

Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas

ISSN 0719-2940

www.rfycj.cl



AÑO 4 N°6 (JULIO DE 2015)

EDITOR:

Francisco Zepeda Navarro

COMITÉ EDITORIAL:

Sebastián Flores Cuneo

Katherine Galdámez Fernández

Gabriel Marín Mery

Harry Jerez Díaz

CONSEJO EDITORIAL:

Prof. Dr. Jaime Bassa Mercado

Universidad de Valparaíso; Universidad Adolfo Ibáñez; Universidad de Viña del Mar

Prof. Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez

Universidad de Valparaíso

Prof. Dr. Felipe Gorigoitia Abbott

Universidad de Valparaíso; Universidad Adolfo Ibáñez

Prof. Dr. Hugo Herrera Arellano

Universidad de Valparaíso; Universidad de los Andes

Prof. Dr. (c) Claudio Meneses Pacheco

Universidad de Valparaíso

Prof. Jorge Mera Figueroa

Universidad de Valparaíso; Universidad Diego Portales

Prof. Dra. Pamela Prado López

Universidad de Valparaíso

Prof. Dr. (c) Ricardo Salas Venegas

Universidad de Valparaíso

Prof. Dr. Luis Villavicencio Miranda

Universidad de Valparaíso

Prof. Dra. Alejandra Zúñiga Fajuri

Universidad de Valparaíso

Dr. Dr. h.c. mult. José Luis Guzmán Dálbora

Universidad de Valparaíso

Dr. Adolfo Vásquez Rocca

Universidad Andrés Bello

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

Dirección: Av. Errázuriz N° 2120, Valparaíso.

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

PRESENTACIÓN:

Presentamos a nuestros lectores la edición N° 6 de *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, publicación editada por abogados y egresados de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. En esta ocasión, presentamos cinco artículos elaborados por alumnos y profesores de diversas universidades chilenas y extranjeras.

Gerardo Tripolone, en “*Espacios Políticos y Guerra en el Derecho Internacional*”, analiza la relación entre la noción de Espacios Políticos y los cambios en la Guerra contemporánea. A su vez, el autor plantea que la alteración en la forma de practicar la guerra tiene como uno de sus fundamentos la pérdida de noción de espacialidad concreta que existía durante el auge de los Estados soberanos modernos.

Roberto Muñoz Castro, en “*El control preventivo de las operaciones de concentración en Chile*”, describe cómo funciona en Chile el sistema de fusiones en operaciones de concentración, haciendo un estudio detallado de las falencias que se han detectado en aquel régimen normativo. Por último, realiza un exhaustivo análisis del proyecto de ley que pretende modificar el actual sistema.

Bárbara Orellana Lavoz, en “*Elementos para un estándar de la prueba en el procedimiento administrativo*”, plantea la necesidad de una discusión sobre cuál debe ser el estándar de prueba en los procedimientos administrativos. Para cumplir su cometido, analiza críticamente la estructuración de la actividad probatoria en la Ley N° 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, junto con un pequeño excursus sobre las principales teorías acerca de la prueba. Por último, esboza algunas líneas sobre cuál debería ser el estándar de prueba en esta materia.

Arlex Martínez Artunduaga, en “*Apología de la verdad comunitaria como cimiento de una justicia con reconciliación*”, presenta lo que se ha denominado como ‘verdad comunitaria’ como un factor importante en la vigorización socio-político de la justicia y de la reconciliación. Tomando en consideración los retos que impone la democracia a las pretensiones de corte universalistas del liberalismo se expone la reconstrucción comunitaria de la verdad como uno de los deberes del ideal de la reconciliación. Finalmente, expone las demandas de la idea de justicia desde esta perspectiva.

Por último, Ricardo Salas Venegas, en “*Notas sobre la constitucionalización de la interpretación legal*”, nos señala que las reglas de interpretación de la ley contenidas en el Código Civil chileno deben interpretarse a la luz de la Constitución, lo cual exigiría el uso correcto de la equidad interpretativa.

Quisiéramos terminar agradeciendo a todos los que colaboran con esta publicación, en especial a los estudiantes, académicos e investigadores que nos confían sus trabajos y que son, en definitiva, quienes hacen posible la existencia de esta revista.

Los editores.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	3
[TEORÍA POLÍTICA] ESPACIOS POLÍTICOS Y GUERRA EN EL DERECHO INTERNACIONAL, por <i>Gerardo Tripolone</i>	6
[DERECHO ECONÓMICO] EL CONTROL PREVENTIVO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN CHILE, por <i>Roberto Muñoz Castro</i>	26
[DERECHO PROCESAL/ADMINISTRATIVO] ELEMENTOS PARA UN ESTÁNDAR DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, por <i>Bárbara Orellana Lavoz</i>	56
[FILOSOFÍA DEL DERECHO] APOLOGÍA DE LA VERDAD COMUNITARIA COMO CIMIENTO DE UNA JUSTICIA CON RECONCILIACIÓN, por <i>Arlex Martínez Artunduaga</i>	84
[DERECHO CONSTITUCIONAL] NOTA SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL, por <i>Ricardo Salas Venegas</i>	95
INSTRUCCIONES A LOS AUTORES	105

Estudios

ESPACIOS POLÍTICOS Y GUERRA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

*Gerardo Tripolone**

RESUMEN: *En el presente trabajo analizamos la relación entre la noción de Espacios Políticos y los cambios en la Guerra contemporánea. Según sostendremos aquí, la alteración en la forma de practicar la guerra tiene como uno de sus fundamentos la pérdida de noción de espacialidad concreta que existía durante el auge del Estado soberano moderno. Esto no es tenido en cuenta por los análisis sobre la guerra actual, los cuales se centran en los problemas técnicos, tales como las armas de destrucción masiva y las nuevas tecnologías. Siendo estos factores centrales, no debe obviarse el crucial cuestionamiento filosófico político que subyace y que, según nuestra tesis, está centrado en el problema de los espacios políticos. Este fenómeno, iniciado a principios del siglo XX (aunque con antecedentes anteriores), se ha radicalizado durante la “Guerra contra el Terrorismo”, donde a un enemigo difuso y no estatal, se le contraponen empresas privadas contratadas para aniquilarlos.*

ABSTRACT: *In the present work we analyze the relationship between the notions of political spaces and the changes on contemporary war. According to us, the change in the war is related with the loss of the notion of concrete spatiality that existed during the zenith of sovereign States. The scholars that study contemporary war, do not take account of this problem. They focus on the technical problems, like weapons of mass destruction and new technology in war. However, we will focus on the political philosophy problem of political spaces. According to our thesis, the spatial factor is one of the most important aspects in this topic. The lost of spatial notion, especially in the 20th century, has been radicalized during the “War against Terror”, where a diffuse and non-state enemy fights against private enterprises hired by States to annihilate them.*

* Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet, Argentina), Universidad Nacional de San Juan, Argentina. Correo electrónico: gerardo.tripolone@gmail.com.

PALABRAS CLAVES: *Espacio – Guerra – Derecho Internacional – Carl Schmitt – Soberanía – Ius Publicum Europaeum – Guerra Total.*

KEYWORDS: *Space – War – International Law – Carl Schmitt – Sovereignty – Ius Publicum Europaeum – Total War.*

I. INTRODUCCIÓN

Gustavo Ainchil y Alberto Dojas, funcionarios del Servicio Exterior de la Argentina, han puesto de resalto los cambios que ha sufrido en la actualidad la noción de territorio de los Estados. Los autores se centran en las mutaciones que las nuevas tecnologías suponen para la concepción tradicional de la soberanía territorial de los Estados. Desde esta constatación, Ainchil y Dojas abordan los desafíos en materia de defensa nacional que este cambio produce¹. En el presente trabajo quisiéramos tratar la problemática de los espacios políticos estatales en relación con los cambios en la guerra contemporánea.

Las páginas que siguen parten de nuestra tesis doctoral en Derecho y Ciencias Sociales titulada “*El factor espacial del derecho internacional en el pensamiento de Carl Schmitt*” que desarrollamos en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. En ella planteamos la posibilidad de pensar las tesis de Schmitt (1888-1985) sobre los espacios políticos en el orden jurídico mundial basándonos en consideraciones que son olvidadas por los estudiosos del jurista alemán. En nuestra tesis buscamos una nueva interpretación sobre la obra de Schmitt con el fin de extraer todos los aportes a la historia de las ideas del derecho internacional y a la actualidad del orden mundial. Uno de los puntos clave es la relación que, en el interior de la obra de Carl Schmitt, se plantea entre Espacios Políticos y Guerra en el Derecho Internacional².

¹ AINCHIL, Gustavo y DOJAS, Alberto (2010): “*Una reflexión en torno a la noción de ‘territorio’*”, En: *Revista de la Defensa*, n° 5, Argentina: Ministerio de Defensa, pp. 46-53.

² En esta misma revista se publicó un interesante texto de Víctor Páramo Valero en el que abordó la “teoría de la guerra justa” en Schmitt. Con el presente trabajo en parte quisiéramos profundizar sus reflexiones, haciendo hincapié en el factor espacial del derecho internacional en el jurista alemán y cómo influye en la guerra, tema que Páramo Valero no agota por concentrarse en otros aspectos también importantes del pensamiento schmittiano que se relacionan con la guerra (véase PÁRAMO VALERO, Víctor (2013): “*Crímenes en la ordenación moderna de la tierra: la teoría de la guerra justa de Carl Schmitt*”, En: *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, Año 2, N° 3).

En el desarrollo de este escrito abordaremos el problema de la guerra en un contexto de mutación de la concepción tradicional de los espacios políticos partiendo de la obra del jurista alemán nacido en Plettenberg. Schmitt vivió consciente la Gran Guerra (en la que participó como voluntario, aunque nunca en el frente) y la Segunda Guerra Mundial. Gran parte de su pensamiento internacional está signado por el cambio profundo que supuso la guerra de 1914-1918. La Primera Guerra Mundial marca, para Schmitt, el fin de una era en el derecho internacional y el comienzo de otra muy diversa y que aún hoy nos impacta. Este cambio está dado, centralmente, en la estructura espacial de los Estados, que incide directamente en la forma de practicar la guerra.

II. ESPACIO, ENEMISTAD Y GUERRA

El determinismo espacial de teóricos como Henry Thomas Buckle³ o el geopolítico de Rudolf Kjellén⁴, ha sido superado por diversas escuelas de pensamiento político internacional⁵ y son pocos los que sostienen esta tesis hoy en día. No obstante, es indudable que existe una relación profunda entre el espacio y la comunidad que en él se asienta. Esto puede verse en el pensamiento de Carl Schmitt, quien aborda este vínculo pero teniendo en cuenta la capacidad de cada pueblo de darse un orden político a través de una idea política determinada.

Lo decía el geopolítico alemán, emigrado en los Estados Unidos durante el nazismo, Hans Weigert: no hay espacio político que no encarne una idea política, así como no hay idea política que no tenga una relación con el espacio⁶. También lo notaba Rolf Schroers y se alarmaba de que las ideas políticas posteriores a la Segunda Guerra Mundial no estuviesen arraigadas a ningún tipo de espacialidad ni de estatalidad, lo cual permitía, según él, la tendencia a la unificación del mundo y la ideología, derivando finalmente en la criminalización del enemigo⁷.

³ Véase, DOUGHERTY, James E. y PFALTZGRAFF, Robert L. (1991): “*Teorías en pugna en las relaciones internacionales*”, trad. Cristina Piña, Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, pp. 66-67.

⁴ Véase, WEIGERT, Hans W. (1944): “*Geopolítica. Generales y geógrafos*”, trad. Ramón Iglesia, México: Fondo de Cultura Económica, pp. 119-120.

⁵ Como la escuela francesa del pensamiento “posibilista” (Dougherty y Pfaltzgraff (1991), pp. 69-70).

⁶ WEIGERT, Hans W (1944): p. 32.

⁷ SCHROERS, Rolf (1982): “*Maquinista y partisano*”, En: *El intelectual y la política y otros ensayos*; trad. Juan Happle, Barcelona: Alfa p. 52.

La vinculación que los pueblos eligen tener con el espacio mundial implica adoptar una determinada idea política. Bajo la dialéctica Tierra/Mar –eje de la historia universal según nuestro autor–⁸, Schmitt plantea que esta idea política puede basarse en una ordenación terrestre o, por el contrario, en una ordenación donde prime el elemento marítimo. Sin embargo, para el jurista alemán, el mar no tiene un claro orden jurídico: en el mar, al no poder trazarse líneas, no hay orden y no hay Derecho (la figura arquetípica del mar es el pirata). Los pueblos marítimos, por tanto, no tienen en sentido estricto una ordenación en el ámbito internacional y están abiertos a la arbitrariedad y al oportunismo.

De cualquier forma, en el pensamiento de Schmitt, las ideas políticas deben remitirse a cierta espacialidad concreta y ésta configura y moldea aquéllas. Por ejemplo, las concepciones políticas de los pueblos católicos y los protestantes se relacionan con el vínculo de cada uno con la tierra. La distinción que hace Schmitt en *Catolicismo y Forma política* es entre pueblos agrícolas (pueblos católicos) y pueblos industrializados (pueblos protestantes). En los primeros hay una centralidad absoluta de la tierra; en los segundos, del mar, del buque que comercializa el producto industrial: “*para la industria –dice Hegel, en un párrafo sobre el cual Schmitt pone mucha atención – el elemento natural, que la anima hacia lo externo, es el mar*”⁹.

Ese ánimo hacia lo externo y hacia el mar que tiene la industria tiende a una desespacialización de la política. Lo sabemos muy bien desde Marx y su insistencia en que el capitalismo derribó todas las fronteras del mundo. La industria no conoce territorios ni fronteras. Penetra en todos los Estados. No tiene nacionalidad ni lugar de asentamiento seguro. Se moverá de acuerdo con la conveniencia económica sin importar otro parámetro. Los movimientos industriales que hoy en día trasladan sus sucursales al Este del mundo, donde producir es más barato que en el Oeste, lo prueban. Hoy se asientan en China, Polonia o la India grandes industrias mundiales que en otro momento fueron orgullosos productos del capitalismo

⁸ Véase TRIPOLONE, Gerardo (2014): “*El conflicto de Crimea como un episodio más de la dialéctica Tierra/Mar en la Historia Universal*”, *Cosmopolitan Law Journal*, Universidad do Estado do Rio de Janeiro, vol. 2, N° 1, Junho, donde analizamos esta contraposición entre la Tierra y el Mar.

⁹ HEGEL, Georg W. F. (2009): “*Filosofía del Derecho*”, trad. Angélica Mendoza de Montero, Buenos Aires: Claridad, párrafo 247; p. 204.

Occidental. Ninguna industria será poderosa si no sabe reconocer en qué lugar del mundo (puede ser cualquiera) puede asentarse y producir al más bajo costo. Los pueblos católicos, al no poder abandonar su suelo, se vuelcan a la agricultura y entablan una relación mucho más poderosa con el suelo, siempre según Schmitt.

Nuestro autor atribuye la posibilidad de movilización constante del capitalismo a la matriz protestantes de estos pueblos industriales. “*Los pueblos católicos parecen amar de otra forma el suelo, la tierra maternal; todos tienen su terrisme*”¹⁰. Schmitt lo prueba en las emigraciones de hugonotes o puritanos, mucho más masiva que la de pueblos católicos. Obviamente, Schmitt reconoce las migraciones católicas, pero afirma que estos pueblos migrantes nunca “*perdieron la añoranza de su tierra*”¹¹.

Estas dos formas de relacionarse con la tierra son antagónicas, ya que una presenta una tendencia a la desespacialización política (la marítima) y la otra a la espacialización y asentamiento (la terrícola). Esta es, en el fondo, la razón de la enemistad y la guerra internacional. Para Schmitt, cada formación espacial comporta un orden legal y, argumenta Montserrat Herrero –estudiosa española del jurista de Plettenberg–, “*un criterio de enemistad y un modo de realización de la guerra*”¹². Es la forma de vinculación con el espacio lo que da fundamento a la enemistad en Schmitt y lo que explica que no es formalista la distinción entre amigos y enemigos, como ciertos autores han planteado. Así como la tierra concede una cierta pertenencia en comunidad (ya que el pueblo se asienta en la tierra), también es el originador de la enemistad con el otro que posee una relación espacial diferente, sobre todo si se contrapone con un pueblo preponderantemente marítimo. La dialéctica Tierra/Mar hace patente dos relaciones existenciales distintas de vinculación entre el espacio y los pueblos.

Es por esto que, según nuestra interpretación, se entiende que *Catolicismo y Forma política* sea, de forma no sólo cronológica, anterior a *El concepto de lo político*. La lucha entablada entre

¹⁰ SCHMITT, Carl (2009a): “*Catolicismo y Forma política*”, traducción, estudio preliminar y notas de Carlos Ruiz Miguel, Buenos Aires: Areté, Grupo editor, p. 57.

¹¹ SCHMITT (2009a), p. 56.

¹² HERRERO LÓPEZ, Montserrat (2007): “*El nomos y lo político: la filosofía política de Carl Schmitt*”, Eunsa, Navarra, p. 95.

católicos y protestantes es una lucha entre dos maneras de concebir políticamente el factor espacial del derecho internacional, lo cual genera el criterio de enemistad que seis años después de la publicación del opúsculo aparecerá en *El concepto de lo político*.

Ahora bien, Schmitt buscó siempre la limitación de la guerra y, por tanto, él aspiraba a una ordenación espacial que acotase su poder destructivo. La formación espacial que logra contener la guerra y no hacerla total, es aquella que se basa en una conciencia de espacialidad común¹³. Según Carl Schmitt, cuando hubo una concepción del mundo global (aunque, por supuesto, euro-céntrica), la guerra logró ser limitada. Esto se dio desde el siglo XVIII hasta la Gran Guerra de 1914, es decir, el periodo conocido como el *Ius Publicum Europaeum*. En dicha etapa, según Schmitt, había conciencia de comunidad, aunque se sabía distinguir los espacios de cada Estado soberano. Al contrario, cuando todavía el hombre no tenía concepción global del mundo en la Edad Media (porque todavía no se ponían los límites reales del Globo al no haberse trazado el planisferio), las guerras eran necesariamente de destrucción. Los imperios que se enfrentaban buscaban la aniquilación del otro¹⁴.

La pregunta que surge es si puede existir conciencia común cuando estamos hablando de divisiones espaciales de Estados soberanos. La primera impresión es que la soberanía que divide espacios y pone cercos a las unidades políticas divide, más que genera, una comunidad mundial. Sin embargo, Schmitt argumentaba que en el *Ius Publicum Europaeum* la soberanía sólo aparentemente aislaba, ya que, en el fondo, había algo a lo que aspiraban todos los Estados: el sostenimiento de una guerra limitada y no de aniquilación. La pretensión de unificación mundial impone exactamente lo contrario: para lograr esa unidad debe aniquilarse al disidente. En el sistema anterior, el otro pueblo –incluso el enemigo– puede vivir, siempre que esté confinado en su Estado soberano y no se entrometa en asuntos de otro Estado. La diferencia de espacios políticos hace que pueda convivirse. Al contrario, si se considera que todo el mundo es un solo

¹³ Hemos tratado este punto en TRIPOLONE, Gerardo (2014b): “La Doctrina de Carl Schmitt sobre el Derecho Internacional”, En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIV, México D.F: UNAM, en especial desde p. 365 en adelante.

¹⁴ SCHMITT, Carl (1974): “*Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*”, Berlin: Dunker & Humblot, p. 25.

espacio político unificado, entonces hay que borrar del mapa a quien no coincide con la forma particular de organizar la sociedad de las potencias dominantes, las cuales se sienten amenazadas al tomar conciencia de que “el otro” está al interior del propio espacio. Sólo porque los Estados Unidos consideran como un espacio unificado el mundo es que pueden afirmar que Estados medio orientales constituyen amenazas a su seguridad interna.

La conclusión de Schmitt sería que la guerra es limitada sólo cuando se tiene una política común, cuando se piensa que se está viviendo en un espacio en comunidad, cuestión que no sucede en el derecho internacional actual, a pesar de que se predique lo contrario. Lo que hoy existe es un mundo unificado donde facciones en lucha se disputan en una guerra civil mundial discriminatoria. No combaten Estados que comparten un régimen jurídico común, sino grupos humanos que se niegan mutuamente y que buscan la aniquilación total del otro. El otro al que se enfrentan no puede existir, no puede compartirse el mismo espacio.

