implica que todos los avances y actualizaciones se registran de forma centralizada, por lo que no hay necesidad de mantener múltiples versiones o documentos independientes que puedan generar confusión.

De ese modo, cualquier cambio o adición a la estrategia general del caso queda disponible para todos los miembros del equipo, garantizando que cada parte esté alineada con los objetivos y planes establecidos.

Este tipo de coordinación es esencial en casos complejos, donde múltiples aspectos legales pueden estar en disputa y cualquier error de comunicación o falta de actualización podría tener consecuencias graves.

En resumen, esta metodología propuesta no solo proporciona una visión global del caso en un solo lugar, sino que también impulsa la capacidad del equipo para mantenerse actualizado y trabajar de manera colaborativa y eficiente.

La posibilidad de realizar actualizaciones rápidas y la promoción de una colaboración sin fricciones aseguran que el equipo jurídico esté siempre coordinado, optimizando el uso de los recursos y maximizando las posibilidades de éxito.

e. Aplicación práctica:

Para desarrollar este punto, se empleará el ejemplo plasmado en la figura 1, en el que se describen elementos claves, como la imputación de injurias infundadas. El uso de medios de comunicación y las estrategias de difusión son esenciales para estructurar una defensa o acusación adecuadamente desarrollada (Bachmaier Winter, *La Prueba en el Proceso Penal: Estrategias y Comunicación*, 2012, p. 89).

Estos elementos, al estar interconectados y afectar diferentes aspectos del caso, deben ser organizados de manera coherente y sistemática para garantizar una estrategia integral. La utilización de una matriz para estructurar esos aspectos no solo facilita la visualización clara de cada componente, sino que también permite establecer la relación entre ellos, lo que resulta decisivo para formular una argumentación persuasiva y lógica (Armenta Deu, *Técnicas de Litigación y Estrategia Procesal Penal*, 2010, p. 134).

En primer lugar, la imputación de injurias implica una valoración detallada de las pruebas y la evidencia presentada para sostener dicha acusación.

Mediante el uso de una matriz, ese concepto puede ser desglosado en sus diferentes elementos: quién realizó la imputación, cuándo y bajo qué circunstancias y cuál fue la evidencia presentada.

Ese enfoque facilita identificar si existen debilidades en la prueba ofrecida, si la acusación se basa en testimonios poco consistentes o si se puede cuestionar la veracidad de las afirmaciones; además, la matriz permite visualizar cómo se interrelacionan estos hechos con otros elementos del caso, como el impacto en la reputación del imputado o las posibles contradicciones en los relatos ofrecidos.

En cuanto al uso de medios de comunicación, ese es otro aspecto fundamental que requiere una organización clara dentro de la matriz; el manejo de los medios puede influir directamente en la percepción pública y judicial del caso, y el uso

indebido de estos para propagar falsas acusaciones puede generar un sesgo que afecte la objetividad del proceso (Bachmaier Winter, *Prueba y Medios de Comunicación en el Proceso Penal*, 2013, p. 112).

En la matriz se pueden identificar los distintos medios utilizados –prensa, televisión, redes sociales–, como también los mensajes emitidos y su temporalidad en relación con los eventos claves del caso.

Esto permitirá al equipo jurídico visualizar cómo y cuándo se difundió la información y, a partir de ello, evaluar si se utilizaron los medios para manipular a la opinión pública o influir en la toma de decisiones de jueces o testigos.

Por último, las estrategias de difusión determinan un rol concluyente en la construcción de la narrativa del caso; por medio de la matriz, esas estrategias pueden ser descompuestas en tácticas específicas: la frecuencia de los mensajes, los destinatarios claves y los canales empleados para difundir la información.

Dicho desglose permitirá identificar posibles patrones de manipulación o intencionalidad detrás de la difusión, lo que es vital para demostrar el daño causado o la desinformación promovida.

Además, se podrá evaluar el impacto de cada una de esas estrategias en la percepción pública y legal del caso, facilitando la preparación de un análisis probatorio claro y fundamentado.

El uso de una matriz en este contexto no solo proporciona claridad en la argumentación, sino que también permite realizar un análisis probatorio exhaustivo y bien estructurado.

Cada uno de los elementos –injurias, medios de comunicación y estrategias de difusión– puede ser tratado de manera independiente, pero también vinculado al análisis general del caso, lo que da lugar a una estrategia concreta y bien fundamentada.

Al disponer de una visión integral de los hechos, correlacionada adecuadamente con las pruebas en un formato claro y organizado, el equipo jurídico podrá preparar de manera más eficaz su defensa o acusación, adaptando sus tácticas de acuerdo con las áreas que requieren mayor atención.

Este enfoque no solo asegura que todos los elementos sean considerados de manera coherente, sino que también posibilita anticipar respuestas o contraargumentos del lado contrario, lo que fortalece aún más la preparación estratégica.

La matriz, finalmente, se convierte en una herramienta que proporciona una visión global del caso y facilita un análisis lógico y detallado, lo que aumenta, significativamente, las probabilidades de éxito en cualquier proceso judicial o administrativo (Armenta Deu, *Técnicas de Litigación y Estrategia Procesal Penal*, 2010, p. 157).

En resumen, la matriz no solo organiza la información de manera estructurada, sino que también facilita el análisis y la formulación de decisiones estratégicas de manera más ágil y precisa, optimizando la eficiencia del litigio.

IV. ESTRATEGIA Y PLANIFICACIÓN EN LA TEORÍA DEL CASO

1. Planificación estratégica del proceso judicial

La importancia de anticiparse a posibles escenarios y objeciones de la contraparte en un proceso judicial radica en la capacidad de prever y mitigar riesgos, optimizando la preparación para enfrentar cualquier contingencia durante el litigio (De Vicente Martínez, *Estrategias de Defensa en el Proceso Penal*, 2014, p. 98).

La planificación estratégica eficiente en ese contexto permite construir una narrativa debidamente fundada, basada en los principios de la Teoría del Caso, organizando los argumentos y las pruebas de manera coherente y persuasiva.

Al identificar potenciales vulnerabilidades en la propia posición o posibles tácticas de la contraparte, el abogado se apodera de la iniciativa, disponiendo así de un mayor tiempo y mejores condiciones para preparar respuestas fundamentadas y reducir el impacto de cualquier objeción inesperada (Armenta Deu, *Técnicas de Litigación y Estrategia Procesal Penal*, 2010, p. 176).

Prospectar escenarios no solo refuerza la postura procesal, sino que también previene errores que podrían resultar en la interposición de recursos, lo que dilataría innecesariamente el proceso.

En estas ideas, resulta interesante generar una analogía con la conducción de las operaciones militares, donde la previsión y la adaptación a las acciones del adversario son claves; en el ámbito judicial, es fundamental ajustar la estrategia a las normativas vigentes y a la actuación anticipada de la contraparte, asegurando una conducción eficiente del proceso.

Una planificación estratégica no solo mejora las probabilidades de éxito, sino que también optimiza el uso de los recursos, minimiza retrasos innecesarios y garantiza el cumplimiento de los plazos procesales, lo que resulta en un manejo más eficiente del litigio y en una mayor posibilidad de obtener resultados favorables (González Ruiz, *Manual de Estrategias Procesales*, 2017, p. 220).

2. La Teoría del Caso como herramienta de comunicación

La Teoría del Caso es una herramienta fundamental en el ámbito judicial, no solo para la construcción de una estrategia correctamente concebida y ejecutada, sino también como un medio efectivo de comunicación con todos los intervinientes en el proceso judicial y, por extensión, hasta la opinión pública (Gómez Colomer, *La Teoría del Caso en el Proceso Penal*, 2010, p. 45).

La herramienta en comento permite estructurar y presentar de manera coherente, clara y persuasiva los hechos, las pruebas y los argumentos jurídicos, haciendo que cada elemento, objeto del caso, de manera pertinente y coherente se vincule

con el objetivo final: convencer al juez o tribunal de la validez de la pretensión del representado, mediante un litigante debidamente competente.

Por medio de una Teoría del Caso bien elaborada, se podrá influir no solo en la racionalidad de los intervinientes, sino también en su dimensión emocional, lo que es esencial para una comunicación eficaz en el entorno judicial.

3. Comunicación clara y efectiva con el juez y la parte contraria

La Teoría del Caso ofrece un marco narrativo en el que se organizan los hechos, pruebas y argumentos de manera que sean fáciles de seguir y comprender (Quintero Olivares, *La Teoría del Caso en el Proceso Penal*, 2007, p. 82).

En un juicio, donde las decisiones a menudo se basan en la interpretación de pruebas complejas y testimonios contradictorios, la claridad en la presentación es un imperativo forzoso.

Un juez deberá poder discernir, idealmente sin un denodado esfuerzo, cuál es el argumento principal y cómo las pruebas y los hechos sustentan dicha tesis.

Una Teoría del Caso efectiva simplifica –inequívocamente– esa tarea al organizar los datos de manera lógica, eliminando ambigüedades o confusiones que podrían surgir durante la exposición (Díaz-Canel, *Teoría del Caso: Herramienta para el Litigante*, 2011, p. 109).

Además, comunicarse de manera clara con la parte contraria es igualmente importante. Una Teoría del Caso bien estructurada puede servir no solo para exponer los argumentos ante el tribunal, sino también para transmitir un mensaje claro a la contraparte acerca de la fundada posición que se sostiene.

Eso será decisivo para disuadir a la parte contraria de insistir en argumentos débiles o mal fundamentados, lo que incluso podría llevar a una resolución negociada más rápida y favorable.

El control de los hechos y su interpretación no solo ayudan a convencer al juez, sino que también pueden minar la confianza de la contraparte en su propia postura (Quintero Olivares, *El Proceso Penal y la Teoría del Caso*, 2006, p. 144).

4. La persuasión como eje central de la Teoría del Caso

La persuasión es uno de los aspectos clave de la Teoría del Caso; más allá de la mera exposición de hechos y pruebas, el objetivo último de la Teoría es persuadir al juez o tribunal de que la interpretación de los hechos presentada por una parte es la más razonable, justa y coherente con las normativas vigentes (Díez-Picazo, *El Proceso Penal: Persuasión y Argumentación*, 2012, p. 90).

Aquí es donde interviene en el proceso no solo la lógica y la racionalidad, sino también la dimensión emocional (Bachmaier Winter, *La Prueba en el Proceso Penal: Estrategias y Comunicación*, 2013, p. 115).

En el contexto judicial, cada interviniente está marcado por un conjunto de emociones y expectativas distintas, lo que influye en cómo perciben y procesan la información:

- La víctima, por ejemplo, suele estar emocionalmente involucrada de manera más intensa. En muchos casos, busca justicia como una forma de reparación emocional y moral, además de la compensación legal.
Al construir una Teoría del Caso, es esencial considerar cómo presentar los hechos desde una perspectiva que refuerce el sentido de injusticia sufrido por la víctima, apelando no solo a la ley, sino también a la empatía del juez.
Ello requiere que el litigante encuentre un equilibrio adecuado entre el lenguaje jurídico formal y una narrativa que despierte emociones, como la compasión o la indignación por el daño causado.
- El victimario, como contraparte, suele ocupar una posición de defensa y, normalmente, puede buscar minimizar o justificar su responsabilidad.
En este sentido, la Teoría del Caso debe ser capaz de desarmar las estrategias para evitar relativizar los hechos constitutivos de delito, o la minimización respecto de ellos que el victimario pudiera plantear.
Además, en ciertos casos, una defensa también puede apelar a las emociones del juez, enfatizando circunstancias atenuantes o buscando generar simpatía mediante la presentación de factores como el arrepentimiento o la presión emocional que pudo haber influido en el comportamiento del acusado.
- El juez, quien debe mantenerse imparcial y objetivo, no es inmune a la influencia de una presentación emocionalmente persuasiva; más allá de la obligación material, la conducta humana y natural ejercen su influencia.
Aunque la ley exige que el juez base sus decisiones en los hechos y el Derecho, la forma cómo se comunica un caso puede condicionar su percepción de credibilidad y justicia.
Entonces, es aquí donde los aspectos de la personalidad humana libran un efecto relevante. Un abogado que comprende la psicología del juez y que utiliza una comunicación estratégica para exponer no solo los hechos, sino también las implicaciones emocionales y morales, puede aumentar significativamente sus probabilidades de éxito.
La psicología del convencimiento sugiere que incluso en contextos donde predomina la racionalidad, las emociones influyen en la toma de decisiones, lo que hace que la persuasión, tanto lógica como emocional, sea fundamental.

5. Diferencias emocionales entre los intervinientes

Es necesario reconocer que los diferentes intervinientes en un juicio –referiremos a los tres principales: la víctima, el victimario y el juez– experimentan y reaccionan

frente a la narrativa del caso emocionalmente de diversas maneras; esos matices emocionales deben tenerse como referencia al momento de concebir y ejecutar una Teoría del Caso que aspire a ser persuasiva (Bachmaier Winter, *Emoción y Derecho en el Proceso Penal*, 2016, p. 48).

- Respecto de la víctima: la presentación de los hechos desde la perspectiva de esta debe ser cuidadosa y empática; es probable que esté emocionalmente afectada, lo que podría reflejarse en la forma cuando su testimonio sea recibido por el juez.

Un enfoque que humanice a la víctima, resaltando su sufrimiento o la injusticia que ha experimentado, puede generar una respuesta emocionalmente favorable por parte del tribunal.

- En relación con el victimario: si bien se encuentra en una posición defensiva, el victimario también puede intentar proyectar una imagen de humanidad o arrepentimiento.

La Teoría del Caso, en dichas situaciones, debe anticipar y contrarrestar tales estrategias; además, en oportunidades donde el acusado reconoce su responsabilidad, la defensa puede intentar influir en las emociones del juez al destacar circunstancias atenuantes o el impacto que una sentencia severa tendría en el acusado y su entorno.

- En lo relativo al juez: aunque se espera que este sea un interviniente neutral y objetivo –aun ello–, la persuasión emocional podrá desempeñar una función relevante, en cuanto a cómo percibirá la narrativa del caso.

Un juez, normalmente, será más receptivo a argumentos que presentan los hechos de manera ordenada y lógica, pero también puede verse influenciado por las implicaciones emocionales de los mismos, particularmente, en casos donde la justicia y la moralidad están severamente comprometidas (De Vicente Martínez, *El Derecho Penal y la Justicia: Una Perspectiva Emocional*, 2015, p. 112).

Apelar a la dimensión humana del juez, sin perder de vista la formalidad y objetividad imperativas, podrá ser determinante en la resolución de un juicio.

6. Ejemplo aplicado para el uso de la matriz

A continuación se desarrolla una explicación práctica del uso de matrices en la sistematización de la Teoría del Caso; para ello se empleará un caso ficticio –solo con fines didácticos– descrito brevemente como sigue:

Un empresario influyente difunde en redes sociales acusaciones falsas contra su exsocio, vinculándolo con actividades ilegales; las publicaciones se viralizan, dañando gravemente la reputación de este último.

El afectado, respaldado por pruebas fotográficas y testimonios, presenta una querrela por injurias graves y difamación. La querrela se estructura estratégicamente

en relación con la idea del descrédito que genera hacia él la información injuriosa ampliamente publicitada.

En relación con los antecedentes relatados, se enuncian las etapas y fases que vinculan los elementos fácticos y, también, los jurídicos claves del análisis.

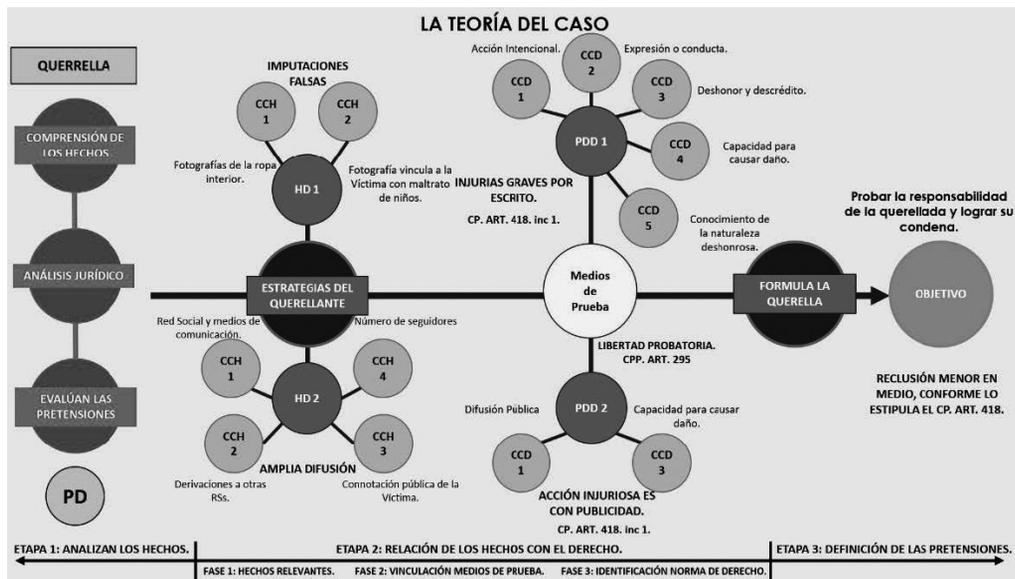


Figura 2. Matriz de la Teoría del Caso desarrollada. Fuente: elaboración del autor.

a. Estructura y etapas de la matriz:

▪ Etapa 1: análisis de los hechos

Se identifican los Hechos Decisivos (HD), los eventos claves que impactan directamente en el caso, como la difamación pública y las falsas imputaciones que constituyen injurias graves.

A cada HD se le asignan Criterios de Configuración del Hecho (CCH), que consisten en la evidencia que verifica la existencia y veracidad de dichos hechos, como fotografías y publicaciones en redes sociales.

▪ Etapa 2: relación de los hechos con el derecho

Aquí se vinculan los hechos con los medios de prueba y las normativas pertinentes. Los Puntos Decisivos de Derecho (PDD) hacen referencia a las leyes aplicables, como el Código Penal (CP, Art. 418, inc. 1), que sanciona las injurias graves.

Se asocian los Criterios de Configuración del Derecho (CCD), que son las circunstancias y elementos normativos que deben cumplirse para que los hechos sean válidos jurídicamente.

- Etapa 3: evaluación de las pretensiones y toma de decisiones

Finalmente, la matriz permite evaluar las pretensiones y tomar decisiones estratégicas; el objetivo final es probar la responsabilidad de la querellada y lograr su condena, con base en la presentación de una querrela concreta, coherente con las estrategias procesales como la negación de pruebas insuficientes o el refuerzo de pruebas concluyentes.

b. Fases del proceso:

- Fase 1: identificación de los hechos relevantes

Se clasifican los hechos por importancia y relevancia dentro del caso, lo que facilita su organización y permite identificar las áreas más vulnerables.

- Fase 2: vinculación de los medios de prueba

Los hechos deben estar respaldados por pruebas que, en este caso, incluyen fotografías y testimonios para la acusación de injurias graves.

La matriz ayuda a visualizar las pruebas más relevantes, en razón de su pertinencia y las áreas que requieren un mayor esfuerzo probatorio.

- Fase 3: identificación de las normas de Derecho

Los hechos y pruebas se vinculan con la normativa aplicable; a partir de eso es posible evaluar si la normativa sustenta las pretensiones del caso.

c. Aplicación de la estrategia:

La matriz permite organizar y visualizar las estrategias de ambos intervinientes; por ejemplo, se puede plantear la acusación de difamación pública (HD) con pruebas fotográficas y publicaciones, mientras se estructura una defensa que argumente la falta de intención dolosa o la insuficiencia probatoria.

Al mismo tiempo, se revisan y ajustan las estrategias conforme avanza el proceso, asegurando que se optimicen los recursos legales y se enfoque en los puntos más relevantes del caso.

Este enfoque proporciona una visión integral, facilita la colaboración del equipo jurídico, mejora la eficiencia del litigio y asegura que se consideren todas las posibles eventualidades de manera ordenada.

Conclusión

La Teoría del Caso es mucho más que una simple estrategia técnica; es una herramienta de comunicación integral, que tiene el potencial de influir tanto en el ámbito lógico como en el emocional dentro del proceso judicial.

Al permitir una presentación clara, coherente y persuasiva de los hechos y argumentos, se refuerza la capacidad de la parte litigante para comunicar su postura de manera eficaz, impactando tanto en la razón como en las emociones del juez y los demás intervinientes.

Entender las diferencias emocionales entre víctima, victimario y juez, y saber cómo adaptarse a esas dinámicas, aumenta significativamente las posibilidades de éxito en el litigio.

V. LIMITACIONES Y DESAFÍOS EN LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

1. Resistencia al cambio y el uso de nuevas herramientas

La incorporación de nuevas metodologías respecto de cómo será utilizada la Teoría del Caso en su empleo aplicado, en el ejercicio profesional, puede generar resistencia por parte de ciertos juristas, debido a factores de orden estructural y también cultural (Sánchez Moya, *Nuevas Tendencias en la Práctica del Derecho Penal*, 2018, p. 65).

A continuación se identifican algunas de las resistencias que podrían surgir, seguidas de propuestas para superar esos desafíos.

a. Resistencia al cambio y la inercia institucional:

Muchos de los participantes del sistema judicial están acostumbrados a trabajar de manera tradicional, por lo que pueden percibir las nuevas metodologías como innecesarias o disruptivas.

La inercia organizacional refuerza esta resistencia, ya que cualquier cambio tiende a ser visto como una amenaza al *statu quo*.

Para superar esa resistencia, se propone la implementación de un programa de capacitación continua que no solo explique la Teoría y las ventajas de la metodología propuesta, sino que también permita a los participantes observar su aplicación en casos reales, donde la Teoría del Caso sea un factor preponderante en el exitoso cometido del litigante.

Además, se recomienda fomentar un acompañamiento práctico, en el que los operadores judiciales puedan aplicar la metodología bajo la guía de personas con conocimientos especializados, en un entorno controlado.

b. Falta de comprensión de los beneficios:

La eventual falta de comprensión de los beneficios de la Teoría del Caso por parte de algunos jueces, fiscales y abogados puede llevar a que se subestime su utilidad en los procesos judiciales.

Sin reconocer cómo esta metodología puede mejorar la claridad en la presentación de los litigios o agilizar los procedimientos, es probable que se rechace su implementación sin haber explorado sus ventajas.

Para contrarrestar esa resistencia, se sugiere organizar sesiones demostrativas y talleres con casos simulados que revelen de manera práctica cómo la Teoría del Caso proporciona una estructura más clara y eficiente para la presentación de argumentos, evidencias y estrategias (López Ruiz, *Metodología en el Derecho Penal: Estrategias de Enseñanza y Aprendizaje*, 2016, p. 92).

Además, la presentación de ejemplos reales que ilustren cómo esta herramienta ha promovido decisiones justas y eficientes en el pasado, será fundamental para convencer a los operadores judiciales más reticentes al cambio de sus beneficios.

c. Percepción de mayor carga de trabajo:

Los actores judiciales, ya con una carga laboral considerable, pueden percibir la adopción de la Teoría del Caso como un aumento en sus responsabilidades y en el tiempo necesario para preparar los casos (Díaz-Canel, *La Teoría del Caso en el Proceso Penal*, 2011, p. 134).

Para abordar esta preocupación se propone una estrategia de implementación gradual, comenzando con la aplicación de la metodología en casos simples y de menor envergadura.

De esta manera se puede demostrar cómo, a largo plazo, la Teoría del Caso contribuye a reducir la carga de trabajo al estructurar mejor la información y facilitar la toma de decisiones.

Además, será fundamental comunicar cómo esta metodología ayuda a evitar errores procesales que podrían generar apelaciones, obligando a volver a trabajar materias ya resueltas, incrementando así la carga total del proceso judicial.

d. Desconfianza en las herramientas nuevas:

En el sistema judicial existe una tendencia a confiar en herramientas y procedimientos que han sido probados a lo largo del tiempo, lo que genera desconfianza hacia nuevas metodologías, percibidas como modas pasajeras (Gómez Colomer, *La Prueba en el Proceso Penal: Estrategias y Comunicación*, 2012, p. 76).

Para contrarrestar esta desconfianza, se propone implementar pilotos controlados en tribunales seleccionados, con un seguimiento y evaluación claros de los resultados.

Esos resultados deben ser publicados para mostrar cómo la Teoría del Caso mejora la eficiencia del litigio, aumenta la calidad de las decisiones y reduce los errores judiciales.

Un enfoque gradual y bien documentado será clave para construir confianza en la metodología y su efectividad.

e. Dificultad para integrarse en los procedimientos existentes:

La Teoría del Caso podría parecer incompatible con ciertos procedimientos legales establecidos o con la forma cómo se estructuran los procesos judiciales en algunas jurisdicciones (Quintero Olivares, *El Proceso Penal y la Teoría del Caso*, 2006, p. 112).

Para resolver esa dificultad es posible adaptar la Teoría del Caso para alinearla con las normas procesales locales, asegurando que complemente los procedimientos judiciales existentes.

Además, es fundamental involucrar a jueces y abogados en la creación de guías adaptativas que demuestren cómo esta metodología puede integrarse de manera efectiva con las prácticas actuales, facilitando su aplicación sin generar conflictos con las estructuras legales vigentes.

f. Falta de incentivos para el cambio:

Sin incentivos claros, los actores judiciales pueden no percibir la urgencia –en mérito del largo lapso de cada litigio– de adoptar una nueva metodología que imprima la prudente celeridad que se demanda por los intervinientes, constituyendo esta metodología una alternativa. Para motivar ese cambio se propone crear incentivos profesionales, como el reconocimiento en las evaluaciones de desempeño o la inclusión de esta metodología en los programas de formación continua (Sánchez Moya, *El Futuro del Derecho Procesal Penal en España*, 2018, p. 145).

Además, se pueden desarrollar premios o reconocimientos que valoren la implementación exitosa de nuevas metodologías que generen mejoras significativas en la calidad y eficiencia de los litigios, alentando así la adopción y el compromiso con el cambio.

g. Diferencias generacionales:

Los operadores judiciales de generaciones anteriores podrán mostrar mayor resistencia a cambiar sus formas de trabajo en comparación con los más jóvenes, quienes suelen estar más abiertos a nuevas tecnologías y metodologías (Pérez, *La Innovación en el Ámbito Judicial: Retos y Oportunidades*, 2019, p. 67).

Para abordar esa diferencia se propone fomentar tutorías intergeneracionales, donde los operadores más jóvenes, capacitados en la Teoría del Caso, trabajen junto con colegas de mayor experiencia, transfiriendo conocimientos y habilidades.

Dicha instancia será la ocasión para que los más experimentados traspasen sus vivencias de largos años de ejercicio de la profesión a quienes recién comienzan, convirtiendo ese intercambio de competencias en una valiosa oportunidad de crecimiento mutuo.

Al mismo tiempo se fortalecerán las relaciones entre los miembros de los equipos de trabajo, creando un ambiente de aprendizaje colaborativo que facilitará la adopción de nuevas metodologías y promoverá la cooperación entre generaciones.

h. Resistencia cultural:

En el sistema judicial, probablemente, existe una cultura arraigada de formalismo extremo y apego a las prácticas tradicionales, lo que puede dificultar la implementación de nuevas metodologías, como la Teoría del Caso (De Vicente Martínez, *La Justicia Penal en el Siglo XXI: Cambios y Retos*, 2015, p. 78).

Para superar dicha resistencia cultural será fundamental fomentar una cultura organizacional abierta al cambio, integrando la Teoría del Caso como parte esencial de la dinámica del tribunal.

Esto puede lograrse promoviendo un enfoque centrado en resultados prácticos y una mejor gestión de los casos, demostrando que las nuevas metodologías pueden coexistir con las tradiciones, mejorando, al mismo tiempo, la eficiencia y calidad del trabajo judicial.

Conclusión

Superar la resistencia a la implementación de la Teoría del Caso en el sistema judicial requiere un enfoque multidimensional, que incluya capacitación continua, demostraciones prácticas, pilotos controlados, adaptación a los procedimientos locales y creación de incentivos.

Estas acciones en conjunto pueden transformar el escepticismo inicial en aceptación, garantizando una transición efectiva hacia una metodología que fortalece la eficiencia y la claridad en los procesos judiciales.

2. Insuficiencia de información y el riesgo de sesgo

Cuando la información disponible es insuficiente o sesgada, la construcción de la Teoría del Caso puede enfrentar serios desafíos que comprometen la estrategia jurídica y, en última instancia, el resultado del litigio (Quintero Olivares, *El Proceso Penal y la Teoría del Caso*, 2006, p. 95).