III. GUERRA DE GABINETE, GUERRA CIVIL MUNDIAL, GUERRA TOTAL

En casi toda su producción, Carl Schmitt habla de la guerra en el contexto de un cambio radical posterior a la Primera Guerra Mundial. Ésta última fue la primera verdadera guerra total¹⁵, aun cuando no haya comenzado como tal. En un principio, la Gran Guerra comenzó como un enfrentamiento equivalente a las anteriores guerras limitadas del siglo XIX¹⁶. Ningún miembro de las elites políticas europeas pudo anticipar que la guerra se extendería por más de cuatro años y destruiría la vida de millones de personas, tanto en el frente como en la ciudad¹⁷. Mucho menos

¹⁵ Cabe notar que existen autores que consideran las guerras napoleónicas como paradigma de guerra total de la edad moderna. Véase BELL, David (2012): “*La primera guerra total. La Europa de Napoleón y el nacimiento de la guerra moderna*”, trad. Álvaro Santana Acuña, Madrid: Alianza. Para otros pensadores, la Guerra del Paraguay, que enfrento a la alianza de Argentina, Brasil y Uruguay contra Paraguay, fue también una guerra total, anticipándose a la Gran Guerra que comenzó en el 1914. Véase, CAPDEVILA, Luc (2010): “*Una guerra total: Paraguay, 1864-1870. Ensayo de historia del tiempo presente*”; trad. Ana Couchonnal, Buenos Aires: SB.

¹⁶ SCHMITT, Carl (1975): “*Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*”, Berlin: Dunker & Humblot, pp. 94-95. Véase, Howard, Michael (2002): “*La primera guerra mundial*”, trad. Silvia Furió, Barcelona: Crítica, pp. 9-10.

¹⁷ Según Henry Kissinger, “considerando la catástrofe que estaban preparando” “parece casi misterioso [...] la ligereza de los gobernantes europeos al lanzarse por su desastroso curso. Se hicieron asombrosamente pocas

podían imaginar que la Gran Guerra implicaría la caída del Imperio ruso, alemán, otomano y austro-húngaro, con las consecuencias geopolíticas que esto conllevó. Sin embargo, un cambio aún más importante hizo notar Carl Schmitt: la pérdida de estatalidad de la guerra. En *Teoría del partisano*, Schmitt argumenta que:

“En el año 1914 los pueblos y gobiernos europeos se tambalearon hacia la primera guerra mundial sin enemistad real. La verdadera enemistad surgió de la guerra misma, que comenzó como guerra convencional de Estados del Derecho internacional europeo y terminó con una guerra civil mundial revolucionaria de enemistad de clases”¹⁸.

La Gran Guerra, que comenzó siendo una guerra inter-estatal, terminó como “guerra civil mundial”. El concepto “guerra civil mundial” parece un oxímoron, por lo que cabe preguntarse a qué se refiere Carl Schmitt cuando lo utiliza. Ernst Nolte fue quien pasó a la historia por ser uno de los primeros en analizar el periodo que va desde 1917 (año de la Revolución Rusa) hasta 1945 como una “guerra civil europea” entre dos partidos políticos rivales que tomaron dos poderosos Estados: el Partido Comunista que se hizo con el Estado ruso en 1917 y el Partido Nacionalsocialista que tomó el Estado alemán en 1933. Para Nolte, la guerra civil comenzó desde el momento en que Lenin y los revolucionarios bolcheviques decidieron lanzar una gran ofensiva mundial que llamaba a los proletarios del mundo a luchar contra un enemigo sin fronteras: la burguesía¹⁹. Según el historiador alemán:

“la Revolución bolchevique de 1917 creó una situación del todo nueva dentro del marco de la historia mundial, porque por primera vez en la historia moderna un partido ideológico había tomado el poder

advertencias; una excepción honrosa fue la de Piotr Durnovo, ex ministro del Interior ruso” (KISSINGER, Henry (2011): *“La Diplomacia”*, trad. Mónica Utrilla, México: Fondo de Cultura Económica, p. 203).

¹⁸ SCHMITT, Carl (1975): pp. 94-95; cursivas nuestras.

¹⁹ NOLTE, Ernst (1996): *“La guerra civil europea”, 1917-1945. Nacional socialismo y bolchevismo*; trad. Sergio Monsalvo Castañeda, México: Fondo de Cultura Económica, p. 11. Cabe aclarar que la cruzada de Napoleón por llevar la Revolución Francesa a toda Europa y derrocar el Antiguo Régimen es también una guerra civil y una lucha no estatal desespecializada.

*en forma exclusiva en un gran Estado y estaba manifestando en forma persuasiva la intención de desencadenar guerras civiles en todo el mundo, a fin de lograr una transformación fundamental que cumpliría las esperanzas del movimiento obrero inicial y realizaría las predicciones del marxismo*²⁰.

Según Nolte, a esta proclama se le opuso Hitler más adelante. La guerra civil internacional comienza cuando la enemistad ya no es inter-estatal, sino que trasciende las fronteras de los Estados siendo su lucha ilimitada en el espacio. Es probable que Carl Schmitt hubiese coincidido al menos en parte con el análisis que Nolte publica en 1986. Sin embargo, nuestro autor se adelantó varios años calificando de “guerra civil” a la lucha desencadenada durante la Gran Guerra.

Tanto en la tesis de Nolte como en la de Schmitt lo que está en juego es la pérdida de estatalidad de la confrontación. El Estado moderno es el único gran limitador de la guerra. La guerra se convierte en total y de aniquilación en el momento en que los objetivos de la guerra trascienden los estatales y, al contrario, las facciones en lucha ven en el Estado un instrumento más de lucha. Lenin y Hitler, como líderes de sendos partidos políticos que veían en el Estado una herramienta para sus revoluciones, no tenían limitación alguna en la confrontación.

El cambio es absolutamente trascendental, ya que trastoca el punto central del *ius ad bello*. Durante siglos los Estados se han definido por su *ius ad bello*, por su derecho a iniciar una guerra²¹. Así lo entiende Schmitt cuando afirma que el Estado pierde su existencia política si no tiene la capacidad de decidir entre amigos y enemigos, es decir, en última instancia, la capacidad de enfrentar a los enemigos en guerra inter-estatal²². Esta capacidad era en cierta medida ilimitada, ya que cualquier soberano de un Estado podía iniciar una guerra contra otro soberano. No obstante, estas guerras entre Estados estaban limitadas a los objetivos estatales, lo que impedía las guerras totales de aniquilación.

²⁰ NOLTE, Ernst (1996), pp. 26-27.

²¹ Derecho que sólo ostentaban los Estados. Esto, en la actualidad, está controvertido. Véase, por ejemplo, Reitberger, Magnus (2013): “License to kill: is legitimate authority a requirement for just war?”, En: *International Theory*; Vol. 5, Cambridge University Press, Issue 1, pp. 64-93.

²² Schmitt, Carl (2009b): “*Teoría de la Constitución*”, trad. Francisco Ayala, Madrid: Alianza Editorial, p. 347.

Alex Bellamy, profesor de Relaciones Internacionales de la Universidad de Queensland en Australia, estaría de acuerdo con esta postura. Según su lectura de la tradición de la guerra justa, la modernidad presenta una característica saliente: hasta 1789 el análisis de la guerra justa estaba “centrado casi íntegramente en el *ius in bello*, en la medida en que se presuponía que las guerras iniciadas por soberanos eran legales por definición”. Las guerras eran legales siempre, y por tanto, “los soberanos iniciaban guerras frecuentemente pero limitadas [...] libradas por ejércitos reducidos formados por voluntarios, oficiales y mercenarios, y tenían un impacto reducido en la vida doméstica”²³.

Esta descripción de la guerra moderna limitada también coincide con el análisis de Roger Caillois en *La cuesta de la guerra*. Caillois refiere las luchas en la modernidad como una lucha entre Estados pero de manera limitada. Como un juego de ajedrez, donde todo estaba claro y no había traición ni alevosía. Los ejércitos se colocaban en lugares vistosos, en una explanada donde cada uno podía ver al otro²⁴. Como era una guerra de honor, se prohibían las persecuciones y ganaba quien pasaba “*la noche sobre el terreno*”²⁵.

Según Caillois, en la guerra moderna no se buscaba “*el aniquilamiento del adversario sino la simple confesión de inferioridad*”²⁶. Esta limitación pudo sostenerse en la medida en que la guerra era llevada por los Estados soberanos, lo cual cambió cuando las guerras se convirtieron en enfrentamiento de todo el pueblo, es decir, cuando la nación misma luchaba. En definitiva, cuando la guerra se *democratizó*.

En efecto, Caillois afirma que el cambio se produce a partir de los ideales democráticos de la Revolución Francesa y la constitución del soldado/ciudadano o ciudadano/soldado. “*El advenimiento de la democracia es virtualmente el de la guerra total*”²⁷. Cuando la guerra no es entre gobiernos sino entre pueblos, la guerra es inevitablemente total, ya que lo que se pone en juego

²³ BELLAMY, Alex (2009): “*Guerras justas. De Cicerón a Iraq*”, trad. Silvia Villegas, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, p. 128.

²⁴ CAILLOIS, Roger (1973): “*La cuesta de la guerra*”, trad. Rufina Bórquez, México: Fondo de Cultura Económica, pp. 88-89.

²⁵ CAILLOIS (1973) : p. 90

²⁶ CAILLOIS (1973) : p. 93.

²⁷ CAILLOIS (1973) : p. 133.

es la supervivencia misma de la Nación. Esto hace que las tácticas en las batallas cambien. En la guerra de independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, según Callois, los oficiales británicos vieron cómo las milicias irregulares vencieron al ejército regular del Imperio. Esto fue:

“una demostración irrefutable de la fragilidad de la guerra formal. Se hace evidente que [la guerra contemporánea] es un juego en el que, para ganar, basta con no respetar las reglas”²⁸.

De esta forma, la guerra deja su carácter de mero enfrentamiento para convertirse en vital para los pueblos en combate, sobre todo por las causas y los fundamentos por los cuales se lucha: cuando *“se tiene por seguro que ‘la bravura y el odio a los tiranos existen en los corazones de todos los franceses’ [como afirmaba Saint-Just]”, “la guerra no puede ser sino encarnizada”²⁹*. La guerra deviene “nacional” porque es una guerra entre naciones, entre pueblos, no entre gobernantes, no de gabinetes³⁰.

Este proceso se radicaliza en los comienzos del siglo XX, cuando la guerra toma el carácter de total. La caracterización central de una guerra total es la de exigir a la totalidad de la población el esfuerzo por la guerra que antes recaía sólo en los soldados. Ernst Jünger, escritor alemán muy cercano a Carl Schmitt y que vivió como combatiente la Primera Guerra Mundial, describe en “La movilización total” la situación de la población durante las guerras totales:

“basta contemplar esta nuestra vida misma en su completo desencadenamiento y en su implacable disciplina, con sus zonas humeantes e incandescentes, con la física y la metafísica de su tráfico, con sus motores, sus aeroplanos, sus ciudades donde viven millones de personas, basta

²⁸ CAILLOIS (1973): pp. 132-133.

²⁹ CAILLOIS (1973): p. 141.

³⁰ CAILLOIS (1973): p. 204. Por supuesto que a este componente político radicalizador de la guerra se le va a sumar, a fines del siglo XIX, “la revolución industrial” en materia de armamento, que “les ofrece medios de combate decuplicados que movilizan en su provecho toda la energía de la nación”. No bastaba sólo con el componente político democratizador de las hostilidades tomado de la Revolución francesa: era necesario contar con métodos de destrucción del enemigo. Ahora bien, son fenómenos paralelos y la técnica no es condición suficiente, ya que el cambio político es también necesario.

*contemplar esas cosas para vislumbrar con un sentimiento de horror mezclado de placer que en ninguna de ellas hay un solo átomo que no esté trabajando y que nosotros mismos nos hallamos adscritos en lo más hondo a ese proceso frenético*³¹.

A su vez, en “El Bosquecillo 125”, texto de 1925 que relata su propia experiencia como combatiente en el año 1918, Ernst Jünger cuenta lo peligrosas que se convirtieron las profundas trincheras para los combatientes alemanes. Para el enemigo era fácil lanzar, desde los huecos de salida de las trincheras, granadas o atacar con lanzallamas y aniquilar a sus ocupantes sin que pudiesen defenderse. Por este motivo, el mando alemán prohibió las protecciones de más de dos metros de profundidad, lo cual generó otro problema mayor: que los soldados no tenían protección frente a la artillería. Para el autor de *Tempestades de acero*, esa orden, que arrojó “al fuego, sin la menor protección, a centenares de millares de hombres”, “encierra en sí una de las más grandes sentencias de muerte nunca dictadas”. Sin embargo, continúa Jünger,

*“nuestra época trabaja con medios poderosos, y, cuando se combate en un espantoso campo de escombros en el que se enfrentan dos imágenes del mundo, lo que importa no son los millares de seres humanos que tal vez podrían salvarse; lo que importa es que la docena de hombres supervivientes se halle lista en el lugar preciso y pueda arrojar en un platillo de la balanza el peso decisivo de sus ametralladoras y granadas de mano*³².

Hacemos estas citas para corroborar que lo que estaba pensando Carl Schmitt en su tiempo era algo compartido por sus contemporáneos, salvo por aquellos que reivindicaban la guerra como un acto sagrado y purificante, como gran parte del fascismo italiano³³. Esta guerra

³¹ Jünger, Ernst (1995): “*La movilización total*”, En: *Sobre el dolor seguido de La movilización total y Fuego y movimiento*; trad. Andrés Sánchez Pascual, Barcelona: Tusquets Editores, pp. 83-101.

³² Jünger, Ernst (2008): “*El Bosquecillo 125*”, En: “*Tempestades de acero*” seguido de “*El Bosquecillo 125*” y “*El estallido de la guerra de 1914*”, trad. Andrés Sánchez Pascual, Barcelona: Tusquets Editores, p. 323.

³³ Véase Gentile, Emilio (2007): “*El culto del Littorio. La sacralización de la política en la Italia Fascista*”, trad. Luciano Padilla López, Buenos Aires: Siglo XXI, pp. 37-50.

total deja *“de ser una actividad de lujo, un complemento de la diplomacia”,* y cada vez más *“aparece como el paroxismo de toda la existencia nacional”*³⁴.

Una guerra en la que el trabajador de la ciudad es un actor central pone en crisis las clásicas inmunidades de los civiles y las tan importantes distinciones que Schmitt reivindica entre combatientes y no combatientes. Como afirma Bellamy, *“incluso los sectores de la sociedad que no estaban involucrados directamente en la lucha, como los granjeros, se encontraban sin embargo profundamente inmersos en el esfuerzo bélico”*³⁵.

IV. LA CONCEPCIÓN DEL ESPACIO ANTE LOS DESAFÍOS DE LA GUERRA ACTUAL

De esa forma llegamos a la situación actual, en que la guerra entre Estados ya no existe: las potencias Occidentales no se enfrentan en guerras estatales acotadas³⁶ y, por tanto, la antigua limitación dada por el Estado soberano que vimos más arriba, se ha difuminado. Ahora la lucha es entre algunos Estados (potencias mundiales) contra terroristas, grupos liberación nacional o cuerpos armados en relación con el narcotráfico. Los espacios políticos se difuminan al ser esferas privadas las que, rompiendo todo valladar político, se enfrentan en cualquier zona del mundo.

La lucha contra el terrorismo es, a partir del atentado a las “Torres Gemelas” del 11 de septiembre de 2001, el paradigma de estas nuevas guerras asimétricas. El terrorismo global ha sido nombrado como la “cuarta ola” de terrorismo, y sus características novedosas, según el especialista español en defensa Isidoro Sepúlveda Muñoz, serían:

- Su carácter transnacional y la consecuente capacidad de “amedrentamiento” a escala planetaria.
- La utilización de “medios cotidianos” para sus ataques: aviones comerciales, automóviles, incluso personas.

³⁴ CAILLOIS (1973), pp. 176-177.

³⁵ BELLAMY (2009), p. 145.

³⁶ La Guerra de Malvinas quizás sea el último ejemplo de este tipo de guerra.

- La utilización de armas de destrucción masiva³⁷.

Esto desvirtúa las luchas inter-estatales de la modernidad para enfrentar a Estados con un enemigo difuso. Esta lucha, según Roger Caillois, “*consagra también la decadencia de la soberanía nacional de los Estados*”³⁸. Por lo demás, esos Estados se valen cada vez menos de sus ejércitos y mucho más de empresas privadas dedicadas a la guerra. Ejércitos privados que son contratados por los Estados. Sus enemigos son bandas no estatales. La guerra llega así al paroxismo de su privatización.

Este proceso, cada vez más radical en nuestros tiempos, hace surgir nuevos problemas al derecho internacional. ¿Debe otorgarse *ius ad bello* a esas entidades privadas que combaten las nuevas “guerras”? ¿Se hace la “guerra” a los narcotraficantes o a los grupos terroristas? La respuesta es difícil y las discusiones son apasionantes y acaloradas. Hay razones para negarles la subjetividad internacional y el *ius ad bello*, ya que sólo una autoridad legítima puede hacer una guerra, siempre que esté de acuerdo con el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o que sea en legítima defensa. Lo contrario, piensan algunos, sería el descalabro del orden mundial: bandas armadas con derecho a la guerra serían tratados como Estados.

Magnus Reitberger sostiene lo contrario³⁹. Según su tesis, ya no hay razones para negar capacidad de hacer la guerra a otras entidades no estatales con el fundamento de la autoridad legítima. Reitberger piensa que ese requisito es propio de otra etapa del derecho internacional, donde los Estados ostentaban una soberanía absoluta. Desde el momento en que su soberanía comenzó a cuestionarse, también debía ponerse en entre dicho esta capacidad⁴⁰.

La fundamentación central de Reitberger está en el derecho de legítima defensa y la protección de los derechos humanos. Es esto lo que lleva a aceptar el *ius ad bello* de grupos de personas que no sean los Estados. El autor niega los siguientes argumentos que generalmente se

³⁷ SEPÚLVEDA MUÑOZ, Isidoro (2007): “*La seguridad internacional ante las nuevas amenazas*”, en Bertranou, Julián (coordinador), *Defensa Nacional: dimensiones internacionales y regionales. Contribuciones al debate*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires: Ministerio de Defensa de la República Argentina, p. 65.

³⁸ CAILLOIS (1973), p. 279.

³⁹ REITBERGER (2013), pp. 64-93.

⁴⁰ Para una tesis opuesta véase FERRAJOLI, Luigi (2009): “Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político”, En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, México: UNAM, pp. 14-16.

sostienen para afirmar que la autoridad legítima para hacer la guerra le corresponde únicamente los Estados: que el mundo será más pacífico manteniendo el *ius ad bello* sólo en poder de los Estados; que sólo así es posible la arbitración de los conflictos; que si los Estados hacen la guerra es para aplicar la ley; que los Estados son los únicos representantes de la autoridad política; que hay más posibilidades que la guerra sea justa si es potestad única de los Estados; que así se puede controlar mejor el *ius in bello* y que sólo así se protege a los no combatientes. Estos argumentos son descartados a base de contra-ejemplos, casi siempre vinculados con el ejercicio tiránico del poder en contra de los derechos humanos de los habitantes del Estado: ¿qué chances hay, se pregunta Reitberger, de que un primer mandatario violador de los derechos humanos represente a su pueblo, o haga la guerra para aplicar la ley?

La conclusión de Magnus Reitberger es, en primer lugar, el rechazo de la autoridad legítima como criterio fundamental para la guerra justa. En segundo lugar, que la legítima defensa y la protección de los derechos humanos, son suficientes para fundamentar la guerra sea un Estado o un grupo no estatal quien la inicie. Argumentaciones como esta son propias de los problemas actuales del derecho internacional que comenzaron en el contexto de pensamiento de Carl Schmitt.

La obra de Schmitt tiene todavía mucho para decir sobre este tema, a pesar de que él no vivió lo que nosotros. Sus postulados son banderas de defensa contra tesis como la de Reitberger que, aunque fundadas en intenciones loables y compartibles, abren las puertas al desorden más absoluto. Schmitt bregaba por una ordenación clara y previsible: no por un mundo idílico, pero sí por lo menos por un orden global que mantenga algún principio básico. Su pretensión era devolver al derecho internacional una clara ordenación en la guerra; volver a espacializarla y darle las limitaciones que tuvo entre el siglo XVIII y el XX (con la salvedad de las guerras napoleónicas). La propuesta de Schmitt se basaba en la reconstitución de grandes espacios que limiten las guerras de la misma forma que la limitaba el Estado moderno.

La virtualidad de esta propuesta es casi ínfima. No ha sido el objetivo de este trabajo poner en cuestión la tesis de Schmitt⁴¹ y sólo nos limitaremos a señalar que es posible criticarla en muchos aspectos. Lo que sí es seguro es que al menos contribuye de manera decidida a comprender las razones filosófico-políticas por la que las guerras actuales constituyen confrontaciones discriminatorias, de inhumanidad nunca vista y de aniquilación total, a pesar de que se hagan en nombre de la paz, la democracia y los derechos humanos. Esto constituye un aporte en sí mismo, más allá de que una posible espacialización política en los términos de Schmitt sea hoy complejo de pensar.