A continuación se detallan las dificultades principales que surgen en estas situaciones, cómo afectan la construcción de la Teoría del Caso y las estrategias para mitigar estos riesgos.

a. Dificultades que surgen con información insuficiente o sesgada:

La construcción de una Teoría del Caso enfrenta serios desafíos debido a la insuficiencia y sesgo de información, lo que compromete la narrativa, la credibilidad y la

efectividad de la estrategia jurídica (Quintero Olivares, *El Proceso Penal y la Teoría del Caso*, 2006, p. 102). A continuación se desarrollan las principales ideas afines a ello:

b. Falta de datos esenciales:

- Descripción: la insuficiencia de información crítica, como testimonios claves, pruebas materiales o detalles contextuales importantes, impide tener una visión clara de los hechos y puede debilitar los argumentos de la parte que está construyendo su Teoría del Caso.
- Impacto en la Teoría del Caso: sin información esencial, es difícil plantear una narrativa coherente y sólida, lo que puede hacer que la parte involucrada pierda credibilidad ante el juez o el tribunal. Además, se puede dificultar la formulación de hipótesis alternativas o defensas efectivas.

c. Sesgos cognitivos:

- Descripción: la información sesgada se presenta cuando las pruebas o testimonios están influenciados por percepciones distorsionadas o prejuicios, ya sea de los testigos, peritos, o incluso de la parte litigante. Los sesgos pueden surgir por intereses personales, presiones externas o malas interpretaciones de los hechos.
- Impacto en la Teoría del Caso: la incorporación de información sesgada puede llevar a construir una teoría basada en falsedades o en interpretaciones erróneas, lo que expone a la parte a contrainterrogatorios que pueden desorganizar la narrativa y hacerla insostenible.

d. Suposiciones incompletas o inexactas:

- Descripción: la falta de información completa puede llevar a que la parte litigante recurra a suposiciones para llenar los vacíos, lo que puede hacer que la Teoría del Caso se base en premisas falsas o no verificadas.
- Impacto en la Teoría del Caso: las suposiciones pueden ser fácilmente atacadas por la parte contraria si no están sustentadas con pruebas sólidas. Esto pone en riesgo la estabilidad de la estrategia jurídica, debilitando los argumentos ante la Corte.

e. Dificultad para corroborar evidencia:

- Descripción: cuando se carece de suficiente información, es difícil corroborar la evidencia disponible o vincularla coherentemente con los hechos y la ley aplicable.

- Impacto en la Teoría del Caso: la falta de corroboración genera dudas acerca de la credibilidad de la narrativa, lo que puede llevar al juez o al tribunal a considerar que la versión presentada es insuficiente o inconsistente para respaldar las pretensiones de la parte.
- f. Pérdida de control respecto de la narrativa:
- Descripción: la información sesgada o insuficiente puede permitir a la parte contraria apoderarse del control de la narrativa, presentando una versión de los hechos que puede no ser verídica, pero que queda sin refutación por falta de pruebas suficientes.
 - Impacto en la Teoría del Caso: al perder el control de la narrativa, la parte afectada se encuentra en una posición de defensa continua, lo que debilita su capacidad para exponer argumentos concluyentes o atacar las contradicciones de la contraparte.

3. Estrategias para mitigar los riesgos

La adopción de diversas estrategias para mitigar riesgos es esencial en la construcción de una Teoría del Caso adecuada, garantizando la recopilación de información precisa y la adaptación continua a nuevas evidencias (Díez-Picazo, *El Proceso Penal: Persuasión y Argumentación*, 2012, p. 150). Seguidamente, se describen las principales ideas asociadas al objetivo en comento:

- a. Recopilación externa de información:
- Descripción: en casos donde la información es insuficiente, es crucial realizar una investigación exhaustiva, buscando pruebas adicionales fuera de las fuentes habituales. Esto puede incluir la búsqueda de testigos adicionales, análisis de documentos secundarios y la utilización de expertos en áreas específicas.
 - Beneficio: aumenta la probabilidad de obtener datos esenciales que puedan llenar los vacíos informativos y ofrecer una base debidamente fundada para la construcción de la Teoría.
- b. Uso de técnicas de entrevista:
- Descripción: la entrevista a testigos o partes clave se debe realizar con preguntas abiertas y neutrales, que permitan obtener detalles sin influir en las respuestas. Esas técnicas ayudan a mitigar los sesgos que pueden surgir por preguntas dirigidas o por influencias externas.

- Beneficio: la información obtenida será más objetiva y menos propensa a estar contaminada por el sesgo del entrevistador, mejorando la precisión en la construcción de la Teoría del Caso.
- c. Contrastar fuentes de información:
- Descripción: para mitigar el impacto del sesgo, es fundamental contrastar varias fuentes de información. Los testimonios de diferentes testigos, documentos complementarios y el análisis de datos periciales permiten construir una visión más equilibrada de los hechos.
 - Beneficio: esta estrategia posibilita detectar inconsistencias, refinar la narrativa y evitar que se dependa de información inexacta o sesgada.
- d. Validación cruzada de evidencias:
- Descripción: implementar una estrategia de validación cruzada, donde la evidencia disponible se analiza desde diferentes visiones para verificar su consistencia interna y su coherencia con los hechos alegados.
 - Beneficio: la validación cruzada ayuda a confirmar que la evidencia no solo apoya la teoría del caso, sino que también puede resistir ataques o cuestionamientos de la parte contraria.
- e. Flexibilidad y ajuste de la Teoría del Caso:
- Descripción: una buena Teoría del Caso debe ser flexible y ajustable a medida que surgen nuevas pruebas o se revelan sesgos en la información disponible. Esto significa estar dispuesto a revisar la teoría inicial y ajustar los argumentos si las nuevas evidencias lo requieren.
 - Beneficio: esa adaptabilidad permite corregir rápidamente las debilidades o falencias en la narrativa, reduciendo el riesgo de que la Teoría colapse ante un contrainterrogatorio o nueva evidencia presentada por la parte contraria.
- f. Uso de peritajes especializados:
- Descripción: cuando la información es insuficiente o técnica, recurrir a peritos especializados en la materia puede proporcionar una interpretación objetiva y creíble de los datos, evitando suposiciones inexactas.
 - Beneficio: los peritajes sólidos permiten sustentar los argumentos con datos técnicos y científicos, brindando mayor peso a la Teoría del Caso.

g. Simulación de escenarios:

- Descripción: en situaciones de incertidumbre o falta de información, es útil realizar simulaciones de posibles escenarios basados en la información disponible. Esto permite prever cómo podrían responder la contraparte o el tribunal ante ciertos argumentos.
- Beneficio: las simulaciones permiten identificar puntos débiles en la estrategia y preparar respuestas efectivas, incluso si la información sigue siendo insuficiente.

h. Uso de la Teoría del Caso como herramienta para identificar vacíos:

- Descripción: el proceso mismo de construcción de la Teoría del Caso permite identificar los vacíos y áreas débiles en la narrativa. Reconocer esos vacíos desde el principio ayuda a que el abogado busque activamente más información o reevalúe su estrategia antes del juicio.
- Beneficio: permite fortalecer la Teoría antes de que sea presentada en el tribunal, anticipando posibles objeciones de la parte contraria.

Conclusión

La información insuficiente o sesgada representa un desafío crítico en la construcción de una Teoría del Caso sólida. Para mitigar estos riesgos, es esencial adoptar un enfoque proactivo que incluya la recopilación exhaustiva de información, la validación cruzada de evidencias y la adaptabilidad en la narrativa.

De esta manera, se puede presentar una Teoría coherente y apropiadamente argüida, que no solo soporte los ataques de la contraparte, sino que también convenza al tribunal de su veracidad y coherencia.

RECOMENDACIONES Y REFLEXIONES

1. Recomendaciones para la implementación efectiva de la Teoría del Caso

La correcta implementación de la Teoría del Caso es fundamental para optimizar tanto la justicia como la eficiencia en el proceso judicial.

A continuación se proponen ciertas recomendaciones prácticas para que abogados y litigantes puedan aplicar de manera efectiva esta herramienta en sus procedimientos, asegurando una planificación estratégica fundada, una adecuada organización de los elementos del caso y una capacidad de adaptación frente a los desafíos que puedan surgir durante el litigio.

- a. Realizar un análisis exhaustivo de los hechos: antes de desarrollar la Teoría del Caso, es crucial realizar una investigación profunda y detallada acerca de los hechos del caso.
Esto implica identificar los hechos claves que sostendrán la narrativa y determinar su relevancia en relación con las normas jurídicas aplicables; un análisis completo permitirá construir una base acertada y afín acerca de este fundamento y desarrollar una estrategia efectiva.
- b. Vincular los hechos con el marco jurídico: una vez identificados los hechos relevantes, es necesario establecer una relación lógica entre estos y las normas jurídicas aplicables.
Los abogados se deben asegurar de que su argumentación esté basada en la correcta interpretación de la ley y en cómo los hechos respaldan la pretensión de la parte que representan; la identificación de la norma decisoria es fundamental para guiar la estrategia argumentativa durante el juicio.
- c. Anticipar las objeciones de la contraparte: es relevante prever los posibles contraargumentos de la contraparte; para ello es recomendable realizar un análisis detallado de las pruebas y argumentos que la parte contraria podría utilizar, lo que permitirá preparar refutaciones consistentes y minimizar la posibilidad de ser sorprendido durante el proceso.
Además, estudiar la estrategia previa de la contraparte en litigios similares puede proporcionar una valiosa información respecto de patrones a seguir o debilidades a explotar.
- d. Utilizar matrices para organizar la información: la aplicación de matrices es una excelente herramienta para sistematizar los hechos, las pruebas y las normas jurídicas. Al estructurar estos elementos de manera visual, los abogados pueden identificar fácilmente qué aspectos del caso requieren mayor atención y dónde es necesario reforzar la argumentación; además, las matrices permiten una evaluación continua de la estrategia, facilitando su ajuste durante el transcurso del proceso.
- e. Sustentar la argumentación con pruebas claras y pertinentes: la presentación de pruebas debe estar alineada con los hechos y las normas jurídicas, de manera que estas refuercen la Teoría del Caso de forma coherente y, a su vez, en estricta pertinencia con las pretensiones.
Las pruebas deben ser pertinentes, creíbles y suficientes para apoyar la narrativa, ya que su correcta organización y presentación maximizarán las probabilidades de éxito.
- f. Mantener la flexibilidad para adaptarse a las circunstancias: durante el juicio, pueden surgir nuevas pruebas o cambios en la dinámica del proceso que exijan modificar la Teoría del Caso.
Los litigantes deben estar preparados para ajustar su estrategia y argumentación según los cambios que se presenten, manteniendo la coherencia entre los hechos, las pruebas y las normas aplicables.

- g. Fortalecer la comunicación efectiva con el juez: una presentación clara, organizada y persuasiva es fundamental para que el juez comprenda plenamente la narrativa de la Teoría del Caso.
Los abogados se deben esforzar en presentar sus argumentos de manera lógica, facilitando que el juez identifique los elementos claves y tome decisiones informadas y justas.
Además, una comunicación clara con la contraparte puede disuadir intentos de argumentaciones débiles, promoviendo la resolución rápida y favorable del caso.
- h. Simulación de escenarios y revisión constante: antes de presentar la Teoría del Caso en el tribunal, es recomendable simular posibles escenarios para identificar debilidades en la narrativa y preparar respuestas efectivas a los argumentos de la contraparte. Este enfoque también permitirá prever cómo podría reaccionar el juez ante ciertos aspectos del caso, ajustando la estrategia según sea necesario.
- i. Capacitación y actualización continua: los abogados deben estar en constante capacitación acerca de nuevas metodologías para la aplicación de la Teoría del Caso. Participar en talleres, seminarios o casos simulados les permitirá mejorar sus habilidades y adaptarse a las exigencias de los procesos judiciales actuales, optimizando su capacidad de representar a sus clientes de manera efectiva.

2. Reflexiones finales

A continuación se presentan las reflexiones finales respecto del aporte fundamental de la Teoría del Caso en el ámbito judicial; es importante señalar que las conclusiones detalladas ya han sido expuestas al término de cada una de las materias tratadas en el transcurso del artículo.

Estas reflexiones, por tanto, se centran en destacar los aspectos más relevantes y su impacto en la justicia y la eficiencia del sistema judicial y su relación con la Teoría en cuestión, pero particularmente, con la metodología propuesta.

La Teoría del Caso es, sin lugar a dudas, una herramienta clave dentro del proceso judicial; su adecuado fundamento no solo fortalece la estructura del litigio, sino que también contribuye de manera directa a mejorar la justicia y la eficiencia en la resolución de los casos.

Al proporcionar un marco lógico y coherente para organizar los hechos, las pruebas y las normas jurídicas, permite a los litigantes presentar una argumentación debidamente fundamentada y persuasiva, lo que se traduce en un proceso judicial más ágil y justo.

Un elemento perentorio de este enfoque es la capacidad que ofrece para estructurar de manera clara los distintos componentes del litigio.

La claridad en la exposición de los hechos y su relación con las pruebas no solo mejora la calidad de los argumentos presentados ante el tribunal, sino que, además, promueve la transparencia y la objetividad en la toma de decisiones.

Al eliminar posibles ambigüedades o confusiones, se facilita que los jueces dicten sentencias más precisas y equitativas, basadas en una comprensión clara y fundamentada de los hechos.

Otro aspecto valioso de la Teoría del Caso es su capacidad para que los abogados anticipen las objeciones de la contraparte y, prevean las posibles respuestas del juez.

Esta habilidad de anticipación permite optimizar los recursos disponibles, evitando errores, apelaciones innecesarias y retrasos. En consecuencia, el proceso judicial se vuelve más eficiente, con un enfoque claro en la resolución ágil de los conflictos.

La sistematización de la información mediante matrices es otra contribución importante discutida en el artículo; al organizar visualmente los hechos, las pruebas y las normas, los litigantes pueden identificar de manera rápida y eficiente las fortalezas y debilidades de su caso.

Esa visión estratégica permitirá a los abogados centrarse en los aspectos más críticos del litigio, optimizando así sus recursos y esfuerzos.

Además, la Teoría del Caso no solo optimiza la eficiencia, sino que también refuerza los principios de justicia y equidad, al garantizar que todas las partes cuenten con una base bien estructurada y fundamentada, se asegura que las decisiones judiciales se tomen de manera informada y objetiva.

De esta manera, se fomenta un sistema judicial más equilibrado, donde las decisiones se basan en un análisis exhaustivo de los hechos y del Derecho.

Como corolario, una Teoría del Caso debidamente fundamentada es una herramienta indispensable para cualquier litigante que busque no solo mejorar la calidad de sus argumentos jurídicos, sino también contribuir a un sistema judicial más justo, eficiente y equitativo; su correcta aplicación proporcionará a los abogados la capacidad de enfrentar los desafíos del proceso judicial con mayor eficacia, garantizando resultados más justos y oportunos.

REFERENCIAS

ARMENTA DEU, TERESA (2010). *Técnicas de Litigación y Estrategia Procesal Penal*.

Madrid: Editorial Tirant lo Blanch.

BACHMAIER WINTER, LORENA (2016). *Emoción y Derecho en el Proceso Penal*.

Madrid: Editorial Tirant lo Blanch.

BACHMAIER WINTER, LORENA (2012). *La Prueba en el Proceso Penal: Estrategias y Comunicación*. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch.

BACHMAIER WINTER, LORENA (2013). *Prueba y Medios de Comunicación en el Proceso Penal*. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO (2010). *Estrategia y Táctica en el Proceso Penal*. Madrid: Editorial Dykinson.

- BINDER, ALBERTO M. (2007). *Litigación Penal: Estrategias y Técnicas del Juicio Oral*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- BINDER, ALBERTO M. (2000). *Litigación Penal: La Etapa del Juicio*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- BINDER, ALBERTO M. (2015). *Litigación Penal: Juicio Oral y Prueba*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- BINDER, ALBERTO M. (2011). *Teoría del Caso: Estrategia de Litigación*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- BINDER, ALBERTO M. (2013). *Teoría del Caso y Juicio Oral*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, RAFAEL (2015). *El Derecho Penal y la Justicia: Una Perspectiva Emocional*. Madrid: Editorial Dykinson.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, RAFAEL (2014). *Estrategias de Defensa en el Proceso Penal*. Madrid: Editorial Dykinson.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, RAFAEL (2015). *Estrategias Procesales en el Derecho Penal*. Madrid: Editorial Dykinson.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, RAFAEL (2015). *La Justicia Penal en el Siglo XXI: Cambios y Retos*. Madrid: Editorial Dykinson.
- DÍAZ-CANEL, JOSÉ (2011). *La Teoría del Caso en el Proceso Penal*. Barcelona: Editorial Reus.
- DÍAZ-CANEL, JOSÉ (2011). *Teoría del Caso: Herramienta para el Litigante*. Barcelona: Editorial Reus.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS (2012). *El Proceso Penal: Persuasión y Argumentación*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- DUCE, MAURICIO, Y CRISTIÁN RIEGO (2007). *Litigación Penal: Estrategias y Técnicas del Juicio Oral*. Santiago: CEJA.
- DUCE, MAURICIO, Y CRISTIÁN RIEGO (2007). *La Reforma a la Justicia Penal en Chile: Evaluación y Desafíos*. Santiago: CEJA.
- DUCE, MAURICIO, Y CRISTIÁN RIEGO (2007). *La Reforma Procesal Penal: Evaluación y Perspectivas*. Santiago: CEJA.
- GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS (2012). *La Prueba en el Proceso Penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS (2010). *La Teoría del Caso en el Proceso Penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ RUIZ, MIGUEL (2017). *Manual de Estrategias Procesales*. Madrid: Editorial Dykinson.
- LÓPEZ RUIZ, MARÍA (2016). *Metodología en el Derecho Penal: Estrategias de Enseñanza y Aprendizaje*. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch.
- MAIER, JULIO B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto.
- MIR PUIG, SANTIAGO (2011). *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor.

- PÉREZ, ANTONIO (2019). *La Innovación en el Ámbito Judicial: Retos y Oportunidades*. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO (2006). *El Proceso Penal y la Teoría del Caso*. Madrid: Editorial Tecnos,.
- ROXIN, CLAUS (2007). *Derecho Penal: Fundamentos y Límites del Poder Punitivo*. Madrid: Thomson-Civitas.
- SÁNCHEZ MOYA, JOSÉ (2018). *El Futuro del Derecho Procesal Penal en España*. Madrid: Editorial Dykinson.
- SÁNCHEZ MOYA, JOSÉ (2018). *Nuevas Tendencias en la Práctica del Derecho Penal*. Madrid: Editorial Dykinson.
- VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR (2004). *Fundamentos de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL (2002). *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL (2002). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

FEMICIDIO ÍNTIMO AMPLIADO: LA NECESIDAD DE SU MODIFICACIÓN DEBIDO A SU EVIDENTE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUAL CONSIDERACIÓN Y RESPETO

*Constanza Oyarzún Lara**
*Estefanía Fabrenbühler Villanueva***
*Revisión por Catalina Bastías García****

RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto justificar que se debe modificar el tipo penal del artículo 390 bis, inciso 2, del Código Penal chileno, el que dispone que será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado el “hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia”, de modo que, tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo pudiese ser cualquier individuo independiente de su sexo, ello en virtud del principio de igual consideración y respeto.

Se comenzará definiendo el principio de igual consideración y respeto abordado por los autores Ronald Dworkin y John Rawls, explicando ambas dimensiones desde una perspectiva sociológica y enfatizando en su relación con un Estado liberal (1). Luego, se expondrá cómo se enlaza este principio con la posibilidad de modificar el tipo penal del artículo 390 bis, inciso 2, del Código Penal chileno, sustentado en que dicho precepto legal debiese regular exclusivamente el vínculo sentimental o sexual sin convivencia entre dos personas (2). Por último, se rectificará la conveniencia y necesidad de modificar este precepto legal de la forma antes dicha (3).

Palabras clave: Principio de igual consideración y respeto; modificación; vínculo sentimental o sexual sin convivencia; parejas heterosexuales y homosexuales.

* Egresada de Derecho Universidad San Sebastián. Correo electrónico: connyoyarzunl@gmail.com

** Egresada de Derecho Universidad San Sebastián. Correo electrónico: steffifahren@gmail.com

*** Egresada de Derecho Universidad San Sebastián. Correo electrónico: cgarciab1@correo.uss.cl

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto justificar que se debe modificar el tipo penal del artículo 390 bis, inciso 2, que corresponde a la figura del Femicidio Íntimo Ampliado, el que dispone que será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado el “hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia”. En primer lugar, se puede extraer que esta figura solo contempla las relaciones heterosexuales, dejando sin considerar las relaciones homosexuales independiente de la orientación sexual de los agentes, y en segundo lugar, en las relaciones heterosexuales se ampara solo un supuesto, que atiende a que el hombre mate a la mujer; el caso contrario, vale decir, que la hipótesis sea que la mujer mate al hombre bajo las mismas circunstancias de hecho, tampoco se encuentra amparado por este tipo penal. Debido a esto es que se debe modificar este artículo, de modo que dicho precepto legal solo debiese remitirse a regular el vínculo sentimental o sexual sin convivencia entre dos personas, de esta forma la sexualidad de los agentes ya no sería un elemento determinante a la hora de aplicar la ley, ello en virtud del principio de igual consideración y respeto. También se busca justificar mediante este estudio la conveniencia de modificar el referido precepto legal, en vista de que, de esta forma, tendríamos un tipo penal que engloba varios supuestos de hecho y no solo uno, como actualmente ocurre; asimismo, transmitir a los lectores la necesidad y urgencia de realizar esta modificación en consideración a que existe un amplio grupo de personas que a base de sus orientaciones sexuales, sus relaciones o forma cuando se involucran con otros individuos, no están siendo contemplados por la normativa actualmente vigente.

Todo lo anterior tendrá su base en los derechos fundamentales que poseemos todos los ciudadanos por ser personas, entre ellos el derecho a la vida, derecho a la integridad física, al debido proceso y de igualdad ante la ley, siendo este último en el que nos focalizaremos por la importancia que reviste en esta materia.

Este derecho de igualdad ante la ley emana del derecho natural, el que pertenece a la especie humana por su condición de ser tal y por ello es válido universalmente. Dicho derecho fundamental tuvo su primera manifestación en la antigüedad, en la obra “Historia de la guerra del Peloponeso”, escrita por el historiador y militar ateniense Tucídides (460 a.C.- 396 a.C.) y que relata la guerra homónima, en la que se incluye un pasaje que elogia la igualdad existente entre los ciudadanos de la democracia ateniense.

Posteriormente fue manifestado por el jurista romano Domicio Ulpiano (170 d.C.- 228 d.C.) en el aforismo “en lo que atañe al derecho natural, todos los hombres son iguales”, el que fue recogido en la obra del *Digesto*, que además compilaba otros fragmentos del mismo Ulpiano.

CAPÍTULO I. EL PRINCIPIO DE IGUAL CONSIDERACIÓN Y RESPETO

Para justificar la necesidad de modificar el femicidio íntimo ampliado consagrado en el artículo 390 bis, inciso 2, del Código Penal chileno, se debe partir conceptualizando el principio de igual consideración y respeto abordado por el filósofo del derecho y autor estadounidense Ronald Dworkin en su obra *Los derechos en serio*.

Ronald Myles Dworkin (1931-2013) nació en la ciudad de Worcester, del estado de Massachusetts, Estados Unidos; estudió la carrera de Derecho en la Universidad de Harvard, donde obtuvo el título de abogado; posteriormente, decidió desempeñarse como profesor y catedrático de Derecho, y en los inicios de su carrera como profesor impartió clases de jurisprudencia en la Universidad de Yale y años después impartió clases de filosofía en la Universidad de Nueva York.

Asimismo, fue uno de los filósofos más influyentes en el ámbito de la naturaleza del derecho, plasmando mediante sus diversas obras ideas tales como críticas al positivismo analítico postulado por el filósofo del derecho Herbert Hart, una visión narrativa de la interpretación jurídica y el derecho de las personas a llevar a cabo una vida digna en igualdad de condiciones respecto de las demás.

Por medio de su libro de filosofía del derecho *Los derechos en serio*, publicado en 1977, propone una teoría general del derecho que se basa en la filosofía de John Rawls, el liberalismo, los derechos individuales y el principio de igual consideración y respeto.

Ronald Dworkin sostiene que el derecho a la libertad para que exista debe fundamentarse en la concepción liberal de la igualdad, de manera que el gobierno trate a quienes gobierna con igual consideración y respeto, garantizándoles la misma distribución de bienes y oportunidades y el derecho a igual consideración y respeto en las decisiones políticas referentes a la forma en que han de ser distribuidos tales bienes y oportunidades (cfr. Dworkin, 1977, p. 389).

En relación con esta concepción, se puede destacar y señalar que este razonamiento se ve reflejado en distintas disposiciones contenidas en la Constitución Política de la República de Chile en vigor, por ejemplo, en el artículo N° 1, inciso 5, que señala: “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, 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”.

La teoría general del derecho propuesta por este autor es apoyada principalmente por el derecho fundamental de los ciudadanos a igual consideración y respeto, concepto que permite a estos mismos disfrutar de las instituciones de la democracia política. Este principio se puede entender como aquel perteneciente inherentemente al ser humano por ser tal, que lo habilita a que reciba un trato equitativo, sin considerar su persona, características, tendencia política, estatus social, religión, entre otros aspectos, y esto sustentado en que nadie puede asegurarse una posición mejor

en virtud de que es diferente en alguno de esos aspectos respecto de los demás miembros de la sociedad.

Ronald Dworkin enlaza este principio con el sistema político del Estado Liberal, pues considera que este es un principio básico y fundamental dentro de aquel. Esta forma de Estado en sus inicios surgió como una ideología y doctrina política, social y económica, de la que sus fundamentos intelectuales fueron impulsados principalmente por el médico y filósofo inglés John Locke (1632-1704), a quien se le denomina el “padre del liberalismo”, por desarrollar una corriente de pensamiento políticamente radical, que defendía y amparaba el consentimiento que debían prestar los gobernados al gobierno, y la existencia de un Parlamento que encarnaba y representaba la voluntad de los gobernados, discrepando así con aquellas ideas de una forma de gobierno monárquico con autoridades dictatoriales y centralizadas.

Esta tendencia del liberalismo se tradujo en poderosos movimientos revolucionarios, que se levantaron en respuesta a los regímenes monárquicos y arcaicos de la época, tales como la Revolución Francesa, que es el más importante dentro de la historia liberal. Este hito dio fin definitivo al feudalismo y absolutismo presente en Francia bajo el reinado de Luis XVI, dando paso a la formación de la primera república francesa y con ello a un nuevo sistema de gobierno, que se caracterizó por una estructura social que tuvo como protagonistas a los burgueses.

Como consecuencia de la Revolución Francesa es que surge el Estado liberal, como sistema político y jurídico, que adoptó como directrices la separación de los poderes públicos, la democracia, libre mercado en materia económica, existencia de un Estado de Derecho, respeto a las libertades individuales de los ciudadanos, protección de la propiedad privada, entre otros; estos aspectos revisten tal trascendencia que en la actualidad se mantienen vigentes.

Es por ello que en esta forma de Estado cobra relevancia el principio de igual consideración y respeto, el que corresponde a un derecho básico, digamos que se encuentra en la base de cualquier otro derecho; por ejemplo, el derecho a la vida, el derecho a la propiedad, etc., son meras expresiones de este derecho principal, de este principio se extrae el derecho considerado como el más significativo de todos, el que corresponde al derecho de ser tratado como igual. Esta misma idea se encuentra expresada en la teoría propuesta por el filósofo y profesor de filosofía política estadounidense John Rawls, quien establece que una sociedad se puede considerar justa cuando rigen dos principios, los que tienen su justificación cuando toda persona sea tratada como igual.

John Bordley Rawls (1921-2002) nació en la ciudad de Baltimore, del estado de Maryland, Estados Unidos, estudió la carrera de filosofía en la Universidad de Princeton, en donde obtuvo su grado en filosofía; posteriormente se desempeñó como profesor de filosofía e instructor en el Departamento de Filosofía de la Universidad de Princeton. En aquella parte de su carrera académica es donde comenzó a contribuir en la filosofía política con influyentes ideas, tales como el liberalismo político, la

razón pública y la justicia como equidad sustentada en el principio de igual libertad. Es esta última idea una de las más importantes, ya que es uno de los principios en los que se basa su Teoría de la justicia.

En 1971 se publicó el libro *La Teoría de la Justicia*, escrito por John Rawls, el que proponía la hipótesis del contrato social como un modelo para resolver las controversias derivadas de la justicia distributiva, que descansaba en los principios de justicia de la libertad y la diferencia. Rawls desarrolla lo que denomina “la posición original”, la que escoge los principios de justicia mediante la ignorancia que tiene un individuo respecto de detalles como el lugar que ocupa en la sociedad, su estatus social o su inteligencia, de forma tal que mediante este velo de ignorancia conducirá a principios que sean justos para todos los individuos sin distinción.

En este sentido, Rawls plantea la siguiente pregunta en su texto: “¿Bajo qué condiciones una sociedad es justa?”. Una sociedad es considerada justa cuando rigen dos principios de justicia, que él llama justicia como equidad. Lo que principalmente propone este autor es que las personas sean tratadas como iguales, que cada persona tiene que gozar de la mayor cantidad de libertades básicas posibles y que estas sean compatibles con un esquema de libertades básicas similares para todos; el segundo principio que aborda Rawls es que las desigualdades sociales (entiéndase en el sentido de desigualdades económicas y no de libertades) se pueden justificar solamente si es que van en beneficio de los que se encuentran en la peor situación. Para este autor hay un orden de prioridad entre ambos principios: el primero predomina sobre el segundo, lo que significa que no se pueden sacrificar libertades por beneficios económicos.

Para contextualizar este segundo principio lo haremos por medio de un ejemplo: tenemos dos sociedades, una que vamos a denominar “A” (en esta sociedad todos tienen lo mismo en cuanto a riqueza, sin embargo, son todos pobres) y otra que vamos a llamar “B” (en esta sociedad sí existe desigualdad, pero no todos son pobres y los que están “peor” se encuentran en mejor situación que los de la sociedad “A”); se preferirá la segunda sociedad porque se considera más justa.

La idea fundamental del autor es que no puede haber personas privilegiadas, y si se trata de desigualdades económicas, se acepta solo si se beneficia solamente a los que están peor, no a los que están mejor, ni tampoco atendiendo al bienestar general de la sociedad. Entonces, cuando rigen estos dos principios de justicia, se establece que dicha sociedad es justa, es decir, cuando cada persona tiene la misma cantidad de derechos.

(...) una desigualdad es permisible solo si hay razón para creer que la práctica que incluye o da como resultado esa desigualdad obrará en provecho de todas las partes embarcadas en ella. Es importante aquí acentuar que todas las partes tienen que salir ganando con la desigualdad. Porque el principio se aplica a prácticas, implica que el hombre representativo de cada cargo o posición definidos por una práctica,

cuando la ve como una empresa en marcha, tiene que encontrar razonable preferir su condición y perspectivas con la desigualdad a lo que una y otras serían en el marco de la práctica si esta funcionara sin la desigualdad. El principio excluye, pues, justificar desigualdades sobre la base de que las desventajas de los que se encuentran en una posición se compensan con las mayores ventajas de los que se encuentran en otra (Rawls, J., 1986, p. 81).

En definitiva, tanto Dworkin como Rawls parten de la idea de que todas las personas tienen los mismos derechos. Existe consenso entre las teorías de ambos autores, ya que ambas abarcan el mismo principio, de igual consideración y respeto, estimado como el principio básico, fundamental y determinante para la base del sistema político del Estado liberal.

Lo anteriormente expuesto es con la finalidad de responder la siguiente interrogante, que es el objeto fundamental del estudio en cuestión: el art 390 bis, inc. 2, del Código Penal chileno, que establece la figura del Femicidio Íntimo Ampliado, ¿es compatible con esta idea de que toda persona tiene derecho a la igual consideración y respeto? A simple vista, no parece ser compatible con este principio fundamental, porque la intención que se puede extraer del precepto legal en las condiciones que se encuentra expresado actualmente es que, en definitiva, la vida de algunos vale más que la vida de otros.

CAPÍTULO II. LA UTILIDAD DE MODIFICAR EL TIPO PENAL DE FEMICIDIO ÍNTIMO AMPLIADO

Para poder desarrollar a cabalidad esta idea y argumentar de forma objetiva la utilidad de modificar este tipo penal, primero debemos tener a la vista los siguientes conceptos y comprender en líneas generales cada uno.

Los derechos humanos se pueden definir como las “normas que reconocen y protegen la dignidad de todos los seres humanos. Estos derechos rigen la manera cómo los individuos viven en sociedad y se relacionan entre sí, al igual que sus relaciones con el Estado y las obligaciones del Estado hacia ellos”¹.

Existen varios tipos de derechos humanos, como el derecho a la libertad, el derecho a la identidad, el derecho a la vida, etc. Siendo este último uno de los más importantes, debido a que es un derecho “necesario para poder concretar todos los otros derechos universales, significa tener la oportunidad de vivir nuestra propia

¹ Hausen, A.; Launiala, A. (2015). “¿Qué son los derechos humanos? Los derechos humanos nos pertenecen por igual a todos y cada uno de nosotros”. UNICEF, en <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/que-son-derechos-humanos>

vida”²; si no existe la vida como tal, no tendría sentido que existan los otros derechos fundamentales restantes, por lo que no habría fundamento en protegerlos.

En Chile este derecho se encuentra amparado en nuestra Carta Fundamental, pues el artículo 19 establece que la Constitución asegura a todas las personas:

“1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer”.

Este artículo manifiesta de forma expresa la intención del legislador de proteger la vida y el derecho a la misma, tanto para la persona ya nacida como para el individuo que está por nacer. Por esta misma razón existen diversos mecanismos que buscan salvaguardar este bien jurídico protegido; sin ir más lejos, en nuestro Código Penal encontramos varias figuras que amparan este bien, como el homicidio, homicidio calificado, parricidio, femicidio, etc. Ilícitos que tienen aparejadas duras penas para el infractor.

El Ministerio Público establece que la violencia de género consiste en actos violentos ejercidos contra una persona solo por su género. Las acciones que consideramos violentas son todas aquellas que afectan de forma negativa la identidad, la sexualidad y libertad reproductiva, la salud física y mental y el bienestar social de una persona³. Este concepto tiene su origen en aspectos como la desigualdad de género, también del abuso de poder y, por último, la existencia de normas dañinas. Las personas que más sufren este tipo de violencia son las mujeres. Las Naciones Unidas definen la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia de género que resulte o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada”.

En respuesta a esta expresión de violencia se ideó la Convención de Belém do Pará. La importancia que posee esta convención, a grandes rasgos, es que tiene como objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, además de ser el primer tratado internacional de derechos humanos que abordó de forma específica la temática de la violencia contra las mujeres. Los Estados parte acordaron que este tipo de violencia:

1. “Constituye una violación de los DD.HH. y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”.

² Humanium (2018). “Derecho a la vida”, en <https://www.humanium.org/es/derecho-vida/>

³ Fiscalía, Ministerio Público de Chile. Violencia contra la mujer, en <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/victimas/adultos/violencia-genero.jsp>

2. “Es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”.
3. “Trasciende todos los sectores de la sociedad, independiente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente a sus propias bases”⁴.

Por último, este tratado evidencia que existen tres tipos de violencia: la violencia física, la sexual y psicológica; y que, además, puede ocurrir en tres ámbitos: en la vida pública, en la vida privada y la que es perpetrada o tolerada por el Estado.

El delito de femicidio es la mayor expresión de violencia contra las mujeres, el que se puede definir como “el asesinato intencional de una mujer por el hecho de ser mujer”. El origen de este concepto proviene del neologismo anglo *femicide*, la autoría de este término le corresponde a Diana Russell que, en 1976, en la conferencia denominada *Primer Tribunal Internacional sobre crímenes contra las mujeres* ocupó este concepto como un sustituto de la palabra neutral de género “homicidio”. El término *femicide* (o femicidio) se entiende en este contexto como “un concepto que surge con una intención política: develar el sustrato sexista o misógino de estos crímenes, que permanece oculto cuando se hace referencia a ellos mediante palabras neutras como homicidio o asesinato”⁵.

Por esta razón nace este tipo penal en nuestro país y se debe a la dramática estadística de violaciones a los derechos humanos de las mujeres; sin ir más lejos, entre el 2010 y 2020 ocurrieron 440 femicidios en el país, antecedente que generó que este atentado al bien jurídico protegido, que en este caso corresponde al derecho a la vida, fuese percibido como un problema, tanto de salud pública como de justicia social y, por último, de seguridad ciudadana. Durante el siglo XXI, gracias a las organizaciones sociales progresistas y a los movimientos feministas, tanto a nivel nacional como latinoamericano, se desencadenó un cambio positivo en la opinión pública en relación con esta problemática.

Por lo mismo, se hizo necesario contar con un efectivo compromiso del Estado. Para ello, el 2010, bajo el gobierno del Presidente de la República Sebastián Piñera se dictó la Ley N° 20.480, siendo esta la primera vez donde el femicidio se reconoció y sancionó como un delito en nuestra legislación.

Esta normativa introdujo diversas e importantes modificaciones, pues abarcó como puntos importantes la autorización a los Tribunales de Familia para adoptar medidas cautelares tendientes a proteger eficazmente a las mujeres víctimas de

⁴ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), en https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/programas/mujer/Material_difusion/convencion_BelemdoPara.pdf

⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Ley N° 21.212, Tipifica el delito de femicidio, en https://www.bcn.cl/historiapolitica/mujeres_en_el_congreso/historias_de_leyes?per=2006-&id=Historia_L21212

violencia intrafamiliar, en la tipificación de los delitos sexuales se facilitó, además, la investigación en casos de violación conyugal. Asimismo, modificó el artículo 390 del Código Penal, en el que se sanciona el delito de femicidio cometido por el cónyuge, excónyuge, conviviente o exconviviente de la mujer, modificación que conllevó importantes efectos prácticos, pues incluyó a excónyuges y exconvivientes como parricidas, de manera que se extendió la penalidad del delito de parricidio al asesinato de una mujer a manos de su exmarido o exconviviente.

En nuestra legislación penal encontramos varias formas en las que se expresa este determinado delito, en primer lugar, tenemos el Femicidio Íntimo Limitado (artículo 390 bis N° 1), que establece una sanción a: “El hombre que mate a la mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común”; en segundo lugar aparece el Femicidio Íntimo Ampliado (artículo 390 bis, N° 2), tipo penal que corresponde a nuestro objeto de estudio, el que establece una sanción para: “El hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia”; en tercer lugar, encontramos el Femicidio en Razón de su Género (artículo 390 ter). Este tipo penal engloba cinco hipótesis diferentes y, tal como dice el nombre del delito, corresponde a las razones o motivos que contempla el agresor al momento de cometer el ilícito, por ejemplo: N° 4, “Haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima”; y por último, tenemos la figura del Suicidio Femicida (artículo 390 sexies), que castiga al individuo que: “con ocasión de hechos previos constitutivos de violencia de género, cometidos por este en contra de la víctima, causare el suicidio de una mujer”.

Ahora que ya se explicaron estos conceptos de manera superficial, los que son las bases para desarrollar las ideas fundamentales acerca del objeto del presente estudio, se procederá a evidenciar la problemática que genera la forma en que está tipificado el delito de Femicidio Íntimo Ampliado, en las condiciones como actualmente se encuentra redactado dicho precepto legal:

El artículo 390 bis, inciso 2, dispone que será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, el “hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia”.

De esta definición se pueden evidenciar dos problemas, en primer lugar, se puede extraer que esta figura solo contempla las relaciones heterosexuales, dejando sin considerar las relaciones homosexuales, independiente de la orientación sexual o identidad de género de los agentes que la componen, por consiguiente, cualquier tipo de interacción entre dos personas, ya sea sentimental o sexual, que no se encuentre bajo este supuesto “clásico” de relación, es decir, del tipo heterosexual, y termine con la muerte de uno de los sujetos de la relación a manos del otro, no será considerado como femicidio, y por esta razón, no traerá la sanción aparejada a este delito; un ejemplo de aquello es lo que ocurre actualmente en las relaciones homosexuales

lésbicas, donde se cumple solo un requisito expresado en la normativa, que atiende a que la víctima sea una mujer, pero como el agresor no corresponde a un hombre, no es considerado como femicidio, sino que, dependiendo de las circunstancias de hecho cuando concurra el ilícito, sería considerado como homicidio simple, calificado, etc. Y, en segundo lugar, en las relaciones heterosexuales se ampara solo un supuesto, que atiende a que el hombre mate a la mujer; el caso contrario, vale decir, que la hipótesis sea que la mujer mate al hombre bajo las mismas circunstancias de hecho, tampoco se encuentra amparado por este tipo penal, lo que significa que este delito considera que la víctima solo puede ser una mujer, dando a entender que solo el sexo femenino puede ser víctima de violencia dentro de una relación heterosexual, ya sea sentimental o sexual sin convivencia.

Los problemas anteriormente planteados y que fueron ejemplificados con algunos casos hipotéticos, basados en las múltiples situaciones que existen actualmente y que pueden surgir día tras día en la sociedad donde vivimos, en razón de que la raza humana se encuentra sometida a una evolución constante y, por consiguiente, la sociedad misma está sujeta a cambiar con ella, respaldan nuestra hipótesis de que, en definitiva, la vida de algunos vale más que la vida de otros. Esto atendido a las condiciones de cómo se encuentra actualmente redactado el precepto legal, y que, por esta razón, esta situación vulnera de forma significativa el principio de igual consideración y respeto, toda vez que excluye en su normativa a cierto grupo de personas y considera a otras, basado en sus orientaciones sexuales o sentimentales; además, como estima de forma discrecional que las víctimas de una relación, ya sea sentimental o sexual sin convivencia, solo pueden ser las mujeres y que, a su vez, el agresor siempre debe ser un hombre, da a entender que estos últimos no son merecedores de protección, sino que de ellos hay que protegerse.

El derecho siempre debe apuntar a regular de la forma más general posible, es decir, buscar que una determinada ley, en razón de la materia que regula, cuente con la capacidad de que varias situaciones de hecho puedan ajustarse a ella; y no, por el contrario, ser tan limitada que signifique crear una ley para cada situación que exista de manera particular, pues ello, además de ser tedioso en la práctica, al tener que crear un precepto legal para cada situación que llegase a existir, dejaría siempre a un grupo de personas excluidas, ya que, como dijimos anteriormente, la sociedad está sometida a una constante evolución.

Ya acordamos que la forma cómo se encuentra redactado el precepto legal objeto de nuestro estudio lo hace ser extremadamente limitado, debido a que su enfoque actual es reglar una situación específica de relación de pareja de las múltiples que existen y pudiesen llegar a existir, y que, además, vulnera de forma significativa el principio de igual consideración y respeto, el que es un principio fundamental para cualquier Estado de Derecho. En consideración de esto es que proponemos dos formas de solucionar esta problemática.

La solución principal es modificar el delito de Femicidio Íntimo Ampliado, originando un tipo penal nuevo, de modo que este nuevo precepto legal se remita a regular exclusivamente el “vínculo entre dos personas”, ya sea sentimental o sexual sin convivencia; de esta forma, la sexualidad de los agentes ya no sería un elemento determinante a la hora de aplicar la ley, es decir, haciendo efectiva esta modificación, tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo podrá ser cualquier individuo, independiente de su sexo. De este modo, englobaríamos dentro de una sola normativa todos los tipos de relaciones de pareja que pudiesen llegar a existir, siempre y cuando cumplan con los requisitos antes expuestos (vínculo entre dos personas, sentimental o sexual y sin convivencia).

Asimismo, la solución secundaria que proponemos a esta problemática consiste en eliminar esta figura específica de femicidio, remitirnos al delito de Homicidio Calificado del artículo 391 N° 1 del Código Penal, y ampliar este tipo penal agregando una sexta circunstancia calificante referente al vínculo entre dos personas: “La persona que mate a otra en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia”.

En lo ya dicho anteriormente se constatan los alcances y efectos positivos que implicaría una eventual modificación al tipo penal consagrado en el artículo 390 bis, inciso 2, del Código Penal chileno, y con ello la utilidad de la misma, pues, el hecho de regular en una única figura penal varios supuestos de hecho, excluye regular en diversas figuras especiales cada situación que lo amerite, ya que ello solo deriva en la existencia de múltiples instituciones legales a las que el juez puede recurrir para basar una sentencia y ello puede tornar la labor del juez en tediosa y con limitados efectos prácticos en esta materia.

Además, debemos señalar que la actividad legislativa de nuestro país estas últimas décadas se ha caracterizado por adoptar medidas de manera reactiva frente a situaciones de riesgo o peligro, que ameritan, en cambio, una adopción de medidas de manera preventiva, que puedan evitar o repeler las consecuencias derivadas de aquellas situaciones. Esta tendencia a legislar reactivamente se ha visto reflejada en ámbitos como la economía, la seguridad pública, la educación, la salud, entre otros temas de importancia.

En relación con el tema que nos ocupa, en el contexto de la violencia contra las mujeres, existen leyes que han sido dictadas como consecuencia de desafortunados sucesos que han generado una gran connotación pública, en este sentido podemos hacer mención de la Ley N° 21.212, conocida como Ley Gabriela, en homenaje a la joven Gabriela Alcáino, asesinada por su expololo y que amplió la calificación de femicidio a aquellas mujeres asesinadas por la pareja o expareja, con o sin convivencia. Asimismo, la Ley N° 21.523, conocida como Ley Antonia, en homenaje a la joven Antonia Barra, quien se suicidó tras haber sido abusada sexualmente por Martín Pradenas, y que establece varias mejoras a las garantías procesales de las víctimas de delitos sexuales e incorpora la figura del suicidio femicida.

Por esta razón, la modificación al aludido precepto legal constituiría una práctica legislativa con efectos preventivos frente a las situaciones de violencia ejercida en contexto de parejas de un mismo sexo. Este tipo de violencia se denomina violencia intragénero, la que es aquella ejercida por una persona hacia su pareja sentimental del mismo género, que puede consistir en una violencia física, psicológica o sexual. Estas situaciones ocurren dentro del colectivo LGBTQ+, por lo que se ha convertido en una realidad invisibilizada, tanto por las autoridades de gobierno como por la sociedad misma, pues actualmente carece de un marco legal que la regule y ello ha producido indefensión a las víctimas.

CAPÍTULO III. RELEVANCIA Y FUNDAMENTO DE ESTA MODIFICACIÓN

Como punto de partida en este apartado, debemos hacer una breve mención del contexto actual donde se sitúan algunos de los delitos contra las personas acontecidos en nuestro país y, en general, en el continente americano, de modo que, mediante la enunciación de estos antecedentes se constate la trascendencia que acarrearía efectuar la modificación a lo establecido en el artículo 390 bis, inciso 2, del Código Penal y cómo aquella proporcionaría regulación jurídica a escenarios que actualmente se encuentran desprovistos de ella.

El delito de homicidio en Chile y en el resto de América Latina ha presentado un importante incremento respecto de la cantidad de casos, como también, ha experimentado un cambio en la modalidad de su comisión, pues ha aumentado la utilización de armas de fuego para ello. Asimismo, actualmente se ha identificado que el principal móvil de los homicidios que han ocurrido esta última década en nuestro país es la violencia resultante de la criminalidad organizada, manifestada en ajustes de cuentas o rencillas entre bandas criminales.

No obstante, el factor de la violencia que ejerce la criminalidad organizada no es el único que incide en el delito de homicidio, ya que existen muchos otros asociados con aspectos como la calidad de vida, bienestar social, la política y la economía que rodea al individuo. Entre aquellos tenemos una enorme expansión demográfica, bajo nivel educacional, escaso nivel de vida y una deficiente distribución de recursos y oportunidades para los miembros de la sociedad.

La urbanización sin planeación ni límites, el desarrollo inequitativo y excluyente, la discriminación, la delincuencia, el crimen organizado, los conflictos socioambientales, los conflictos armados, las múltiples formas de violencia (sobre todo la de género) y la violación sistemática de todos los tipos de derechos humanos (...) (Gottsbacher, M., 2013, p. 3).

En este contexto es que a fines del 2022, la Subsecretaría de Prevención del Delito (SPD), con la finalidad de establecer un registro del delito de homicidio en Chile, elaboró el Primer Informe Nacional de Homicidios Consumados, el que abarcó el período 2018-2022 y arrojó las siguientes tasas de homicidios cada 100.000 habitantes: 4,5% en el año 2018; 4,8% en el año 2019; 5,7% en el año 2020; 4,6% en el año 2021, y 6,7% en el año 2022, siendo esta última la más alta y que genera preocupación en las autoridades. Asimismo, dio a conocer que 53,9% de los homicidios han sido cometidos con armas de fuego, mientras que 31,9% fue cometido con otros objetos.

En relación con el delito de femicidio, este desafortunadamente día a día incrementa sus cifras, tanto en el plano nacional como internacional, lo que da cuenta de que este fenómeno no distingue entre edad, apariencia física, clase social u otras características de la mujer víctima, pues, es un delito que resulta de la violencia ejercida en contra de las mujeres manifestada en diversas esferas de la sociedad. Estas manifestaciones de violencia contra la mujer han tornado en que el delito de femicidio sea considerado como una consecuencia de múltiples factores.

Desde la anterior perspectiva, es fundamental comprender que la historia, la economía, la política, el sexismo, el racismo, la xenofobia y la pobreza pueden actuar sinérgicamente para vulnerabilizar a grupos de mujeres y hacerlas víctimas, de forma más fácil, de femicidio. Como manifestación extrema de la violencia contra las mujeres, el femicidio no solo funciona entonces como una herramienta del patriarcado, sino también como una herramienta del racismo, de la opresión económica, del adultocentrismo, de la xenofobia, de la heteronormatividad y hasta como un vestigio del colonialismo y sus prácticas de exterminio (...) (Valdivieso, M., 2017, p. 190).

Este delito ha sido constatado y registrado en el Primer Informe Estadístico de Homicidios con Perspectiva de Género: Femicidios y Parricidios, presentado en el 2023 por la Fiscalía Nacional de Chile y elaborado por la Unidad Especializada de Género, en conjunto con la División de Estudios del organismo. Según este informe, en el 2020 se consumaron 47 femicidios; en el 2021 se consumaron 55 casos, y en el 2022 se consumaron 52 casos, siendo el 2021 cuando se registró la mayor cantidad de casos. Respecto de la relación entre la víctima y el imputado, en el 2022 el más frecuente fue el vínculo de conviviente (52%). En tanto, en el 2023 a la fecha se han registrado 21 femicidios consumados y 137 de ellos en calidad de frustrados.

Por último, en cuanto a los casos de violencia intragénero acontecidas dentro del colectivo LGBTQ+, pese a tratarse de un fenómeno sin cobertura normativa, sus casos no han sido limitados en nuestro país, empero, a la fecha existen pocos informes y estudios estadísticos que contabilicen las cifras de este tipo de violencia, entre ellos mencionaremos lo constatado por la investigación llamada “Violencia íntima

en parejas jóvenes del mismo sexo en Chile”, publicada en el 2017 por psicólogos de la Universidad Santo Tomás de Chile, la que constató que de entre 631 personas entrevistadas, el 84% vivía en ese entonces violencia de pareja. De igual manera, respecto de las personas lesbianas, el “Informe Ser Lesbiana en Chile”, publicado en el 2019 por la Agrupación Rompiendo El Silencio, da cuenta de que 53,9% de las encuestadas ha sido víctima de violencia por parte de su pareja.

Lo expuesto precedentemente nos demuestra que producto de la constante evolución de la criminalidad, este se ha convertido en un fenómeno multifactorial. Lo anterior se ve plasmado en los homicidios que acontecen a consecuencia de la violencia ejercida en el contexto de relaciones de pareja de carácter sentimental o sexual, ya sea con o sin convivencia, en los que se ven involucradas personas de un mismo sexo y que, a pesar de ser una realidad invisibilizada, van en aumento. Lo anterior corrobora la relevancia de la modificación a lo indicado en el artículo 390 bis, inciso 2, del Código Penal, ya que esta vendría a suplir la necesidad de dotar de regulación jurídica a los homicidios ocurridos en las relaciones de pareja de carácter sentimental o sexual de las personas de un mismo sexo, otorgándoles defensa a las víctimas.

Porque, como ya hemos señalado, la norma del Código Penal chileno que regula el delito de Femicidio Íntimo Ampliado, al establecer que el sujeto activo debe ser un hombre y el sujeto pasivo debe ser una mujer, entre los que debe haber existido o existir una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia, enfatiza en el sexo de los sujetos involucrados en la perpetración del delito, de manera que se excluye la posibilidad de que este tipo penal pueda aplicarse en el supuesto de que una mujer mate a un hombre con el que existió o existe una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia. Asimismo, se excluye la aplicación de este tipo penal en un asesinato cuando los sujetos, ya sea activo o pasivo, sean pertenecientes a las diversidades sexuales que integran el colectivo LGBT+.

Como consecuencia de lo anterior es que se plantea que mediante la modificación al artículo 390 bis, inciso 2, esta norma se ciña a sancionar con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado a la persona que mate a otra con la que haya existido o exista una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia, sin prescribir de qué sexo o género deben ser los sujetos que intervienen en dicho delito, de tal manera que esta reglamentación ponga el acento esencialmente en la circunstancia del vínculo sentimental o sexual sin convivencia entre los dos individuos. En este sentido, esta norma modificada de la forma antes dicha sería compatible con lo que sugiere el principio de igual consideración y respeto, pues, vendría a dotar de regulación y defensa jurídica a aquellos grupos de personas que actualmente son marginados por el delito de Femicidio Íntimo Ampliado en vigor.

CONCLUSIÓN

Los derechos humanos por su carácter universal, derivado de la calidad del ser humano, sin distinción de factores como la nacionalidad, religión, origen étnico u otros, garantizan y preservan la dignidad humana como un medio para alcanzar la plena realización de las personas. Por su importancia, el derecho a la igual consideración y respeto, según los autores Ronald Dworkin y John Rawls, es el derecho humano fundamental, del que se desprenden múltiples derechos accesorios a él, como el derecho a la vida, pues dicho derecho y principio es catalogado como el cimiento de cualquier Estado de Derecho, y actualmente en nuestro país este se encuentra sometido a una vulneración constante en razón del artículo 390 bis, inciso 2, referido al Femicidio Íntimo Ampliado, debido a que, en primer lugar, se comprende que esta figura solo contempla las relaciones heterosexuales, dejando sin considerar las relaciones homosexuales, independiente de la orientación sexual de los agentes, y en segundo lugar, en las relaciones heterosexuales se ampara solo un supuesto, que atiende a que el hombre mate a la mujer, y cualquier otra situación que salga de esta hipótesis básica tampoco se encuentra amparada por la normativa actual.

Es por ello que en el transcurso de nuestra investigación se propusieron soluciones para revertir esta problemática, entre ellas, la modificación al delito del artículo 390 bis, inciso 2, del Código Penal, con el fin de originar un tipo penal nuevo que se remita a regular exclusivamente el “vínculo entre dos personas”, ya sea sentimental o sexual sin convivencia; y como una solución alternativa a esta problemática se plantea eliminar esta figura específica de femicidio, remitirnos al delito de Homicidio Calificado del artículo 391 N° 1 del Código Penal y ampliar este tipo penal, agregando una sexta circunstancia calificante referente al vínculo entre dos personas.

Entre las utilidades que se encuentran haciendo efectiva la modificación al referido precepto legal tenemos, en primer lugar, la tipificación en una única figura penal de varios supuestos de hecho y, en segundo lugar, aquella constituiría una práctica legislativa con efectos preventivos frente a las situaciones de violencia ejercida en contexto de parejas de un mismo sexo, y no de carácter reactivo como lo son las múltiples normas promulgadas en nuestro país. Por último, vendría a dotar de regulación y defensa jurídica a aquellos grupos de personas que actualmente son marginados por el delito de Femicidio Íntimo Ampliado en vigor.

Con esta investigación se pone en evidencia que la violencia dentro de las relaciones de pareja no proviene de un género en específico o determinado. Por esta razón se debe legislar siempre teniendo presente un elemento fundamental que vendría siendo el principio de igual consideración y respeto, y no tratar de gobernar atendiendo a las cualidades personales que posea cada uno de los individuos gobernados.

REFERENCIAS

- CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES (CIM) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) (1994). *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará)*. Belém do Pará, Brasil. Convención Interamericana Violencia Mujer (oas.org).
- DWORKIN, RONALD (1977). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, España.
- GARRIDO MONTT, MARIO (2010). *Derecho Penal Parte Especial Tomo III*. Cuarta edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- INSTITUTO NACIONAL DE LA JUVENTUD (Injuv) (2022). *Décima Encuesta Nacional de las Juventudes*. Santiago, Chile. https://extranet.injuv.gob.cl/documentos_gestor_recursos/uploads/formatos/1c563ae615a8a29d7cb90df9bf9bec15.pdf
- POLICÍA DE INVESTIGACIONES DE CHILE (PDI) (2017). “Primera Jornada de sensibilización sobre violencia en el pololeo”. *Revista Detective*. Edición N° 171. https://www.pdichile.cl/docs/default-source/default-document-library/edicion_171.pdf?sfvrsn=43f5fd1_0
- RAWLS, JOHN (1958). “Justicia como equidad”. On behalf of *Philosophical Review*, Duke University Press, Vol. 67, N° 2, pp. 164-194.
- SALDIVIA, CLAUDIA (2016). *Violencia en el pololeo: Un tema invisibilizado en Chile*. Universidad Santo Tomás en Línea, Chile, <https://enlinea.santotomas.cl/blog-expertos/violencia-pololeo-tema-invisibilizado-chile/>
- SALDIVIA, CLAUDIA; FAÚNDEZ, BÁRBARA; SOTOMAYOR, SEBASTIÁN; CEA, FREDY (2017). *Violencia íntima en parejas jóvenes del mismo sexo en Chile*. Jóvenes y violencias. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22362017000100184
- VALDIVIA, MARUZELLA; FONSECA, EDUARDO; GONZÁLEZ, LUIS (2019). *Invisibilización de la violencia en el noviazgo en Chile: Evidencia desde la investigación empírica*. Perfiles latinoamericanos. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532019000200012
- VILLEGAS, MYRNA (2010). “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Valdivia, Chile. Vol. 2, pp. 149-174.