V. CONCLUSIONES

1. La principal enseñanza de Carl Schmitt en cuanto a la relación entre Espacio Políticos y Guerra está basada en el cambio que supone la pérdida de estatalidad. El Estado moderno, con su soberanía incuestionable, era un limitador de la guerra. Como siempre pidió Clausewitz, la guerra se limitaba a los objetivos políticos del Estado y, por tanto, constituía siempre una guerra limitada. Pero cuando la guerra pasa a ser una cuestión de todo el pueblo, la confrontación se vuelve total, ya que está en juego la existencia misma de la nación en su totalidad. Estas guerras no reconocen fronteras, ya que se enfrentan grupos humanos difuminados en el mundo y que pelean por ideas que trascienden los Estados. La espacialidad cerrada sede ante las fuerzas internas de los Estados que puján por salir, consagrando como universales valores y derechos particulares a cada Estado.
2. La lucha entre el comunismo y la burguesía y luego entre el bolchevismo y el fascismo a principios del siglo XX no reconocía fronteras ni Estados. Es por esto que, por ejemplo, la Guerra Civil Española es también una guerra internacional que se dio en suelo español. En esta guerra no estatal se buscaba la aniquilación del enemigo, ya que no era posible pensar en la pervivencia de ambas ideologías en el mismo espacio y en el mismo tiempo, del mismo modo que hoy en día no es posible pensar la existencia negociada con el

⁴¹ Algo que en parte hicimos en Tripolone (2014b).

terrorismo internacional. Al terrorismo, según lo han planteado las potencias internacionales, debe aniquilárselo donde quiera que se encuentre.

3. No hay negociación posible ni armisticio. Es una guerra total no estatal y, por tanto, otra “guerra civil mundial”. Que sea una guerra civil mundial es la garantía de que será total. La estatalidad otorgaba un mínimo de orden: los Estados se enfrentaban como dos personas en un duelo en que se respetaban mutuamente⁴². En cambio, la guerra que se lucha contra entidades no estatales (sea entre el bolchevismo y el nacionalsocialismo o entre empresas privadas dedicadas a la guerra y terroristas) es una guerra civil en la cual la relación no es “entre un orden y otro orden”, como sucede en la guerra inter-estatal, sino “entre un orden y un desorden”⁴³, o, peor, entre dos desórdenes.
4. El orden mundial actual es caótico y los conceptos jurídicos más importantes están a merced de las potencias mundiales. Derechos humanos, democracia, humanidad, paz, seguridad, entre otros, no son más que términos vacíos que llenan a su antojo quienes tienen el poder militar de hacerlo. Las matanzas más atroces se intensifican a la par que se pregona el humanismo y los derechos fundamentales en todos los rincones del planeta. Quizás sea plausible explicar estos fenómenos a partir del hecho fundamental de la pérdida de estatalidad y, por tanto, de espacialidad concreta que daban los Estados modernos. Esto limitaba la significación de los conceptos políticos a una esfera determinada y no buscaba hacer universal lo que había surgido de forma particular.

⁴² Como se sabe, esta visión de guerra limitada como un duelo era la sostenida por Carl von Clausewitz.

⁴³ SCHMITT, Carl (1941): “*El concepto de imperio en el derecho internacional*”, En: *Revista de Estudios Políticos*, N° 1, Madrid, pp. 91-92.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___AINCHIL, Gustavo y Dojas, Alberto (2010): “Una reflexión en torno a la noción de ‘territorio’”, En: *Revista de la Defensa*, n° 5, Argentina: Ministerio de Defensa.

___BELL, David (2012): “La primera guerra total. La Europa de Napoleón y el nacimiento de la guerra moderna”, trad. Álvaro Santana Acuña, Madrid: Alianza.

___BELLAMY, Alex (2009): “Guerras justas. De Cicerón a Iraq”, trad. Silvia Villegas, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

___CAILLOIS, Roger (1973): “La cuesta de la guerra”, trad. Rufina Bórquez, México: Fondo de Cultura Económica.

___CAPDEVILA, Luc (2010): “Una guerra total: Paraguay, 1864-1870. Ensayo de historia del tiempo presente”, trad. Ana Couchonnal, Buenos Aires: SB.

___DOUGHERTY, James E. y PFALTZGRAFF, Robert L. (1991): “Teorías en pugna en las relaciones internacionales”, trad. Cristina Piña, Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.

___FERRAJOLI, Luigi (2009): “Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político”, En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, México: UNAM.

___GENTILE, Emilio (2007): *El culto del Littorio. La sacralización de la política en la Italia Fascista*, trad. Luciano Padilla López, Buenos Aires: Siglo XXI.

___HEGEL, Georg W. F. (2009): “Filosofía del Derecho”, trad. Angélica Mendoza de Montero, Buenos Aires: Claridad.

___HERRERO LÓPEZ, Montserrat (2007): “El nomos y lo político: la filosofía política de Carl Schmitt”, Eunsa, Navarra.

___HOWARD, Michael (2002): “La primera guerra mundial”, trad. Silvia Furió, Barcelona: Crítica.

___JÜNGER, Ernst (1995): “*La movilización total*”, En: *Sobre el dolor seguido de La movilización total y Fuego y movimiento*; trad. Andrés Sánchez Pascual, Barcelona: Tusquets Editores.

___JÜNGER, Ernst (2008): “*El Bosquecillo 125*”, En: “*Tempestades de acero*” seguido de “*El Bosquecillo 125*” y “*El estallido de la guerra de 1914*”, trad. Andrés Sánchez Pascual, Barcelona: Tusquets Editores.

___KISSINGER, Henry (2011): “*La Diplomacia, trad. Mónica Utrilla*”, México: Fondo de Cultura Económica.

___NOLTE, Ernst (1996): “*La guerra civil europea, 1917-1945. Nacional socialismo y bolchevismo*”; trad. Sergio Monsalvo Castañeda, México: Fondo de Cultura Económica.

___PÁRAMO VALERO, Víctor (2013): “*Crímenes en la ordenación moderna de la tierra: la teoría de la guerra justa de Carl Schmitt*”, En: *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, Año 2, N° 3.

___REITBERGER, Magnus (2013): “*License to kill: is legitimate authority a requirement for just war?*”, En: *International Theory*; Vol. 5, Cambridge University Press, Issue 1.

___SCHMITT, Carl (1941): “*El concepto de imperio en el derecho internacional*”, En: *Revista de Estudios Políticos*, N° 1, Madrid.

___SCHMITT, Carl (1974): “*Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeu*”, Berlin: Dunker & Humblot.

___SCHMITT, Carl (1975): “*Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*”, Berlin: Dunker & Humblot.

___SCHMITT, Carl (2009a): “*Catolicismo y Forma política*”, traducción, estudio preliminar y notas de Carlos Ruiz Miguel, Buenos Aires: Areté, Grupo editor.

___SCHMITT, Carl (2009b): “*Teoría de la Constitución*”, trad. Francisco Ayala, Madrid: Alianza Editorial.

___SCHROERS, Rolf (1982): “*Maquinista y partisano*”, En: *El intelectual y la política y otros ensayos*; trad. Juan Happle, Barcelona: Alfa.

___SEPÚLVEDA MUÑOZ, Isidoro (2007): “*La seguridad internacional ante las nuevas amenazas*”, en Bertranou, Julián (coordinador), *Defensa Nacional: dimensiones internacionales y regionales. Contribuciones al debate*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires: Ministerio de Defensa de la República Argentina.

___TRIPOLONE, Gerardo (2014a): “*El conflicto de Crimea como un episodio más de la dialéctica Tierra/Mar en la Historia Universal*”, *Cosmopolitan Law Journal*, Universidad do Estado do Rio de Janeiro, vol. 2, N° 1, Junho.

___TRIPOLONE, Gerardo (2014b): “*La Doctrina de Carl Schmitt sobre el Derecho Internacional*”, En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIV, México D.F.: UNAM.

___WEIGERT, Hans W. (1944): “*Geopolítica. Generales y geógrafos*”, trad. Ramón Iglesia, México: Fondo de Cultura Económica.

EL CONTROL PREVENTIVO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN CHILE

*Roberto Muñoz Castro**

RESUMEN: *El régimen de control de operaciones de concentración vigente en Chile ha sido arduamente discutido y se está llevando a cabo una modificación de este sistema por parte de las autoridades. Este artículo describe cómo funciona el sistema de control de fusiones en Chile, analiza las falencias que se han detectado en este régimen y, finalmente, analiza el actual proyecto de ley que pretende modificar el sistema.*

ABSTRACT: *The merger control system in Chile has been strongly discussed and it is being modified by authorities. This article describes how merger control works in Chile, analyzes the shortcomings that have been detected in this system and, finally, discusses the current bill that tries to change the present system.*

PALABRAS CLAVES: *Control de Concentraciones – Sistema Voluntario y Obligatorio de Control de Concentraciones – Derecho Chileno de la Libre Competencia – OCDE – Proyecto de Ley – Notificación – Umbral.*

KEYWORDS: *Merger Control – Voluntary and Mandatory Merger Control – Chilean Antitrust Law – OECE -Bill – Notification – Threshold.*

I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

En primer lugar, resulta necesario delimitar conceptualmente *concentración* y *operación de concentración*, advirtiendo que no existe definición legal en Chile. Así pues, Domper plantea que: “existe concentración cuando hay pocas empresas en un mercado, pero con altas participaciones en el mismo”¹. Por lo tanto, para que un mercado sea concentrado no basta que

* Estudiante de quinto año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Chile.

¹ DOMPER, María de la Luz (2008): “Análisis económico de las operaciones de concentración”, En: *Revista Anales Derecho UC: Temas de libre competencia*, N° 4, sección primera, p. 23.

existan pocas empresas compitiendo en él, sino que debe, conjuntamente, cumplirse el requisito de que esas empresas tengan una alta participación en dicho mercado.

Enseguida, compete analizar cuáles son las operaciones llevadas a cabo por las empresas que pueden dar lugar a un mercado donde ellas tengan alta participación, considerando, además, que en el lenguaje cotidiano aparece frecuentemente el empleo de los términos “fusión” y “operaciones de concentración” como sinónimos. La definición de fusión se encuentra en el artículo 99 inciso 1° de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, que prescribe: “La fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y de los accionistas de los entes fusionados”². Sin perjuicio de lo anterior, Valdés Prieto postula que es posible atender a dos acepciones jurídicas del término fusión. Por un lado, en el campo del derecho comercial, el concepto se centra básicamente en la estructura jurídica del acto; y, por otro, lado, en el ámbito del derecho de libre competencia, el concepto se centra en las consecuencias económicas del acto.

Como se puede ver, el concepto de fusión en el derecho de libre competencia es de una amplitud mayor que el usado en el derecho mercantil, por lo mismo es que el primero engloba al segundo y, producto de ello es que la doctrina prefiere usar los términos “concentración” u “operación de concentración” en el ámbito del derecho de libre competencia³. En palabras de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE o la Fiscalía) es posible advertir esta distinción:

“La FNE entiende por operación de concentración o concentración, las fusiones, las adquisiciones de acciones, las adquisiciones de activos, las asociaciones y, en general, los actos y convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial”⁴.

² Chile, *Ley sobre sociedades anónimas N°18.046*, Diario Oficial, 22 de octubre de 1981.

³ VALDÉS PRIETO, Domingo (2006): *“Libre Competencia y Monopolio”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 530-532.

⁴ Fiscalía Nacional Económica (2012): *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración*, [en línea; formato PDF], p. 6, [Fecha de consulta: 2/8/2015], Disponible en: www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf

Teniendo presente que la definición legal otorgada por la Ley de Sociedades Anónimas utiliza el término fusión de manera restringida al derecho comercial y que, por consiguiente, dicho término se utiliza de manera más amplia en el derecho de la competencia, es que el Informe de Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile realizado por la OCDE el año 2014 (en adelante, "Informe de la OCDE"), enfatiza la relevancia de definir legalmente y con precisión lo que se entiende por "operaciones de concentración" para tener certeza cuáles de estas operaciones serán controladas. Así, "por regla general, tanto las operaciones de concentración totales (o "fusiones"), como las adquisiciones se encuentran dentro de la categoría "operaciones de concentración", pues generan un cambio estructural estable en el mercado. Los criterios que se utilicen para definir conceptualmente una operación de concentración son particularmente relevantes a la hora de identificar las operaciones que se encuentran en los límites, tales como las alianzas estratégicas (*joint venture*) y la adquisición de intereses minoritarios, las que también pudieran requerir atención. La definición de operación de concentración también podría incluir criterios que permitan controlar aquellas operaciones escalonadas o sucesiones de actos que en conjunto equivalgan a una operación de concentración"⁵. Sin perjuicio de lo anterior, advertimos que en el presente trabajo se emplearán los conceptos de "operación de concentración" y "fusión" como sinónimos, ello con el propósito de una mayor fluidez lingüística.

II. CONTROL PREVENTIVO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

1. *Sistemas de control preventivo o consultas*

Actualmente, en términos generales, es posible encontrar tres clases de control preventivo de las fusiones, atendiendo a si en la legislación correspondiente la notificación de la consulta

⁵ OCDE (2014): *Evaluación del régimen de control de concentraciones en Chile, Informe Secretariado OCDE*, [en línea; formato PDF], pp. 8-9,
Disponible en: http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf

debe ser llevada a cabo ante el órgano encargado de analizar la operación de manera voluntaria u obligatoria.

1.1. *Sistema de consulta voluntario*

El sistema de consulta voluntario es aquel en que son las partes quienes, al sopesar los eventuales riesgos que puede conllevar la operación de concentración que desean celebrar, deciden si es necesario someter la transacción ante el órgano encargado de analizar la consulta. Los sistemas voluntarios se caracterizan por generar tasas de notificación más bajas y tener bajos costos de aplicación asociados al control de concentraciones. Países que cuentan con este sistema son Australia, Hong Kong, China, Nueva Zelanda, Singapur y Reino Unido⁶.

1.2. *Sistema de consulta obligatorio*

Es aquel en que la legislación exige que las operaciones de concentración que cumplan con determinados umbrales de notificación, serán sometidas al control de concentraciones por parte del órgano encargado. Por debajo de los umbrales, las concentraciones escapan al control de concentraciones y pueden ser consumadas sin aprobación. La mayoría de los regímenes de control de fusiones alrededor del mundo han adoptado este sistema de notificación obligatorio puro.

1.3. *Sistema de consulta híbrido*

Es aquel que consiste, esencialmente, en un sistema obligatorio de operaciones de concentración que superan ciertos umbrales, abriendo la posibilidad de analizar ciertas operaciones que no alcancen los umbrales, (i) permitiendo a las partes la notificación voluntaria de sus concentraciones en la que buscan seguridad para su operación, y (ii) otorgando a la

⁶ OCDE (2014): p. 75.

autoridad facultades para analizar de oficio y actuar en contra de las concentraciones que puedan tener problemas de competencia a pesar de ubicarse por debajo de los umbrales.

2. Actual sistema de consulta chileno

2.1. La facultad del TDLC para conocer operaciones de concentración

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC o el Tribunal) conoce y analiza las operaciones de concentración conforme lo establecido en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley 211 de 1973 (en adelante DL 211 o Ley de Competencia), que es la norma legal que le consagra la potestad de pronunciarse acerca de si una determinada fusión se ajusta o no a las normas que protegen la libre competencia. Sin perjuicio de lo anterior, dicho cuerpo legal no emplea expresamente los términos *operación de concentración* ni *fusión*, sino que indica dentro de las facultades del Tribunal la de “(...) conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos (...)”⁷. A mayor abundamiento, la facultad del TDLC para conocer de estas operaciones no está consagrada expresamente, sino que más bien, dicha potestad es fruto de la interpretación que se le ha dado a la norma. Es decir, se ha interpretado que la señalada facultad del Tribunal de conocer asuntos de carácter no contencioso, comprende la de conocer operaciones de concentración que le sean sometidas a su conocimiento, lo cual se conoce como la facultad consultiva o de absolver consultas del TDLC. En palabras de Nehme y Mordoj, la facultad que tenemos presente constituye “una tradición jurisprudencial que, basada en la interpretación que el TDLC (y antes la Comisión Resolutiva) ha hecho de las normas que contemplan la consulta voluntaria sobre la consistencia con el DL 211 de hechos, actos o contratos por celebrarse – artículos 18 N°2, N° 31 y N° 32 -, ha revisado ex ante, por vía no contenciosa, operaciones de

⁷ Chile, Decreto Ley que fija normas para la defensa de la libre competencia N° 211, Diario Oficial 17 de diciembre de 1973.

concentración para determinar, en base a su aptitud real para afectar la libre competencia, su aprobación, rechazo o aceptación sujeta a condiciones. La aplicación de esas normas se ha acompañado de un desarrollo normativo, dado a través de Autos Acordados dictados por el TDLC⁸.

2.2. *Análisis de concentraciones por la FNE*

La Fiscalía Nacional Económica se encuentra a cargo de la investigación de las operaciones de concentración, a partir de la que presenta un informe ante el TDLC, en el que da a conocer sus conclusiones respecto si la operación contempla eventuales problemas de competencia. Sin perjuicio de lo anterior, dicho informe no es vinculante para el Tribunal. Conforme al artículo 39 del DL 211, la FNE puede investigar operaciones de oficio o a partir de la demanda de un tercero⁹. Si considera que de una determinada operación se siguen problemas de competencia, la Fiscalía Nacional Económica debe iniciar una consulta o un procedimiento contencioso ante el TDLC, a menos que pueda lograr un acuerdo extrajudicial con las partes.

De manera adicional a los procedimientos contemplados en la Ley de Competencia, a juicio del Informe de la OCDE que evalúa el régimen de control de operaciones de concentración en Chile, la Guía de la Fiscalía Nacional Económica para el Análisis de Operaciones de Concentración (en adelante, "Guía de la FNE sobre Concentraciones") "permite un procedimiento informal por la vía rápida ante la FNE, que puede ser solicitado por las partes antes de la consumación de la operación"¹⁰.

La Guía de la FNE sobre Concentraciones incluye dos secciones: la primera sección es analítica y sustantiva, ella es aplicable a todas las operaciones horizontales; la segunda sección, por su parte, es procesal, la cual se aplica a todos los tipos de operaciones de concentración, incluidas expresamente las horizontales, verticales y de conglomerado. Tal como lo expone el

⁸ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): "Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas", En: *Estudios Públicos*, N° 125, p. 100.

⁹ Chile, Decreto Ley que fija normas para la defensa de la libre competencia N° 211, artículo 39, Diario Oficial 17 de diciembre de 1973.

¹⁰ OCDE (2014): p. 35.

Informe de la OCDE, la FNE no posee la facultad de aprobar o negar una operación de concentración, sino que su análisis puede dar lugar a una de las siguientes decisiones: "(i) el cierre de la investigación sin ninguna otra acción, si no se encuentra que la operación genere riesgos para la competencia; (ii) llegar a un acuerdo extrajudicial con las partes, en el que acepten las condiciones para hacer frente a las preocupaciones de la FNE sobre competencia; o (iii) someter la operación a la consulta del TDLC, a menos que las Partes se comprometan a hacerlo por sí mismas"¹¹.

Un elemento clave de la investigación que realiza la FNE es que, de conformidad con el artículo 39, letra ñ) de la Ley de Competencia, la Fiscalía puede llegar a acuerdos extrajudiciales para preservar la libre competencia en el mercado. Estos acuerdos extrajudiciales es necesario distinguirlos de los acuerdos judiciales, los que pueden lograrse por la FNE y las partes que figuran en un procedimiento contencioso del TDLC, los que están también sujetos a la aprobación del Tribunal, según el artículo 22 del DL 211.

2.3. El tipo y sanción

En Chile no existe un tipo específico para sancionar las operaciones de concentración anticompetitivas, sino que se les aplica el tipo general establecido en el artículo 3° del DL 211, conforme al cual "cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos"¹² será sancionado según lo dispuesto en el artículo 26 del mismo cuerpo legal. Por su parte, el artículo 26 del DL 211 establece tres tipos de sanciones: en primer lugar, modificar o poner término a los actos o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley; en segundo lugar, la modificación o disolución de las sociedades que hubieran intervenido en los actos y; en tercer lugar, multas pecuniarias¹³.

¹¹OCDE (2014): p. 36.

¹² Chile, Decreto Ley que fija normas para la defensa de la libre competencia N° 211, artículo 3, Diario Oficial 17 de diciembre de 1973.

¹³ Chile, Decreto Ley que fija normas para la defensa de la libre competencia N° 211, artículo 26, Diario Oficial 17 de diciembre de 1973.

2.4. Procedimiento para ejercer facultad consultiva

2.4.1 Procedimiento no contencioso

El mecanismo que contempla Chile para controlar a priori una operación de concentración es a través del procedimiento no contencioso establecido en el artículo 31 del DL 211, el cual se encuentra estructurado para conocer además otro tipo de hechos, actos o convenciones que no correspondan propiamente a este tipo de operaciones. Llama la atención que la potestad para absolver consultas sea ejercida por el TDLC a través de un procedimiento no contencioso, toda vez que puede transformarse en contencioso o litigioso si cualquier actor con interés legítimo puede aportar antecedentes en el proceso, hacer valer sus opiniones y generar, efectivamente, controversias en el proceso. Gumucio y Pustilnick dan cuenta de este problema: *“(...) con el transcurso del tiempo, se ha logrado constatar que los procedimientos a través de los cuales el TDLC conoce las operaciones de concentración han perdido dicha esencia no contenciosa pues, en la práctica, personas con “interés legítimo”, han podido intervenir en este proceso, y en algunos casos se han generado grandes disputas, tanto desde un punto de vista jurídico como económico”*¹⁴. *“Una operación de concentración puede ser objeto de análisis hecho por el TDLC, ya sea mediante un procedimiento de consulta o mediante un procedimiento contencioso”*¹⁵.

Este procedimiento de consulta se rige por los artículos 18 N° 2 y 31 del DL 211, además del Auto Acordado N° 12/2009 del TDLC sobre la información relevante para un control preventivo de operaciones de concentración (en adelante, "Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones"). Planteados de manera sintética, los pasos del procedimiento de consulta son los siguientes: Las partes, la FNE o terceros que tengan un interés legítimo en la operación de concentración pueden someter la operación a consulta ante el TDLC, quien no puede iniciar de oficio un análisis. Este procedimiento de consulta puede tener lugar tanto antes como después de la operación. Si se presenta antes de la operación, el procedimiento de consulta es suspensivo,

¹⁴ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014): “Control de Fusiones en Chile ¿Requiere de un Cambio?”, En: VALDÉS PRIETO, Domingo: *Nuevas tendencias del moderno derecho económico*, Santiago, Legal Publishing Chile: Thomson Reuters, p. 84.

¹⁵ OCDE (2014): p. 29.

en virtud del Auto Acordado del TDLC sobre procedimientos paralelos. Si se presenta después de la operación, la consulta permite una revisión *ex post* no contenciosa. En el contexto de una operación de concentración, sea antes o después del cierre de la operación, se entiende que el artículo 18 N° 2 del DL 211 permite al Tribunal aprobar la operación, aprobarla bajo ciertas condiciones, o rechazarla, cuando no existan condiciones suficientes para evitar la materialización de riesgos anticompetitivos.

El proceso no contencioso del TDLC que se inicia a través de la consulta se traduce en un sistema de control de fase única, el que presenta una duración indeterminada toda vez que el análisis completo de la consulta no se sujeta a ningún límite temporal. Como señala el informe de la OCDE, conforme a la investigación realizada a 14 fallos emitidos por el Tribunal en consultas de concentraciones, el promedio de duración de ellas fue de nueve meses¹⁶.

El procedimiento contencioso es aquél en que tanto la FNE, como terceros (sin interés legítimo requerido) pueden impugnar una operación de concentración ante el TDLC, de conformidad con el artículo 3° del DL 211. Este procedimiento puede promoverse antes o después de la consumación de la operación. Sin embargo, es necesario hacer presente que lo más común y probable es que tenga lugar luego de que la operación se haya materializado.

Una de las principales diferencias, en comparación con el procedimiento de consulta, es que el procedimiento contencioso permite al demandante no sólo perseguir el establecimiento de condiciones o medidas para los agentes, sino también la imposición de sanciones o multas en contra de las partes. El procedimiento contencioso se rige por el artículo 18 N° 1 y los artículos 19 al 29 del DL 211, que se aplica a cualquier infracción en materia de competencia. El procedimiento se puede iniciar a través de un requerimiento si es que es presentado por la FNE, o por una demanda, en el caso que sea presentado por un tercero. En gran medida este procedimiento sigue el Código de Procedimiento Civil chileno, donde las partes pueden hacer observaciones por escrito y se contempla una audiencia oral. El TDLC es libre de imponer medidas preliminares en espera de la sentencia definitiva. Existe la posibilidad de que el Tribunal

¹⁶ OCDE (2014): p. 32.

invite a las partes a resolver el caso por medio de un acuerdo o conciliación, el cual queda sujeto a la aprobación final del TDLC, conforme lo establece el artículo 22 de la Ley de Competencia.

La sentencia definitiva que se pronuncia sobre un procedimiento contencioso puede: (i) aprobar la operación de concentración; (ii) declararla anticompetitiva y prohibirla; (iii) condicionar la operación al cumplimiento de "medidas preventivas, correctivas o prohibitivas" y/o imponer sanciones. El artículo 26 del DL 211 señala que dichas medidas pueden incluir la terminación o modificación de los actos o acuerdos contrarios a la competencia y la disolución de las entidades resultantes de la violación, es decir, la disolución de la empresa resultante de la concentración.

Sin perjuicio de lo anterior, el procedimiento de consulta es la vía privilegiada para el control de concentraciones, toda vez que solamente ha habido un único procedimiento de concentración contencioso ante el Tribunal, que fue iniciado en el año 2012 por la Fiscalía Nacional Económica en contra de una operación consumada en la industria cinematográfica, por considerar que ésta tenía perniciosos efectos contra la libre competencia¹⁷.

2.3.2. Procedimiento voluntario

Históricamente Chile optó por un sistema voluntario en el supuesto pragmático de que contaba con una economía pequeña y con unos pocos competidores en cada industria, en quienes se podía confiar que condujeran una autoevaluación en sus operaciones.

Sin embargo, se ha calificado el sistema de notificación actual en Chile como *semi-voluntario*, toda vez que "los análisis de concentraciones se han visto obligados a transitar por canales indirectos, como lo es otorgándole derecho a terceros de someter a análisis operaciones de concentración en las que no son parte, y al imponer la condición de notificación obligatoria en transacciones subsecuentes"¹⁸. La razón por la que se pasó a denominar este sistema como voluntario fue la dictación de la Ley N° 19.911, que crea el TDLC, la que dispuso, en el artículo 18 N° 2 de la

¹⁷ *Requerimiento de la FNE contra Hoyts Cinemas Chile y Otros*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 de junio del 2012, Rol C 240-12.

¹⁸ OCDE (2014): p. 70.

Ley de Competencia, la posibilidad de que la FNE o quien tenga interés legítimo pueda solicitar al Tribunal que conozca de una determinada operación de concentración.

En los últimos cuatro años, de un universo de catorce operaciones de concentración, solamente tres¹⁹ fueron sometidas al conocimiento del TDLC voluntariamente por las partes de la operación. Por lo demás, de esas tres, sólo una efectivamente fue consultada ante el Tribunal, puesto que en las otras dos oportunidades se consultaron medidas de mitigación para la transacción ya materializada.

Por su parte, el informe de la OCDE señala que en Chile la notificación de operaciones de concentración no es tan voluntaria como aparenta por los siguientes motivos: (i) si las partes omiten consultar la operación ante el TDLC, deben asumir el riesgo de que sea presentada ante el Tribunal por la FNE o por terceros, ya sea a través de una consulta (procedimiento no contencioso), de acuerdo al artículo 18 N° 2 de la Ley de Competencia, o por medio de un requerimiento o demanda (procedimiento no contencioso), en virtud del artículo 18 N°1 del mismo cuerpo legal; (ii) en varias de sus sentencias y resoluciones (tanto en el contexto de operaciones de concentración como de prácticas restrictivas) el TDLC ha impuesto a determinadas empresas y personas el deber de consultar ante el mismo tribunal respecto de cualquier operación futura; (iii) en el sector de los medios de comunicación, la regulación de Chile requiere que las partes involucradas en operaciones que implique cualquier cambio en la propiedad o del control de los medios mismos de comunicación, soliciten a la FNE un informe favorable respecto de la misma²⁰. A raíz de los tres puntos anteriores, es que la OCDE ha manifestado que “la notificación para efectos de control de concentraciones califica como cuasi-obligatoria, o por lo menos, como semi-voluntaria”²¹.

¹⁹ *Consulta de Copec S.A. sobre los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Terpel Colombia y medidas de mitigación*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011, Rol NC 380-10; *Consulta sobre Operación de Fusión de Anagra S.A. y SQM Comercial S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2009, Rol NC 339-09; *Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2012. Rol NC 397-11.

²⁰ OCDE (2014): pp. 24-25.

²¹ OCDE (2014): pp. 24-25.

2.3.3. Estructura del procedimiento

Sobre la estructura del procedimiento, este se compone de las siguientes fases o etapas: (i) envío de la consulta; (ii) notificación del inicio del procedimiento por publicaciones y comunicaciones a determinados organismos y agentes económicos; (iii) aporte de antecedentes por la FNE, las partes y terceros; (iv) realización de una audiencia pública; (v) dictación de la resolución; y (vi) eventual revisión judicial de la resolución por la Corte Suprema, a través del denominado recurso de reclamación²².

2.4 Medidas de mitigación

Puede entenderse a las medidas de mitigación, en el marco de las operaciones de concentración, como un conjunto de condiciones que se le imponen a una operación de concentración para hacerla compatible con la libre competencia.

El objetivo que persiguen estas medidas es subsanar el daño que puede causar la operación de concentración, restaurando los niveles de competencia a los que existían antes de su ocurrencia. En tal sentido, se hace hincapié en que las autoridades no pueden pretender, a través de una medida de mitigación, incrementar los niveles de competencias existentes, sino únicamente restablecerlos²³.

El Tribunal tiene la potestad exclusiva de aceptar las medidas de mitigación que sean propuestas por las partes o por la FNE, o para imponer en su resolución, de oficio, las condiciones que privativamente estime adecuadas para aprobar una determinada concentración, conforme a lo señalado en el artículo 31 N° 5 de la Ley de Competencia.

Las partes tienen certeza de la entidad y carácter de las medidas sólo al momento de dictarse la resolución definitiva por el TDLC o incluso por la Corte Suprema en caso de

²² NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): pp.100-109.

²³ AGÜERO, Francisco (2010): "Capítulo XII: Rol de las Medidas de Mitigación o Condiciones Impuestas para Aprobar Operaciones de Concentración: Un Análisis Aplicado al Sector Retail", En: *Montt, Paulo y Nehme, Nicole (Eds). Libre Competencia y Retail: Un análisis crítico.*, Santiago, Legal Publishing, pp. 313-323.

reclamación que decidiera el procedimiento no contencioso presentado.

Por consiguiente, en caso de acuerdo de medidas de mitigación entre la FNE y las partes, no hay certidumbre respecto de que el alcance de las medidas acordadas sea aceptado por el TDLC. Lo anterior da lugar, en palabras de Nehme y Mordoj a "una falta de flexibilidad del procedimiento, una mayor incertidumbre acerca de sus resultados, y un incentivo a peticiones desmedidas de mitigaciones por parte de terceros intervinientes - free riding- basado en que las partes no tienen la oportunidad de conocer la opinión del TDLC sino hasta la fecha de la resolución final"²⁴.

2.5. Resolución del TDLC

A menos que ocurra el desistimiento de los consultantes, el procedimiento no contencioso sólo puede terminar por medio de una resolución del Tribunal que: (i) apruebe pura y simplemente la concentración consultada; (ii) la apruebe con medidas de mitigación que deberán ser cumplidas por las partes en calidad de condiciones; o (iii) rechace derechamente la concentración sometida a su conocimiento, de acuerdo a lo señalado en el artículo 31 N° 5 DL 211.

Por lo tanto, el Tribunal no puede imponer las sanciones que contempla el artículo 26 de la Ley de Competencia a las partes, toda vez que dichas sanciones se reservan propiamente al procedimiento contencioso.

2.6. Revisión judicial por la Corte Suprema

De acuerdo a los artículos 27 y 31 de la Ley de Competencia, la revisión judicial de las resoluciones y sentencias del TDLC le corresponde a la Excm. Corte Suprema, a través del recurso de reclamación, el que puede ser presentado por cualquier parte ante el Tribunal, dentro de los diez días hábiles a partir de la notificación de la resolución o sentencia. El recurso de reclamación no suspende los efectos de la resolución o sentencia del TDLC, a excepción del pago

²⁴ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): p. 117.

de las multas. Como lo señala el Informe de la OCDE sobre Concentraciones en Chile "la reclamación puede dirigirse a cualquier aspecto de la sentencia o resolución de término, incluyendo las condiciones establecidas en ésta, la decisión misma de aprobación o rechazo, y la sanción. La aprobación, por parte del TDLC, de acuerdos extrajudiciales celebrados entre la FNE y las Partes, puede ser impugnada ante el mismo tribunal, mientras que los acuerdos conciliatorios aprobados por el TDLC pueden ser impugnados ante la Corte Suprema"²⁵.

III. FALENCIAS DEL SISTEMA

1. *No existe un sistema propiamente tal*

Hay un cierto sector de nuestra doctrina que plantea este punto, donde es posible ubicar a Valdés Prieto, Gumucio y Pulstinick, quienes se han arriesgado a afirmar que "en Chile no es idóneo hablar de un "sistema" de control de fusiones debidamente normado en nuestra legislación antimonopolio, pues, en efecto, si se revisa la legislación de libre competencia chilena, contemplada en el Decreto Ley N° 211...en ninguno de sus artículos se hace mención a la palabra "fusión" u "operación de concentración"²⁶.

Sin embargo, cuando se creó el TDLC en el año 2004 por medio de la Ley N° 19.911, quedó plasmado en la historia de dicha ley que el Tribunal sí contaba con atribuciones para conocer y analizar aquellas operaciones de concentración que voluntariamente le eran sometidas a su conocimiento²⁷.

Asimismo, el Informe de la OCDE sobre Concentraciones en Chile, al referirse al marco legal al que se encuentran sujetas las fusiones en Chile, es tajante en cuanto a señalar que "la primera problemática consiste en la ausencia de un control de concentraciones en la ley. La Ley de Competencia de 1973, con enmiendas, no prevé la posibilidad de un control de concentraciones como tal, ni se refiere a las concentraciones de forma explícita"²⁸.

²⁵ OCDE (2014): p. 42.

²⁶ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014), En: VALDÉS PRIETO, Domingo: pp. 78-79.

²⁷ Historia de la Ley N° 19.911, Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 14 de noviembre de 2003).

²⁸ OCDE (2014). P. 59.

Tomando en cuenta lo anterior, se hace necesario advertir que la ausencia de un marco legal trae como consecuencia la inseguridad jurídica para las autoridades, las empresas y también los consumidores y la sociedad en su conjunto.

2. Engañoso sistema no contencioso y voluntario

Como ya se ha señalado, la Ley N° 19.911 que creó el TDLC el año 2004 tuvo en su proceso legislativo la intención de que las operaciones de concentración fueran conocidas por el Tribunal a través de procedimientos no contenciosos y voluntarios. Sin perjuicio de lo anterior, es posible afirmar que, en la práctica, personas con *interés legítimo* han podido intervenir en este proceso, y en algunos casos se han generado grandes disputas, lo cual, objetivamente, permite hacer dudar respecto de si catalogar o no al procedimiento de control de operaciones de concentración como no contencioso y voluntario.

Ejemplo de lo anterior es el caso de la consulta de la fusión de LAN y TAM²⁹ donde las partes de la operación consultada eran, valga la redundancia, LAN y TAM, pero la entidad que consultó fue la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (Conadecus). Por su parte, PAL solicitó el rechazo de la fusión y presentó un requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional mientras se tramitaba la consulta.³⁰ Asimismo, AChET presentó los principales riesgos a la libre competencia que provocaría la fusión.

En cuanto a la voluntariedad de la notificación, como ya se señaló previamente, en los últimos cuatro años, de un total de catorce operaciones, sólo tres de ellas³¹ fueron sometidas al conocimiento del TDLC voluntariamente por las partes de la operación.

En concordancia con lo anterior, se puede advertir que el Tribunal ha conocido casos de

²⁹ *Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlains S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011, Rol NC 388-11.

³⁰ Tribunal Constitucional, sentencia de 24 de agosto de 2011, Rol N° 2046-11.

³¹ *Consulta de Copec S.A. sobre los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Terpel Colombia y medidas de mitigación*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011, Rol NC 380-10; *Consulta sobre Operación de Fusión de Anagra S.A. y SQM S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2009, Rol NC 339-09; *Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2012, Rol NC 397-11.

operaciones de concentración no porque las partes voluntariamente lo hayan querido, sino porque: "(i) ha sido la FNE quien ha puesto en funcionamiento este procedimiento; (ii) las partes han estado obligadas a consultar la operación por disposición previa del TDLC; (iii) existe una normativa especial que así lo dispone; o bien (iv) terceros ajenos a la operación, con un dubitable interés legítimo, han solicitado al TDLC la revisión de dicha operación"³².

En la medida que sea un tercero ajeno quien pueda adoptar la decisión de notificar la operación, se derivan costos adicionales para las partes de una fusión y también para las autoridades, toda vez que ellas tendrán que internalizar el riesgo de que terceros adopten una decisión de consultar. Asimismo, en palabras de Nehme y Mordoj "(...) también existen riesgos de *free-riding*, dados por el interés de potenciales terceros de simplemente agregar costos a una concentración eventual, por vía de someterla a consulta, o de solicitar la revisión de una consulta previamente resuelta por el TDLC"³³.

Lo anterior se agrava cuando se toma en cuenta que la actuación estratégica de terceros, cuando es temeraria, no puede ser ni siquiera desincentivada mediante la sanción del pago de costas del juicio, toda vez que esta institución no está contemplada para el procedimiento no contencioso. Por lo tanto, se trata de un riesgo adicional que da lugar a una mayor incertidumbre jurídica y cuyo costo es soportado por las leyes y por el presupuesto público.

También según las apreciaciones de Nehme y Mordoj, este es el escenario más negativo posible porque da cuenta de un sistema a medio camino entre un sistema obligatorio y uno voluntario, con lo cual "se reducen los incentivos de señalización asociados al sistema voluntario y, al mismo tiempo, se deja en poder de terceros distintos de las partes y la autoridad la determinación de cuándo una concentración debe ser forzosamente consultada"³⁴.

Por todo lo anterior es que actualmente las partes de una operación deben asumir la decisión de consultar, adicionalmente, en base al riesgo de ser su operación objeto de consultas por la FNE o terceros.

³² Gumucio, Juan Cristóbal y Pulstinick, Tammy (2014), En: VALDÉS PRIETO, Domingo: p. 87.

³³ Nehme, Nicole y Mordoj, Benjamín (2012): p. 112.

³⁴ Nehme, Nicole y Mordoj, Benjamín (2012): pp. 112-113.

3. Riesgo de comportamientos oportunistas

En estricta relación con la falencia recién tratada, es posible hablar de ciertas conductas eventualmente oportunistas de terceros mediante el procedimiento. Como ya se ha expuesto, es usual que, en la práctica, terceros con intereses específicos intervengan en este tipo de procedimientos, oponiéndose a la operación, o exigiendo que se aprueben condiciones que se encuentran más bien destinadas a obtener ventajas competitivas o a intervenir problemas generales de los mercados involucrados. “El incentivo de retardar e instrumentalizar un proceso de consulta pareciera ser perverso para el éxito del sistema de control de concentraciones, pues los terceros pueden exigir, sin un costo relevante, condiciones que afectan a las partes de la operación, o el funcionamiento de los mercados principales o conexos”³⁵.

De acuerdo a lo anterior, es posible afirmar que, en el caso de los competidores, el sistema no desincentiva que ellos actúen retardando y entorpeciendo el normal desarrollo del procedimiento con el objeto de debilitar la posición de las partes de la concentración. Estas conductas perversas por parte de los terceros pueden traer a las partes de la operación eventuales perjuicios, tales como daños a su imagen, desvío de recursos, pérdida de personal clave, entre otros, además de la paralización en decisiones comerciales relevantes de mediano o largo plazo.

4. Procedimiento lento

Cuando se consagró la facultad consultiva del Tribunal, se buscó un procedimiento expedito para ejercerla, intentándose obtener equilibrio entre un procedimiento rápido y transparente, con lo cual se pretendía otorgar una certeza a las partes de una operación de que la transacción sería analizada por el TDLC a través de un procedimiento expedito y sumario³⁶.