MODIFICACIONES AL ESTATUTO MINERO CHILENO

*Diego Villarroel Contreras**

RESUMEN

Desde la dictación del Código de Minería, en 1983, su contenido se ha mantenido prácticamente intacto. Si bien ello contribuyó al desarrollo de la industria dotando de certezas a los desarrolladores de proyectos, existieron prácticas no deseadas por el legislador que no facilitan, en la actualidad, el desarrollo de estos. En diciembre de 2023, el Ministerio de Minería promulgó la Ley N° 21.649, la que se hace cargo de tales preocupaciones, constituyendo, de paso, la mayor modificación al estatuto minero vigente en nuestro país.

Palabras clave: Información geológica, régimen de amparo, unidad productiva, denuncia de obra nueva, sistema de coordenadas.

ABSTRACT

Since the enactment of the Mining Code in 1983, its content has remained practically intact. Although this contributed to the development of the industry by providing certainty to project developers, there were practices not desired by the legislator that do not currently facilitate their development. In December 2023, the Ministry of Mining promulgated Law N° 21.649 which addresses such concerns, constituting, incidentally, the largest modification to the mining statute in force in our country.

Keywords: geological information, protection regime, production unit, new work notice, coordinate system.

* Abogado, licenciado en Derecho, Universidad de los Andes, Diploma en Recursos Naturales con mención en Derecho Minero, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma en Contratación Administrativa y Compras Públicas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: diego.villarroel.7@gmail.com.

ANTECEDENTES

- a. *Ley N° 21.419*. En enero de 2022 se publicó la Ley N° 21.419, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que crea la Pensión Garantizada Universal (PGU) y modifica los cuerpos legales que indica. Dicho cuerpo legal tenía por objeto aumentar efectivamente las pensiones, por medio del fortalecimiento del pilar solidario. Es importante señalar que, según datos publicados por la Dirección de Presupuestos, la Ley de Presupuestos aplicable al año 2024 consideró \$ 6.555.652 miles para efectos de pago de la PGU¹. Lo anterior deja de manifiesto la gran cantidad de dinero que el Estado requiere para efectos de su asignación.
- b. *Ley N° 21.420*. En febrero del 2022 se publicó la Ley N° 21.420, del Ministerio de Hacienda, que reduce o elimina exenciones tributarias que indica. Tal cuerpo legal tenía por objeto, tal como lo indica su nombre, modificar diferentes normativas para dotar de financiamiento a la PGU creada por medio de la ley individualizada en el literal anterior. Es importante señalar que la Ley N° 21.420 consideraba la modificación de diferentes leyes, tales como: Ley de la Renta, Ley del IVA, Ley sobre Impuesto Territorial, Ley sobre Impuesto a las Herencias, Donaciones y Asignaciones, Código de Minería, entre otras.

Las modificaciones al ordenamiento jurídico minero consideradas en la Ley N° 21.420 resultaban preponderantes y sensibles, incluyendo cambios en la duración de concesiones de exploración, cambios en la obligación de entrega de información geológica, cambios en el sistema de coordenadas de PSAD 56 a SIRGAS, cambios en la regulación del amparo minero, entre otras.

Si bien muchas de las modificaciones al ordenamiento jurídico minero resultaban atinentes, su tramitación fue bastante expedita, considerando que el 11 de marzo de 2022 correspondía cambio de gobierno. Es importante tener presente que el proyecto de ley fue ingresado el 21 de diciembre de 2021. De esta manera, muchas de las disposiciones no contaron con el análisis en profundidad requerido, como tampoco con la participación de los segmentos industriales potencialmente afectados. No hay que olvidar que la industria minera se encuentra compuesta por diferentes sectores productivos, por lo que una modificación sustancial en el ordenamiento aplicable puede resultar esencial para la viabilidad de la actividad de diferentes sectores.

Finalmente, es importante recordar que las modificaciones al ordenamiento minero incorporadas por la Ley N° 21.420 entraban en vigencia el 1 de febrero de 2023.

¹ Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda (2024). *Variación de las asignaciones presupuestadas en 2024; motivos e incidencia del monitoreo y evaluación*, Dirección de Presupuestos, octubre de 2023. Disponible en https://www.dipres.gob.cl/598/articles-320436_doc_pdf.pdf

- c. *Ley N° 21.536*. En enero de 2023 se publicó la Ley N° 21.536, del Ministerio de Minería, que pospone los efectos para el sector minero de la Ley N° 21.420, que reduce o elimina exenciones tributarias que indica.
- A objeto de poder analizar y discutir en profundidad el contenido de las disposiciones incorporadas por la ley, junto con considerar las aprensiones formuladas por los diferentes sectores productivos, el Ministerio de Minería presentó un proyecto de ley, hoy Ley N° 21.536, que pospuso los efectos en materia minera de la Ley N° 21.420.
- Es importante señalar que, producto de la aprobación y publicación de la Ley N° 21.536, las modificaciones en materia minera incorporadas en la Ley N° 21.420 entrarían en vigencia en enero de 2024.
- d. *Ley N° 21.649*. En diciembre de 2023 se publicó la Ley N° 21.649, del Ministerio de Minería, que modifica disposiciones del Código de Minería; la Ley N° 21.420, que reduce o elimina exenciones tributarias que indica, y otras normas.
- En materia minera, la Ley N° 21.420 y la Ley N° 21.649 constituyen las modificaciones más relevantes ocurridas en el estatuto minero durante el último tiempo.

El presente artículo tiene por objeto ilustrar a los consultores respecto del alcance de la ley y sus consecuencias. Para efectos de una mejor comprensión, la exposición se realizará respecto de cada una de las temáticas modificadas.

ENTREGA DE INFORMACIÓN GEOLÓGICA

La actividad de exploración constituye un conjunto de actividades dirigidas a lograr un conocimiento detallado del yacimiento localizado por medio de la prospección. Como resultado de ello, podrá determinarse si es que un proyecto de extracción o explotación en la zona podría ser rentable o no. Es importante señalar que muchos proyectos de exploración no logran concretarse en uno de explotación debido a que no son viables en su ejecución. *Toda mina nueva empieza como un proyecto de exploración; sin embargo, la mayoría de los proyectos de exploración no llegarán a convertirse en minas².*

Conforme con lo establecido en el artículo 19, N° 24, de la Constitución Política de la República, el Estado es el dueño absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de las minas, junto con ser quien otorga la concesión, ya sea de exploración o de explotación, por medio de sus Tribunales de Justicia.

El año 2017, el Servicio Nacional de Geología y Minería (en adelante “Servicio” o “Sernageomin”) puso a disposición del público el Sistema de Información Geológica

² Gobierno de Canadá, *Manual Informativo sobre Minería en Chile*, diciembre de 2011, p. 19. Disponible en <https://www.casadelapaz.cl/wp-content/uploads/2018/06/Mineria-en-Chile.pdf>

de Exploración (Sigex), el que permite consultar *online* la información geológica entregada por titulares de proyectos. Lo anterior resultó una gran novedad en la materia ya que los futuros desarrolladores de proyectos podrían contar con antecedentes preliminares respecto de una zona en particular.

Hasta el año 2021, la obligación de entrega de información geológica se encontraba regulada específicamente en el Decreto N° 104, de 2017, del Ministerio de Minería, la que se caracterizaba por lo siguiente:

- a. El titular se encontraba obligado a la entrega de información geológica básica. Es importante señalar que dicho cuerpo normativo reconoció tal información como aquella dispuesta en la primera etapa del proceso de exploración, consistente con la selección de áreas geográficas con características geológicas favorables para contener depósitos minerales, y en la identificación en ellas, mediante la aplicación de una o más técnicas de reconocimiento geológico, de sectores específicos o blancos en los que, eventualmente, pueda comprobarse la presencia de tales depósitos.
- b. El Sernageomin era la institución encargada de solicitar tal información. Para ello, el Servicio debía elaborar programas anuales de solicitudes de información, lo que se traducía en un proceso engorroso y tedioso, considerando la dotación de funcionarios a cargo de la plataforma.
- c. La normativa no especificaba el tipo de información, forma de entrega y plazos comprometidos. De esta manera, la facultad del Sernageomin en esta materia se veía dificultada, especialmente al momento de recibir la información, ya que, muchas veces, ella no era presentada en formatos compatibles con el Sigex.

En virtud de lo anteriormente expuesto, resultaba necesario regular de mejor manera la entrega de este tipo de información, no solo para dotar de mayores certezas a los titulares, sino que también para facilitar la gestión del Servicio.

El cumplimiento de la obligación de la entrega de información geológica pasó a regularse en la Ley N° 21.649 y en el Decreto N° 9, de 2024, del Ministerio de Minería, que aprueba el reglamento que regula la obligación de entrega de información geológica dispuesta en el Código de Minería.

La nueva regulación de entrega de información geológica se caracteriza por lo siguiente:

1. El titular se encontrará obligado a presentar la información geológica. El titular deberá dar cumplimiento a la obligación, no siendo necesario que el Servicio la requiera previamente. Lo anterior es del todo razonable, considerando el número de funcionarios con los que cuenta el Sernageomin, junto con la cantidad de antecedentes proporcionados.

No obstante ello, en caso de que el titular no cumpla con su obligación oportunamente, el Servicio podrá conminar al concesionario a aquello.

2. El titular deberá hacer entrega de la información geológica, pudiendo ser básica o avanzada. Lo anterior es una novedad importante, ya que el Decreto N° 104 solo obligaba al concesionario a entregar la información geológica básica. Para estos efectos es importante considerar las siguientes definiciones expuestas en el Decreto antes señalado:

- a. *Información geológica:* El artículo 2, literal g), del Decreto N° 9 define información geológica como aquel *conjunto de datos y antecedentes obtenidos de los trabajos de exploración, tales como bases de datos de muestras, certificados analíticos, mapas, levantamientos geológicos, geofísicos, topográficos, bases de datos de sondajes y cualquier otro tipo de estudios.*

- b. *Exploración geológica básica:* El artículo 2, literal e), del Decreto N° 9, al igual que en el Decreto N° 104, expone el concepto de exploración geológica básica, el que tiene por objeto identificar un potencial yacimiento minero. Es importante señalar que la información geológica básica deviene de los trabajos de exploración básicos. De esta manera, es importante señalar que la evidencia recabada es bastante preliminar respecto de la zona abarcada.

- c. *Información geológica avanzada:* El artículo 2, literal f), del Decreto N° 9 define información geológica avanzada como aquella *actividad de exploración en la cual se trabaja con la información obtenida en la etapa de exploración básica, con el fin de caracterizar los depósitos minerales con mayor precisión y delinear el recurso con valor económico. Los resultados de esta etapa son usados para el desarrollo de estudios de prefactibilidad y realizar la conversión de recursos a reservas mineras.*

Como es posible vislumbrar, la información geológica avanzada es más precisa, y su desarrollo puede devenir en la materialización de un proyecto de explotación. Debido a que este tipo de información podría ser avaluable en dinero, el legislador obliga al Servicio a guardar confidencialidad de ella por el plazo de 4 años. De esta manera, el titular del proyecto de exploración tendrá el plazo de 4 años para evaluar la ejecución o venta del proyecto.

3. Todo concesionario deberá dar cumplimiento a la obligación, tanto de exploración como de explotación. Si bien la recopilación de información geológica es propia de los concesionarios de exploración, el legislador reconoce que, durante la explotación de un yacimiento, el titular realiza labores de exploración. De esta manera, tanto el concesionario de exploración como el de explotación tienen la obligación de presentar la información geológica correspondiente, en los casos que corresponda.

Para estos efectos, el Decreto N° 9 distingue el cumplimiento de la obligación entre tipos de concesión:

- a) Concesionario de exploración. El cuerpo normativo reconoce dos situaciones a exponer:
 - (i) *Término de concesión de exploración*: El titular tendrá el plazo de 30 días para cumplir con la obligación de entrega de información geológica, contados desde que se decreta la extinción de la concesión.
 - (ii) *Prórroga de la concesión de exploración*: En caso de que el titular solicite una prórroga de la vigencia de la concesión, el titular deberá presentar la información geológica correspondiente dentro de los primeros 6 meses del último año de vigencia de la concesión, antes de su término efectivo.
 - b) Concesionario de explotación. El titular de una concesión de explotación deberá remitir la información correspondiente cada dos años hasta el término de su vigencia, contados desde la constitución de la misma.
4. Multa por incumplimiento. El incumplimiento de parte del concesionario en la entrega de la información geológica dentro de los plazos establecidos facultará al Servicio a aplicar una multa ascendente a la suma de 100 unidades tributarias anuales. Ahora bien, dicho valor podría incrementarse en 200 unidades tributarias anuales, en caso de que el Servicio conmine al titular a su presentación y este no cumpla en el plazo reconocido.
 5. Procedimiento para su presentación. El titular deberá hacer entrega de la información por medio de un Reporte de Información Geológica, el que se deberá presentar digitalmente en la plataforma que disponga el Servicio. Es importante señalar que la información presentada por el concesionario será objeto de un examen de forma y fondo, donde el Servicio podrá solicitar aclaraciones, rectificaciones y complementaciones a la información entregada. No hay que olvidar que esta información será de público acceso, por lo que la claridad en su contenido es preponderante.
 6. Formatos de entrega de la información geológica. Uno de los grandes problemas que mantenía el Servicio era que el Decreto N° 104 no “reconocía” los formatos que los titulares debían utilizar para presentar la información. Lo anterior se producía porque el Sernageomin debía “convertir” los archivos en formatos compatibles con sus sistemas informativos, para luego ser publicados en la plataforma Sigex. El Decreto N° 9 expone los diferentes formatos que los titulares pueden utilizar conforme con el tipo de información a entregar, los que se encuentran regulados en el artículo 9 del referido Decreto.

RÉGIMEN DE AMPARO

El Código de Minería reconoce un sistema de amparo por pago de patentes, vale decir, que para mantener la propiedad de la concesión minera basta con realizar el pago anual de la suma correspondiente. Ahora bien, con el paso del tiempo se presentaron diferentes situaciones no deseadas por el legislador de la época:

- a. *Acaparamiento y especulación*: Debido a que el Código de Minería no exigía ningún otro requisito para mantener la propiedad de la concesión, muchas empresas mineras constituyeron una gran cantidad de concesiones, sin que ellas se encontraran necesariamente asociadas a un proyecto de exploración o explotación. Lo anterior, y considerando que los valores por patentes no eran especialmente altos, se tradujo en que gran parte de la propiedad minera se encontrara radicada en algunas empresas, la gran mayoría perteneciente al sector de la gran minería. *Si uno analiza las concesiones de exploración, el 45% del total está en manos de 12 actores, siendo SQM el que lidera las concesiones con 12,9% del total. En el caso de las concesiones para exploración, la situación es aún más dramática, ya que el 30% del total está en manos de tres actores: BHP Billiton, que en Chile opera Escondida, Codelco y la minera ligada al grupo Luksic, Antofagasta Minerals*³. El fenómeno anteriormente descrito trajo como consecuencia que aquellas empresas que contaban con un proyecto efectivo de exploración o explotación vieran dificultada su materialización, constituyéndose una verdadera barrera de entrada para el desarrollo de la industria. Lo anterior, ya que para poder ejecutar el proyecto minero, y considerando que la mayoría del terreno se encuentra concesionado, el titular del proyecto debe dirigirse al propietario de la concesión y lograr un acuerdo para materializarlo; ya sea por medio de la venta o el arrendamiento de la concesión. Ello significaba mayores tiempos de tramitación y mayores costos asociados para ejecutar el proyecto, entre otros factores. Es importante señalar que, hasta la dictación de la Ley N° 21.649, el valor de la patente minera, ya sea de exploración o de explotación, no era especialmente elevado, lo que facilitaba el acaparamiento. *Luego, con la idea de movilizar la propiedad minera, se revisó el costo de las patentes a nivel internacional, constatándose que Chile se encontraba muy por debajo de la media. De hecho, la media del costo de patente de exploración en Chile, antes de la Ley N° 21.420, era 6,5 veces menor; la media del costo de patente de explotación en el país, antes de la mencionada ley, estaba 4 veces por debajo de la media internacional, y además, distinguía entre minería metálica y no metálica, y respecto de esta última, antes de la Ley N° 21.420 era 13 veces inferior a la media internacional*⁴. Tal como lo desarrollaremos con posterioridad, el legislador incluyó que la concesión fuera trabajada. De esta manera y en caso de que el acaparador deseara continuar con su práctica, deberá someterse a una escala progresiva de cobro.

³ <https://energiaen Chile.cl/acaparamiento-de-concesiones-mineras-en-el-pais-alertan-al-ministerio-de-mineria/> (consultado el 5 de junio de 2024).

⁴ Informe de la Comisión de Minería y Energía recaído en el proyecto de ley que pospone, para el sector minero, los efectos de la Ley N° 21.420, que reduce o elimina exenciones tributarias que indica, Cámara de Diputados, boletín N° 15.511-08, 23 de diciembre de 2022, p. 5.

- b. *Falta de desarrollo de proyectos* de exploración. Debido a la falta de certezas que el acaparamiento y especulación han producido en el sector minero, junto con el riesgo inherente en la actividad, el desarrollo de proyectos de exploración ha disminuido. *El Reporte Mensual del SEA contabilizó el ingreso de 6 proyectos mineros en enero, con una inversión total de US\$ 2.046. Esto representó una baja de US\$ 1.581 en comparación a enero de 2023*⁵.

Lo anterior es preocupante no solo porque nuestro país ha perdido competitividad en la industria, sino porque para dar cumplimiento a los desafíos en materia de cambio climático, es necesario contar con mayores proyectos mineros susceptibles de ser explotados en el futuro.

MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE PATENTES MINERAS

Para efectos de combatir el acaparamiento y la especulación, objetivo que se ha adelantado, la Ley N° 21.649 modificó los valores de las patentes mineras en el siguiente sentido:

- a. Concesión de exploración. Los valores por patente de exploración pasan de 1/50 de UTM a 3/50 de UTM por cada hectárea completa.
- b. Concesión de explotación. Los valores por patente de explotación se mantienen en 1/10 de UTM por hectárea completa, en la medida que el concesionario pueda acreditar que se encuentra trabajando aquella. En caso contrario, sus valores aumentarán progresivamente, tal como exponemos a continuación.
- c. Concesiones no metálicas. Hasta la dictación de la ley en análisis, el Código de Minería reconocía un régimen especial aplicable a la minería no metálica. Con la publicación de la Ley N° 21.649 se termina con dicho régimen especial, quedando sujeta la minería no metálica al régimen general aplicable.

CONCEPTO DE TRABAJO, ACTIVIDADES U OBRAS

Tal como expusimos precedentemente, la Ley N° 21.649 estableció nuevos valores aplicables a las patentes mineras. Ahora bien, respecto de las concesiones de explotación, el titular puede optar por mantener los valores (1/10 de UTM por hectárea completa) en la medida que acredite que ha iniciado trabajos, actividades u obras en la pertenencia. En virtud de lo anterior, se incentiva que el concesionario

⁵ <https://exploracionesmineras.cl/enero-de-2024-sector-minero-disminuyo-inversion-con-cuatro-proyectos-menos> (consultado el 27 de mayo de 2024).

desarrolle efectivamente una actividad o proyecto minero. Es importante señalar que si bien el legislador no prohíbe el acaparamiento, sí hace que su práctica sea más gravosa para quien la realice.

CONCESIÓN MINERA TRABAJADA

Conforme con lo reconocido en el DS N° 10, del Ministerio de Minería, que modifica el Decreto Supremo N° 1, de 1987, del Ministerio de Minería, que aprueba reglamento del Código de Minería, una pertenencia minera se considerará trabajada en alguna de las siguientes hipótesis:

- (i) Trabajo efectivo de la concesión: Se entenderá que el titular ha ejecutado trabajos efectivos en la pertenencia en caso de que realice alguna de las actividades definidas en la letra D) del artículo 3 de la Ley N° 21.551⁶, de 2012, del Ministerio de Minería, que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras. No obstante ello, el legislador reconoce que dichas actividades deben cumplir con los siguientes requisitos:
 - o Deben ser permanentes y continuas*. En ese sentido, no bastará con que el concesionario ejecute obras de forma esporádica, sino que debe existir una continuidad en su ejecución dirigida a la materialización efectiva del proyecto.
 - o Destinadas al desarrollo de operaciones mineras*. En consecuencia, no toda obra será considerada como trabajo sino aquella que efectivamente tenga por objeto el desarrollo de un proyecto minero. Es importante señalar que el reglamento no reconoce qué tipo de obras no se encontrarían destinadas al desarrollo de operaciones mineras, lo que dificulta su entendimiento. No hay que olvidar la gran cantidad de obras, operaciones y actividades que rodean un proyecto minero, pudiendo cualquier obra ser susceptible de ser justificada.
- (ii) Proyecto minero con Resolución de Calificación Ambiental (RCA) favorable o en trámite. En caso de que la concesión minera cuente con un proyecto minero con RCA favorable emitida por el Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante “SEA”) o haya sido admitida a trámite de evaluación, el concesionario podrá optar por el pago de 1/10 de UTM por dicha patente. Para estos efectos y conforme con lo establecido en el DS N° 10, para acreditar aquello el titular deberá presentar

⁶ Operación minera: Las actividades que incluyen las fases de exploración, en los casos que se encuentre sometida al sistema de evaluación de impacto ambiental, de acuerdo con las disposiciones de la Ley N° 19.300, y las actividades de prospección, construcción, explotación y beneficio de minerales, de una faena minera.

al Servicio la RCA vigente, o bien, la resolución del SEA que admite a trámite la evaluación del proyecto minero correspondiente.

- (iii) Proyectos de concesionarios sujetos al Título XV del Reglamento de Seguridad Minera. En caso de que el concesionario minero cuya capacidad de extracción o tratamiento sea igual o inferior a 5.000 t/m se encuentre tramitando alguno de los permisos reconocidos en el artículo 595 y siguientes del Reglamento de Seguridad Minera, vale decir, la Declaración Minera o Proyecto Minero, podrán optar por el pago de una patente de 1/10 de UTM.

Finalmente, es importante señalar que el hecho de que el legislador exija el trabajo de la concesión para mantener los valores de cobro no significa que nuestro ordenamiento jurídico pase a reconocer un sistema de amparo por trabajo. Lo anterior es posible, ya que la acreditación de trabajo solo trae como consecuencia que la concesión no se vea afectada por un incremento progresivo en sus tasas a aplicar. De esta manera, la propiedad de la concesión minera no se verá afectada por el no trabajo de la concesión.

UNIDAD PRODUCTIVA Y SUS POSIBLES EXPANSIONES

Un nuevo concepto incorporado por el DS N° 10 y que constituye un factor preponderante a la hora de determinar el valor por el pago de patentes mineras es la delimitación de aquellas áreas y concesiones que forman parte de una unidad productiva minera y sus posibles expansiones. En ese orden de ideas, a aquellas pertenencias que formen parte de la unidad productiva de un proyecto minero o puedan ser objeto de una expansión del mismo, les será aplicable el valor correspondiente a 1/10 de UTM por hectárea.

- *Unidad productiva*: El DS 10 reconoce por unidad productiva minera el conjunto de instalaciones y lugares de trabajo que se organizan para asegurar el funcionamiento de operaciones mineras, entendiendo por partes las instalaciones y lugares de trabajo señalados en la letra i) del artículo 3 de la Ley N° 21.551⁷.

⁷ Artículo 3, letra i), Ley N° 21.551: Faena minera e industria extractiva minera: Se entenderá por Faena Minera el conjunto de instalaciones y lugares de trabajo de la industria extractiva minera, tales como minas, plantas de tratamiento, fundiciones, baterías, equipamiento, ductos, oleoductos y gasoductos de hidrocarburos, maestranzas, talleres, casas de fuerza, puertos de embarque de productos mineros, campamentos, bodegas, lugares de acopios, pilas de lixiviación, depósitos de residuos masivos mineros, depósitos de relaves, de estériles, rípios de lixiviación y, en general, la totalidad de las labores, instalaciones y servicios de apoyo e infraestructura que existen respecto de una mina o establecimiento de beneficio para asegurar el funcionamiento de las operaciones mineras.

De esta manera, la unidad productiva correspondería a la faena minera en su conjunto considerando minas, plantas de tratamiento, fundiciones, entre otras. Si bien el listado reconocido en dicho artículo no es taxativo, la disposición incluye un residual que corresponde a la totalidad de las labores, instalaciones y servicios de apoyo e infraestructura que existen en una mina o establecimiento de beneficio para asegurar el funcionamiento de las operaciones mineras.

- *Posibles expansiones*: Por su parte, el mismo cuerpo legal reconoce que las posibles expansiones de una unidad productiva comprenderán las áreas que abarquen los proyectos o planes de crecimiento, desarrollo o expansión de la operación minera, los que deberán estar vinculados directamente a la unidad productiva. En virtud de lo anteriormente expresado, para que las concesiones ubicadas fuera de la unidad productiva sean objeto de una patente del 1/10 de UTM por hectárea completa, deberá recaer en una posible expansión de aquella. Es importante señalar que la expansión se deberá encontrar vinculada directamente a la unidad productiva. De esta manera, la expansión no constituye un nuevo proyecto, sino que una continuidad de la unidad productiva. Para efectos de incluir una concesión como parte de una posible expansión, el nuevo artículo 54 del Reglamento del Código de Minería obliga al titular del proyecto, y finalmente de la unidad productiva, al acompañamiento de diferentes antecedentes para efectos de certificar que corresponde a una eventual expansión de la misma.

Caso especial de salares. El DS N° 10 reconoce que, para el caso especial de concesiones de explotación en salares, constituirán una “posible expansión” aquellas pertenencias que mantengan un titular en un salar en donde se encuentre ubicada una unidad productiva del mismo propietario. De esta manera, se le aplicará el mismo valor por patente que a las pertenencias donde esta se ubica. Lo anterior es atendible considerando la naturaleza fluida de la salmuera, cuya movilidad no solo afecta los límites físicos del cuerpo mineralizado, sino que también la concentración de dichos metales.

Para los efectos de esta ley se considerará industria extractiva minera el conjunto de actividades relacionadas con la exploración, prospección, extracción, explotación, procesamiento, transporte, acopio, transformación, disposición de sustancias minerales, sus productos y subproductos; las sustancias fósiles y depósitos de hidrocarburos líquidos o gaseosos, en las condiciones específicas que se señalan en el Título XII. La industria extractiva minera incluirá el conjunto de obras destinadas a abrir, habilitar, desarrollar, instalar y adosar permanentemente, en su caso, las excavaciones, construcciones, túneles, obras civiles y maquinarias que tengan estrecha relación con las actividades antes señaladas.

ESCALA PROGRESIVA APLICABLE

Tal como expusimos con anterioridad, la tasa aplicable a las concesiones de explotación se mantendrá en 1/10 de UTM solo en la medida cuando el titular pueda acreditar que se encuentra realizando trabajos en la concesión. En caso contrario, el legislador reconoce un aumento progresivo en el valor de la patente por año transcurrido, conforme lo siguiente:

- a. 4/10 de UTM para los primeros cinco años de vigencia de la concesión.
- b. 8/10 de UTM desde el año sexto al décimo de vigencia de la concesión.
- c. 9/10 de UTM desde el año undécimo al año decimoquinto de vigencia de la concesión.
- d. 1,2 UTM desde el año vigésimo primero al año vigésimo quinto de vigencia de la concesión.
- e. 3 UTM desde el año vigésimo sexto al año trigésimo de vigencia de la concesión.
- f. 12 UTM a partir del trigésimo primer año de vigencia de la concesión.

Es importante señalar que, para efectos de entregar mayores certezas jurídicas, durante el primer año de vigencia de la Ley N° 21.649, las pertenencias mineras se reconocen como trabajadas, por lo que se les aplica una tasa de 1/10 de UTM.

Caso especial de titulares hasta 500 hectáreas. Respecto del pago de patentes de concesiones de explotación para aquellos titulares de concesiones de explotación que mantengan en propiedad hasta 500 hectáreas en total, ya sea por medio de una o varias pertenencias, la Ley N° 21.649 reconoce que le será aplicable el valor de 1/10 de UTM por hectárea, en la medida que se cumplan los siguientes requisitos:

- a. El propietario de una concesión de hasta 500 hectáreas o grupo de pertenencias debe sumar superficies totales que no sobrepasen las 500 hectáreas.
- b. El titular debe ser persona natural, sociedad legal minera, cooperativa minera o una empresa individual de responsabilidad limitada.
- c. Acreditación de trabajos. El titular deberá certificar que ha realizado trabajos en la pertenencia o grupo de pertenencias, conforme con las mismas reglas enunciadas en el artículo 142 bis. Es importante señalar que, en caso de que el titular sea propietario de un grupo de pertenencias, bastará que certifique la ejecución de trabajos en una de ellas para que el beneficio sea aplicable a todas.

Es sustancial tener presente que, en el caso de la pertenencia trabajada, se presumirá en tal condición por el plazo de 5 años. Luego de transcurrido tal período y para efectos de optar al valor de 1/10 de UTM, el concesionario deberá acreditar la realización de nuevos trabajos, conforme con lo establecido en el artículo 142 bis.

- d. El titular deberá encontrarse al día en el pago anual de la suma correspondiente en cada caso. Si bien la acreditación de trabajo se debe realizar cada 5 años, el pago de la patente se debe realizar todos los años. En ese sentido, para poder acceder al beneficio de pago de 1/10 de UTM para concesiones de explotación, el titular debe haber realizado el cumplimiento al pago anual por concepto de patente minera.

DURACIÓN CONCESIÓN DE EXPLORACIÓN

El artículo 112 del Código de Minería reconocía que la concesión de exploración tenía una duración de 2 años prorrogables por otros dos, siempre que el titular hiciera abandono de, al menos, la mitad de la superficie objeto de la concesión. Eso sí, y según se expuso durante la tramitación legislativa, ello no era consecuente con la realidad de la actividad minera, ya que las campañas de exploración tienen, por lo general, una duración superior a 4 años. *Abora bien, y considerando que en la práctica las actividades de exploración pueden tener una duración mayor y que la obtención de los permisos necesarios para su ejecución –especialmente la Resolución de Calificación Ambiental– puede demorar uno o dos años, el proyecto de ley propone (...)*⁸.

De esta manera, la Ley N° 21.649 modifica tal disposición reconociendo una duración ordinaria de la concesión de exploración de 4 años, pudiendo prorrogarse, por una sola vez, por otros cuatro años, sin necesidad de abandonar parte de la superficie objeto de la concesión. Es importante señalar que el legislador reconoce dos requisitos alternativos para optar a la prórroga correspondiente:

- a. *Presentación de información geológica.* Para que el titular de una concesión de exploración pueda solicitar su prórroga deberá haber efectuado el cumplimiento a la obligación de entrega de información geológica. Dicha información se deberá presentar dentro de los últimos seis meses de vigencia efectiva de la concesión.
- b. *Obtención de la Resolución de Calificación Ambiental o ingreso a trámite al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.* Alternativamente, el titular que solicite la prórroga de la concesión de exploración podrá acompañar la Resolución de Calificación Ambiental correspondiente o la resolución del Servicio de Evaluación Ambiental que admite a trámite el proyecto. Lo anterior es razonable, ya que

⁸ Mensaje proyecto de ley que modifica disposiciones del Código de Minería; la Ley N° 21.420, que reduce o elimina exenciones tributarias que indica; la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras; la Ley N° 18.097 y el Decreto Ley N° 3.525, de 1980, que crea el Servicio Nacional de Geología y Minería (boletín N° 15.510-08, año 2022).

tales actos administrativos certificarán que el titular mantiene un proyecto de exploración efectivo. Ello permite combatir prácticas especulativas en el sector.

Renovación de la concesión. Si bien el Código de Minería permitía la renovación de la concesión de exploración por dos años, por una sola vez, esta había tendido a ser de duración indefinida. Lo anterior, ya que una vez cumplido el plazo máximo de otorgamiento, era solicitada nuevamente por el mismo concesionario o tercero relacionado. Dicha práctica se traducía a que diferentes personas adquirieran concesiones mineras para fines no mineros o especulativos. *En efecto, la práctica de repedimentos permite que el titular de una concesión de exploración pueda tanto extender su derecho en forma indefinida como hacer uso de la preferencia para realizar actividades de explotación, sea con el fin supuesto o solo para conservar las preferencias incluso cuando hay un interesado, por medio de la transformación de la concesión de exploración en explotación*⁹.

Si bien la Ley N° 21.420 se hacía cargo de lo expresado en el párrafo precedente, esta vetaba definitivamente al titular respecto de la posibilidad de tener la superficie concesionada, lo que no parecía razonable. En consecuencia, la Ley N° 21.649 modificó el artículo 112 bis propuesto por la Ley N° 21.420, en el sentido de que quien haya sido titular de una concesión de exploración, no podrá adquirir por sí o por interpósita persona una nueva concesión de exploración que comprenda, total o parcialmente, la superficie que hubiera abarcado la concesión extinguida, por el plazo de un año. Lo anterior dificulta que una persona pueda acaparar concesiones de exploración para fines especulativos, junto con terminar con la duración indefinida de la misma. *La obtención de licencias mineras de exploración que no son necesariamente utilizadas para desarrollar la actividad minera, sino que se busca una especulación económica de dichas concesiones por parte de personas naturales y jurídicas que no se dedican exclusivamente a la actividad minera. Para Transparencia Internacional, estos actos pueden generar concentración de mercado y la reducción de barreras de entrada a distintos competidores, ya que las concesiones no estarían siendo utilizadas para los fines que se crearon*¹⁰.

Finalmente, y para efectos de asegurar su cumplimiento, la Ley N° 21.649 reconoce en favor de los propios ciudadanos la facultad de denunciar cuando tengan conocimiento de tal práctica.

⁹ Centro de Estudios Horizontal, *Uso efectivo de las concesiones mineras*, p. 4. Disponible en <https://horizontalchile.cl/assets/uploads/2022/03/Uso-efectivo-de-las-concesiones-mineras.pdf>

¹⁰ Chile Transparente, *Riesgo de corrupción en concesiones mineras y otorgamiento de permisos ambientales: El caso de Chile*, 2018, p. 19.

DENUNCIA DE OBRA NUEVA

De conformidad con lo estipulado en el artículo 94 del Código de Minería, *las acciones posesorias y la acción reivindicatoria proceden respecto de la concesión minera y de otros derechos reales constituidos sobre ella*. El titular de una concesión minera, ya sea de exploración o de explotación, tiene el derecho de ejercer las acciones correspondientes para efectos de proteger la propiedad que mantiene sobre ella.

Primeramente, es importante recordar que, en materia de derecho minero, convergen dos derechos, a señalar: (i) derecho del propietario del predio superficial en donde se emplazará el proyecto minero, y (ii) derecho del concesionario minero para extraer los minerales que se encuentren bajo el predio superficial. En la práctica, puede ocurrir que el propietario del predio superficial sea el mismo concesionario minero o no, en cuya situación deberá lograrse un acuerdo entre ambos propietarios, que permita el desarrollo del proyecto minero haciéndose cargo de los eventuales perjuicios que pudieran ocasionarse sobre el predio superficial.

La denuncia de obra nueva constituye una acción posesoria, que detenta el concesionario minero para solicitar la suspensión o paralización de las obras que se lleven a cabo dentro del predio superficial. De esta manera, el titular de una concesión minera alega que las obras llevadas a cabo dentro del predio superficial pueden perjudicar la ejecución de su proyecto minero. Es importante señalar que dicha acción se ha prestado para que las personas soliciten una concesión minera como “medio de protección” respecto de las eventuales obras que se pudieran ejecutar en la superficie. Lo anterior se ha traducido en la paralización de obras relacionadas con diferentes sectores productivos, tales como energía, inmobiliario, entre otros. *El primer caso se da cuando la concesión minera se constituye para precaver el ingreso de terceros en lugares que se pretende desarrollar, por ejemplo, proyectos inmobiliarios, científicos u otras obras de infraestructura. Así, se busca impedir que terceros obstaculicen la iniciativa empresarial mediante la constitución de propiedad minera, marginando áreas que podrían ser investigadas con fines mineros y encareciendo a las otras actividades por mantener vigilancia y catastro de las propiedades*¹¹.

Si bien la Ley N° 21.420 exigió la constitución de una servidumbre u otro derecho real que grave el predio superficial para efectos de interponer una denuncia de obra nueva, la Ley N° 21.649 incorporó la obligación del concesionario minero de acompañar los antecedentes necesarios que justifiquen el peligro grave e inminente en caso de que no se otorgue. De esta manera, para que un concesionario pueda invocar una acción posesoria de este tipo deberá cumplir con los siguientes requisitos a señalar:

¹¹ Comisión Chilena del Cobre, *Propiedad minera en Chile: estado y medidas de perfeccionamiento*, 2017, p. 14.

- a. Constitución de una servidumbre o derecho real que grave el predio superficial.
- b. Acompañamiento de antecedentes que justifiquen su interposición por el peligro grave e inminente que una obra en el predio superficial pudiera provocar.

Como es posible vislumbrar, tales requisitos tienen por objeto certificar y comprometer al concesionario minero en la ejecución de algún proyecto minero en la zona y que no mantendrá la concesión para efectos especulativos.

MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE COORDENADAS

Actualmente, para la delimitación de concesiones mineras, nuestro país utiliza el sistema de coordenadas PSAD-56, cuyo uso data desde 1956. Ahora bien, y debido a los avances tecnológicos en la materia y a la existencia de otros sistemas más precisos, la Ley N° 21.420 reconoció el cambio de sistema de coordenadas desde PSAD-56 a *datum* Sirgas. Si bien la modificación era atinente, ya que el sistema Sirgas es más preciso y moderno, el proceso de transformación resultaba muy engorroso, requiriendo contar con tiempo suficiente para su materialización. Sin ir más lejos, según lo expuesto por representantes del Instituto Geográfico Militar (en adelante, “IGM”), durante la tramitación del proyecto de ley, para poder realizar la transformación a *datum* Sirgas debe trabajarse en terreno para efectos de verificar las coordenadas, junto con conocer los parámetros y metodologías de transformación utilizados¹². Lo anterior, ya que la transformación a sistemas modernos se puede traducir en que existan márgenes de error de hasta 20 metros respecto de los deslindes de las concesiones. De esta manera, se debe acudir a terreno para medir y comprobar que los deslindes sean los correctos una vez transformados. Es importante señalar que el IGM es el representante de Sirgas en Chile, por lo que el proceso de transformación y metodología utilizada para aquello debe, necesariamente, pasar por su autorización.

Conforme con lo anteriormente señalado y debido a la imposibilidad de realizar tal cambio oportunamente, la Ley N° 21.649 procedió a reemplazar la referencia a *datum* Sirgas por el *datum* definido en el reglamento. De esta manera, el legislador encomienda al reglamento la definición del sistema de coordenadas aplicable en materia minera.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley N° 21.649 pasa a reconocer un procedimiento para unificar las concesiones, en caso de que el reglamento correspondiente modifique el sistema, a señalar:

¹² Comisión de Minería y Energía de la Cámara de Diputados, 14 de junio de 2024, intervención Instituto Geográfico Militar.

- a. El Sernageomin, una vez materializada la transformación de coordenadas al nuevo sistema, las publicará en la forma y oportunidad que determine el reglamento. El titular tendrá el plazo de 90 días para reclamar los valores publicados.
- b. El Sernageomin deberá publicar la reclamación en la forma que determine el reglamento, con el objeto de que cualquier titular afectado pueda oponerse. El opositor tendrá el plazo de 30 días para su presentación.
- c. Tanto la reclamación como la eventual oposición deberán ser resueltas por el Servicio dentro del plazo de 60 días hábiles, pudiendo prorrogarse por 30 días adicionales por una sola vez.
- d. Una vez dictada la resolución correspondiente por parte del Servicio, la parte afectada podrá reclamar dentro de 15 días hábiles, contados desde su notificación.
- e. En caso de que la resolución a la que se hace mención en el literal precedente no sea satisfactoria para el reclamante, este podrá reclamar judicialmente dentro del plazo de 30 días, contados desde su notificación.

REFERENCIAS

- DIRECCIÓN DE PRESUPUESTOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA (2024). *Variación de las asignaciones presupuestarias en 2024; motivos e incidencia del monitoreo y evaluación*, Dirección de Presupuestos, octubre de 2023. Disponible en https://www.dipres.gob.cl/598/articles-320436_doc_pdf.pdf
- GOBIERNO DE CANADÁ (2011), *Manual Informativo sobre Minería en Chile*, diciembre 2011, Disponible en <https://www.casadelapaz.cl/wp-content/uploads/2018/06/Mineria-en-Chile.pdf>.
- CENTRO DE ESTUDIOS HORIZONTAL, *Uso efectivo de las concesiones mineras*, septiembre 2019. Disponible en <https://horizontalchile.cl/assets/uploads/2022/03/Uso-efectivo-de-las-concesiones-mineras.pdf>
- CHILE TRANSPARENTE, *Riesgo de corrupción en concesiones mineras y otorgamiento de permisos ambientales: El caso de Chile*, 2018. Disponible en https://www.chile-transparente.cl/wpcontent/files_mf/1517340532InformeMineriafull.compressed.pdf
- COMISIÓN CHILENA DEL COBRE, *Propiedad minera en Chile: Estado y medidas de perfeccionamiento*, 2017. Disponible en <https://www.cochilco.cl/Listado%20Temtico/092016%20Propiedad%20minera%20en%20Chile%20Estado%20actual%20y%20medidas%20de%20perfeccionam%20%20%20VP.pdf>

¿ES POSIBLE REVOCAR EL CERTIFICADO DE IDONEIDAD OTORGADO A LOS ADOPTANTES POR ORGANISMOS ACREDITADOS ANTE EL SERVICIO DE MEJOR NIÑEZ?

*Javier Herrera Valverde**

*Joaquín Reyes Barros***

RESUMEN

Este artículo versa respecto de la naturaleza jurídica del informe o Certificado de Idoneidad referido en los artículos 20 y 23 de la Ley N° 19.620, que dicta normas acerca de adopción de menores (“Ley de Adopción”), emitido por los colaboradores acreditados por el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia (“Servicio de Mejor Niñez”, ex-Sename). Sostenemos que dicho informe o certificado es un acto administrativo de contenido favorable para sus destinatarios. Tal naturaleza determina la posibilidad de revocar dicho certificado, y los requisitos que dicha revocación debiese cumplir en caso de ser procedente, cuestiones que también se analizan en el artículo. En relación con lo anterior, se estudiará también la posibilidad de controlar judicialmente los actos de discrecionalidad administrativa que versan concernientes a cuestiones técnicas, como es el caso del antedicho informe o Certificado de Idoneidad.

Palabras clave: Ley de adopción, informe de idoneidad, Servicio de Mejor Niñez, acto administrativo, discrecionalidad administrativa.

El presente trabajo alude a la naturaleza jurídica del informe o Certificado de Idoneidad referido en los artículos 20 y 23 de la Ley N° 19.620, que dicta normas acerca de adopción de menores (“Ley de Adopción”) cuando tal informe es dictado

* Máster en Estudios Jurídicos Avanzados, Universidad de Barcelona. Doctor (c) en Ciudadanía y Derechos Humanos, Universidad de Barcelona. Correo electrónico: jherreva21@doct.ub.edu

** Doctor en Derecho, Universidad de Edimburgo. Investigador, Facultad de Derecho, Universidad San Sebastián. Correo electrónico: joaquin.reyes@uss.cl

por una institución en su calidad de organismo acreditado por el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia (en adelante e indistintamente, “Servicio de Mejor Niñez” o “Servicio”, antes conocido como “Sename”). Luego de establecer su naturaleza jurídica como acto administrativo, analizaremos la posibilidad de revocar dicho certificado, y los requisitos que dicha revocación debiese cumplir en caso de ser procedente. Además, se analizará acerca de la posibilidad de controlar judicialmente los actos de discrecionalidad administrativa que tratan acerca de cuestiones técnicas, como es el caso del antedicho informe o Certificado de Idoneidad.

El presente artículo está dividido en cuatro secciones. La primera sección tratará la naturaleza jurídica del informe o Certificado de Idoneidad emitido por los organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez. En ella sostendremos que el Certificado de Idoneidad es un acto administrativo de contenido favorable para sus destinatarios, y que tales organismos, sin perjuicio de ser entidades privadas, al otorgar dicho certificado actúan en ejercicio de potestades públicas y, por tanto, como un órgano administrativo más.

En la segunda sección analizaremos si la entidad certificante posee la facultad para revocar dicho certificado y cuáles serían los requisitos que dicha revocación debiese cumplir para producir efectos jurídicos. Nuestra conclusión será que, siendo el Certificado de Idoneidad un acto administrativo de contenido favorable, su revisión únicamente procede de manera excepcional, en casos cuando los derechos de los administrados hayan sido adquiridos de manera ilegítima, es decir, por medio de fraude o medios ilícitos, mediante un procedimiento de invalidación. Aun en estos casos, el procedimiento de invalidación debe garantizar un procedimiento racional y justo, cumpliendo siempre el principio de motivación.

En la tercera sección mostraremos que los actos administrativos discrecionales sí son susceptibles de control judicial. Si bien existe discrepancia entre los autores respecto de la procedencia del control judicial, no cabe duda de que aún tales actos son susceptibles de control formal por parte de los tribunales de justicia. Por tanto, un acto revocatorio en ejercicio de la discrecionalidad administrativa es siempre susceptible de control judicial por parte de los tribunales de justicia.

La cuarta sección concluye el artículo.

1. NATURALEZA JURÍDICA DEL CERTIFICADO DE IDONEIDAD EMITIDO POR LOS ORGANISMOS ACREDITADOS ANTE EL SERVICIO DE MEJOR NIÑEZ

El artículo 20 de la Ley de Adopción establece que podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos que tengan dos o más años de matrimonio y que, cumpliendo con los demás requisitos legales, “hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6°”. Por su parte, el artículo 6° de la Ley de Adopción señala que podrán intervenir

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

en los programas de adopción “solo el Servicio Nacional de Menores [actualmente denominado ‘Servicio de Mejor Niñez’, ya individualizado] o los organismos acreditados ante este” (énfasis añadido).

Tal evaluación también se menciona en el artículo 23 N° 3, que señala que la solicitud de adopción se deberá acompañar de un *informe de evaluación de idoneidad física, mental, psicológica y moral del o los solicitantes, emitido por alguna de las instituciones aludidas en el artículo 6°* (énfasis añadido). Este es el llamado informe o “certificado” de idoneidad (en adelante, “Certificado de Idoneidad”), cuya naturaleza jurídica pasaremos a analizar a continuación.

En lo que sigue, sostendremos que el Certificado de Idoneidad es un acto administrativo de contenido favorable para sus destinatarios. Para ello mostraremos que los organismos colaboradores acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez reciben financiamiento estatal y ejercen potestades públicas (sección A); que, por esta y otras razones, el Certificado de Idoneidad es un acto administrativo en conformidad con la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (“Ley N° 19.880 o LBPA”) (sección B), y, finalmente, que es un acto administrativo de contenido favorable para sus beneficiarios (sección C).

A. Los organismos colaboradores acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez reciben financiamiento estatal y ejercen potestades públicas

Desde 1990, nuestro país ha asumido un rol de garante y se ha autoimpuesto la obligación de hacer el máximo de esfuerzos a su alcance por asegurar el bienestar y pleno ejercicio de los derechos de cada niño, niña y adolescente (NNA)¹. El punto de partida a este respecto fue la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN)². Sin embargo, el cumplimiento de los compromisos y obligaciones derivados de la CDN ha sido insuficiente³.

Para abordar estas deficiencias no solo ha sido necesario adaptar normas sustantivas y crear nuevos marcos jurídicos dirigidos a la protección de la niñez, sino que también ha resultado imprescindible reformar toda la institucionalidad relacionada. Esto ha implicado la creación de nuevos órganos administrativos como la Subsecretaría

¹ Subsecretaría de la Niñez (2024). *Resumen ejecutivo: Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su Plan de Acción (2024-2032)*.

² Mediante el D.S N° 830, de 14 de agosto de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga la Convención sobre los Derechos del Niño.

³ Una constatación de la falta de cumplimiento de los compromisos derivados de la CDN, puede verse en Defensoría de la Niñez (2022).

de la Niñez, el Servicio de Mejor Niñez y la Defensoría de la Niñez, entre otros⁴, además de la eliminación de otros, como el Sename.

En particular, el rol del Servicio Mejor Niñez ha sido cuestionado tanto por la opinión pública como por organismos internacionales, debido al incumplimiento de algunas de las funciones para las que fue creado⁵. Una de las principales áreas de cuestionamiento dice relación con la protección integral de la niñez y, en particular, la falta de una protección especializada⁶. Varias causas subyacen a este fenómeno: la escasez de profesionales especializados, la desinformación respecto del proceso de reestructuración tanto dentro del nuevo servicio como entre los organismos colaboradores, la continuidad de una oferta programática reactiva y fragmentada, una instalación apresurada del servicio antes de contar con reglamentos claros que estructuren su funcionamiento y un apoyo intersectorial insuficiente, entre otras. También se podría agregar como explicación de este fenómeno la consideración de los NNA únicamente como un objeto de protección y no como sujetos titulares de derechos⁷.

En este contexto, el Servicio de Mejor Niñez ha sido configurado como un organismo público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República, por medio del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, y sujeto a la fiscalización de la Subsecretaría de la Niñez⁸, operando, en gran medida, mediante los organismos colaboradores acreditados ante el Servicio.

El artículo 35, inciso primero, de la Ley Nº 21.302, define estos organismos como toda persona jurídica sin fines de lucro que, con el objeto de desarrollar las acciones señaladas en el artículo 2º de la misma ley, sea reconocida como tal en la forma y

⁴ Al respecto, véase lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley Nº 21.430, acerca de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

⁵ Lobos, Gabriela; Burgos, Carlos; Ulloa, Cynthia (2023). "Percepción de los profesionales interventores de organismos colaboradores del Servicio Mejor Niñez sobre la vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes en comuna centro-sur de Chile: una mirada desde el contexto de pandemia". *Revista Costarricense de Psicología*, vol. 42, Nº 1, pp. 81-96.

⁶ Unicef (2022), pp. 60-61.

⁷ Entre otros, por Lobos, Burgos y Ulloa (2023), Amador, Juan Carlos (2020): "Las voces infantiles llegan a ser tan potentes que es imposible no escucharlas": entrevista a Susana Sosenski. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 18 (2), pp. 1-10, 14. Contreras, Lorena, Paulsen, Catalina y Gómez, Esteban. (2018). "Graves vulneraciones de derechos en la infancia y adolescencia: variables de funcionamiento familiar", en: *Universitas Psychologica*, 17(3), pp. 1-10, 20. Herrera, Constanza, y Aravena, Andrea (2015). "Imaginario social de la infancia en la política social chilena" (2001-2012). *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), pp. 72-84, Lagos, Giselle y Pérez-Luco, Ricardo (2021). "Cumplimiento de derechos infantiles en Chile: evaluación de profesionales de programas públicos", en *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 19(1), pp. 1-19.

⁸ De conformidad a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Nº 21.302.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

condiciones exigidas por la Ley N° 20.032, que regula el régimen de aportes financieros del Estado a los colaboradores acreditados.

Estas instituciones sin fines de lucro –corporaciones o fundaciones– tienen por objeto la asistencia o protección de menores de edad y se encuentran sometidas en su actuar a las pautas técnicas elaboradas por la Dirección Nacional del Servicio de Mejor Niñez (art. 10° del Reglamento de la Ley de Adopción), ejercen potestades públicas en función del rol público que cumplen (art. 2°, N° 5 y 6 de la Ley N° 20.032, art. 1° de la Ley N° 21.032), están sometidas a supervisión por parte del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez (art. 6° Ley N° 21.032) y obtienen financiamiento estatal para el cumplimiento de sus fines (regulados por la Ley N° 20.032)⁹.

Es precisamente debido a la importancia de las potestades públicas que ejercen que sus actuaciones se encuentran estrictamente reguladas por diversos cuerpos normativos. En efecto, dentro del marco legal que regula la actuación de dichas instituciones encontramos las siguientes normas: (i) Ley N° 20.032, que regula el régimen de aportes financieros del Estado a los colaboradores acreditados; (ii) Ley N° 21.302, que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia; (iii) Decreto Supremo N° 944 de 2000 (Reglamento de la Ley de Adopción), y (iv) Normativa Técnica del Subprograma de Evaluación de Solicitantes y su Preparación como Familia Adoptiva (aprobada por Resolución Exenta N° 120, de fecha 26 de enero de 2018), entre otras.

A modo de ilustración, respecto de las potestades públicas que ejercen estos organismos colaboradores, se pueden anotar, además de la evaluación técnica de la idoneidad física, mental, psicológica y moral de los cónyuges chilenos o extranjeros con permanencia definitiva, aquellas relativas a la adopción de aquellas medidas necesarias para el ejercicio del derecho de los niños, niñas o adolescentes que acojan, a mantener relaciones personales, contacto directo y regular con sus padres y con otros parientes, salvo resolución judicial en contrario¹⁰, denunciar de inmediato a la autoridad competente las situaciones de vulneración a los derechos que fueren constitutivas de delito que afecten a cualquiera de los niños, niñas y adolescentes atendidos¹¹, y destinar la subvención fiscal a aquellos gastos que origina la atención de los niños, niñas y adolescentes, tales como remuneraciones y otros beneficios legales del personal, consumos básicos, mantenciones y reparaciones de inmuebles e instalaciones¹².

⁹ Actualmente existen cuatro organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez: (i) la Fundación Chilena de la Adopción; (ii) la Fundación Mi Casa; (iii) la Fundación Colonias y Campamentos y Hogares de Menores, y (iv) La Fundación San José.

¹⁰ Artículo 24, inciso 7°, Ley N° 21.302.

¹¹ Artículo 14, Ley N° 20.032.

¹² Artículo 26 bis, Ley N° 20.032.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

Como se puede advertir y en conformidad con lo dispuesto en el artículo 35, inciso final, de la Ley N° 21.302, para efectos de esa ley y las demás que conforman el sistema jurídico de protección de la niñez, “se entenderá que las personas jurídicas que sean colaboradores acreditados y su personal, cualquiera sea la naturaleza del vínculo, así como las personas naturales acreditadas, cumplen una *función pública*” (énfasis añadido). Lo anterior ha sido también señalado por la Contraloría General al momento de revisar la legalidad de los convenios suscritos entre el Servicio de Mejor Niñez y los colaboradores acreditados¹³.

De este modo, si bien los organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez son entidades de derecho privado sin fines de lucro, también constituyen entidades colaboradoras de la administración (en este caso, del Servicio de Mejor Niñez), formando parte del sector público, precisamente al cumplir, en esencia, fines de interés público orientados a la satisfacción de necesidades públicas, particularmente, formando parte del sistema jurídico de la protección de la niñez, percibiendo a tales efectos financiamiento del erario nacional, mediante la subvención correspondiente y debiendo cumplir con estándares que le impone el referido servicio respecto de su actuación, transparencia, probidad y control.

B. El Certificado de Idoneidad es un acto administrativo en los términos establecidos en la LBPA

Ya antes de la Ley N° 19.880, la doctrina chilena definía el acto administrativo como una especie de acto jurídico, *i.e.*, como una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos¹⁴. Así lo ha definido también la Contraloría General de la República, en el dictamen N° 5380/2000, en el que ha señalado que acto administrativo es:

[...] toda declaración de voluntad general o particular de un órgano administrativo, en función de una potestad administrativa y que tiene por finalidad decidir o emitir juicios sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de particulares frente a él.

Acto seguido, el mismo dictamen establece los requisitos de todo acto administrativo:

Para que estemos en presencia de un acto administrativo se requiere lo siguiente:

1. que exista una declaración de voluntad; 2. que dicha declaración emane de un

¹³ Dictamen E420609N23 de 2023.

¹⁴ Cf. Varas, Guillermo (1940). *Derecho Administrativo* (Santiago: Nascimento), p. 253. Jara Cristi, Manuel (1948). *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), p. 116. Esta aproximación al acto administrativo es también común en el derecho comparado. Véase, por todos, Sánchez Morón, Miguel (2012). *Derecho Administrativo. Parte General* (Madrid: Tecnos), p. 529.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

órgano administrativo; 3. que el órgano emisor sea competente para expedirla; 4. que el acto implique una decisión tendiente a producir un efecto jurídico; 5. que recaiga tanto en derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas o sobre derechos y deberes de particulares frente a la Administración.

La definición del artículo 3°, inciso 2°, de la LBPA continuó la misma línea ya anticipada por la doctrina y la jurisprudencia de la Contraloría General. En efecto, la LBPA mantiene la idea del acto administrativo como una declaración de voluntad de la Administración del Estado, pero con un contenido mucho más formalista. Como bien señala el profesor Eduardo Cordero, se trata de una definición “que coincide básicamente con los actos de carácter formalizados”¹⁵. En efecto, la LBPA señala que, “para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las que se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”. Y agrega el mismo artículo en su inciso 6°: *Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias* (énfasis añadido).

Como reconoce la doctrina nacional, este inciso amplía la extensión del acto administrativo a prácticamente cualquier actuación formal de la Administración. En efecto, como señala el profesor Bermúdez, “cuesta imaginarse una actuación formal (no una material, por cierto) por parte de la Administración que no quede en alguna de las declaraciones a que se refiere la norma transcrita”¹⁶. Tal es el caso de los *informes*, que constituyen verdaderas declaraciones de juicio o dictamen en las que se emite una opinión o parecer acerca de alguna materia. O como se ha definido por la doctrina española, como “actuaciones dirigidas a suministrar elementos de juicio o ciencia para contribuir, junto al respeto de las actuaciones propias de la instrucción, a la mejor decisión por parte del órgano competente para resolver”¹⁷. Esa actuación, como se advierte, podría importar dos etapas. La primera, relativa a disponer de los datos y plasmarlos en un documento y, la segunda, a la interpretación de estos datos para arribar a una conclusión¹⁸.