Sin embargo, la tramitación de una consulta ante el TDLC, desde su ingreso hasta la dictación de una resolución, toma alrededor de ocho meses, a lo que deben sumarse aproximadamente cuatro a seis meses ante la Excma. Corte Suprema, con ocasión de recursos de

³⁵ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): pp. 113-114.

³⁶ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014): En: VALDÉS PRIETO, Domingo: p. 90.

reclamación, con lo que el tiempo que finalmente demora la aprobación de una operación de concentración se aproxima o supera al año³⁷. Este plazo parece ser excesivo si se considera que el mundo de los negocios es un escenario dinámico, que demanda la mayor rapidez y fluidez posible. En otras palabras, cuando una empresa analiza la posibilidad de comprar otra, normalmente no está en posición de esperar un año para hacer su negocio, lo cual también ocurre desde el punto de vista del vendedor, pues puede ocurrir que tampoco esté dispuesto a esperar un año ya que las razones que lo llevan a vender pueden ser apremiantes, o incluso puede ocurrir que esté dispuesto a vender más barato a otra empresa con el fin de evitar un largo procedimiento.

Por consiguiente, no es incorrecto señalar que la excesiva duración del procedimiento puede aparejar la caída de operaciones que podrían traer beneficios a la economía chilena y derivar perjuicios a la inversión, toda vez que el costo en que el procedimiento se traduce en cuanto al tiempo puede ser elevado y las empresas no estar en condiciones de soportarlo.

En el caso de la fusión D&S/Falabella, la evidencia indica que la prolongada tramitación incidió de modo fundamental en la decisión de las partes de no perseverar en la operación, a través de la no impugnación ante la Corte Suprema de la Resolución N° 24/2008 del TDLC, que rechazó la fusión proyectada³⁸.

Por otro lado, en el caso de la concentración Anagra/SQM-C, la demora en la decisión pareciera haber desactualizado el acuerdo en principio celebrado por las partes, lo que podría haber puesto término a la operación, a pesar de haber sido aprobada³⁹.

5. Procedimiento sin oportunidad de negociar mitigaciones

El artículo 31 del DL 211 no contempla una instancia donde las partes puedan acercarse al TDLC y negociar con él medidas de mitigación. En efecto, lo que dispone es que podrán aportar antecedentes, entendiéndose esa instancia como la oportunidad para ofrecer medidas de

³⁷ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, “Estadísticas”, [Fecha de consulta: 6/7/2015], Disponible en: <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?GUID=&ID=341>

³⁸ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): p. 115

³⁹ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): p. 116.

mitigación que eventualmente disminuirán el riesgo anticompetitivo de la futura operación que desean celebrar, "...pero nada se menciona respecto de poder discutir las, ponderarlas y acordarlas con el Tribunal"⁴⁰.

Sin embargo, el artículo 39, letra ñ) de la Ley de Competencia sí contempla una instancia donde las partes de una operación de concentración podrían eventualmente negociar medidas de mitigación con la FNE, suscribiendo con ésta lo que se conoce como un acuerdo extrajudicial, el que requiere de la posterior aprobación del Tribunal.

Por lo tanto, toda vez que las partes no están facultadas para negociar con el TDLC medidas para mitigar los eventuales riesgos anticompetitivos que generaría la operación, la tendencia es que las partes, en la práctica, han tenido que pronosticar los riesgos que, a juicio del Tribunal, podrían mitigar dichos *adivinados* efectos anticompetitivos⁴¹.

Lo anterior da lugar a la incertidumbre, ello a raíz de que en ciertas situaciones el TDLC ha aceptado algunas de las medidas de mitigación propuestas por las partes⁴²; otras veces ha elaborado las suyas propias⁴³ y, en otros casos, ha considerado que ninguna medida propuesta es suficiente, por lo que ha rechazado la operación⁴⁴.

De acuerdo a los planteamientos de Nehme y Mordoj, Chile en este punto también se encuentra en el peor de los escenarios, toda vez que "es imposible negociar medidas de mitigación con la FNE o recibir una señal del TDLC sobre la materia - en su carácter de tribunal, le está vedado entregar señales de este tipo-: y, al mismo tiempo, ello no deriva en una tramitación

⁴⁰ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014), En: VALDÉS PRIETO, Domingo: p. 91.

⁴¹ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014), En: VALDÉS PRIETO, Domingo: p. 91.

⁴² Véase, por ejemplo, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2004, Resolución N°1/2004, en NC 02-04 Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR S.A.

⁴³ Véase, por ejemplo, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2005, Resolución N° 2/2005, en NC 01-04 Consulta de Telefónica Móviles S.A., sobre aprobación de acuerdo de eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A.; y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2009, Resolución N° 31/2009, en NC 339-09 Consulta sobre Operación de Fusión de Anagra S.A. y SQM Comercial S.A.;

⁴⁴ *Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2008. Resolución N°24/2008, en NC 199-07; *Consulta de Organización Terpel Chile, relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las sociedades Petróleos Trasandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2012. Resolución N° 39/2012, en NC 399-11.

sustancialmente más rápida de concentraciones precisamente notificadas"⁴⁵.

6. *El resultado*

Las falencias que se han descrito pueden, en síntesis, resumirse en la existencia de una relevante incertidumbre jurídica, la que afecta a los actores del sistema, en relación al régimen de control de operaciones de concentración chileno.

Es posible señalar que la incertidumbre se da en distintos ámbitos: incertidumbre sobre la necesidad de consultar o no una operación de concentración; sobre el rol que se dará a los terceros para efectos de iniciar un procedimiento o durante su desarrollo; sobre la duración del procedimiento; sobre la aceptabilidad de las mitigaciones ofrecidas por las partes, y, finalmente, sobre la aprobación o rechazo final de la operación por parte del TDLC o la Corte Suprema.

Estas fallas del diseño institucional han traído como consecuencia la incrementación de la inseguridad jurídica y los costos y riesgos asociados al régimen de control de concentraciones.

Lo anterior ha llevado incluso a que ciertas operaciones de concentración, eventualmente relevantes, se desechen *ex ante* por sus partes, precisamente por los costos y riesgos que las empresas evalúan que se encuentran presentes en la consulta de operaciones de concentración.

Las falencias descritas también han llevado a una suerte de selección adversa del sistema, toda vez que se privilegia a aquellas empresas consultoras más agresivas o menos conservadoras en lo regulatorio, que han estado dispuestas a cerrar operaciones sin consultarlas previamente, y que por eso han podido firmar con sus contrapartes contratos no sujetos a condiciones de aprobación, *versus* las compañías más rigurosas en el cumplimiento de las normas, que no han podido perfeccionar contratos de adquisición o fusión sin condicionarlos a la previa obtención de aprobaciones por parte de los órganos de libre competencia⁴⁶.

⁴⁵ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): p.118.

⁴⁶ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): p. 118-120.

IV. ACTUAL PROYECTO DE LEY

1. *Generalidades*

Existe un proyecto de ley⁴⁷ que fue enviado por el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet al Congreso en marzo del presente año y que pretende realizar determinadas modificaciones en materia de libre competencia. En él se busca reformar principalmente dos materias, las cuales son, por un lado, la regulación de las colusiones, aumentando el monto máximo de las multas y consagrando un tipo específico de colusión en el Código Penal y, por otro lado, establecer un sistema de control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración.

2. *Propuesta del proyecto en cuanto al sistema de control de operaciones de concentración*

2.1. *Inclusión de un régimen específico de control de operaciones de concentración en la Ley de Competencia*

Como ya se ha señalado, en la ley vigente, acudiendo a las normas generales existe un control *semi-voluntario*, en que las operaciones de concentración son sometidas al conocimiento del TDLC por las partes, la Fiscalía Nacional Económica o terceros ajenos a la operación.

El proyecto propone un nuevo "Título IV", denominado "*De las operaciones de concentración*".

2.2. *Definición de qué operaciones están sujetas al control de operaciones de concentración e incorporación de un sistema de notificación de dichas operaciones*

En primer lugar, el proyecto define el término *operación de concentración* como: "*Todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades*".

Asimismo, se establecen ciertos requisitos copulativos que deben cumplir las operaciones

⁴⁷ Proyecto de ley que modifica el DFL N° 1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, 2015.

de concentración para que deban notificarse previamente a la FNE, a saber: (i) Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, montos iguales o superiores al umbral establecido mediante Reglamento por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; (ii) que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante Reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

En segundo lugar, se define *Agente económico* como "*Toda entidad, o parte de ella, cualquiera sea su forma de organización jurídica o aún cuando carezca de ella, que desarrolle o haya desarrollado directa o indirectamente actividades empresariales, ofreciendo o demandando bienes o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico al conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan el desarrollo de una actividad empresarial*".

Por otro lado, la iniciativa busca prescribir que los agentes económicos que proyecten concentrarse deban suspender la operación hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente.

Para aquellas operaciones de concentración que no superen los umbrales que se determinen, igualmente pueden ser notificadas de forma voluntaria. Ello sin perjuicio de que el proyecto contempla la situación consistente en que si la operación de concentración no superase el umbral y no se haya notificado voluntariamente, la FNE tendrá la atribución de instruir las investigaciones que estime convenientes dentro del plazo de un año contado desde que se haya perfeccionado la operación.

Respecto a los terceros distintos a los agentes económicos parte de la operación, la iniciativa dispone que ellas no tienen la facultad de notificar ni de llevar a cabo acciones estratégicas para paralizar, sino que sólo pueden aportar antecedentes a la investigación que lleve a cabo la FNE.

2.3. Establecimiento de un procedimiento "eficiente, transparente, previsible y colaborativo para el análisis de las operaciones de concentración"

El proyecto propone radicar el procedimiento de control en la FNE, el que contaría con dos fases, a saber:

Una primera fase en la que la FNE debe determinar rápidamente si la operación merece ser investigada en virtud de eventuales riesgos anticompetitivos que pueda presentar, contando para ello con un plazo de 25 días desde que la notificación se considera completa por la propia FNE.

Una segunda fase en que la FNE en un plazo de hasta 90 días desde la notificación investiga y analiza la operación en profundidad.

En ambos casos, si la FNE no resuelve dentro del plazo, la operación se entiende aprobada por el solo ministerio de la ley.

Luego de la segunda fase, el Fiscal Nacional Económico deberá: (i) aprobar la operación en forma pura y simple; (ii) Aprobar a condición de que se dé cumplimiento a medidas ofrecidas por el notificante; (iii) prohibir la operación.

Por su parte, en contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíbe la operación, el notificante podrá promover ante el TDCL, en un plazo de 10 días contados desde la notificación de dicha resolución, un recurso de revisión especial, que se regula en el nuevo artículo 31 bis que esta iniciativa propone.

Por último, contra la sentencia dictada por el TDLC no procede recurso alguno, quedando la intervención de la Corte Suprema limitada al recurso de queja, que opera de forma excepcional en la situación de que el Tribunal cometa faltas o abusos graves.

2.4. Adopción de un estándar sustantivo en virtud del que las operaciones de concentración serán analizadas

Al respecto, el estándar vigente es el contemplado en el inciso primero del artículo 3° de la Ley de Competencia, que consiste en que el hecho, acto o convención *"impida, restrinja o*

entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos".

La iniciativa propone un estándar sustantivo que tanto el TDLC como la FNE deben tener presente al momento de resolver acerca de una operación de concentración, el cual es *"la reducción sustancial de la competencia"*.

2.5. Presencia de herramientas de aplicación y sanciones

El proyecto propone incorporar un nuevo artículo 3° bis que establece que podrán aplicarse las medidas del artículo 26 de la Ley de Competencia, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes: (i) Infrinjan el deber de notificación de una operación de concentración contemplado en la ley, caso en que podrá aplicarse una multa a beneficio fiscal de hasta 20 UTA por cada día de retardo contado desde el perfeccionamiento de la operación; (ii) Contravengan el deber de suspensión de una operación de concentración que ha sido notificada a la FNE; (iii) No den cumplimiento a las medidas de mitigación de riesgos anticompetitivos con que se hubiere aprobado una operación de concentración; o (iv) perfeccionen una operación de concentración en contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia que haya prohibido dicha operación.

3. Problemas de la iniciativa

En primer lugar, parece menester cuestionarse cuán conveniente resulta tener un sistema de notificación obligatorio de operaciones de concentración. Ello toda vez que, si bien el sistema obligatorio tiene la ventaja de otorgar certeza a las partes respecto de cuándo consultar una operación de concentración, se hace necesario prever cuán eficaz pueda llegar a ser el sistema en la práctica. *"El costo de oportunidad que conlleva notificar operaciones que por su tamaño no son potencialmente atentatorias a la libre competencia, el costo público que implica para el organismo de libre competencia revisar un universo de operaciones y el costo privado que significa para las partes de la operación someterse a un proceso de consulta, nos lleva a cuestionar si es éste es el sistema ideal para*

*Chile, tomando en consideración las características del mercado y el tamaño del mismo*⁴⁸.

En un análisis efectuado por don Juan Cristóbal Gumucio y don Tammy Pulstinick, lograron concluir que en las principales jurisdicciones antimonopólicas que cuentan con un sistema de control obligatorio de fusiones, del universo de operaciones revisadas por las autoridades antimonopólicas, sólo el 4% aproximadamente de ellas justificaba en la práctica que fueran examinadas, pues el 96% restante fueron resueltas en la primera fase de notificación o bien autorizadas sin reparos⁴⁹.

En tal análisis se indica que en el caso de Estados Unidos, durante el año fiscal 2010, las agencias de competencia revisaron 1.128 operaciones de concentración, de las cuales sólo 46 operaciones, es decir, un 4,1% no fueron resueltas en la primera fase de investigación. Por su parte, Brasil, durante el año 2010, el CADE conoció 615 fusiones, de las cuales 588 fueron aprobadas sin condiciones, 27 con condiciones y sólo 1 de ellas fue rechazada. "Si analizamos las estadísticas de Estados Unidos, la Unión Europea, Brasil y México, todos con umbrales distintos, cada vez llegamos a la misma conclusión: la gran mayoría de las operaciones analizadas, nunca debieron ser revisadas"⁵⁰.

En segundo lugar, en cuanto al umbral que deberán prestar atención los agentes económicos para informar o no a la FNE antes de realizar una operación de concentración, no parece coherente que se deje su determinación en manos de un futuro reglamento si el propósito de la modificación del sistema de control de fusiones es otorgar certeza a las partes respecto de cuándo notificar la operación.

Por consiguiente, si la iniciativa tiene la voluntad de entregar mayor certidumbre, resulta más idóneo que dicho umbral se determine en la ley y que se discuta, por lo tanto, en el Parlamento.

De conformidad con lo anterior, si se opta por un sistema de control de operaciones de concentración obligatorio, parece más adecuado establecer un umbral suficientemente alto, toda

⁴⁸ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014), En: VALDÉS PRIETO, Domingo: p. 104.

⁴⁹ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014), En: VALDÉS PRIETO, Domingo: pp.102-103.

⁵⁰ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014), En: VALDÉS PRIETO, Domingo: p. 101.

vez que con ello se respetaría la libertad de emprender de los privados, no se espantaría a los inversionistas y no se caería en un uso excesivo de recursos, atendiendo a que, como se ha planteado, la mayoría de las operaciones no suelen ser una amenaza a la libre competencia.

En tercer lugar, la iniciativa del gobierno propone un procedimiento de revisión compuesto por dos etapas. En la primera, la FNE tiene la facultad de aprobar aquellas operaciones que no presenten riesgos anticompetitivos. En la segunda etapa, la FNE analizaría aquellas operaciones más complejas en profundidad. Finalizada esta segunda fase, la FNE tiene la facultad de permitir la operación de forma pura y simple, permitirla condicionalmente o, por último, prohibir la fusión. Ante la decisión de la FNE, las partes sólo podrían solicitar revisión del TDLC cuando la operación haya sido rechazada por la Fiscalía, no pudiendo hacerlo en caso de que esta última imponga condiciones excesivas o incumplibles para realizar la operación, lo que no parece razonable.

V. CONCLUSIONES

1. En este artículo se ha descrito el sistema de operaciones de concentración que rige en Chile y se ha puesto de manifiesto que existe consenso en cuanto a que dicho régimen presenta serias falencias que producen como efecto inseguridad e incertidumbre para los actores de los distintos mercados y para la sociedad en su conjunto.
2. Tomando en consideración lo anterior, las autoridades, conscientes de las fallas en el sistema, han demostrado la intención de realizar una modificación legal del proceso al que se someten las consultas de fusiones.
3. La respuesta del gobierno ante las falencias descritas ha sido presentar un proyecto de ley que propone pasar desde un actual sistema *voluntario* o *semi-voluntario* de control de operaciones de concentración a un sistema obligatorio en que se busca que los agentes económicos notifiquen a la FNE su intención de realizar una operación de concentración antes de perfeccionarla si es que ella superase un determinado umbral.
4. Sin perjuicio de lo anterior, resulta necesario cuestionarse la eficacia práctica de disponer de un sistema de control de fusiones obligatorio toda vez que pudiera incluso llegar a ser

innecesario, por cuanto ciertos estudios demuestran que en los sistemas de notificación obligatoria la gran mayoría de las operaciones revisadas no atentan contra la libre competencia, por lo que, podría parecer más eficaz continuar con un sistema de control voluntario pero perfeccionado.

5. Ahora bien, si se opta por un sistema de control de operaciones de concentración obligatorio, es menester atender la situación anterior, es decir, que la mayoría de las operaciones no atenta contra la libre competencia y, por lo mismo, sería idóneo fijar un umbral suficientemente alto para no destinar recursos públicos y privados ni poner mayores barreras a operaciones que son inocuas.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___AGÜERO, Francisco (2010): “Capítulo XII: Rol de las Medidas de Mitigación o Condiciones Impuestas para Aprobar Operaciones de Concentración: Un Análisis Aplicado al Sector Retail”, En: *Montt, Paulo y Nehme, Nicole (Eds). Libre Competencia y Retail: Un análisis crítico.*, Santiago, Legal Publishing.

___DOMPER, María de la Luz (2008): “Análisis económico de las operaciones de concentración”, En: *Revista Anales Derecho UC: Temas de libre competencia*, N° 4, sección primera.

___FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012): *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración*, [en línea; formato PDF], p. 6, [Fecha de consulta: 2/8/2015], Disponible en: www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf

___GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014): “Control de Fusiones en Chile ¿Requiere de un Cambio?”, En: VALDÉS PRIETO, Domingo: *Nuevas tendencias del moderno derecho económico*, Santiago, Legal Publishing Chile: Thomson Reuters

___NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): “Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas”, En: *Estudios Públicos*, N° 125

___OCDE (2014): *Evaluación del régimen de control de concentraciones en Chile, Informe Secretariado OCDE*, [en línea; formato PDF], pp. 8-9, Disponible en:

http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf

___TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, “Estadísticas”, [Fecha de consulta: 6/7/2015],

Disponible en: <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?GUID=&ID=341>

___VALDÉS PRIETO, Domingo (2006): *Libre Competencia y Monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile

LEGISLACIÓN UTILIZADA

___ Chile, Decreto Ley que fija normas para la defensa de la libre competencia N° 211, Diario Oficial 17 de diciembre de 1973.

___ Chile, *Ley sobre sociedades anónimas N°18.046*, Diario Oficial, 22 de octubre de 1981.

___ Chile, *Historia de la Ley N° 19.911, Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 14 de noviembre de 2003.

___ Chile, *Proyecto de ley que modifica el DFL N° 1 de 2004*, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, 2015.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

___ *Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlains S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011, Rol NC 388-11.

___ *Consulta de Copec S.A. sobre los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Terpel Colombia y medidas de mitigación*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011, Rol NC 380-10.

___ *Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2008. Resolución N°24/2008, en NC 199-07.

___ *Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2004, Resolución N°1/2004, en NC 02-04.

___ *Consulta de Organización Terpel Chile, relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las sociedades Petróleos Trasandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2012. Resolución N° 39/2012, en NC 399-11.

___ *Consulta sobre Operación de Fusión de Anagra S.A. y SQM Comercial S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2009, Rol NC 339-09.

___ *Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2012. Rol NC 397-11.

___ *Consulta de Telefónica Móviles S.A., sobre aprobación de acuerdo de eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A.* Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2005, Resolución N° 2/2005, en NC 01-04.

___ *Requerimiento de la FNE contra Hoyts Cinemas Chile y Otros*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 de junio del 2012, Rol C 240-12.