Al analizar en abstracto la naturaleza jurídica del informe o Certificado de Idoneidad a que se refieren los artículos 20 y 23 de la Ley de Adopción, no cabe duda alguna de que la emisión del informe o certificado constituye un acto administrativo, sin perjuicio de que este haya sido emitido por una persona jurídica de derecho privado,

¹⁵ Cordero, Eduardo (2023). *Curso de Derecho Administrativo* (Santiago: Libromar), p. 521.

¹⁶ Bermúdez, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters), p. 125.

¹⁷ Parejo, Luciano (2012). *Lecciones de Derecho administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch), p. 372.

¹⁸ Cf. Beltrán, Pamela y Barcia, Javiera (2020). “Los informes en la Administración: una indefinición problemática”. *Revista Jurídica Digital UAndes* (4/1), p. 114.

como ha sido admitido por la doctrina¹⁹. En efecto, cumple con todos los requisitos para ser calificado como tal²⁰:

- (i) Se trata de una *decisión formal*, que debe constar por escrito (art. 5º, LBPA) y ser suscrita por la autoridad competente. En el caso del Certificado de Idoneidad, este debe someterse a las formalidades establecidas en la ley, así como aquellas contenidas en la Normativa Técnica del Subprograma de Evaluación de Solicitantes y su Preparación como Familia Adoptiva. En otras palabras, la dictación del Certificado de Idoneidad está precedida de un procedimiento administrativo reglado, cuya sucesión de actos, trámites y etapas (postulación, evaluación de idoneidad y preadoptiva de acompañamiento y preparación) supone la evaluación de los requisitos jurídicos y técnicos (estado civil, edad, idoneidad moral, física y mental, nivel educacional, de ingresos, vivienda y previsión), y criterios técnicos establecidos por la autoridad competente para la determinación final respecto de la idoneidad de la familia respectiva. Tal procedimiento culmina con el Certificado de Idoneidad, que habilita a los interesados como padres adoptivos y da lugar, posteriormente, al inicio del procedimiento que tenga por objeto declarar la adopción de un niño, niña o adolescente.
- (ii) Consiste en una *declaración de voluntad realizada en ejercicio de una potestad pública*. En el caso del Certificado de Idoneidad, este fue dictado en ejercicio de la potestad pública que le otorga el Servicio de Mejor Niñez a los colaboradores acreditados, la que consta en diversos artículos del entramado legal que regula a los colaboradores acreditados (art. 2º, N° 5 y 6, de la Ley N° 20.032; art. 1º, Ley N° 21.032; Reglamento de Ley de Adopción, Normativas Técnicas, etc.). Además, tal ejercicio de potestades públicas se desprende de la misma función que estos ejercen en cuanto colaboradores acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez (art. 35, inciso final, de la Ley N° 21.302).
- (iii) Si bien el artículo 3º establece que los actos administrativos emanan de “los órganos de la Administración del Estado” –lo que, en principio, deja fuera a las entidades privadas–, tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativa se han ido uniformando en el sentido de que las actuaciones de las entidades privadas con participación pública sí constituyen actos administrativos cuando

¹⁹ Reyes, Miguel Ángel (2015). *La prueba en los procedimientos administrativos: Aspectos generales, garantías de las personas, medios de prueba y expediente administrativo* (Santiago: Librotecnia), p. 130.

²⁰ Por cierto, el número y nombre de cada requisito varía de autor en autor, aunque el contenido se mantiene constante por la doctrina. La exposición más reciente es la de Cordero, Eduardo (2023): *Curso de Derecho Administrativo (op. cit.)*, pp. 522-524. Una enumeración similar de los requisitos o elementos de la definición legal de acto administrativo en Chile puede encontrarse también en Cordero, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago: Thomson Reuters), pp. 243-246; Bermúdez, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General (op. cit.)*, pp. 122-125.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

(i) la ley les asigna funciones y potestades públicas, y (ii) reciben financiamiento estatal. Así lo ha señalado expresamente la Contraloría²¹. Así también lo entiende la doctrina²². Como bien resume Iván ARÓSTICA: “Emisor del acto administrativo podrá *ser cualquier sujeto que ejercite poderes públicos administrativos, aun cuando no forme parte integrante de los cuadros orgánicos de la Administración Pública*. Incluso un simple particular podrá ser autor de un acto administrativo, en la medida que detente el carácter de concesionario de un servicio público (aunque este actúa por la Administración, no cambia su condición de persona privada)”²³. En el caso del Certificado de Idoneidad, ambos requisitos se cumplen: como se dijo, los organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez ejercen funciones y potestades públicas, y reciben financiamiento estatal.

Como se puede apreciar en lo anteriormente dicho, no cabe duda de que, en el caso de un informe o Certificado de Idoneidad emitido por un organismo acreditado ante el Servicio de Mejor Niñez, estamos en presencia de un acto administrativo.

C. El Certificado de Idoneidad es un acto administrativo de contenido favorable para su destinatario

Una de las notas características que definen los actos administrativos es el carácter regulador de su contenido. Esto quiere decir, como lo ha entendido la doctrina, que los actos administrativos deben dirigirse, precisamente, “a la producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica, consecuencia que consistirá en la creación, la modificación o la extinción de un derecho o un deber, o en su declaración vinculante, o, también, en cuanto se reconoce la existencia de actos administrativos reales, a la determinación de la condición jurídica de una cosa”²⁴.

Su naturaleza reguladora se manifiesta en su capacidad de producir efectos jurídicos que pueden ser constitutivos, es decir, que originan o modifican derechos y obligaciones, o declarativos, que reconocen o certifican situaciones preexistentes. Sin embargo, no todas las acciones realizadas por la administración tienen automáticamente esta cualidad.

En efecto, actividades como la emisión de certificados, informes o constancias suelen ser vistas como simples actos de conocimiento o de constatación de hechos.

²¹ Véase dictámenes de Contraloría N°s E33624, de 2020 (Conaf), y E160316, de 2021 (corporaciones municipales).

²² Cordero, Eduardo (2023). Curso de Derecho Administrativo (*op. cit.*), pp. 523, 530.

²³ Aróstica, Iván (2013). “La actividad jurídica de la Administración del Estado”. *Revista de Actualidad Jurídica* (28), p. 276 (énfasis añadido).

²⁴ Bocanegra, Raúl (2012). *Lecciones sobre el acto administrativo* (Cizur Menor: Thomson Reuters), p. 37.

Por tanto, no siempre se consideran actos administrativos en el sentido más estricto. Estas actividades, como es posible advertir, se limitan a registrar, confirmar o evidenciar la existencia de un hecho o de un derecho, sin que impliquen la creación o alteración de situaciones jurídicas.

Sin embargo, en determinadas circunstancias, estos actos de certificación o constatación pueden adquirir una relevancia jurídica significativa, sobre todo si están precedidos del cumplimiento de ciertas etapas en el contexto de un procedimiento reglado, la aportación de antecedentes y la valoración que de ellos pueda hacer el órgano competente. En tales casos, es evidente su carácter regulador.

Este es, precisamente, el caso del Certificado de Idoneidad. Lo anterior, toda vez que constituye un presupuesto para el reconocimiento de la calidad de padres adoptantes de los solicitantes, y los habilita para solicitar judicialmente la adopción de un menor, niño, niña o adolescente que previamente ha sido declarado susceptible de ser adoptado.

Como se deduce de lo anterior, tal carácter regulador de su contenido admite también una distinción respecto de los efectos positivos o negativos en la esfera jurídica del ciudadano. Especialmente relevante para nuestros propósitos resulta la distinción entre actos administrativos *de efecto o contenido favorable* y aquellos *de efecto o contenido desfavorable*.

Los actos favorables, como su mismo nombre lo indica, son “aquellos que implican un beneficio o mejora en la esfera jurídica del destinatario del acto”²⁵. También han sido definidos como actos que “amplían la esfera o el patrimonio jurídico del destinatario, es decir, que crean o reconocen un derecho o una ventaja jurídica (como el otorgamiento de una concesión para el aprovechamiento de recursos minerales)”²⁶.

Por su parte, los actos desfavorables son aquellos que imponen “un deber, un gravamen, una limitación o desventaja; o extinguiendo o suprimiendo un derecho, facultad o beneficio con que ya se contaba; así, por ejemplo, la revocación de una concesión o autorización, la expropiación de un bien, la imposición de una multa, etc.”²⁷.

En el presente caso, el Certificado de Idoneidad es un acto administrativo mediante el cual la entidad competente, basada en las evaluaciones sociales y psicológicas realizadas a los interesados en adoptar, certifica su idoneidad para asumir la paternidad o maternidad adoptiva de un menor, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20, inciso 1, de la Ley de Adopción. Este Certificado de Idoneidad constituye un requisito esencial que se debe acompañar a la solicitud de adopción, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 20 y 23 de la Ley de Adopción.

²⁵ Cordero, Eduardo (2023). Curso de Derecho Administrativo (*op. cit.*), p. 525.

²⁶ Bocanegra, Raúl (2012). Lecciones sobre el acto administrativo (*op. cit.*), p. 51.

²⁷ Parejo, Luciano (2012). *Lecciones de Derecho Administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch), p. 418.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

En atención a dicha declaración, se concluye que el Certificado de Idoneidad constituye un acto administrativo favorable para los interesados. Este documento permite solicitar al juez de Familia competente tener por interpuesta la solicitud de adopción del menor, acogerla a tramitación y una vez comprobadas las ventajas que la adopción le reporta al menor, dictar sentencia definitiva, otorgando al adoptado la calidad de hija o hijo de las o los adoptantes. Asimismo, se ordena realizar las inscripciones, cancelaciones y demás diligencias previstas en el artículo 26 de la Ley de Adopción.

2. EL CERTIFICADO DE IDONEIDAD NO ES SUSCEPTIBLE DE REVOCACIÓN ATENDIDO QUE SE TRATA DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO FAVORABLE. ÚNICAMENTE PROCEDE A SU RESPECTO, DE FORMA EXCEPCIONAL, EL EJERCICIO DE LA POTESTAD INVALIDATORIA, POR RAZONES DE ILEGALIDAD

Tal como explicamos en el acápite anterior, el Certificado de Idoneidad corresponde a un acto administrativo de contenido favorable, pues otorga una situación de ventaja al destinatario del acto administrativo, los futuros padres adoptantes, permitiéndole solicitar al juez de Familia respectivo la adopción de un menor que previamente ha sido declarado susceptible de ser adoptado, de acuerdo con lo establecido por los artículos 8° letra a) y 9 de la Ley de Adopción.

Una consecuencia importante de lo anterior es que, por regla general, cualquier acto revocatorio del Certificado de Idoneidad emanado del organismo que lo dictó será ilegal. La razón es que dicha revocación importaría el ejercicio de la potestad respecto de actos administrativos de contenido favorable y adquiridos legítimamente, cuestión que nuestro ordenamiento jurídico prohíbe (art. 61, letra a) LBPA). En segundo lugar, es necesario tener presente que, incluso en los casos donde sería procedente la revocación, esta debe respetar el principio de motivación, que informa toda actuación administrativa, y más aún en aquellos casos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos²⁸.

En lo que sigue analizaremos con más detalle estas cuestiones.

²⁸ Sánchez Morón, Miguel (2012). *Derecho Administrativo. Parte General (op. cit.)*, p. 544.

A. Por regla general, el ejercicio de la potestad revocatoria por parte de los organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez infringe los límites dispuestos por la ley, al no ser procedente respecto de actos de contenido favorable

La jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de esta materia ha reiterado y es invariable, en cuanto a señalar que el ejercicio de la potestad de revisión del artículo 61 de la LBPA –la denominada “revocación”²⁹– posee limitaciones, entre las que destaca la imposibilidad de ejercerla cuando se trata de actos de contenido favorable, los que no pueden ser dejados sin efecto por la autoridad administrativa por razones de oportunidad o conveniencia, sino solo por razones de legalidad.

En este sentido, es menester referirse a la expresión “derechos adquiridos legítimamente” mencionada en el artículo 61, letra a), de la LBPA. Aunque esta expresión podría parecer más restringida que la de acto administrativo de contenido favorable (debido a que, teóricamente, podría haber actos administrativos favorables que generen una “expectativa favorable” sin constituir un derecho adquirido), lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que, para efectos de restringir la facultad revocatoria de la Administración, dicha expresión debe ser entendida de manera amplia, abarcando cualquier acto administrativo que, en términos generales, se considere como de contenido favorable.

En efecto, la expresión “derechos adquiridos” es una expresión de uso frecuente en el derecho nacional, pero de poca densidad normativa, de contenido difuso y de difícil comprobación jurisprudencial³⁰. Por lo mismo y atendida la importancia de limitar la facultad revocatoria de la Administración, ha de entenderse la expresión “derecho adquirido” en el sentido de *situación jurídica favorable*, y que cuando dicha situación jurídica favorable ha sido consecuencia de un acto de la administración, se entiende que ha sido incorporada al patrimonio del favorecido –y, por consiguiente,

²⁹ Artículo 61. Procedencia. Los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado.

La revocación no procederá en los siguientes casos:

- a) Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente;
- b) Cuando la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos, o
- c) Cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto. [El destacado es nuestro].

³⁰ En este mismo sentido, véase Flores Rivas, Juan Carlos (2016). “La potestad revocatoria de los actos administrativos”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 24 (1), pp. 191-222 y 211-212: “Los derechos adquiridos es un término de uso frecuente –y a veces abusivo–, pero que carece de densidad normativa, explicación dogmática y, sobre todo, de comprobación jurisprudencial para entender cuando existe un derecho adquirido digno de amparo ante la potestad de retiro revocatorio”.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

como un “derecho adquirido”– desde el momento que cumplió con los requisitos que lo habilitan para percibir dicho beneficio. Así lo ha entendido la doctrina³¹.

Así también lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Contraloría General. En este sentido, la Corte Suprema ha entendido que existen derechos adquiridos cuando un sostenedor educacional cumple con los requisitos para obtener subvención estatal, aun cuando los fondos se encuentren todavía en las arcas fiscales³². Por su parte, la Contraloría General ha entendido que un titular de un permiso de edificación tiene derechos adquiridos aun antes de la emisión del permiso, por el solo hecho de cumplir con los requisitos establecidos por la ley³³.

No resulta difícil aplicar el mismo razonamiento al Certificado de Idoneidad y el cumplimiento de los requisitos para la adopción que establece la Ley N° 19.620, y concluir que el Certificado de Idoneidad es un acto declarativo o que crea un derecho adquirido legítimamente, y por tanto, la facultad de revocación se encuentra restringida únicamente a casos donde se hubiese adquirido mediante fraude u otros medios ilícitos (es decir, “ilegítimamente”).

Para explicar este criterio, la Corte ha indicado que:

el ejercicio de la potestad de invalidación se relaciona con la revisión del acto administrativo, con miras no a su preservación, sino a la pérdida de eficacia del acto o de sus efectos por concurrir un vicio de ilegalidad, cuyo retiro, entonces, por parte de la Administración se justifica en la necesidad de resguardar el debido respeto y acatamiento del Derecho. De ahí que los artículos 53 y 61 de la Ley N° 19.880 se inserten en el Capítulo IV, “Revisión de los actos administrativos”³⁴.

A continuación, la Corte distingue, por una parte, entre las potestades de conservación y de revisión y, respecto de estas últimas, se refiere a las diferencias entre la invalidación y revisión de oficio. La Corte señala que en virtud de la potestad de invalidación:

la Administración, de oficio o a petición de parte, puede y debe retirar los actos administrativos irregulares –contrarios a derecho–, pero con dos importantes limitaciones: a) Debe hacerse previa audiencia del interesado, es decir, es menester oír a quienes puedan verse afectados con la invalidación del acto; y b) No puede

³¹ Flores Rivas, Juan Carlos (2016), pp. 212 y ss.; Soto Kloss, Eduardo (1984). “Los derechos adquiridos en el Derecho Público Chileno (Réquiem para una ineptia doctrinaria)”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (81), pp. 13-33.

³² Corte Suprema, 14 de mayo de 2008, Rol 7055-2007, “Consejo de Defensa del Estado con Lucero Gómez, Marcela y otra”; Corte Suprema, 14 de abril de 2008, Rol 6926-2007, “Consejo de Defensa del Estado con Catalán Gutiérrez, Jeanette y otra”.

³³ Dictamen N° 77.490 de 2011.

³⁴ Corte Suprema, 22 de enero de 2019, Rol 20.657-2018, “Muñoz/SERVIU Región de Valparaíso”.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

ejercerse la potestad invalidatoria si han transcurrido más de dos años desde la fecha de notificación o publicación del acto que se trata de invalidar³⁵.

Y prosigue:

la facultad de revisión de oficio contenida en el artículo 61 de la Ley N° 19.880 se distingue de la potestad de invalidación en que, siendo ambas causales de retiro de actos administrativos y de extinción –total o parcial– de sus efectos jurídicos, *la revisión de oficio supone la facultad de la Administración de volver sobre sus propios actos, a fin de verificar la oportunidad y conformidad de ellos con el ordenamiento jurídico, así como su conveniencia en términos de interés general*. Sin embargo, su ejercicio por parte de la Administración posee limitaciones, entre las que destaca la *imposibilidad de ejercer la facultad revocatoria cuando se trata de “actos de contenido favorable, los que no pueden ser dejados sin efecto por la autoridad administrativa por razones de oportunidad o conveniencia –revocación– y que solo pueden serlo por razones de ilegalidad –invalidación–* (Corte Suprema, Rol N° 4800-2007)” (énfasis añadido)³⁶.

Como queda claro de lo anterior, para la Corte Suprema el ejercicio por parte de la Administración de la revisión de oficio está limitado, cuando se trata de actos de contenido favorable. Tal como indicamos anteriormente, por actos administrativos de contenido favorable nos referimos a aquellos que amplían la esfera o el patrimonio jurídico del destinatario, como ocurre con la expedición de permiso, el otorgamiento de una concesión o la certificación de la idoneidad de los futuros padres adoptantes en el contexto del procedimiento general de adopción.

Respecto de estos actos administrativos, la autoridad administrativa no puede dejarlos sin efecto por razones de oportunidad o conveniencia –revocación–, sino únicamente por razones de ilegalidad –invalidación–. Se trata de un criterio jurisprudencial de la Excm. Corte Suprema, reiterado e invariable³⁷.

B. La necesidad de motivación del acto revocatorio

El deber de fundamentación es una exigencia de todo acto administrativo, más aún cuando se trata de actos administrativos de contenido desfavorable. Como es sabido, el artículo 41 de la LBPA establece que *las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada* [énfasis agregado].

³⁵ Corte Suprema, 22 de enero de 2019, Rol 20.657-2018, “Muñoz/SERVIU Región de Valparaíso”.

³⁶ Corte Suprema, 22 de enero de 2019, Rol 20.657-2018, “Muñoz/SERVIU Región de Valparaíso”.

³⁷ Cf. las sentencias recaídas en los roles números 4800-2007, 20.657-2018, 39.182-2019, 43.799-2020, 78.938-2021.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

La motivación es la exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo³⁸. Motivar es fundar la decisión; expresar sus fundamentos. La motivación constituye una formalidad, hoy considerada esencial del acto administrativo, que puede ser explicitada o no³⁹.

Acerca de lo expuesto, es importante distinguir entre los motivos y la motivación⁴⁰. Los motivos siempre están presentes, ya que ellos representan la causa del acto administrativo, es decir, el conjunto de hechos que justifican la decisión adoptada. La exigencia de esta causa es que sea legal y no arbitraria, pues en Chile está proscrita cualquier decisión que sea arbitraria, conforme con el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política. Luego, la motivación es algo distinto, pues consiste en la expresión de esos motivos o el fundamento de la decisión, lo que se refiere a un aspecto formal, que puede o no puede concurrir en el acto de exteriorización de la voluntad administrativa, y ello ocurrirá en la medida que el ordenamiento jurídico lo exija.

En la actuación, la motivación es un estándar jurídicamente exigible, a partir del artículo 41 de la LBPA⁴¹, por esta razón la falta de motivación puede ser considerada, por sí sola, como una decisión ilegal (por falta de motivación) o arbitraria.

En conclusión, la motivación es diferente a los motivos, y estos siempre concurren, en todos los actos, pues *constituyen su causa, su base fáctica*. Debido a que la ley exige que se exterioricen tales motivos en los actos administrativos decisorios o resolutorios (art. 41, LBPA), esto es, que en el acto se señale la motivación o la fundamentación (la ley exige que sea «fundado»), tal requisito es necesario cumplirlo *siempre*.

En el caso del Certificado de Idoneidad, cualquier decisión que implique su revocación debe incluir la motivación necesaria que todo acto administrativo debe contener, motivación que no es otra cosa que la expresión fundamentada de las razones de hecho y de derecho que determinaron la decisión y que constituye una exigencia constante de los actos administrativos⁴².

Así, por ejemplo, estaríamos en presencia de un acto administrativo inmotivado cuando, mediante un simple certificado, el organismo acreditado ante el Servicio de Mejor Niñez revoca la idoneidad previamente declarada de los padres adoptantes,

³⁸ Boquera, José María (1986). *Derecho Administrativo*, t. 1 (Madrid: Civitas), p. 218.

³⁹ Sánchez Morón, Miguel (2012). *Derecho Administrativo. Parte General (op. cit.)*, p. 544. Boquera, José María (1986). *Derecho Administrativo*, t. 1 (*op. cit.*), p. 218 y ss.; y Vergara, Alejandro (2002). “La motivación de los actos administrativos”, en: *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional* (Santiago, Contraloría General de la República), pp.343-351.

⁴⁰ Boquera, José María (1986). *Derecho Administrativo*, t. 1 (*op. cit.*), p. 218, dice: “los motivos son una cosa, y motivación otra”. Lo anterior, en los mismos términos aquí expuestos.

⁴¹ Art. 41, inc. 4°, LBPA: “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada [...]”.

⁴² Escuin Palop, Vicente, y Belardo Garín, Beatriz (2011). *Los recursos administrativos* (Madrid: Civitas), p. 198.

reconduciendo a un acto distinto para conocer los fundamentos de la decisión, por ej., un informe de un especialista que acredite algún menoscabo físico, mental, psicológico o moral del menor susceptible de ser adoptado.

Si para conocer los motivos que tuvo a la vista la entidad colaboradora para revocar la decisión es necesario recurrir a un acto distinto –en otras palabras, si es necesario “completar” el acto revocatorio, porque el mismo no se basta a sí mismo–, dicho acto adolece de un vicio de falta de fundamentación. O, dicho de otro modo, el acto incurre en un vicio de autarquía o autosuficiencia⁴³, porque el mismo no contiene toda la motivación, más aún exigible en el caso de los actos gravosos o desfavorables como aquellos que revocan una decisión previa. Por ello, es importante que, si el organismo colaborador altera la situación jurídica anterior, sobre todo cuando está comprometida la idoneidad de los futuros padres adoptantes, justifique adecuadamente su decisión, invocando las razones de hecho y de derecho que determinaron su decisión.

Como señala García de Enterría, motivar o fundamentar una decisión implica:

reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto⁴⁴.

3. POSIBILIDAD DE UN CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA ADMINISTRATIVA

A. De la discrecionalidad en general como atributo de las potestades conferidas a la administración y de sus elementos constitutivos

En una primera aproximación, es necesario distinguir el ejercicio de las potestades discrecionales de aquellas regladas. En las primeras, el legislador le confiere a la Administración un espacio de autodeterminación, un margen o libertad de decisión para elegir entre varias alternativas o soluciones posibles. La adopción de los actos que se dicten en ejercicio de una potestad de esa naturaleza se basará, entonces, en criterios no predeterminados por la norma que concede el margen de decisión,

⁴³ Arancibia, Jaime (2014). “La autarquía de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República”, en: E. Soto Kloss (Coord.), *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile* (Santiago: Legal Publishing), pp. 21-33.

⁴⁴ García de Enterría, García, Eduardo (1989). *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1 (Madrid: Civitas), p. 549.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

criterios que quedan a la libre consideración de la Administración⁴⁵. En las segundas, no se admite espacio para la apreciación discrecional⁴⁶, encontrándose detalladas las condiciones de su ejercicio por el legislador⁴⁷.

Adicionalmente, tratándose de una institución compleja⁴⁸, se puede recurrir a la distinción de Desdentado⁴⁹, entre discrecionalidad fuerte e instrumental. La discrecionalidad fuerte se presenta cuando “el sujeto dispone de un poder de decisión otorgado por el ordenamiento, conforme a criterios que no figuran en la norma, con un margen amplio, limitado al respeto a los estándares de racionalidad, justicia y eficacia”⁵⁰. Por su parte, la discrecionalidad instrumental se presenta “cuando el ordenamiento otorga a la Administración un margen de apreciación en atención a que el supuesto normativo no permite una aplicación mecánica, sino que se hace necesaria una operación de discernimiento, para fijar subcriterios que atiendan al criterio más amplio en base a argumentos de valoración”⁵¹.

La distinción entre los dos tipos de discrecionalidad se fundamenta en el grado de dificultad para resolver cada caso. Se trata, en el fondo, de la misma facultad discrecional, pero con un distinto nivel de dificultad, que se manifiesta tanto en el mayor esfuerzo justificatorio como en la más difícil y compleja posibilidad de control posterior⁵².

⁴⁵ Menéndez, Pablo (2005). “Discrecionalidad”, en: S. Muñoz Machado, *Diccionario de derecho administrativo* (Madrid: Iustel), p. 969. En Chile, el tratamiento de la discrecionalidad ha sido efectuado, entre otros, por: Bermúdez, Jorge (2010): “El control de la discrecionalidad administrativa”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (17), p. 280. Pierry, Pedro (1984): “El control de la discrecionalidad administrativa”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (8), pp. 161-183. Saavedra, Rubén (2011). *Discrecionalidad Administrativa, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Abeledo Perrot), 241 pp.

⁴⁶ Bermúdez, Jorge (2014). *Fundamentos de derecho ambiental* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso), p. 311.

⁴⁷ Cárcamo, Alejandro (2013). “La potestad invalidatoria de la administración del Estado a diez años de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880. Una revisión de sus principales aspectos”, en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-potestad-invalidatoria-de-la-administracion-del-estado-a-diez-anos-de-la-entrada-en-vigencia-de-la-ley-n-19880-una-revision-de-sus-principales-aspectos/> [Fecha de acceso: 20-08-2024.]

⁴⁸ Arriagada, Felipe (2022). “Discrecionalidad y ponderación en la creación y uso de parámetros de adjudicación en el proceso licitatorio”. *Revista de Derecho* (Coquimbo), (29), 17 pp.

⁴⁹ Desdentado, Eva (1999). *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial* (Cizur Menor: Aranzadi), p. 23.

⁵⁰ Arriagada, Felipe (2022). “Discrecionalidad y ponderación en la creación y uso de parámetros de adjudicación en el proceso licitatorio” (*op. cit.*), p. 7.

⁵¹ Arriagada, Felipe (2022). “Discrecionalidad y ponderación en la creación y uso de parámetros de adjudicación en el proceso licitatorio” (*op. cit.*), p. 7.

⁵² Mesquida, Joan (2003). “El concepto de discrecionalidad y su control”. *Anales de la cátedra de Francisco Suárez* (37), p. 344.

Los elementos que conforman una potestad discrecional son los siguientes: en primer lugar, supone la toma de decisiones dentro un margen de elección dejado por el ordenamiento; en segundo lugar, la elección debe estar fundada en elementos valorativos, los que pueden ser discutidos por un sujeto racional, y finalmente, el tercer elemento es que los fundamentos de la decisión son criterios valorativos extrajurídicos⁵³.

En el caso del otorgamiento del Certificado de Idoneidad, estamos en presencia del ejercicio de una potestad discrecional instrumental. Esto es así por varias razones. En primer lugar, es efectivo que la toma de decisión de la entidad colaboradora respecto de la idoneidad, se adopta en el contexto de un procedimiento administrativo en el que existe un margen de elección otorgado por el ordenamiento jurídico. Así, el artículo 7 de la Ley de Adopción señala: “El programa de adopción es el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable. *Estas actividades las realizarán el Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados ante este, a través de profesionales expertos y habilitados en esta área.* Comprende principalmente el apoyo y la orientación a la familia de origen del menor, la recepción y el cuidado de este, *la evaluación técnica de los solicitantes y la preparación de estos como familia adoptiva, a cuyo efecto les corresponderá acreditar la idoneidad requerida en el artículo 20 de esta ley*” [el destacado es nuestro].

Por su parte, el artículo 20 de la Ley de Adopción señala que: “[p]odrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, *que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6° [...]*” [El destacado es nuestro].

Como se puede notar, aparece de manifiesto este margen de elección –la idoneidad o no de los futuros padres adoptantes–, en el que el legislador faculta a la administración a completar el supuesto legal con elementos fácticos.