___ Tribunal Constitucional, sentencia de 24 de agosto de 2011, Rol N° 2046-11.

ELEMENTOS PARA UN ESTÁNDAR DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO

*Bárbara Orellana Lavoz**

RESUMEN: *El siguiente artículo tiene por objeto desarrollar la importante necesidad de discutir cuál sería el estándar de prueba en los procedimientos administrativos. Para este cometido, se analizará críticamente la forma en que está estructurada la actividad probatoria en la Ley N°19.880 de Procedimiento Administrativo, norma supletoria que dispone las reglas de los procedimientos administrativos sustanciados por la Administración del Estado, además, se revisarán brevemente las teorías acerca de la prueba, a fin de una adecuada interpretación de los conceptos esgrimidos. Finalmente, se propondrán algunas ideas sobre cuál sería el estándar de prueba que debería regir en un procedimiento administrativo, a fin de que se trate de un proceso que cumpla con los estándares del debido proceso legal y que satisfaga los principios que delimitan la actuación de la Administración.*

ABSTRACT: *The object of this thesis is to develop the significant need to discuss what would be the standard of proof in administrative procedure. In order to develop this thesis, it is necessary to analyze the way evidentiary activity it is structured in Law No. 19,880 on Administrative Procedure, supplementary standard rule of administrative proceedings conducted by the state Administration. In addition, it will be given a brief review of the theories about evidence, in order to present a proper interpretation of the concepts put forward. Finally, ideas will be presented about what standard of proof should govern administrative procedure, in order to become a process capable of fulfilling the standards of due process and that satisfies the principles that restrain the performance of the Administration.*

PALABRAS CLAVES: *prueba – procedimiento administrativo – actividad probatoria – estándar de prueba – valoración de la prueba.*

* Estudiante de Derecho, Universidad de Chile, Chile. Ayudante del departamento de derecho procesal, Facultad de derecho Universidad de Chile. Correo electrónico: borellanla@gmail.com

KEY WORDS: *evidence – administrative proceeding – evidentiary – standard of proof – evidence assessment.*

I. INTRODUCCIÓN: LOS HECHOS Y EL DERECHO

La prueba constituye, sin lugar a dudas, el desafío más relevante para el Derecho desde el punto de vista de su capacidad para enfrentar a la realidad. Como se sabe, las normas jurídicas se elaboran en base a una hipótesis de hecho y las consecuencias asignadas si se llegase a comprobar, aplicándose por el juez –o bien por la Administración¹– a una situación determinada, en base a un proceso conocido y legalmente tramitado ante el órgano decisor.

Por lo pronto, entenderé prueba como la actividad de corroborar la veracidad de un determinado enunciado dentro de un proceso sustanciado ante un órgano decisor. En este sentido, un lugar común entre algunos estudiosos del derecho es concebir la prueba jurídica como una institución que está ligada a la convicción del órgano decisor, como ciertas etapas de convencimiento psicológico que debe adquirir el juez mientras se desarrolla el proceso, lo cual le permitirá determinar los hechos y la consecuencia que el derecho tiene asignada para ellos.

Lo cierto es que actualmente la determinación de los hechos que se tendrán por probados en un proceso ha tomado un sentido fundamental, que se traduce como una garantía en el derecho a la prueba, a rendir prueba. En efecto, puede considerarse que las descripciones sobre los hechos son las que se incorporan al razonamiento judicial para la aplicación de las normas y en este sentido, afirma Ferrer “no es casualidad que se considere ese derecho como un derivado del derecho a la defensa (...) el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Solo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho y una adecuada seguridad jurídica”². En efecto,

¹ Cabe advertir que, para efectos de este artículo, los términos “juez” o “razonamiento judicial” serán entendidos en *lato sensu*, pues se incluye a la Administración, en su calidad de entidad que aplica sanciones luego de un procedimiento, no obstante que no tenga un carácter jurisdiccional, por cuanto no ejerce jurisdicción.

² FERRER BELTRÁN, Jordi (2003): “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, En: *Jueces para la democracia*, N°47. P., 27-34. [Fecha de consulta 29/06/2015]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668796>

es perfectamente admisible señalar que la determinación de los hechos constituye un elemento de la mayor importancia en el ejercicio del derecho a la defensa y rendición de prueba, componente fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 19 N°3 de nuestra carta magna.

El procedimiento administrativo no escapa a las consideraciones anteriores, debiendo desarrollarse dando cumplimiento al debido proceso. Para ello, la ley N°19.880 de Bases de Procedimiento Administrativo establece las reglas del contencioso administrativo, normas con arreglo a las cuales la Administración ejerce su potestad sancionadora. Asimismo, establece un estándar de prueba con el cual culmina el razonamiento probatorio. No obstante lo anterior, no es claro si corresponde a un estándar de prueba similar al aplicado en el derecho civil (preponderancia de la prueba) o si puede tratarse como un estándar de derecho penal (convicción más allá de toda duda razonable). Tal discusión es en definitiva, la que se desarrollará a continuación. En particular, se harán algunas precisiones desde la teoría racional de la prueba que permitirá, por un lado, despejar algunos equívocos conceptuales en nuestra cultura procesal, especialmente aquellos vinculados a la noción subjetiva de la prueba, a la que habrán sucintas referencias y, por otro, permitirá analizar el procedimiento administrativo desde una visión garantista, esto es, que sea respetuoso de los derechos de los interesados, que satisfaga los principios que delimitan la actuación de la Administración y, por último, que permita un control eficaz de las decisiones.

II. CONCEPCIÓN RACIONALISTA O COGNOSCITIVISTA DE LA PRUEBA EN JUICIO

1. *La prueba en juicio es un concepto “polisémico”: medio, actividad y resultado*

En su acepción común la “prueba” es acción y efecto de probar, mientras que “probar” es la ejecución de tal acción encaminada a hacer patente la verdad o falsedad de algo, que, procesalmente hablando, sería la información relevante con la que el juez aprehende y reconstruye los acontecimientos, estableciendo los hechos de la causa o la *quaestio facti*. Como

señala Couture “la prueba es, en todo caso, una experiencia, una operación, un ensayo dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición”³.

Si bien no existe una noción exacta que defina al fenómeno probatorio, sí es posible distinguir diferentes aspectos de la actividad probatoria, cada uno con un significado concreto. En efecto, el término “prueba” es polisémico, por lo que hablaremos de prueba como medio, actividad y resultado.

Un primer sentido identifica a la prueba con “lo que sirve o puede servir para confirmar o falsear una aserción relativa a un hecho de la causa”⁴, correspondiendo a la noción de “medios de prueba”, es decir, aquellos medios idóneos, tipificados o no, de los que se valen las partes para aportar la información que respaldará sus afirmaciones en juicio. La prueba en este sentido se vuelve el medio con el que se ofrece un dato probatorio, respondiendo a la interrogante ¿Cómo se debe probar?

En un segundo sentido la prueba es una actividad encaminada a corroborar la verdad de un determinado enunciado. En otras palabras, “probar designa todas las actividades que realizan las partes y el juez para introducir en el proceso, con las modalidades y los controles que la ley establece y regula, los elementos de prueba destinados a construir el fundamento de la decisión sobre el hecho”⁵. Es decir, prueba será aquello que puede ser identificado como verdadero bajo las condiciones que establece el proceso de que se trate. Esta tercera acepción responderá a la pregunta ¿Cómo debe el juez razonar y decidir respecto a la prueba? Y para ello, se vale de tres etapas que conforman esta actividad probatoria, las cuales, por lo pronto, solo enunciaremos: conformación del material probatorio, valoración de la prueba y estándar de prueba.

Finalmente, se entiende la prueba como “el resultado que deriva de la adquisición de los medios de prueba en el proceso y de su valoración por parte del juez”⁶. Este significado de prueba

³ COUTURE, Eduardo (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Roque Depalma Editor. p. 215.

⁴ TARUFFO, Michele (2005): *La prueba de los hechos*. Madrid. Editorial Trotta. p. 448.

⁵ TARUFFO (2005): p. 451.

⁶ TARUFFO (2005): p. 449.

establece lo que está probado, señalando cuándo está probado, siendo la ley la que señale las condiciones para dar por probadas las afirmaciones. Se refiere, así, a la prueba como resultado.

2. Críticas a la tesis subjetivista de la prueba.

2.1. Respecto a la prueba como resultado.

Ahora bien, al comienzo decíamos que para cierta parte de la doctrina la prueba jurídica está orientada a convencer al juez de las afirmaciones que hacen las partes acerca de los hechos que se ventilan en juicio, tal equívoco procesal está vinculado a la prueba como resultado. En este sentido, Accatino señala que “la noción subjetivista de la prueba (...) vincula al convencimiento psicológico del juez o tribunal, de modo que, según esta concepción, decir que un hecho (...) está probado significa que el juez ha llegado a la convicción que ese hecho ha ocurrido”⁷.

En efecto, variada doctrina nacional e internacional acepta esta teoría subjetiva de la prueba, como Carocca quien respecto al proceso penal señala que “en el ámbito del proceso, se requiere la prueba porque quien debe pronunciar la decisión sobre absolución o condena frente a una acusación es un tercero, que no ha presenciado los hechos y que por lo tanto *debe ser convencido*⁸ de la efectividad de las afirmaciones que efectúa el acusador, y eventualmente el acusado”⁹. En el mismo sentido, Couture afirma que “mirada desde el punto de vista de las partes, la prueba es, además, una forma de crear la convicción del magistrado (...) agotar los recursos dados por la ley para *formar en el espíritu del juez un estado de convencimiento*¹⁰ acerca de la existencia e inexistencia de las circunstancias relevantes del juicio”¹¹.

El problema de la tesis subjetivista de la prueba en el plano de ésta como resultado radica en que la convicción corresponde a un estado mental, a una seguridad personal que tiene un

⁷ ACCATINO SCAGLOTTI, Daniela (2006): “La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo Proceso Penal. Un Diagnóstico”, En: *Revista de Derecho Universidad Austral de Valdivia*. Volumen XIX, N°2. p. 18.

⁸ Las cursivas han sido añadidas.

⁹ CAROCCA PÉREZ, Álex (2005): “*El nuevo sistema Procesal Penal*”. Santiago. Editorial LexisNexis. p. 230.

¹⁰ Las cursivas han sido añadidas.

¹¹ COUTURE (1958): p. 218.

individuo respecto a la verdad o falsedad de lo que está pensando o sintiendo. En otras palabras, la convicción puede verse como el ánimo de aceptar por probado un hecho sin importar las evidencias ofrecidas. Al respecto, Accatino señala, refiriéndose al proceso penal, que uno de los equívocos respecto al estándar de la duda razonable ha sido que se entienda como “un estado mental del juzgador, consistente en la creencia en la verdad del hecho que se trata de probar (...) asimila la exigencia de convicción más allá de toda duda razonable a la exigencia de “certeza moral”, entendida como el convencimiento personal del juez acerca de la verdad del hecho de cuya prueba se trata”¹². En este sentido, la prueba es esencialmente un *instrumento de convencimiento* que ofrece elementos de persuasión¹³.

Para la teoría cognoscitivista la prueba no es diferente en materia jurídica y en otras ramas del conocimiento, pues se trata de una actividad eminentemente epistémica, es decir, encaminada a la averiguación de la verdad¹⁴. Asimismo, esta teoría busca un control intersubjetivo de las decisiones, conocer la razón de la decisión y las conclusiones que pueden ser reproducidas públicamente (las premisas, el razonamiento y la conclusión), pues esto permite que tales motivaciones puedan ser sometidas a control. Así, Taruffo señala que una concepción subjetiva centrada en el convencimiento o persuasión del juez “respecto a cualquier cosa es de hecho un estado psicológico y nada más, la prueba puede ser cualquier cosa que hubiese influido en la formación de este estado psicológico y tiene valor en la medida que haya producido ese efecto, no por otras razones”¹⁵.

Para esta teoría es importante discutir la forma en la que el juez toma las decisiones, puesto que no deja de ser relevante conocer de dónde obtiene o cuál es la fuente de persuasión del juez (información extrajudicial, experiencias personales, prueba ilícita, etc.). Se espera que el

¹² ACCATINO SCAGLOTTI, Daniela (2010): “*El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*”. En: *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Santiago. Editorial Legal Publishing. p. 137.

¹³ TARUFFO, Michele (2003): “*Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*”. En: *Discusiones: Prueba y conocimiento*. Número 3. Alicante. p. 32. [Fecha de consulta 21/06/2015]. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmckk9s2>

¹⁴ Para una mejor comprensión: TARUFFO (2005): pp. 330-335.

¹⁵ TARUFFO (2003): p. 32.

órgano decisor pueda formular razonamientos lógicamente válidos y que fundamente sus decisiones racionalmente. No bastaría que la decisión judicial concluya un silogismo práctico, y justifique con un razonamiento lógico, sino que además, será necesario que esté justificada interna y externamente. Al respecto, señala Gascón que “una decisión está internamente justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas (se agota en mostrar la corrección del razonamiento lógico que conduce a partir de las premisas a la conclusión). Está externamente justificada cuando sus premisas son calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación”¹⁶.

2.2. Respecto al estándar de prueba.

Sin perjuicio de que se trate de un tema que se abordará más adelante, por lo pronto se entenderá como estándar de prueba aquella etapa de la actividad probatoria que “tiene la función de señalar a partir de qué umbral podemos considerar que el grado de credibilidad de una hipótesis es suficiente como para basar en ella la decisión”¹⁷. En otras palabras, se trata de los criterios que señalan “cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe”¹⁸. Estamos hablando de aquellas reglas o criterios que establece generalmente el derecho procesal para decir que tal hecho está probado, por ejemplo, el umbral de suficiencia para dar por probado un hecho en el derecho penal corresponde a una convicción más allá de toda duda razonable (artículo 340 Código Procesal Penal).

Como se advirtió, la consideración del estándar de prueba bajo la teoría subjetivista tiene el inconveniente de presentar una alta irracionalidad en la decisión, que se manifiesta en la falta de justificación para dar por probado un hecho de la causa. En palabras de Accatino “la aplicación

¹⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina (2010): “La motivación de los hechos”, En: *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Tercera Edición, Madrid. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. p. 172.

¹⁷ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2015): “*Presunción de inocencia, verdad y objetividad*”. Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado. p. 33. [Fecha de consulta: 30/06/2015]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10045/46907>

¹⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina (2005): “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Número 28, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, 2008. p. 129. [Fecha de consulta: 30/06/2015], Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc12692>

del estándar se agota en la pura afirmación de la existencia de convicción del tribunal, sin que se aborde a través de una justificación reflexiva la cuestión de la suficiencia de pruebas”¹⁹. Ferrer añade que se trata de una “asimilación al convencimiento psicológico del juez o jurado acerca de los hechos ocurridos (...) decir que un (enunciado que afirma la ocurrencia de un) hecho está probado significa que el juez ha llegado a la convicción de que ese hecho ha ocurrido”²⁰.

En efecto, los planteamientos iniciales respecto al estándar de prueba penal de la duda razonable veían positivamente su concepción relacionada al convencimiento del tribunal, pues “la identificación del estándar con la idea de “certeza” parece desde todo punto de vista convincente, no solo porque resulta difícil avanzar mucho más en la definición de duda razonable, sino porque este concepto sí tiene en Chile una larga tradición y reconduce a los jueces, por lo tanto, a la utilización de parámetros a los que se encuentran habituados”²¹.

Pero una consideración subjetiva de un estándar de prueba confundiría el juicio “con un escenario de debate de historias, (en el que) quien tiene un “relato” mejor preparado que logra convencer al juez (subjetivamente)²² de su teoría del caso”²³. Lo anterior implica que los hechos se tendrán por probados en base a la creencia únicamente del juez de que así ha ocurrido, por tanto, intransferible, incomunicable e incontrolable.

Así las cosas, se plantea desde la teoría racional de la prueba que únicamente desde esta visión el estándar de prueba adquiere sentido, pues su aplicación, luego de una valoración racional de la prueba (según el sistema de prueba legal o el sistema de sana crítica), queda supeditado a la expresión de las justificaciones por las que ha dado por establecido un hecho.

¹⁹ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (2011): “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII*. Valparaíso. pp. 496 - 497.

²⁰ FERRER BELTRÁN (2003): p. 30.

²¹ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2004): “*Derecho Procesal Penal Chileno*”, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p.164.

²² Los paréntesis han sido añadidos.

²³ CARNEVALLI RODRÍGUEZ, Raúl y CASTILLO VAL, Ignacio (2011): “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”, En: *Revista Ius et Praxis, Año 17 n°2*. Universidad de Talca – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Talca. p.112.

2.3. *Respecto a la fundamentación de las sentencias o decisiones.*

Ligado a las funciones del estándar de prueba, esta herramienta procesal constituye un instrumento que obliga al órgano decisor a motivar o justificar la decisión probatoria. Efectivamente, el estándar de prueba entendido racionalmente, obliga al juez a explicitar en la fundamentación de las sentencias o decisiones, si se cumplen o no y por qué, o según qué criterios, los presupuestos establecidos por el estándar probatorio para sobrepasar el umbral de suficiencia necesaria que permite declarar un hecho como probado²⁴.

En este sentido, como decíamos, el estándar de prueba asociado a la tesis subjetivista, se vincula con la convicción o creencia del juez respecto a la ocurrencia o no de los hechos. Esta posición afecta en forma importante la exigencia de fundamentación de la sentencia, pues las creencias son cuestiones que nos suceden interiormente²⁵, cuya ocurrencia no depende de nuestra voluntad. No habría razón para que el juez justifique su actividad, pues escapan del ámbito controlable aquellas decisiones intersubjetivas.

Compartimos con Marina Gascón aquellas consecuencias que a su vez se derivan de una falta de justificación o motivación de las decisiones judiciales. En primer lugar, el instrumento jurídico enderezado a garantizar que el poder actúe racionalmente y dentro de unos límites es la motivación, que representa el signo más importante y típico de racionalización de la función jurisdiccional. Justamente, la motivación constituye una garantía de cierre de un Estado de Derecho, como enemigo de la arbitrariedad. En segundo lugar, la motivación adquiere importancia en el Estado de Derecho, pues se inscribe y manifiesta una dimensión político-jurídica garantista de tutela de los derechos. Por último, debe recordarse que la sentencia es un acto público, en cuanto representa el ejercicio de un poder que es público, y que por lo tanto ha de ser no solo interna, sino también externamente controlable²⁶.

²⁴ REYES MOLINA, Sebastián (2012): “Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno”, En: *Revista de Derecho Universidad Austral de Valdivia*, Volumen XXV – Número 2 – Diciembre. p.240.

²⁵ ACCATINO SCAGLOTTI (2006): p.20.

²⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina (2010): pp.170-172.

3. *La prueba es verdad pero no tanto.*

Hablar de la prueba en juicio implica consultar por la finalidad que le asignamos al proceso. Para una teoría racional de la prueba, el proceso (o específicamente la prueba) debe orientarse a la averiguación de la verdad; hay una finalidad epistémica que permite aplicar correctamente el derecho a los hechos que se ventilan en un proceso. En efecto, Taruffo señala que para los que consideran que la única función del proceso es resolver y poner término a la controversia, la averiguación de la verdad debe ser excluida, sin embargo, “quien considera que la función del proceso es aplicar la ley, poner en práctica el derecho y garantizar efectivamente los derechos individuales y colectivos, se inclina por configurar la determinación de la verdad de los hechos como finalidad o valor instrumental, al que debe tender para acercarse al objetivo principal del proceso, entendido como la formulación de una decisión jurídicamente correcta”²⁷.

Ahora bien, pese a que el fenómeno probatorio en el derecho debe ser entendido como un proceso epistémico similar a otras actividades probatorias donde se busca la verdad, resulta evidente que no puede alcanzarse una verdad absoluta, pues esta actividad está condicionada a las normas que impone el ordenamiento jurídico. Por ello, son llamadas reglas contraepistémicas, pues impiden una completa averiguación de la verdad, pero tienen su fundamento en otros fines imponderables con la verdad absoluta, como lo es, por ejemplo, la prueba ilícita o la cosa juzgada.

Debemos agregar que el conocimiento de los hechos que tiene lugar en la prueba en juicio es imperfecto o relativo²⁸, por dos razones: por un lado, institucionales, pues la prueba judicial en cuando encaminada a la averiguación de la verdad de los hechos relevantes para la causa, no es libre, sino que se desarrolla a través de un estricto sistema de reglas y cauces institucionales que muchas veces limitan o impiden la consecución de ese objetivo. Por otro lado, existen razones eminentemente epistemológicas, como resulta del razonamiento probatorio que

²⁷ TARUFFO (2003): p.26. El autor señala que la primera finalidad correspondería a la visión del abogado, pues debe velar por los intereses de su cliente, intentando convencer al juez acerca de las afirmaciones que realiza en juicio sobre los hechos de la causa.

²⁸ TARUFFO, Michele (2010): “Notas acerca de la verdad en el proceso”, En: *Simplemente la verdad: El Juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Editorial Marcial Pons, p. 99.

está constituido básicamente por inferencias inductivas basadas en leyes probabilísticas o incluso inferencias basadas en generalidades sin demasiado fundamento²⁹.

Efectivamente, si bien es cierto que el proceso no resulta ser el mejor medio para descubrir la verdad, sí corresponde a un valor que debiera orientar la conducta del juez, pues se trata de un valor con un contenido eminentemente político, según el cual entre verdad y democracia hay una conexión que es importante. En efecto, la verdad debe ser un elemento necesario de la relación entre el Estado democrático y sus ciudadanos. Adicionalmente, es una condición necesaria para el ejercicio de las libertades que deben ser reconocidas a los ciudadanos; la falsificación o el ocultamiento de información constituyen un límite grave al posible ejercicio de la libertad. En este sentido, las acciones deben ser conocidas por los ciudadanos a fin de controlar la forma en que el poder es ejercido³⁰.

La relación de la verdad con el proceso se enmarca en un cognoscitivismo crítico que puede resumirse en lo siguiente: (a) entre prueba y verdad hay una relación teleológica (la finalidad de la prueba es la averiguación de la verdad de determinados enunciados, pero no conceptual, dar por probado un hecho corresponde a una verdad a la luz de la información disponible en el proceso); (b) la verdad de un enunciado fáctico consiste en su correspondencia con los hechos a los que se refiere; (c) el significado y valor de verdad es relativo a un contexto, pero no quiere decir que su determinación sea imposible, sino solo puede hacerse dentro del marco proceso³¹.

A mayor abundamiento, la verdad, como finalidad necesaria en el proceso, descansa en la idea de que de otra manera el derecho no podría dirigir la conducta de los ciudadanos, pues, en palabras de Ferrer; “solo si las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho para acciones determinadas se aplican efectivamente a esas acciones (idealmente a esas acciones y nunca a otras),

²⁹ GASCÓN ABELLÁN (2005): p.128.

³⁰ TARUFFO (2010): pp.111-114.

³¹ GONZÁLEZ LAGIER (2015): p.14.

los ciudadanos tendrán motivos (jurídicos) para actuar conforme a lo prescrito por el derecho y éste podrá cumplir su función de mecanismo de resolución de conflictos”³².

Pero, ¿se aplica lo anterior en el procedimiento administrativo? Al efecto, considero que las ideas racionalistas de la prueba tienen una importante repercusión en el procedimiento administrativo, entendido como aquel medio a través del cual la Administración ejerce su potestad sancionatoria por la contravención de la normativa administrativa, estableciendo sanciones por aquellos hechos que se establezcan como probados. Justamente, una vinculación de la teoría racional con el procedimiento administrativo permite dar cumplimiento efectivo al importante principio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, conforme el cual toda actuación de la Administración (acción u omisión), especialmente aquellas que afectan derechos de los administrados, debe ser razonable y en caso alguno obedecer a su mero o simple capricho. En este sentido, es importante mencionar que en el control de la realidad de los hechos determinantes que de por establecidos la Administración, radica una de las posibilidades más eficaces de control judicial, lo cual no es otra consecuencia de considerar a la prueba en el procedimiento administrativo desde la teoría cognoscitivista o racionalista.

Así, resulta evidente que el procedimiento administrativo requiere de criterios racionales que orienten la conducta del órgano administrativo sancionador, más aún si, como se sabe, la Administración cuenta con diversas potestades que pueden significar una ventaja sobre el particular, como lo es el principio de ejecutividad del acto administrativo consagrado en el artículo 53 de la Ley N°19.880.

III. ETAPAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN LA LEY N° 19.880

Como decíamos, la actividad probatoria (o el fenómeno probatorio) es un método de conocimiento, en el que se distinguen desde el punto de vista lógico, tres momentos distintos:

³² FERRER, Jordi (2013): “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi- Benthamiana”, En: C. Vázquez (editor), *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p.31.

(1) la selección de los hechos probatorios, (2) la inferencia de una determinada hipótesis a partir de ellos y (3) el momento de la decisión de adoptar los hechos como probados³³.

El primer momento corresponde a la etapa de confección del material probatorio o selección de prueba relevante; el segundo, corresponde a la valoración de la prueba; finalmente, el último momento es aquella etapa de aplicación del estándar de prueba ya valorada. Estas aclaraciones permitirán revisar cómo se estructura la actividad probatoria regulada en la Ley N°19.880, analizar específicamente el artículo 35 que contiene lacónica esta regulación y, en el apartado siguiente, el estándar de prueba en el procedimiento administrativo.

1. Confección del material probatorio.

La confección del material probatorio exige estimar qué datos son los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. Este momento se rige por la “regla general de inclusión de todas las pruebas relevantes”, principio que estableció primitivamente Bentham señalando que deben rechazarse las reglas de exclusión de pruebas en este momento³⁴. Se espera que en esta etapa haya la mayor cantidad de material probatorio posible, aceptando todo aquello que sea conducente a confirmar los hechos alegados por las partes.

No obstante aceptar el principio general de inclusión de las pruebas epistemológicamente relevantes, el propio Bentham admitía excepciones a la misma regla. Un primer grupo de excepciones son aquellas relacionadas con los costos del procedimiento o la economía procesal; un segundo tipo lo constituyen las reglas asociadas a la protección de valores distintos a la averiguación de la verdad, por ejemplo, la prueba ilícita. Tales valores protegidos pueden entrar en conflicto con la verdad³⁵, pero se privilegiarán éstos en razón de que la averiguación de la verdad es un valor que se relaciona teleológicamente con el proceso, como señalamos antes.

Pues bien, la Ley N°19.880 regula esta etapa en su artículo 35 inciso primero, que reconoce la regla general de inclusión de prueba, al señalar que “los hechos relevantes para la

³³ GONZÁLEZ LAGIER (2015): p. 5. El autor llama a la actividad probatoria “inferencia probatoria”.

³⁴ GONZÁLEZ LAGIER (2015): p. 19.

³⁵ GONZÁLEZ LAGIER (2015): p.19.

decisión de un procedimiento, podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho (...).”

Junto con ello, el inciso tercero del mismo artículo previene que “el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”. De este modo, la Ley N°19.880 establece reglas contraepistémicas que limitan la producción de la prueba y búsqueda de la verdad, en orden a privilegiar otros valores, como lo es en el caso, la celeridad del procedimiento administrativo.

En efecto, hay en primer lugar una limitación que se refiere a los “medios de prueba admisibles en derecho”, excluyendo, *contrario sensu*, aquellos medios que no sean admisibles en derecho. Lo anterior, corresponde a una regla que se debiera aplicar tanto para la Administración, que debe probar los hechos que sustentan la hipótesis de su acusación por una eventual infracción de normas, como para el particular, que debe defenderse.

En segundo lugar, hay en el artículo 35 de la Ley N°19.880 un análisis de pertinencia y necesidad de la prueba propuesta por los interesados, teniendo siempre en cuenta el instructor del procedimiento los hechos que sustentan su acusación y aquellos hechos que alega el particular en su defensa. Por ello, el inciso segundo del mismo artículo –facultativamente para la Administración– señala que “cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo, ordenará la apertura de un período de prueba, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes”.

En relación a estas reglas de pertinencia y necesidad de la prueba, la Corte Suprema ha señalado que “Noveno: Que a la luz de los informes evacuados por dichos organismos, las probanzas ofrecidas por la reclamante fueron consideradas improcedentes desde que la prueba testimonial ofrecida claramente no tenía la aptitud para desvanecer las infracciones a la normativa ambiental sustentadas en estudios científicos emanados de los órganos competentes. (...) Como consecuencia de lo expresado en los motivos anteriores, el ente administrativo legalmente

facultado para ello y en mérito de los antecedentes que constaban en el expediente sancionatorio, consideró innecesario otorgar un término probatorio”³⁶.

2. Valoración de la prueba.

Como decíamos, la etapa de valoración de la prueba corresponde a “determinar qué hipótesis es la más fundada a la luz de los elementos de prueba. Se trata de un instrumento para comparar el grado de fundamentación de distintas hipótesis acerca de cómo ocurrieron ciertos hechos³⁷”. Dicho de otra forma, consistirá en la “individualización de las pruebas que corrobora las proposiciones sobre los hechos del caso sostenidas por las partes y la identificación de los factores que inciden en su mayor o menor fuerza probatoria (...) así como en la determinación de las pruebas desestimadas por su irrelevancia respecto de las proposiciones que se trata de probar o por los defectos que les restan fuerza probatoria”³⁸.

Los hechos admiten su descomposición en forma abstracta, por lo cual debe establecerse qué datos pesarán más que otros. En este sentido, deben existir reglas de valoración de la prueba, como herramientas procesales que establecen los ordenamientos jurídicos para llevar a cabo esta etapa. Así, existen dos sistemas alternativos: el sistema de la prueba legal o tasada y el sistema de la libre valoración o sana crítica. El primero es aquél donde el legislador establece de antemano el valor que corresponde asignar a cada prueba, mientras que el segundo corresponde a aquél sistema donde el juez debe valorar la prueba de manera libre, no pudiendo contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados³⁹.

Ahora bien, la libertad con la que cuenta el juez para valorar los medios de prueba no implican una libertad absoluta, pues deben interpretarse como reglas que “prescriben al órgano juzgador que evalúe el material probatorio aportado al proceso de acuerdo con las reglas de la

³⁶ *Sociedad Vertedero Los Maitenes Ltda. Con Comisión Regional del Medio Ambiente*, Corte Suprema 20 de agosto de 2013 (Casación en el fondo).

³⁷ GONZÁLEZ LAGIER (2015): p. 33.

³⁸ ACCATINO SCAGLOTTI (2011): p. 487.

³⁹ REYES MOLINA (2012): pp. 231-232.

racionalidad general. En ese caso, las únicas limitaciones jurídicas vienen impuestas por el contexto procesal dentro del cual se delimitan los elementos de prueba que posteriormente deben ser individual y conjuntamente valorados por el juez⁴⁰. En efecto, la libre valoración de la prueba debe ser entendida como una “regla negativa, que excluye la tasación legal de la prueba, pero que no libera al juez de la sujeción a estándares generales de racionalidad⁴¹”.

El citado artículo 35 dispone que “la prueba deberá ser apreciada –valorada– en conciencia”, adquiriendo relevancia lo señalado en el apartado respecto a la fundamentación de las sentencias, pues “la motivación de las conclusiones probatorias adquiere un papel protagónico como garantía y herramienta de control de su racionalidad⁴²”. Además, la misma Ley N°19.880 prescribe a la Administración el deber de motivar las decisiones en su artículo 11 al señalar que “(...) Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”. Igualmente, el Artículo 41 de la misma ley señala que “las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada (...)”.

Por último, como se expresó anteriormente a propósito de la verdad como valor, la obligación legal de motivar sus decisiones descarta espacios de arbitrariedad –principio de interdicción de la arbitrariedad– en las actuaciones de la Administración, por lo que la apreciación en conciencia que realiza la Administración, se sujetará a los criterios de racionalidad que exigen la argumentación de las valoraciones realizadas, a fin de otorgar medios de control intersubjetivos de esas decisiones.

⁴⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi (2005): “*Prueba y verdad en el Derecho*”, Madrid, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 60.

⁴¹ ACCATINO SCAGLOTTI (2006): p. 14.

⁴² ACCATINO SCAGLOTTI (2006): p. 14.

IV. ESTÁNDAR DE PRUEBA

Corresponde revisar el momento en el que culmina la actividad probatoria, nos referimos al estándar de prueba, que son “los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho”⁴³, es decir, cuándo puede el órgano decisor señalar que tales hechos de la causa han sido probados dentro de un proceso.

Como señalábamos, existe una relación teleológica entre verdad y proceso, aunque los mismos autores de la teoría cognoscitivista o racionalista de la prueba señalen que “el proceso es un ámbito en el cual, en el mejor de los casos, se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular”⁴⁴. Es decir, se trata de la averiguación acerca de un hecho único e irrepetible, ocurrido en un espacio temporal distinto al mismo proceso, que no ha sido presenciado por el juez *ex ante*. En razón de ello, la decisión final del juez que se contiene en la sentencia, se toma en una situación de incertidumbre, pero apoyado por medios de prueba que permiten dotar de racionalidad la labor del juez.

Revisaremos primero los estándares de prueba utilizados en el proceso civil y en el proceso penal, para concluir, en el capítulo siguiente, con una propuesta de estándar en el procedimiento administrativo.

1. *Estándar de prueba en el Proceso Civil.*

Así las cosas, los procesos comparten el rasgo común de la incertidumbre, pues son escenarios en donde se busca información sobre los hechos, pero en ningún caso –proceso– se logra recopilar todos los datos. Lo anterior implica que el ordenamiento jurídico establece el estándar como una “decisión colectiva de colocar el umbral en un punto y no en otro según sea los bienes en juego”⁴⁵.

⁴³ GASCÓN ABELLÁN (2005): p. 129.

⁴⁴ TARUFFO, Michele (2003): “*Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba*”, En: *Discusiones: Prueba y conocimiento*, Número 3, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008. p.86. [Fecha de consulta: 30/06/2015]. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/159851/bmc2j6v2>

⁴⁵ LARROUCAU TORRES, Jorge (2012): “Hacia un estándar de prueba civil”, En: *Revista chilena de Derecho*, Volumen 39, número 3, Santiago, p.784, [Fecha de consulta: 30/06/2015], Disponible en:

El estándar de prueba en el proceso civil corresponde a la probabilidad preponderante o prueba preponderante, estándar que constituye el mínimo grado de racionalidad que establece el ordenamiento jurídico. En efecto, debemos partir de la base que “desde una perspectiva epistemológica cabe decir que la racionalidad exige un grado de probabilidad mínimo del que ningún orden jurisdiccional debiera abdicar, a menos que estemos dispuestos a concebir la decisión probatoria como irracional. Ese grado mínimo lo constituye la probabilidad prevalente, que es el estándar de probabilidad normalmente exigido en el proceso civil”⁴⁶.

En este sentido, “según el estándar de la probabilidad prevalente (...) una hipótesis sobre un hecho resultará aceptable o probada cuando sea más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas sobre el mismo hecho manejadas o consideradas en el proceso y siempre que dicha hipótesis resulte “más probable que no”; es decir, más probable que su correlativa hipótesis negativa”⁴⁷. En otras palabras, el estándar de probabilidad prevaleciente puede graficarse como regla $P > 0,5$ según la cual “si una de las posturas en competencia supera como grado de confirmación el 0,5 de probabilidad de ser correcta, entonces puede aceptarse como el soporte de la decisión”⁴⁸.

De este modo, en los procesos civiles patrimoniales se establece este estándar de prueba como norma común y supletoria de cualquier otro procedimiento⁴⁹.

2. Estándar de prueba en el Proceso Penal.

Decíamos que los estándares de prueba se desarrollan según la premisa de que en cada proceso se busca la verdad, específicamente en el proceso penal “el objetivo principal –de un juicio penal– es averiguar la verdad acerca de la comisión de un supuesto delito”⁵⁰. Se estima que

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000300008&lng=es&nrm=iso
ISSN 0718-3437, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000300008>.

⁴⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina (2005): p. 129.

⁴⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina (2005): p. 129.

⁴⁸ LARROUCAU TORRES (2012): p. 784. También en este sentido: GASCÓN ABELLÁN (2005).

⁴⁹ LARROUCAU (2012): p. 803.

⁵⁰ LAUDAN, LARRY (2005): “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 28. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008. p. 96. [Fecha de consulta: 30/06/2015]. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc8k7r6>

la búsqueda de la verdad en nuestro sistema procesal penal se obtiene una vez los culpables son condenados y los inocentes absueltos⁵¹.

En esta línea, el estándar de prueba en el Proceso Penal está expresamente establecido en el artículo 340 del Código Procesal Penal que señala en su inciso primero: “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”. Este estándar de prueba es el más elevado, requiriendo un grado particularmente alto de confirmación probatoria (que puede cifrarse en un >0,9) y establecerlo asegura al imputado que “no será condenado simplemente porque la hipótesis acusatoria es más probable que el resto de hipótesis, sino porque lo es por encima de cierto umbral que haga difícil un error en la condena”⁵². A mayor abundamiento, se señala que el aumento de la confirmación es necesario para satisfacer estos estándares, desplazando el riesgo de un error⁵³. Respecto al estándar que acá tratamos, nos remitiremos a la explicación señalada anteriormente en cuanto a que su determinación debe obedecer a criterios que permitan controlar intersubjetivamente la decisión del juez.

En el proceso penal es particularmente relevante la averiguación de la verdad, pues actúa un elemento relevante que no se presenta en otros procesos, esto es, la presunción de inocencia. En este sentido, se afirma que “el proceso penal no pretende crear o constituir la culpabilidad del imputado, sino tratar de descubrirla y declararla. Por ello, la verdad procesal o verdad judicial, si se desconecta de la verdad empírica, atenta contra la presunción de inocencia”⁵⁴. No es parte de este artículo discutir acerca de las funciones de la presunción de inocencia, pero sí podemos señalar que uno de sus fundamentos descansa “en la idea de que es más grave el error de declarar culpable a un inocente que el contrario, por lo que exige minimizar el riesgo de falsas condenas”⁵⁵.

⁵¹ CARNEVALLI RODRÍGUEZ, Raúl y CASTILLO VAL, Ignacio (2011): p. 90.

⁵² GONZÁLEZ LAGIER (2015): p. 33.

⁵³ PARDO, Michael S. (2013): “Estándares de prueba y teoría de la prueba”, En: *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid, Editorial Marcial Pons, p. 115.

⁵⁴ GONZÁLEZ LAGIER (2015): p. 13.

⁵⁵ GONZÁLEZ LAGIER (2015): p. 33.

Así las cosas, la duda razonable es la contrapartida de la presunción de inocencia como regla de juicio, pues “establece un método para evitar el *non liquet*, al señalar que si subsisten dudas irresolubles se debe absolver al acusado”⁵⁶.

De esta manera, vemos que el estándar del proceso penal, más allá de toda duda razonable, es el más alto al que podemos aspirar, pues tiene una función de garantizar que se cometan los mínimos errores de falsos positivos, esto es, que en un proceso penal se condenen inocentes, mientras que el estándar de la prueba prevaleciente del proceso civil corresponde al piso mínimo para dar por probado un hecho. Corresponde entonces dilucidar cuál sería el estándar que corresponde aplicar en el procedimiento administrativo.

V. ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La regulación de la actividad probatoria en la Ley N°19.880 es escueta, puesto que no contiene norma alguna que señale cómo debe ser el estándar de prueba que la Administración debe aplicar. No obstante lo anterior, no debe pensarse que no exista un estándar en el procedimiento administrativo, pues esta etapa corresponde a la culminación de la actividad probatoria, siendo necesaria para la conclusión de los procedimientos; afirmar lo contrario sería suponer que nunca se tienen por probados los hechos.

Ahora bien, es necesario responder a la pregunta central de este artículo y para ello, será necesario analizar las razones que justifican la adopción de cada uno. Al respecto, se advierte que “los fines que subyacen a los dos estándares de prueba son diferentes. En el caso de un estándar de prueba mínimo –prueba prevaleciente– el fin que se persigue es evitar el error al determinar los hechos en un proceso”⁵⁷, constituye la mínima racionalidad que debería contener el ordenamiento jurídico para dar por probado un hecho. En cambio, al adoptar un estándar probatorio más exigente, como lo es en el proceso penal con la convicción más allá de toda duda razonable, “lo que está en juego es evitar especialmente un tipo de error: el falso positivo (declarar

⁵⁶ GONZÁLEZ LAGIER (2015): p. 2.

⁵⁷ ACCATINO SCAGLOTTI (2011): p. 488.

probada una proposición falsa), aún a costa de elevar el riesgo de falsos negativos (declarar no probada una proposición verdadera)”⁵⁸.

Pero a los estándares de prueba se les asigna además una función relevante: en los procesos, en el contexto de incertidumbre que significan, el estándar actuará como un distribuidor de los errores. En efecto, la determinación de un estándar de prueba no depende únicamente de consideraciones de racionalidad, sino también, de cuestiones políticas: “un estándar específico se construye decidiendo cuál de los dos errores posibles se considera preferible o más asumible (el de aceptar como verdadero lo que es falso o el de no aceptar como verdadero lo que es verdadero) y en qué grado estamos dispuestos a asumirlo. Y esta es, en última instancia, una elección política o valorativa”⁵⁹.