En segundo lugar, la persona encargada de tomar la decisión discrecional debe llevar a cabo un proceso de establecimiento de criterios, respaldado por el marco normativo, pero involucrando elementos que no están claramente definidos por este. Por tanto, se requiere considerar criterios de valoración extrajurídicos, como la oportunidad y conveniencia, cuya justificación va más allá de lo permitido por el sistema normativo. A este respecto, el Servicio de Mejor Niñez ha dispuesto la elaboración de una normativa técnica que regule en forma integral el proceso de evaluación técnica de los solicitantes y su preparación como familia adoptiva, realizado tanto por las Unidades de Adopción del referido servicio como por los organismos acreditados ante este, a partir de la Ley de Adopción y su reglamento, quedando obligados a su cumplimiento.

⁵³ Desdentado, Eva (1999). Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial (*op. cit.*), p. 70.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

Finalmente, estos criterios de valoración extrajurídicos que completan la decisión discrecional, se refieren a los diversos aspectos físicos, mentales, psicológicos y morales de los futuros padres adoptantes, contenidos en los estudios sociales y psicológicos correspondientes, cuyos informes fueron acompañados al Certificado respectivo.

Ahora bien, no solo la expedición del correspondiente Certificado de Idoneidad como parte del procedimiento general de adopción constituye el ejercicio de una facultad discrecional por parte del organismo colaborador acreditado ante el Servicio de Mejor Niñez, sino que también lo es, en lo que importa, el Certificado de Revocación. Lo anterior, por las mismas razones anotadas a propósito del Certificado de Idoneidad.

B. La actividad discrecional de las entidades colaboradoras acreditadas sí es susceptible de control jurisdiccional

Uno de los temas más discutidos del último tiempo está determinado por el control de la discrecionalidad (técnica) de los órganos administrativos⁵⁴. Las posiciones a este respecto transitan entre la existencia de un control jurisdiccional pleno y, por tanto, que no existirían materias al margen de la revisión judicial, y, asimismo, la existencia de una regla de deferencia ante las decisiones adoptadas por órganos administrativos especializados y reconocido conocimiento técnico, siempre que estas aparezcan como razonables.

Al respecto, es importante señalar que es efectivo que la declaración de idoneidad es parte de la actividad discrecional del organismo colaborador acreditado por el Servicio de Mejor Niñez. No obstante, la invocación de la discrecionalidad técnica, como lo ha entendido la doctrina más autorizada respecto del tema⁵⁵, no debe ser utilizada para pretender excluir *a limine* todo posible control jurisdiccional de las decisiones a las que se aplica, con la consiguiente indefensión de los destinatarios de las mismas.

En efecto, al juez de letras con competencia en materias de familia del domicilio del menor, le han sido atribuidas diversas atribuciones para controlar la actividad discrecional de las entidades colaboradoras. Así, el artículo 20 señala expresamente que: “*podrá* otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6°”. En este caso, si la evaluación efectuada por las instituciones del artículo 6° adoleció de un vicio de falta de fundamentación y la idoneidad no es tal, probablemente el juez no concederá la adopción.

⁵⁴ Cf. Cordero, Eduardo (2013). “Sanciones administrativas y mercados regulados”. *Revista de Derecho* (Valdivia), (26), pp. 119-144.

⁵⁵ Fernández, Tomás-Ramón (2015). “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”. *Revista de Administración Pública* (196), pp. 211-227.

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

Luego, en el artículo 23 se dispone que: “[...] A la solicitud deberán acompañarse los siguientes antecedentes: [...] 3. Informe de evaluación de idoneidad física, mental, psicológica y moral del o los solicitantes, emitido por alguna de las instituciones aludidas en el artículo 6°”. Y a continuación, el artículo 24 indica que: “Recibida por el tribunal la solicitud de adopción, la acogerá a tramitación una vez verificado el cumplimiento de los requisitos legales. En la misma resolución ordenará agregar los antecedentes del proceso previo de susceptibilidad para la adopción y citará a los solicitantes, *con sus antecedentes de idoneidad y medios de prueba, a la audiencia preparatoria, que se llevará a cabo entre los cinco y los diez días siguientes. [...] / Si en base a los antecedentes expuestos se acreditan las ventajas y beneficios que la adopción le reporta al menor*, podrá resolver en la misma audiencia” (énfasis añadido).

Como se aprecia en el último artículo transcrito, si a base de los antecedentes expuestos se acreditan las ventajas y beneficios, se podrá otorgar la adopción. Luego, es razonable entender que el juez puede conocer, a partir de la idoneidad declarada, si se reportan o no ventajas y beneficios para el menor adoptado.

En conclusión, más aun tratándose de un acto desfavorable que infringió la ley en su dictación, el control jurisdiccional de la decisión es plausible y así, por lo demás, suelen hacerlo los tribunales de familia, que tienen potestades para ponderar la prueba rendida y considerar, por ejemplo, que las conclusiones del certificado de revocación se encuentran desvirtuadas, a la luz de la prueba pericial, las declaraciones de testigos y, en general, por la prueba rendida durante el transcurso del juicio.

4. CONCLUSIONES

Así como pudimos comprobar, el Certificado de Idoneidad es un *acto administrativo de contenido favorable para su destinatario*, y los organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez, sin perjuicio de ser entidades privadas, al otorgar dicho certificado ejercen una función pública y, por tanto, actúan como un órgano administrativo.

Además, siendo el Certificado de Idoneidad un acto administrativo de contenido favorable, su revisión únicamente procede de manera excepcional, en casos cuando los derechos de los administrados hayan sido adquiridos de manera ilegítima, es decir, por medio de fraude o medios ilícitos, mediante un procedimiento de invalidación. Aun en estos casos, el procedimiento de invalidación debe garantizar un procedimiento racional y justo, cumpliendo siempre el principio de motivación.

Finalmente, sostuvimos que la actividad discrecional de los organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez, ya sea respecto del Certificado de Idoneidad o de Revocación, sí es susceptible de control judicial. Este control se efectúa respecto del ejercicio de la discrecionalidad instrumental de la decisión.

REFERENCIAS

- AMADOR, JUAN CARLOS (2020). “Las voces infantiles llegan a ser tan potentes que es imposible no escucharlas: entrevista a Susana Sosenski”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 18(2), pp. 1-10. Disponible en <https://doi.org/10.11600/1692715x.18112> [Fecha de consulta: 10-08-2024].
- ARANCIBIA, JAIME (2014). “La autarquía de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República”. En: E. Soto Kloss (Coord.). *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile* (Santiago: Legal Publishing), pp. 21-33.
- ARRIAGADA, FELIPE (2022). “Discrecionalidad y ponderación en la creación y uso de parámetros de adjudicación en el proceso licitatorio”. *Revista de Derecho* (Coquimbo) (29), 17 pp.
- ARÓSTICA, IVÁN (2013). “La actividad jurídica de la Administración del Estado”. *Revista de Actualidad Jurídica* (28), pp. 261-277.
- BELTRÁN, PAMELA y BARCIA, JAVIERA (2020). “Los informes en la Administración: una indefinición problemática”. *Revista Jurídica Digital UANDES* (4/1), pp. 112-130.
- BERMÚDEZ, JORGE (1996). “El control de la discrecionalidad administrativa”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (17), pp. 275-284.
- BERMÚDEZ, JORGE (2011). *Derecho Administrativo General* (Santiago: Thomson Reuters).
- BERMÚDEZ, JORGE (2014). *Fundamentos de derecho ambiental* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- BOCANEGRA, RAÚL (2012). *Lecciones sobre el acto administrativo* (Cizur Menor: Thomson Reuters).
- BOQUERA, JOSÉ MARÍA (1986). *Derecho Administrativo*, t. 1 (Madrid: Civitas).
- CÁRCAMO, ALEJANDRO (2013). “La potestad invalidatoria de la administración del Estado a diez años de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880. Una revisión de sus principales aspectos”. En: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-potestad-invalidatoria-de-la-administracion-del-estado-a-diez-anos-de-la-entrada-en-vigencia-de-la-ley-n-19880-una-revision-de-sus-principales-aspectos/> [Fecha de acceso: 20-08-2024].
- CORDERO, EDUARDO (2013). “Sanciones administrativas y mercados regulados”. *Revista de Derecho* (Valdivia), (26), pp. 119-144.
- CORDERO, EDUARDO (2023). *Curso de Derecho Administrativo* (Santiago: Libromar).
- CORDERO, LUIS (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago: Thomson Reuters).
- CONTRERAS, LORENA; PAULSEN, CATALINA y GÓMEZ, ESTEBAN (2018). “Graves vulneraciones de derechos en la infancia y adolescencia: variables de funcionamiento familiar”. *Universitas Psychologica*, 17(3), pp. 1-13 Disponible en: <https://>

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

- revistas.javeriana.edu.co/index.php/revPsycho/article/view/13165 [Fecha de acceso: 10-08-2024].
- DESDENTADO, EVA (1999). *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial* (Cizur Menor: Aranzadi).
- ESCUÍN PALOP, VICENTE, Y BELANDO GARÍN, BEATRIZ (2011). *Los recursos administrativos* (Madrid: Civitas).
- FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN (2015). “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”. *Revista de Administración Pública* (196), pp. 211-227.
- FLORES RIVAS, JUAN CARLOS (2016). “La potestad revocatoria de los actos administrativos”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 24 (1), pp. 191-222.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (1989). *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1 (Madrid: Civitas).
- HERRERA, CONSTANZA y ARAVENA, ANDREA (2015). “Imaginario social de la infancia en la política social chilena (2001-2012)”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), pp. 72-84.
- JARA CRISTI, MANUEL (1948). *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- LAGOS, GISELLE y PÉREZ-LUCO RICARDO (2021). “Cumplimiento de derechos infantiles en Chile: evaluación de profesionales de programas públicos”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 19(1), pp. 1-19. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.11600/rlicsnj.19.1.4224> [Fecha de acceso: 10-08-2024].
- LOBOS, GABRIELA; BURGOS, CARLOS; ULLOA, CYNTHIA (2023). “Percepción de los profesionales interventores de organismos colaboradores del Servicio Mejor Niñez sobre la vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes en comuna centro-sur de Chile: una mirada desde el contexto de pandemia”. *Revista Costarricense de Psicología*, ISSN 0257-1439, ISSN-e 1659-2913, vol. 42, Nº 1, 2023 (Ejemplar dedicado a: *Psychology and Social Cognition: Latin American contributions of applied research in the framework of social cognition*), pp. 81-96.
- MENÉNDEZ, PABLO (2005). “Discrecionalidad”. En: S. Muñoz Machado, *Diccionario de derecho administrativo* (Madrid: Iustel), pp. 969-980.
- MESQUIDA, JOAN (2003). “El concepto de discrecionalidad y su control”. *Anales de la cátedra de Francisco Suárez* (37), pp. 337-358.
- PAREJO, LUCIANO (2012). *Lecciones de Derecho Administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- PIERRY, PEDRO (1984). “El control de la discrecionalidad administrativa”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (8), pp. 161-183.
- REYES, MIGUEL ÁNGEL (2015). *La prueba en los procedimientos administrativos: aspectos generales, garantías de las personas, medios de prueba y expediente administrativo* (Santiago: Librotecnia).
- SAAVEDRA, RUBÉN (2011). *Discrecionalidad Administrativa, doctrina y jurisprudencia* (Santiago: Abeledo Perrot).

¿Es posible revocar el certificado de idoneidad otorgado a los adoptantes por organismos acreditados ante el Servicio de Mejor Niñez? / JAVIER HERRERA VALVERDE, JOAQUÍN REYES BARROS

SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL (2012). *Derecho Administrativo. Parte General* (Madrid: Tecnos).

SOTO KLOSS, EDUARDO (1984). “Los derechos adquiridos en el Derecho Público Chileno (Réquiem para una inepticia doctrinaria)”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (81), pp. 13-33.

VARAS, GUILLERMO (1940). *Derecho Administrativo* (Santiago: Nascimento).

Documentos

DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ (2022). Boletín N° 2: “Enfoque de derechos en el reconocimiento de la niñez y la adolescencia en la nueva Constitución: principios generales”, 83 pp. Disponible: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2022/01/Boletin-N%C2%B02-ENFOQUE-DE-DERECHOS-EN-EL-RECONOCIMIENTO-DE-LA-NIN%CC%83EZ-Y-ADOLESCENCIA-EN-LA-NUEVA-CONSTITUCIO%CC%81N.-LOS-PRINCIPIOS-GENERALES.pdf> [Fecha de acceso: 12 de agosto de 2024].

SUBSECRETARÍA DE LA NIÑEZ (2024). “Resumen ejecutivo: Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su Plan de Acción (2024-2032)”. Disponible en: https://chilecrecemas.cl/storage/documentos/Resumen_ejecutivo.pdf [Fecha de acceso: 13 de agosto de 2024].

UNICEF (2022). “Resumen ejecutivo: Análisis de la situación de la niñez y adolescencia en Chile. Sitan 2022”. Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/media/8091/file/sitan%20resumen.pdf> [Fecha de acceso: 12 de agosto de 2024].

Jurisprudencia citada

Corte Suprema:

1. Corte Suprema, 29 de octubre de 2007, Rol 4.800-2007, “Hernández Gallegos Jaime - Dirección Obras Municipales Viña del Mar”.
2. Corte Suprema, 14 de mayo de 2008, Rol 7.055-07, “Consejo de Defensa del Estado con Lucero Gómez, Marcela y otra”.
3. Corte Suprema, 14 de abril de 2008, Rol 6.926-07, “Consejo de Defensa del Estado con Catalán Gutiérrez, Jeanette y otra”.
4. Corte Suprema, 22 de enero de 2019, Rol 20.657-2018, “Muñoz/SERVIU Región de Valparaíso”.
5. Corte Suprema, 23 de junio de 2020, Rol 39.182-2019, “Luna / Ilustre Municipalidad de San Javier”.
6. Corte Suprema, 28 de diciembre de 2020, Rol 43.799-2020, “Servicio de Evaluación Ambiental con IBBA (A)”.
7. Corte Suprema, 22 de marzo de 2022, Rol 78.938-2021, “Gamonal/Municipalidad Temuco”.

Contraloría General de la República

1. Dictamen N° 5380, de 14 de febrero de 2000.
2. Dictamen N° 77.490, de 12 de diciembre de 2011.
3. Dictamen N° E33624, de 4 de septiembre de 2020.
4. Dictamen N° E160316 de 2021, de 29 de noviembre de 2021.
5. Dictamen N° E420609N23, de 27 de noviembre de 2023.

PARTICULARIDADES ACERCA DE LA PROPIEDAD RESPECTO DE TUMBAS, NICHOS, MAUSOLEOS Y CAPILLAS EN CEMENTERIOS

*José Maximiliano Rivera Restrepo**

Nuestras vidas son los ríos
que van a dar al mar
que es morir:
como debemos
porque, según nuestra fe,
es para ganar aquel
que atendemos (...)
Manrique, s/f, 1-2.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad revisar la legislación en materia de propiedad de nichos, tumbas, sepulturas, mausoleos y capillas en cementerios, estableciendo las particularidades que presenta este tipo de dominio. Se empleará para ello el método de investigación cualitativo. Se procederá a revisar la literatura jurídica y la jurisprudencia nacional.

Palabras clave: Sepultura, mausoleo, tumba, nicho, inhumación, exhumación, propiedad.

1. PRESENTACIÓN

Bajo la sola vigencia del Código Civil, la muerte podía ser de dos tipos o clases: la muerte natural y la muerte civil. Los llamados “muertos civiles” eran las personas que ingresaban a una institución monástica abrazando una profesión solemne, ellos

* Doctor en Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Civil. Universidad San Sebastián. Correo electrónico: jose.rivera@uss.cl

no podían adquirir el derecho de propiedad ni tener la posesión de cosas. La muerte civil se encontraba reglamentada en el libro I, título II, párrafo 4 del Código Civil, artículos 95 a 97. Esta muerte fue derogada por la Ley N° 7.612, de 21 de octubre de 1943 (Rivera, 2020, pp. 57-60).¹ Por tanto, en la actualidad solo existe la muerte natural, que se clasifica en muerte real o presunta. La primera consiste en la cesación de las funciones vitales de un cuerpo humano; la segunda, es aquella decretada por sentencia judicial respecto de una persona que ha desaparecido, que no se tiene noticia de ella y se cumplen los demás requisitos que establece la ley (Becerra, 1991, pp. 19-70; Corral, 1998, pp. 9-26; De Belaúnde, 1988, pp. 61-69; Vergara, 1918, pp. 207-240).

Dentro de los diversos efectos que produce la muerte, destaca el término de la personalidad jurídica. En efecto, el artículo 78 del Código Civil dispone que: “La persona termina en la muerte natural”.

Ahora bien, respecto de las normas que regulan los cementerios, tumbas y mausoleos, se debe estar, principalmente, a las normas del Código Sanitario (Libro VIII. De las inhumaciones, exhumaciones y traslado de cadáveres, artículos 135 a 144 inclusive), a las reglas del Reglamento General de Cementerios, Decreto N° 357, del Ministerio de Salud, de 18 de junio de 1970, y a las disposiciones contenidas en el Reglamento de Cementerios Indígenas, Decreto N° 1.774, del Ministerio de Bienestar Social, de 30 de diciembre de 1930 (Williams, 2023, 1). Interesa averiguar a qué tipo de propiedad se encuentran sujetas las tumbas, sepulturas, mausoleos, capillas, nichos y demás servicios funerarios.

A modo de prevención general, el artículo 135 del Código Sanitario dispone que:

Solo en cementerios legalmente autorizados podrá efectuarse la inhumación de cadáveres o restos humanos. Sin embargo, el Director General de Salud podrá autorizar la inhumación temporal o perpetua de cadáveres en lugares que no sean cementerios, en las condiciones que establezca en cada caso.

Asimismo, el artículo 136 del Código Sanitario establece lo siguiente:

¹ El artículo 95 establecía lo siguiente: “Termina también la personalidad, relativamente a los derechos de propiedad, por la muerte civil, que es la profesión solemne, ejecutada conforme a las leyes, en instituto monástico, reconocido por la Iglesia Católica”. Asimismo, el artículo 96 del Código Civil primitivo establecía lo siguiente: “El religioso que ha obtenido la relajación de sus votos, vuelve a la vida civil; pero no por eso podrá reclamar derecho alguno sobre los bienes que antes de la profesión poseía, ni sobre las sucesiones de que por su muerte civil fué incapaz (sic)”. Por último, el artículo 97 del Código Civil disponía lo siguiente: “La nulidad de la profesión facultará al esclaustrado para reclamar los derechos de que por la profesión aparente haya sido privado i que no hubieren prescrito (sic)”.

Solo el Servicio Nacional de Salud podrá autorizar la instalación y funcionamiento de cementerios, crematorios, casas funerarias y demás establecimientos semejantes. Un Reglamento contendrá las normas que regirán para la instalación y funcionamiento de los mencionados establecimientos y sobre la inhumación, cremación, transporte y exhumación de cadáveres.

Además, se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento General de Cementerios:

Los cementerios, velatorios, casas funerarias y crematorios, públicos o particulares, quedan sometidos, en lo que se refiere a su instalación, funcionamiento y clausura temporal o definitiva, a las disposiciones contenidas en el Código Sanitario, en el presente reglamento y en lo que proceda, a sus propios reglamentos internos.

En este sentido, Mihovilovic Bonardi señala que:

Por la importancia que reviste el cementerio dentro del desarrollo de las ciudades o de los pueblos, este está permeado por las lógicas político-administrativas que regulan todos los equipamientos colectivos de las ciudades o de los pueblos, ejemplo de ello es la Ley 9 de 1979² (sic), por medio de la cual se dictan las disposiciones sanitarias para el aseguramiento del bienestar y la salud humana, parámetros que se deben seguir para la obtención de la licencia de funcionamiento (Mihovilovic, 2009, p. 32).

En relación con los tipos de sepulturas, el artículo 29 del Reglamento General de Cementerios establece que:

En todo cementerio podrá haber las siguientes clases de sepulturas: a) sepulturas o mausoleos de familia; b) bóvedas o mausoleos de sociedades, comunidades o congregaciones; c) nichos perpetuos cuyos derechos se hubieren constituido con anterioridad a la vigencia del presente decreto; d) nichos temporales de largo plazo; e) nichos temporales de corto plazo; f) nichos perpetuos y temporales para párvulos y para cadáveres reducidos; g) sepulturas en tierra perpetuas; h) sepulturas en tierra temporales; i) sepulturas en fosa común; j) columbarios o nichos para cenizas de cadáveres incinerados, en los casos de cementerios con horno crematorio, y k) cinerarios, en los mismos casos.

² Hay nota al pie de página en el original citado.

2. LA PROPIEDAD SOBRE NICHOS, TUMBAS, MAUSOLEOS Y CAPILLAS

Respecto de los tipos de propiedad que se puedan tener en tumbas, sepulturas, nichos, mausoleos y capillas en cementerios, el artículo 15 del Reglamento General de Cementerios dispone que:

Habrán dos clases de cementerios: los generales o públicos y los particulares. Los primeros son los que pertenecen a alguna institución del Estado, como por ejemplo los de propiedad del Servicio Nacional de Salud y los de propiedad de las municipalidades. Son cementerios particulares, los de cultos religiosos determinados, como los católicos y otros, los de colonias extranjeras, los de comunidades religiosas, los indígenas, los de corporaciones o fundaciones de beneficencia, etc.

De lo dicho se puede desprender que existen al menos dos clases de cementerios: (i) los generales o públicos, de propiedad del Estado y administrados por alguna corporación estatal; (ii) los cementerios particulares, es decir, de dominio privado. En estos últimos se pueden distinguir: (a) los cementerios confesionales, (b) cementerios indígenas y (c) cementerios privados propiamente tales. En este sentido, y en relación con la normativa aplicable, Mihovilovic Bonardi expresa lo siguiente:

(...) Pensamos que, teóricamente, tres son las ramas del derecho aplicables respecto de los derechos de sepultura: (i) Derecho Administrativo, respecto de los cementerios generales, que son de aquellos cuya propiedad y administración corresponde al Estado a través de los municipios); (ii) Derecho Canónico, respecto de los cementerios confesionales, que, a su vez, son de propiedad particular, y (iii) Derecho Civil, respecto de los cementerios particulares no-confesionales o simplemente particulares (dentro de los cuales se incluyen, ciertamente, los llamados «cementerios parque») (Mihovilovic, 2009, p. 536; Ortega, 2019, pp. 125-128; Ortega y Arias, 2020-2021, pp. 171-190; Fleiner, pp. 253-254).

Recapitulando, podríamos indicar que existen tres tipos de propiedades respecto de las tumbas, nichos, capillas y mausoleos: (i) propiedad sujeta a las reglas del Derecho administrativo, (ii) propiedad sometida a las leyes y reglamentos del Derecho canónico y (iii) propiedades sometidas al Derecho civil.

Un apunte adicional radica en la discusión doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de las tumbas, nichos, mausoleos, sepulturas y bóvedas, particularmente si se tratan de bienes muebles o inmuebles (Peña, 2019, pp. 114-116). Se estima que ellos son bienes inmuebles por incorporación, toda vez que responden o encajan con la definición determinada por el artículo 568, inciso 1 del Código Civil, que reza lo siguiente: “Inmuebles o fincas o bienes raíces son **las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras** y minas, **y las que adhieren**

permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles".³ El concepto anterior es reiterado por el artículo 569 del Código de Bello, que expresa lo siguiente: "Las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones, que puedan transportarse de un lugar a otro". A mayor abundamiento, el artículo 570 del código del ramo dispone que: "Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Tales son, por ejemplo: Las losas de un pavimento; Los tubos de las cañerías (...) Los abonos existentes en ella, y destinados por el dueño de la finca a mejorarla (...). (Barcia, 2010, pp. 14-15; Peñailillo, 2010, p. 24)".⁴

Otra nota adicional que se debe mencionar es que el artículo 1 de la Ley N° 18.096 transfirió a las municipalidades los cementerios que indica y les encomienda su gestión; con fecha 25 de enero de 1982, establece que:

A contar de la fecha de vigencia de esta ley, las municipalidades tomarán a su cargo los cementerios situados dentro de sus respectivos territorios comunales que pertenezcan a los Servicios de Salud. En la misma fecha, las referidas municipalidades adquirirán, por el solo ministerio de la ley, el dominio de dichos cementerios, con sus terrenos, instalaciones, equipos y, en general, con todo su activo y pasivo. Mediante decretos supremos expedidos por medio del Ministerio de Salud, bajo la fórmula «Por orden del Presidente de la República», se determinarán los bienes raíces y vehículos que se transfieran en virtud de esta ley. Los bienes muebles que se transfieran, deberán constar en un inventario detallado que servirá de base para darlos de baja en los correspondientes Servicios de Salud e incorporarlos al patrimonio de la municipalidad respectiva.

3. DERECHOS QUE LE OTORGA AL ADQUIRENTE DE DERECHOS DE SEPULTACIÓN EN NICHOS, TUMBAS, MAUSOLEOS Y CAPILLAS DE CEMENTERIOS

Continuando con el tema de la propiedad de los cementerios, el artículo 16 del Reglamento General de Cementerios dispone que:

Los terrenos dedicados a cementerios deberán ser única, exclusiva e irrevocablemente destinados a este objeto. El suelo deberá ser permeable, parejo y su pendiente no exceder de 20%. No obstante, estas exigencias podrán ser modificadas por el Servicio Nacional de Salud, si las condiciones especiales de la región así lo determinan.

³ Lo ennegrecido es mío.

⁴ Estos tres ejemplos emitidos por la norma en comento (artículo 570 del Código Civil) constituyen hipótesis de bienes inmuebles por incorporación o adherencia.

En este mismo sentido, Velásquez señala que:

Ya señalamos en el numeral precedente que el cementerio es dueño exclusivo del suelo en el cual este se encuentra emplazado. Si bien es cierto que, de acuerdo con el artículo 16 del Reglamento «los terrenos dedicados a cementerios deberán ser única, exclusiva e irrevocablemente destinados a este objeto», ello no implica que su derecho a desarrollar alguna actividad económica se vea menoscabado. Por el contrario, haciendo ejercicio de este derecho fundamental es que el cementerio, en virtud de la facultad de goce que emana de su dominio, contrata con particulares, quienes a su vez adquieren los llamados derechos de sepultura. Los derechos de sepultura son, jurídicamente, derechos personales que nacen en virtud de un contrato innominado que es celebrado entre el primer adquirente de estos derechos (a quien el Reglamento denomina «propietario fundador») y la administración del cementerio (Velásquez, 2009, p. 546).

A este respecto, Peñailillo indica lo siguiente:

Estimamos que en la decisión acerca de la naturaleza jurídica y sobre todo para el diseño del convenio que debe suscribirse entre el inversionista y los usuarios (mientras los textos legales no impongan uno), debe considerarse la substancia prevaleciente que se persigue, entre la *propiedad* del objeto o el *servicio* que se presta con base en él; el objetivo predominante encuentra en los esquemas jurídicos el instrumento propicio: el derecho real o el derecho personal. Por lo mismo, si –como parece ser– los usuarios persiguen el objetivo de encontrar eficientes y oportunos servicios más que adquirir una cuota de las instalaciones materiales, con las cargas que siempre traen consigo, el derecho personal, con la correlativa obligación (descritos apropiadamente en el contrato) se presenta como el instrumento más propicio (Peñailillo, 2010, p. 83).⁵

Sin embargo, el artículo 41 del Reglamento General de Cementerios dispone que: “**Los derechos de los propietarios fundadores** de una sepultura de familia y de sus parientes, con derecho a ser sepultados en ella, **son perpetuos**”.⁶

Asimismo, el artículo 42 del Reglamento General de Cementerios agrega lo siguiente:

Las sepulturas de familia son intransferibles. Sin embargo, podrán ser transferidas cuando concurren los siguientes requisitos: 1) Que la sepultura se encuentre desocupada; 2) Que la transferencia o enajenación la efectúen los propietarios fundadores, y a falta de estos, sus causahabientes que tengan derecho a ser inhumados en la sepultura; 3) Que la transferencia se efectúa por escritura pública,

⁵ Las cursivas son del original citado.

⁶ Las negrillas son mías.

la que deberá ser inscrita en el **registro de propiedad y en el de transferencias que debe llevar todo cementerio**; 4) Que la transferencia sea autorizada por el Director del cementerio, y 5) Que se pague el derecho de enajenación que se establezca en el reglamento interno del cementerio, el que en ningún caso podrá ser superior al 10% de tasación que de la sepultura familiar practique la Dirección del cementerio. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, podrán enajenarse sepulturas de familia que no estén desocupadas, cuando los adquirentes de estas sean parientes consanguíneos de los propietarios fundadores, hasta el sexto grado de la línea colateral, inclusive, o afines, hasta el segundo grado también inclusive. En tal caso, los nuevos adquirentes deberán mantener, en los mismos nichos donde se encontraban inhumados, los cadáveres y restos de los fundadores, si estuvieren en la sepultura a la fecha de la transferencia, sin que sea permitida su reducción o incineración con posterioridad a la enajenación de la sepultura. Los demás cadáveres o restos podrán ser reducidos o incinerados de acuerdo con las reglas generales.⁷

Pareciera ser que existe un derecho real de propiedad respecto de los nichos, sepulturas, mausoleos y capillas en cementerios, aun cuando este dominio se encuentre sometido a un estatuto especial. En este sentido, Mihovilovic Stiepanovich señala que:

Postular la existencia de este derecho es, probablemente, el primer impulso que se tiene al momento de plantearse el problema. Mal que mal, pareciera que el derecho que se tiene sobre una sepultura se ejerce directamente sobre la misma y que el titular puede usar, gozar y disponer de su sepultura, siempre que en ello no contravenga la ley o el derecho ajeno. Además, el Reglamento, al referirse a las sepulturas, usa en repetidas ocasiones los términos «propietario» y «dominio». El tratamiento que han recibido las sepulturas en la práctica se asemeja bastante al de la propiedad inmobiliaria. Los llamados «contratos de sepultura» se asimilan –en cuanto a su redacción– a una escritura de compraventa de un inmueble. Luego, la inscripción que se realiza en el Registro del Cementerio no puede dejar de compararse con la que se realiza en el Conservador de Bienes Raíces, sobre todo si el ya citado artículo 46 N° 10 habla de «archivo de títulos de dominio» (Mihovilovic Stiepanovich, 2006, p. 10).

Más adelante, sin embargo, el mismo autor postula que:

La Contraloría General de la República ha señalado que el Reglamento General de Cementerios, si bien en varias de sus normas emplea expresiones tales como «título respectivo», «registro de propiedad», «dominio» y otras de análogo sentido, del análisis integral de sus disposiciones se infiere que en él se regula, con características propias, el otorgamiento del título que se refiere a un derecho especial que recae

⁷ Las negrillas son mías.

sobre los terrenos destinados a la sepultación, el cual es distinto del derecho de propiedad definido en el artículo 582 del Código Civil (...). (Mihovilovic Stiepanovich, 2006, p. 10).

Ahora bien, el artículo 587 del Código Civil, norma que se refiere al “uso” y “goce” de capillas y cementerios, habla también de “posesiones de particulares”, estableciendo la transmisibilidad de dichas “posesiones” y, además, reafirmando el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal (Rivera, 2023, pp. 96-100). En efecto, esta norma reza lo siguiente:

El uso y goce de las capillas y cementerios, situados en **posesiones** de particulares y accesorios a ellas, pasarán junto con ellas y junto con los ornamentos, vasos y demás objetos pertenecientes a dichas capillas o cementerios, a las personas que sucesivamente adquieran las posesiones donde están situados, a menos de disponerse otra cosa por testamento o por acto entre vivos.⁸

En otras palabras, Bello no fijó el establecimiento de un derecho real de propiedad acerca de estos bienes.

Podría pensarse que, en virtud del contrato celebrado entre el Cementerio (mediante su representante legal) y el “usuario” (adquirente o fundador), se conviene el establecimiento de una obligación de hacer, en cuya virtud el primero se obliga a concederle –durante el tiempo que dure el contrato– el terreno al segundo, para que el fundador sepulte a sus deudos o a las personas que estime conveniente (Mihovilovic Stiepanovich, 2006, p. 12).

En este mismo sentido, Cortés y Espina señalan que:

Por lo general, los cementerios-parque comercializan las sepulturas mediante alguna de las siguientes modalidades: una compraventa cuyo precio se paga al contado; una compraventa a plazo, pudiendo limitarse el dominio del derecho que adquiere el consumidor mientras no se pague en su totalidad el precio o, bien, mediante una promesa de compraventa a plazo, sujeta a la condición del pago íntegro del precio, en la cual se estipula que, durante la vigencia del contrato, el comprador podrá «hacer uso» de la sepultura (Cortés y Espina, 2021, p. 285).

En otras palabras, para la doctrina sería discutible la existencia de un derecho real de propiedad concerniente a las sepulturas y afines. De no tratarse de un derecho de propiedad, se podría pensar que existiría otro derecho real: las posibilidades son el derecho real de usufructo y el derecho real de habitación. Respecto del primero, el artículo 770 del Código Civil dispone que:

⁸ Lo ennegrecido es mío.

El usufructo podrá constituirse por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario. Cuando en la constitución del usufructo no se fija tiempo alguno para su duración, se entenderá constituido por toda la vida del usufructuario. El usufructo constituido a favor de una corporación o fundación cualquiera, no podrá pasar de treinta años.

En otras palabras, no podía tratarse de un derecho real de usufructo, pues, este derecho no se puede transmitir *mortis causa*. Lo anterior contraría lo dispuesto en el artículo 41 del Reglamento General de Cementerios, que además de hablar de “los derechos de los propietarios fundadores”, habla de que se trata de derechos “perpetuos”. Conforme con el Diccionario de la Lengua Española, perpetuo significa “(q)ue dura y permanece para siempre” (RAE, 2023, s/n). El artículo 41 del Reglamento General de Cementerios establece lo siguiente: “Los derechos de los propietarios fundadores de una sepultura de familia y de sus parientes, con derecho a ser sepultados en ella, son perpetuos”.

4. JURISPRUDENCIA NACIONAL

La Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 26 de septiembre de 2016, Rol N° 840-2016, habla derechamente de “propiedad” o “dominio” respecto de las sepulturas, estableciendo lo siguiente:

(...) La referida entidad indicó que el 14 de febrero de 2009 el recurrido y la sociedad Parques del Sur S.A. (hoy Parques de Chile SpA) suscribieron contrato de compraventa de sepultura N°08080, en virtud del cual **el primero adquirió el dominio respecto de la sepultura** N° 2041 ubicada en el Sector 203 del Cementerio informante (...).⁹

La Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 26 de septiembre de 2016, Rol N° 840-2016, se refiere también a la “propiedad” o “dominio” de una sepultura. En efecto, esta Sentencia dispone que:

SEGUNDO: Que, el objeto del presente recurso es que se ordene el traslado del cadáver de don E.R.M.R., desde el patio 8, fila 12, sepultura N° 35, del Cementerio Municipal de V. al Cementerio Municipal de La Unión, en atención a que **el dueño de la sepultura**, don R.A.V.G., se habría negado a prestar su consentimiento. En este sentido, al informar el recurso, R.A.V.G. señaló que «...nunca me opuesto al traslado de mi hijastro y si hay que firmar firmaré, solo espero un llamado de la Sra. V.F.P.,

⁹ Lo ennegrecido es mío.

para que me expusiera de esta nueva decisión tomada por ella y así saber cuándo y dónde debía yo firmar, para que así ella efectúe el trámite de traslado...» (sic)¹⁰.

Asimismo, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 20 de abril de 2017, Rol N° 969-2017, establece que:

Así, frente al no pago de dos cuotas consecutivas de mantención anual, el vendedor podrá declarar resuelto *ipso facto* el contrato, incurriendo además en una multa a título de avaluación anticipada de perjuicios, equivalente al 100% del monto pactado por concepto de adquisición del nicho, bastando para ello, remitir carta certificada otorgada al comprador, pudiendo respectivo el vendedor una en vez este caso, tomar 30 días de posesión desde del la 3 Nicho transcurridos expedición de la carta (sic), quedando expresamente facultado para solicitar al administrador la exhumación de los restos que se encontraren sepultados. Cita asimismo, como abono a su actuar, lo dispuesto en el Reglamento General de Cementerios, que **pone de cargo del propietario los gastos de conservación y mantención de los nichos**.¹¹

También la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 6 de abril de 2016, Rol N° 1.676-2017, se refiere a la “propiedad” de una sepultura, disponiendo que:

VISTOS: A fojas 16 comparece C.V.B., abogado, en representación de doña E.I.G.A., pensionada, domiciliada en calle T. 142, Concepción, e interpone recurso de protección en contra de la sociedad PARQUES DE CHILE S.A., administradora del Cementerio Parque de Santa María de Los Ángeles, representado por su Jefe de Sucursal don Á.Z., ambos domiciliados en Avenida Ercilla 441, Los Ángeles, y en contra de V.U.A., domiciliado en calle L. 325, oficina 606, de la misma ciudad. Funda su recurso en que el hijo de su representada, don R.A.M.G., falleció el 05 de octubre de 2014, según consta de Certificado de Defunción, siendo su única heredera según da cuenta el respectivo certificado de posesión efectiva, sin perjuicio de lo cual, se procedió a la inhumación de los restos mortales del hijo de la recurrente el día 09 de octubre de 2014 en la **sepultura de propiedad del recurrente** U.A., número 3.637, ubicada en el sector A-25 del Cementerio Parque Santa María de Los Ángeles, administrado por la otra recurrente Parques de Chile S.A. (...).¹²

5. CONCLUSIONES

Para la jurisprudencia existe un derecho de propiedad o dominio de las tumbas, nichos, mausoleos y capillas. Este dominio, podríamos agregar, tiene ciertas

¹⁰ Lo ennegrecido es mío.

¹¹ Lo ennegrecido y subrayado es mío.

¹² Lo ennegrecido es mío.

particularidades, por ejemplo, no estar sometido a la inscripción conservatoria, sino que al registro de propiedad y registro de transferencias que lleva cada cementerio y, además, estar destinado para el uso que fija la ley y el contrato. Este derecho de “dominio”, podríamos decir, constituye una propiedad “especial”, pero de todas formas constituye un derecho real de propiedad, gozando de la protección constitucional y legal que franquea la legislación civil.

REFERENCIAS

- BARCIA LEHMANN, RODRIGO (2010). *Lecciones de derecho civil chileno*. Tomo IV. De los Bienes. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- BECERRA PALOMINO, CARLOS ENRIQUE (1991). Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984, en *Derecho* (45), pp. 19-70.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN (1998). “Ausencia y muerte presunta. Un intento de explicación sistemática del régimen jurídico de la incertidumbre sobre la existencia de las personas naturales”. *Revista Chilena de Derecho*, 25(1), pp. 9-26.
- CORTÉS LÓPEZ, HERNÁN Y ESPINA OPITZ, MARITZA (2021). “El negocio tras la muerte. Cementerios parque como proveedores financieros no tradicionales. Corte Suprema, 27 de julio de 2020, Rol 33945-2019; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2007-2018; 3^{er} Juzgado de Policía Local de Maipú, 26 de julio de 2018, Rol 11.605-2014”. *Revista Chilena de Derecho Privado* (36), pp. 283-295.
- DE BELAÚNDE, JAVIER (1988). “Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después”. *Thémis* (10), pp. 61-69.
- FLEINER, FRITZ (2021). *Instituciones de derecho administrativo*. Madrid: Ediciones Olejnik.
- MANRIQUE, JORGE (s/f). *Coplas a la muerte de su padre*. De poesía, edición de Eduardo Beltrán, en curso de revisión para la Biblioteca clásica de la Real Academia Española. https://www.rae.es/sites/default/files/Coplas_a_la_muerte_de_su_padre.pdf
- MIHOVILOVIC BONARDI, ARIEL (2009). “Naturaleza jurídica de los derechos que se tienen respecto de una sepultura”. *Revista Actualidad Jurídica* (19), pp. 535-577.
- MIHOVILOVIC STIEPANOVICH, BERNARDO (2006). “Derechos de sepultura”. *Revista del Abogado*, 36(10), pp. 10-12.
- ORTEGA GARCÍA, ERICK (2019). “El régimen de los cementerios públicos: tras la dicotomía entre lo público y lo privado”. *Revista Misión Jurídica*, 12(17), pp. 119-150.
- ORTEGA GARCÍA, ERICK Y ARIAS GAYOSO, GRETHEL (2020-2021). “Derechos subjetivos en sede cementerial: la dicotomía entre lo público y lo privado”. *Díké. Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, 14(28), pp. 171-190.

- PEÑA HENRÍQUEZ, CARLOS (2019). “La tributación de las sepulturas”. *Revista de Derecho Tributario Universidad de Concepción* (5), pp. 112-121.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL (2010). *La propiedad y otros derechos reales*. Cuarta edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2023). *Diccionario de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es/>
- RIVERA RESTREPO, JOSÉ MAXIMILIANO (2023). *Tratado de Derecho Civil. Del acto jurídico*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- RIVERA RESTREPO, JOSÉ MAXIMILIANO (2020). *Tratado de derecho civil. Derecho sucesorio*. Tomo I. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- VELÁSQUEZ LÓPEZ, PAULA ANDREA (2009). “Los cementerios... Territorios intersticiales”. *Revista Hacia la Promoción de la Salud*, 14(2), pp. 24-38.
- VERGARA BRAVO, CARLOS (1918). “La muerte presunta”. *Anales de la Universidad de Chile* (142), pp. 207-240.
- WILLIAMS, GUIDO (2023). *Regulación de cementerios y sepultaciones*. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34161/2/BCN_regulaci%C3%B3n%20cementerios%20vf.pdf

Anexo jurisprudencia

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 20 de abril de 2017, Rol N° 969-2017.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 26 de septiembre de 2016, Rol N° 840-2016.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 6 de abril de 2016, Rol N° 1.676-2017.

Anexo legislación

- Código Civil, artículos 78, 95, 96, 97, 568, 582, 587 y 770 (Diario Oficial, 30 de mayo de 2000).
- Código Sanitario, artículos 135 y 136 (Diario Oficial, 31 de enero de 1968).
- Decreto N° 357, que fija el texto del Reglamento General de Cementerios, artículos 1, 15, 16 y 29 (Diario Oficial, de 18 de junio de 1970).
- Ley N° 18.096, transfiere a las municipalidades los cementerios que indica y les encomienda su gestión, artículo 1 (Diario Oficial, de 25 de enero de 1982).

NORMAS EDITORIALES

La Revista permite la presentación de trabajos en dos tipos de citas posibles: Chicago de notas y bibliografía, 17° edición y el Manual de Publicaciones de la American Psychological Association, 7° Edición.

1. Sistema Chicago de notas y bibliografía

La primera vez que citamos una fuente se debe redactar la primera nota de forma completa:

Nombre Apellido, *Título del libro*, edición si no es la primera (Lugar de publicación: Editor, Año de publicación), n° de página/s.

Las siguientes referencias a la misma fuente de forma abreviada:

Apellido del autor, *las tres o cuatro primeras palabras del título del libro*, la/s página/s citadas.

Si hay entre dos y tres autores, en la nota se escriben los nombres de todos ellos en el orden en el que aparecen.

Si son cuatro autores o más, se escribe el nombre del primero seguido de la expresión et al. (en redonda).

Si el texto que citamos ocupa más de cuatro líneas (o 100 palabras, o más de dos versos en una poesía), lo escribimos en un párrafo aparte, con sangría, a espacio sencillo y sin comillas, y separado del párrafo anterior y posterior por una línea en blanco. También podemos escribir este bloque en un tipo de letra menor que el resto del texto.

Al final se debe incluir una bibliografía completa:

Apellido, Nombre, *Título del libro*, Edición si no es la primera. Lugar de publicación: Editor, Año de publicación.

En la bibliografía, si hay más de un autor, invertimos el nombre del primer autor, seguido de los demás autores en el orden habitual.

En el caso de citar un capítulo de un libro colectivo, la nota comienza por el autor y título del capítulo (entre comillas), seguido de “en” y el título de la obra colectiva (en cursiva) y demás datos de publicación.

En la nota abreviada solo se necesita indicar el autor, el título del capítulo, y la/s página/s citada. En la bibliografía se incluyen todos los datos anteriores, y también el rango de páginas del capítulo.

Los libros electrónicos se citan igual que su versión impresa, añadiendo al final el dato del medio o formato: Kindle, PDF, EPUB.

En el caso de citar un artículo de revista académica en papel, la nota se realiza de la siguiente forma:

Nombre completo del autor o autores, título del artículo (entre comillas), *título de la revista* e información del número (volumen, número, mes, año y páginas citadas).

La nota abreviada solo contiene el apellido del autor, el título del artículo (abreviado si es muy largo) y la/s página/s citadas, todo separado por comas.

En la bibliografía indicamos el rango completo de páginas del artículo, no solo la parte citada como en las notas.

En caso de revistas electrónicas, las notas se hacen como los artículos de revistas en papel, pero añadiendo el DOI o la URL (el DOI es preferible). No es obligatorio poner la fecha de acceso pero, si se hace, se escribe antes del DOI o la URL. La nota abreviada no incluye la URL ni el DOI.

En el caso de los recursos web, debemos incluir siempre el DOI o la URL (el DOI es preferible). En el estilo Chicago, la fecha de acceso al recurso electrónico no es obligatoria. Podemos ponerla si no tenemos la fecha de publicación, ni la de modificación o revisión.

2. Sistema APA

La cita en el texto debe estar entre paréntesis y contener apellido, año de publicación y número de página con la abreviatura “p.” en caso de ser una sola página y “pp.” en caso de dos o más, separando el intervalo de páginas con un guion.

Ejemplo: (Aravena, 1982, p. 15)

Cuando se citan varias obras, se deben ordenar por orden alfabético y separarlas con punto y coma.

La referencia a obras traducidas, reimpresas o reeditadas debe incluir dos años, el de publicación de la obra original y el año de la traducción, reimpresión o reedición, separados con una diagonal.

Ejemplo: (Aravena, 1982/1998, p. 15)

Cuando se citan dos o más obras de un mismo autor publicadas en un mismo año, incluya una letra minúscula después del año.

Si existen dos autores citados que compartan el mismo apellido, agregue la inicial del nombre seguido de un punto.

Para una obra de dos autores, se debe incluir a ambos separados con un *amperсанд* (&). Para una obra con tres o más autores, incluir solo el nombre del autor principal más et al.

Las citas con una extensión menor a 4 líneas o 40 palabras se deben incorporar al texto, en cambio las que superen las 4 líneas o 40 palabras, deben citarse como bloque separado del texto, con una sangría aplicado a todo el bloque, de 1 cm desde el margen izquierdo del texto.

La lista de referencia tiene por objeto indicar las obras que se han citado en el texto, con los siguientes elementos, cada uno separado por una coma.

- a) Autor: Apellido en mayúscula y el nombre en minúscula.
- b) Fecha: año entre paréntesis seguido de un punto.
- c) Título: debe ir en cursiva y solo la primera letra en mayúscula.
- d) Fuente: se incluye el nombre de la casa editorial que publicó la obra indica o el lugar donde se puede recuperar la obra citada.

La lista de referencia se debe confeccionar por orden alfabético del apellido de los autores.

3. Información primera página

Con independencia del sistema elegido por el autor, la información de la primera página del trabajo debe ser la siguiente:

- a) Título del trabajo: tamaño 23, centrado y en la mitad superior de la hoja de título.
- b) Nombre de cada uno de los autores del escrito: bajo el título del trabajo, centrado y dejando doble espacio, tamaño 12 en negrita, debe incluir el nombre, primer apellido y segundo apellido.
- c) Grado o cargo: grado académico e institución en la que se obtuvo.
- d) Afiliación académica de cada autor: bajo el nombre del autor, centrado y en tamaño 12, indicar el lugar donde el autor o autores trabajan.
- e) Dirección de correo electrónico institucional: bajo la afiliación académica, centrado y en tamaño 12.

- f) Resumen: bajo la dirección de correo y dejando doble espacio, con letra tamaño 12, debe ir un resumen breve y detallado del contenido del escrito, con un máximo de 250 palabras. Debe redactarse en un solo párrafo, sin sangría en la primera línea.
- g) Palabras claves: incluir 5 palabras que describan los aspectos más importantes del trabajo, tamaño 12.
- h) Título abreviado: versión abreviada del título del trabajo, el que no debe contener más de 50 caracteres y se debe ubicar al margen izquierdo superior de cada una de las páginas del escrito, en tamaño 12 con letras mayúsculas.

4. Aspectos formales del escrito:

- a) Tipo de letra: Calibri Light 12.
- b) Interlineado: doble espacio.
- c) Extensión: los trabajos deberán tener una extensión máxima de 60 páginas, incluida la bibliografía. Sin perjuicio de lo anterior, se podrá autorizar una mayor extensión por motivos fundados.
- d) Margen: utilizar margen de 2,54 cm en todos los lados de la página.
- e) Párrafos: los párrafos del escrito deben estar en modalidad justificado.

NORMAS ÉTICAS

Las publicaciones de la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad San Sebastián presuponen un proceso editorial riguroso y transparente que esté en condiciones de asegurar, además de la divulgación de trabajos académicos de calidad, el cumplimiento de ciertos estándares éticos objetivos y conocidos por la comunidad científica. El objetivo de los mencionados criterios consiste esencialmente en que el artículo publicado efectivamente dé cuenta de una investigación original, en la que se pueda comprobar la efectiva vinculación del autor con su contenido y en la que el uso del material bibliográfico utilizado sea fidedigno.

Como *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad San Sebastián nos ha interesado presentar de manera ordenada un conjunto de normas éticas cuya observancia resulta indispensable en todo trabajo investigativo sometido a nuestro examen editorial. El siguiente listado no pretende ser un texto científico respecto de dicho tipo de normas, sino informar a la comunidad académica acerca de las conductas que consideramos como reprochables y las eventuales sanciones que estas merecen, de tal manera que los trabajos que puedan ser publicados en nuestras páginas mantengan el rigor científico e intelectual que de ellos se espera.

Finalmente, nos ha parecido oportuno recalcar que el respeto de las normas éticas en las publicaciones académicas no solo implica su revisión minuciosa por parte del Comité Editorial, sino que requiere preliminarmente de un compromiso asumido por el mismo autor, desde el momento en que somete el trabajo para dar curso al proceso editorial hasta una eventual publicación. Por ello nos parece relevante que aquel lleve a cabo permanentemente un examen interno y exhaustivo de su labor investigativa, comprendiendo el impacto que su trabajo puede tener, tanto en el desarrollo del proceso editorial mismo como en la comunidad científica y en la sociedad en general.

II. Conductas éticamente reprochables y su sanción

a) Del plagio:

1. La conducta más gravemente atentatoria contra el derecho de autor en el marco de los procesos editoriales es el plagio. Hay plagio cuando se presentan como propias ideas planteadas previamente por otro autor, sin reconocer adecuadamente dicha autoría.

2. Se distinguen las siguientes variantes de plagio:
 - 2.i. Plagio completo: Constituye la apropiación literal de una idea ajena que, al no contar con la debida referencia, se hace pasar por propia. El plagio completo implica una falta grave a la ética y al rigor académico, sin perjuicio de las demás sanciones legales que sean aplicables.
 - 2.ii. Plagio parcial o mosaico: Ocurre cuando el contenido del trabajo presentado, o una parte relevante del mismo, corresponde a la combinación de más de una fuente, sean o no de un mismo autor, que ya han sido publicadas, difundidas o presentadas por uno o más terceros, sin que se identifique claramente la o las fuentes correspondientes.
 - 2.iii. Plagio minimalista: Se refiere al caso en que el contenido del trabajo presentado, o una parte relevante del mismo, corresponde a las ideas, aseveraciones, datos, planteamientos, argumentaciones y conclusiones que ya han sido publicadas, difundidas o presentadas por un tercero, sin que se identifique claramente la fuente correspondiente. La diferencia con los casos anteriores es que, en este supuesto, el plagio se realiza por medio de la reelaboración de un texto o de ideas ajenas desconociendo su origen.
3. Detectada una conducta de autoplagio en los términos antes indicados, tal circunstancia se pondrá en conocimiento del autor, describiéndose la conducta reprochada y las razones que han llevado a tal calificación. El autor podrá efectuar sus descargos dentro del plazo indicado por el Comité Editorial para su correcta ponderación previo a la aplicación de la correspondiente sanción. En caso de ser identificada una conducta de plagio en un trabajo enviado para su publicación a la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad San Sebastián, aquel será inmediatamente rechazado y no se permitirá al autor de dicho plagio publicar en nuestra Revista por un plazo de al menos un año calendario, contado desde la fecha en que se notifica el rechazo de su trabajo por la razón antes expresada; todo lo anterior sin perjuicio de las sanciones legales que resulten aplicables.

b) Del autoplagio:

4. Hay autoplagio cuando el autor envía a la consideración editorial un trabajo que ya se encuentra publicado en otro medio (sea impreso o digital), o utiliza una parte sustancial de dichos textos, ideas, aseveraciones, datos, planteamientos, argumentaciones y conclusiones que ya han sido publicadas, difundidas o presentadas por el propio autor.
5. Se distinguen los siguientes tipos de autoplagio:
 - 5.i. Reciclaje de textos: Implica la presentación de un trabajo íntegramente publicado en otro medio, sin poder identificar diferencias sustanciales entre uno y otro texto.

- 5.ii. Autoplagio propiamente tal: Se refiere a la presentación de un trabajo que contiene ideas, aseveraciones, datos, planteamientos, argumentaciones y conclusiones que ya han sido publicadas, difundidas o presentadas por el propio autor en cualquier medio.
6. El procedimiento y la sanción aplicables al autoplagio serán idénticas a las señaladas en el n. 3 precedente.

c) De otros problemas de autoría:

7. Identificación errada de la autoría del texto: Se refiere al caso en que quienes son identificados en el texto como autores del trabajo no son realmente quienes han participado sustancialmente en su redacción.
8. Incorporación de autores luego de iniciado el proceso editorial: Se refiere al caso en que el texto ha sido presentado por uno o varios autores y durante el proceso editorial se pretende la identificación de nuevas personas en calidad de autores.
9. Retiro de autores luego de iniciado el proceso editorial: Se refiere al caso en que el trabajo ha sido presentado por uno o varios autores durante el proceso editorial y se pretende que alguno de ellos sea retirado de la calidad de autor.
10. En el caso señalado en el n. 7 precedente, la Revista podrá solicitar a quien haya presentado el trabajo una constatación del plan de trabajo pactado entre los intervinientes que haya identificado claramente la función que a cada cual correspondería en la investigación.
11. En el caso señalado en el n. 8 precedente, se solicitará al autor original y al nuevo autor una aclaración exhaustiva de los motivos por los cuales no se identificó a la persona como autor en la presentación original.
12. En el caso señalado en el n. 9 precedente, se solicitará al autor una aclaración exhaustiva de los motivos por los cuales se identificó a la persona como autor en la presentación original y se requerirá del consentimiento expreso de quien había sido identificado como autor, juntamente con una explicación por parte de este último de la situación planteada.
13. Detectado un problema de autoría en los términos antes indicados, se pondrá en conocimiento del autor o los autores y terceros interesados la conducta reprochada y las razones que han llevado a tal calificación. El autor, autores o interesados podrán efectuar sus descargos dentro del plazo indicado por el Comité Editorial.
14. En caso de que las explicaciones del autor, autores o interesados no aparezcan como plausibles, se rechazará el trabajo en cuestión y se sancionará a los involucrados de modo que estos no puedan publicar en la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad San Sebastián por un plazo de

al menos un año calendario, a juicio del Comité Editorial. Si las explicaciones aparecen como plausibles, no se aplicarán sanciones; pero el proceso editorial será dejado sin efecto y se volverá a iniciar.

d) De los problemas de honestidad en el uso de las fuentes y la protección de datos en la investigación:

15. En estos casos, el reproche se produce porque el autor no ha utilizado las fuentes de manera honesta, por ejemplo, falseando los datos que son expresados en el trabajo o no habiendo sido lo suficientemente diligente en su obtención. Igualmente ocurre cuando el autor no ha tomado los resguardos suficientes para dar cumplimiento a las normas que se refieren al tratamiento de datos personales, especialmente aquellos de carácter sensible.
16. En el caso de falseamiento o falta de corroboración de las fuentes, se solicitará al autor la exhibición de los documentos a partir de los cuales desarrolló el trabajo o la complementación de la investigación, según corresponda.
17. En el caso de incumplimiento de la normativa correspondiente a la protección de datos personales, se solicitará al autor la acreditación de que ha dado cumplimiento efectivo a dichas normas.
18. Una vez puesta tal calificación y sus motivos en conocimiento del autor, este podrá efectuar sus descargos en el plazo que se le indique por el Comité Editorial.
19. En caso de falseamiento de las fuentes, la sanción será idéntica a la contemplada en el n. 3 precedente. En caso de falta de corroboración de fuentes o incumplimiento de la normativa acerca de protección de datos personales, se suspenderá el proceso editorial hasta la comprobación de su cumplimiento. Lo anterior no obsta a que el Comité Editorial pueda rechazar fundadamente el trabajo debido a la ausencia de rigor científico.

e) De la duplicidad de envíos:

20. Este supuesto ocurre cuando el trabajo presentado se encuentra paralelamente sometido a consideración de otras sedes de edición como parte de un trabajo más extenso, con independencia de si ello implicará su publicación en un libro, capítulo de libro, trabajo de revista, publicación digital u otras.
21. Detectado un problema de duplicidad de envíos en los términos antes indicados, y una vez puesta en conocimiento del autor la calificación y sus motivos, aquel podrá efectuar sus descargos dentro del plazo indicado por el Comité Editorial.
22. En caso de acreditarse la duplicidad de envíos, se procederá al inmediato rechazo de la publicación, como asimismo no se permitirá al autor publicar

en la Revista por un plazo de al menos un año calendario, a juicio del Comité Editorial; todo lo anterior sin perjuicio de que la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad San Sebastián se reserva el derecho de poner dicha situación en conocimiento de todos los editores de las publicaciones en las que se ha advertido la duplicidad de envío.



SAE

CREER

EMPR