Así las cosas, en los procesos civiles patrimoniales, luego de valorada la prueba, el juez optará por la hipótesis cuya prueba prevalezca sobre la otra, pues las relaciones contractuales entre privados implican una teórica igualdad, por lo que los errores deberían recibir el mismo tratamiento. En otras palabras, el riesgo de dar lugar a demandas basadas en hechos falsos es igual de relevante que el riesgo de rechazar una demanda basada en hechos verdaderos⁶⁰. No ocurre lo mismo en el proceso penal, pues como sociedad, no se espera aplicar penas a personas inocentes, por lo que se opta por un estándar más exigente o cualificado, toda vez que “cuanto más exigente sea el estándar para probar un hecho, más racional será la decisión que declara probado ese hecho, pues un estándar de prueba muy exigente minimiza la posibilidad de error y maximiza la posibilidad de acierto”⁶¹. No obstante lo anterior, la consecuencia lógica que se sigue es que el riesgo de que existan culpables absueltos aumenta.

Al respecto, considero que, siendo los estándares de prueba herramientas procesales de distribución de errores y que su establecimiento es una cuestión política–valorativa, el umbral que requiere la Administración para dar por probado un hecho debería superar al de la prueba preponderante (>0,5), pero no al estándar cualificado que establece el derecho penal (>0,9) ni

⁵⁸ ACCATINO SCAGLIOTTI (2011): p. 489.

⁵⁹ GASCÓN ABELLÁN (2005): p. 131.

⁶⁰ LARROUCAU TORRES (2012): pp. 783 – 786.

⁶¹ GASCÓN ABELLÁN (2005): p. 129.

tampoco debiera ser igual. Lo anterior, en consideración a que la pretensión de la Administración dentro de un procedimiento administrativo sancionador, si bien no responde a los intereses patrimoniales que se ventilan en un proceso civil, tampoco corresponde a aquéllos del proceso penal. En efecto, la Administración no es un sujeto que persiga intereses neutros, por lo que su posición institucional contrasta con la del juez, persiguiendo al efecto, fines sociales o políticos. En este sentido, como es la misma Administración –a través de la figura del instructor (Artículo 35 Ley N°19.880)– quien dará por probado los hechos en el procedimiento incoado contra el regulado, sí corresponde un estándar superior al de la prueba preponderante, pues, además, debemos tener en cuenta la característica del acto administrativo que produce sus efectos inmediatamente es dictado (Artículo 53 Ley N°19.880). Al respecto, nos apoyamos en que “es necesario tener en cuenta el hecho de que los estándares de prueba pueden variar en función de la estructura del contexto procesal, de las finalidades que se asignen al proceso concreto, de los valores ético–políticos que en él se consideren prioritarios y de la regulación procesal de las cargas probatorias que se atribuyan a las partes”⁶².

En este sentido, pese a que no es propósito de este artículo analizar en profundidad por qué el derecho administrativo sancionador no constituye una manifestación del *iuspuniendi* estatal, por lo pronto señalaremos al efecto que la Administración va a sancionar conductas que signifiquen una infracción a la normativa que regule específicamente un determinado sector, cuestión que por especialización no pueden realizar satisfactoriamente los tribunales ordinarios⁶³. Por otro lado, la sanción administrativa en ningún caso consistirá en la privación de libertad, pues tal pena es monopolio exclusivo del órgano que ejerce funciones jurisdiccionales. A mayor abundamiento, negamos que exista la pretendida unidad del *iuspuniendi* estatal, sostenida por la parte clásica de la doctrina, en virtud de que ambas ramas del derecho serían prácticamente lo

⁶² TARUFFO, Michele (2005): “Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” de Larry Laudan”, En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 28, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, p.119, [Fecha de consulta: 30/06/2015]. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc4t714>

⁶³ ROMÁN CORDERO, Cristián (2010): “El Castigo en el Derecho Administrativo”, En: *Derecho y Humanidades*, Número 16, Volumen 1, p.159, [Fecha de consulta: 1/07/2015], Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/16009/16524>

mismo, pues descansa en una serie de dogmas incuestionables⁶⁴, que hacen suponer una fungibilidad entre la responsabilidad penal y la administrativa. Pero la diferencia crucial entre ambas disciplinas está en la función de la sanción, pues en el derecho administrativo sancionador corresponde a la protección del interés público, mientras que la pena en el derecho penal puede responder a una diversidad de bienes jurídicos que el ordenamiento ha decidido entregar su protección a esta rama del derecho, que además, es de *ultima ratio*.

VI. CONCLUSIONES

1. El término “prueba” es polisémico, es decir, es posible referirse a la prueba en juicio como medio, actividad y resultado. El primero corresponde a los medios de prueba de los que se valen las partes para dar a conocer los hechos ventilados en juicio. Una segunda acepción se refiere a la actividad de probar, regulada por normas procesales y que se lleva a cabo por las partes y el juez. Finalmente, la prueba como resultado es aquella noción que establece lo que está probado, siendo la ley la que señale las condiciones para que ello ocurra.
2. La prueba como resultado provoca algunos equívocos procesales, desde la teoría racionalista o cognoscitivista de la prueba, pues conciben a la prueba asociada al convencimiento del órgano decisor, cuestión que impide un control intersubjetivo de las decisiones. Se propone por la teoría racional de la prueba que necesariamente deben expresarse las razones del órgano decisor para dar por probados los hechos, a fin de aplicar correctamente el derecho a los hechos que se den por probados.
3. La estructura de la actividad probatoria tiene tres momentos o etapas reconocibles: la selección del material probatorio, su valoración y la aplicación del estándar a la prueba ya valorada.

⁶⁴ NIETO GARCÍA, Alejandro (2005): “*Derecho Administrativo Sancionador*”. España, Madrid, Cuarta Edición, Editoriales Tecnos, p.26. “*El enorme éxito de tal postura-elevada ya a la categoría de dogma incuestionable- se debe en parte a razones ideológicas, a que así se atempera el rechazo que suelen producir las actuaciones sancionadoras de la Administración, de corte autoritario, y, en parte, a razones técnicas, en cuanto a que gracias a este entronque con el Derecho Público estatal se proporciona al Derecho Administrativo Sancionador un soporte conceptual y operativo del que antes carecía*”.

4. La ley N°19.880 regula en su artículo 35 los momentos de selección del material probatorio y la valoración del mismo. En primer lugar, la Administración permite que se rinda solo aquella prueba que resulte relevante, mediante medios admisibles en derecho, conteniendo asimismo, una regla de exclusión de prueba manifiestamente impertinente o innecesaria. En segundo lugar, la valoración de la prueba debe efectuarse según las reglas de la sana crítica, debiendo, según los postulados de la teoría racional de la prueba, expresar las consideraciones que se tuvieron en cuenta para valorar la prueba, no siendo suficiente una mera remisión a las reglas de la lógica, máximas de experiencias y los conocimientos científicamente afianzados.
5. La normativa que regula supletoriamente los procedimientos que sustancia la Administración contiene reglas epistémicas que limitan la satisfacción del principio general de inclusión de prueba. Sin embargo, éstas se establecen para dar cumplimiento a otros fines distintos a la búsqueda de la verdad absoluta.
6. Si bien la ley N°19.880 no define expresamente un estándar de prueba entendemos que existe uno, pues con esta etapa culmina la actividad probatoria. En este sentido, se sugiere que el estándar sea superior a la prueba prevaleciente que rige en los procedimientos civiles, pero inferior a la duda razonable, que se establece en el Artículo 340 del Código Procesal Penal. Lo anterior, en base a que existen importantes diferencias entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, siendo la más evidente las herramientas con las que cuentan para proteger los bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico ha puesto en su esfera de actuación, pues, por un lado, la sanción administrativa está encaminada a la protección del interés público, mientras que la pena privativa de libertad –monopolio del juez por lo demás–, está destinada a la protección de los diferentes bienes jurídicos que establece el Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___ ACCATINO SCAGLOTTI, Daniela (2006): “La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo Proceso Penal. Un Diagnóstico”, En: *Revista de Derecho Universidad Austral de Valdivia*, Volumen XIX, N°2.

___ (2010): “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad”, En: *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Editorial Legal Publishing.

___ (2011): “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII*, Valparaíso.

___ CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl y CASTILLO VAL, Ignacio (2011): “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”, En: *Revista Ius et Praxis, Año 17 n°2*, Universidad de Talca – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca.

___ CAROCCA PÉREZ, Álex (2005): “*El nuevo sistema Procesal Penal*”, Santiago, Editorial LexisNexis.

___ COUTURE, Eduardo (1958): “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”, Buenos Aires, Roque Depalma Editor.

___ FERRER BELTRÁN, Jordi (2003): “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, En: *Jueces para la democracia*, N° 47, [Fecha de consulta 29/06/2015], Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668796>

___ (2005): “*Prueba y verdad en el Derecho*”, Madrid, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

___(2013): “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi- Benthamiana”, En: C. Vázquez (editor), *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid, Marcial Pons.

___GASCÓN ABELLÁN, Marina (2005): “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Número 28, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, 2008, [Fecha de consulta: 30/06/2015].

Disponibile en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc12692>

___(2010): “*La motivación de los hechos*”, En: *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Tercera Edición, Madrid, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

___GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2015): “*Presunción de inocencia, verdad y objetividad*”, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado, [Fecha de consulta: 30/06/2015], Disponible en <http://hdl.handle.net/10045/46907>

___HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2004): “*Derecho Procesal Penal Chileno*”, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

___LARROUCAU TORRES, Jorge (2012): “Hacia un estándar de prueba civil”, En: *Revista chilena de Derecho* Volumen 39, número 3, Santiago, [Fecha de consulta: 30/06/2015], Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372012000300008&lng=es&nrm=iso ISSN 0718-3437, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000300008>.

___LAUDAN, Larry (2005): “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 28, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008, [Fecha de consulta: 30/06/2015]. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc8k7r6>

___NIETO GARCÍA, Alejandro (2005): “*Derecho Administrativo Sancionador*”, España, Madrid, Cuarta Edición, Editoriales Tecnos.

___PARDO, Michael S. (2013): “Estándares de prueba y teoría de la prueba”, En: *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid, Editorial Marcial Pons.

___REYES MOLINA, Sebastián (2012): “Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno”, En: *Revista de Derecho Universidad Austral de Valdivia*, Volumen XXV – Número 2.

___ROMÁN CORDERO, Cristián (2010): “El Castigo en el Derecho Administrativo”, En: *Derecho y Humanidades*, Número 16, Volumen 1. [Fecha de consulta: 1/07/2015]. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/16009/16524>

___TARUFFO, Michele (2003): “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, En: *Discusiones: Prueba y conocimiento*, Número 3, Alicante, [Fecha de consulta 21/06/2015], Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmckk9s2>

___(2003b): “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, En: *Discusiones: Prueba y conocimiento*, Número 3, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008, [Fecha de consulta: 30/06/2015], Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc2j6v2>

___(2005): “*La prueba de los hechos*”, Madrid, Editorial Trotta.

___(2005b): “Tres observaciones sobre por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar de Larry Laudan”, En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 28, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, [Fecha de consulta: 30/06/2015], Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc4t714>

___(2010): “Notas acerca de la verdad en el proceso”, En: *Simplemente la verdad: El Juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Editorial Marcial Pons.

LEGISLACIÓN UTILIZADA

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

Chile, *Código Procesal Penal*, Diario Oficial, 12 de octubre de 2000.

Chile, *Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado Ley N°19.880*, Diario Oficial, 29 de mayo de 2003.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

Sociedad Vertedero Los Maitenes Ltda. Con Comisión Regional del Medio Ambiente. Causa Rol N°9703/ 2012. Corte Suprema, 20 de agosto de 2013 (Casación en el fondo).

APOLOGÍA DE LA VERDAD COMUNITARIA COMO CIMIENTO DE UNA JUSTICIA CON RECONCILIACIÓN

*Arlex Martínez Artunduaga**

RESUMEN: *El presente escrito presenta la verdad comunitaria, como factor relevante en la consolidación de procesos socio-políticos que conjuguen la justicia y la reconciliación. Se esboza en un primer momento el reto que la democracia plantea a las pretensiones universalistas del liberalismo, en contraste con el respaldo que la pluralidad imprime a las corrientes de corte comunitario. Seguidamente, se expone la reconstrucción comunitaria de la verdad como uno de los núcleos del acto-deber político de la reconciliación, pues el encuentro de las narrativas renueva vínculos entre los afectados, lo cual no puede hallarse en la memoria impuesta por la ley. Finalmente, se concluye que la justicia, en un escenario de conflicto, demanda en forma especial el desarrollo de procesos de reconciliación, siendo la verdad comunitaria un insumo que se muestra de la mayor relevancia en la consecución de estos objetivos.*

ABSTRACT: *This paper presents the community truth as a relevant element in the consolidation of socio-political processes that combine justice and reconciliation. At first, the challenge that democracy poses to the Universalists pretensions of liberalism is presented, in front of the support that plurality imprints in the communitarian type trends. Secondly, it exposes the communitarian reconstruction of truth as one of the cores of the political act-duty of reconciliation, because the gathering of the narratives renews the bonds between the affect, which cannot be found in the memory imposed by law. Finally, it concludes that justice, in a conflicting background, demands the development of reconciliation processes, being the communitarian truth an asset of the highest relevance in the pursuit of these objectives.*

PALABRAS CLAVE: *Verdad – comunitarismo – liberalismo – reconciliación – justicia – conflicto – paz.*

KEY WORDS: *Truth – communitarianism – liberalism – reconciliation – justice – conflict – peace.*

* Abogado. Auxiliar de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Sala Civil Familia. Candidato a Mg. en Derechos Humanos y Cultura de Paz, de la Pontificia Universidad Javeriana, y Doctorando en Filosofía de la Universidad del Valle. Correo electrónico: arlex.martinez@correounivalle.edu.co; arlex1990@javerianacali.edu.co; arlexmartinez90@hotmail.com.

I. DEMOCRACIA: LIBERALISMO UNIVERSALISTA Y COMUNITARISMO PLURALISTA.

BREVE ACERCAMIENTO.

El Estado propulsor de las libertades de los antiguos, al decir de Constant, asociado al nacionalismo como espíritu del pueblo, contiene un carácter exclusivo y racista que es repelido por las nociones de diferencia y pluralismo. Estos conceptos están en la base misma de las perspectivas contemporáneas de los derechos humanos, y su fuerza persuasiva puede hallarse sin lugar a dudas en la necesidad de proteger a la democracia de los ataques que en el pasado sufrió por cuenta del modelo estatal absoluto y místico-nacional¹.

Derrotada la idea de la nacionalidad como fuente de privilegios, y del Estado como su legítimo guardador, comenzaron a abrirse paso concepciones democráticas con aspiración a ser tomadas como radicales², en razón de su opción firme por el pluralismo, pues además de constatar y reconocer que la diferencia existe, consideraban que ella debía ser preservada, en contravía de las pretensiones hegemónicas usualmente derivadas del universalismo.

Sin embargo, el comunitarismo ha tenido que disputar su espacio a la óptica universalista³ en el campo de la democracia y los derechos humanos. En efecto, no obstante el innegable advenimiento de los fenómenos de globalización y pluralismo, la noción de lo universal sobrevive por estar aferrada a la ética kantiana, recogida por la ética discursiva de Habermas, que cuestiona los postulados particularistas y prefiere buscar su seguridad en las reglas procedimentales emanadas del principio del discurso⁴. Ahora bien, este trabajo no desea extenderse a lo que se ha dado en llamar el debate inacabado entre el liberalismo y el comunitarismo, el cual por demás le ha resultado incómodo incluso a Taylor⁵, sino que

¹ TOURAINE, Alain (2006): *¿Qué es la democracia?*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, pp. 101-103.

² LACLAU, Ernesto y Mouffe, Chantal (1987): *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Madrid: Siglo XXI editores, pp. 290-318.

³ Pues su principal opositor no es el liberalismo, en tanto que no rechaza sus nociones básicas, sino el liberalismo estándar de corte universalista, que es el referido comúnmente como el liberalismo *per se*.

⁴ CARRERA, Vicente (2005): "La dimensión narrativa del mundo de vida como ampliación de la autonomía que defiende la ética discursiva", en: *La Lámpara de Diógenes*, vol. 6, No. 11, pp. 63-70, [Fecha de consulta: 16/01/2015], Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=84401104>, p.63. Para una articulación entre principio del discurso, principio moral y democrático, véase HABERMAS, Jürgen (1998): *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta, pp. 169-197.

⁵ TAYLOR, Charles (1997): "Cross-purposes: The liberal-communitarian debate", en *Philosophical Arguments*. Cambridge: Harvard University Press, pp. 181-203.

se ha de centrar en el punto propuesto por Camps como el núcleo de la objeción del comunitarismo al liberalismo clásico de corte universalista: “sin comunidad moral no hay individuos morales”⁶.

Hecha la precisión anterior, conviene postular que la deficiencia endilgada a la universalidad es la ausencia de contenidos concretos, dado el modo en que se formula, esto es, en términos de principios generales y abstractos, pues ello permite que sus supuestos sean cobijados por cualquier doctrina, sin atención a su (in)moralidad, lo cual trae consigo una multiplicación de las posibilidades de manipulación, a la hora de establecer una justicia en contextos de conflicto, que sí están cargados de altos niveles de especificidad y concreción.

Es cierto, en todo caso, que el carácter abstracto de lo universal posibilita la democracia, pues ese espacio vacío se constituye en un “horizonte abierto que resulta de la expansión de una cadena de reivindicaciones equivalentes”⁷, postulado situado en el campo de la concepción radical de la democracia de Laclau y Mouffe⁸. Sin embargo, la “interacción democrática”, en el supuesto teórico anotado, sólo puede sostenerse en el tiempo si ninguna de las pretensiones particulares llega a alcanzar el rango de lo universal; es decir, la democracia pervive, no en el universalismo liberal sino en lo comunitario, porque únicamente en esta línea puede revelarse bajo contenidos concretos, y son las demandas específicas surgidas en las dinámicas de la pluralidad las que permiten moldear, en los escenarios de discusión pública, los caracteres de la democracia así formada, o en camino de forjarse⁹.

Recapitulando lo comentado hasta ahora, se encuentra que la perspectiva comunitarista ofrece una mirada de la que el liberalismo, o liberalismo estricto, se priva: estimar que la gestación y desarrollo de la democracia se efectúa desde posiciones concretas y particulares, que fluctúan aún en medio de las contradicciones, en procura de ir dirimiendo sus conflictos por sendas cada vez más pacíficas y menos violentas. A su turno, el liberalismo estricto, el de la autonomía kantiana, establece que hay imperativos de moralidad que deben fulgurar siempre en el espacio democrático, pero al ser principios universales, sólo pueden transitar por la vía de la abstracción, o a lo sumo, mediante la sustitución de criterios

⁶ CAMPS, Victoria (2001): “*Una vida de calidad*”, Barcelona: Crítica, p. 147.

⁷ GIACAGLIA, Mirta, MÉNDEZ, María, CABRERA, Patricia, SAAVEDRA, Annabella, BECHARA, Marcelo y MONTENEGRO, Eugenio (2006): “Política, Democracia y Utopía”. En: *Ciencia, Docencia y Tecnología*, No. 32, pp. 51-82, [Fecha de consulta: 15/01/2015], Disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-17162006000100002&script=sci_arttext, p. 77

⁸ LACLAU y MOUFFE (1987), pp. 290-318.

⁹ GIACAGLIA, MÉNDEZ, CABRERA, SAAVEDRA, BECHARA, y MONTENEGRO (2006): p. 77

sustantivos por medidas eminentemente procedimentales, de carácter normativo, esperando que de este combinado emerjan las soluciones democráticas a la conflictiva social, como corolario de la autonomía individual.

II. RECONSTRUCCIÓN COMUNITARIA DE LA MEMORIA DEL CONFLICTO ARMADO

Lefranc refiere que una de las dificultades que enfrentan las democracias viejas y nuevas, esto es, tanto europeas como latinoamericanas, es precisamente encontrar un pasado al cual rendirle honor¹⁰. Esto podría considerarse altamente patológico si se considera que los diferendos sobre la historia son lo suficientemente problemáticos como para amenazar la estabilidad democrática, opinión que suscribiría el liberalismo; o se calificaría como poco anómalo, si se asume la diferencia como una realidad propia del mismo conflicto, que no se extingue sino que se perpetúa en otros canales, como los políticos y las instituciones democráticas, por ejemplo los estrados judiciales, dirimiéndose así por cauces civilizados, en medio de una pluralidad que, lejos de estar destinada a terminarse, cumple la función de propulsar los sistemas políticos hacia las mutaciones ameritadas por los cambios sociales. Esta última apreciación se acompasa mejor con el comunitarismo.

De las experiencias traumáticas de la guerra, cabe decir que comportan una disputa por conquistar, con exclusividad, el espacio público, aspirando a ocupar el sitio de la verdad oficial, pretensión que se muestra evidentemente homogénea y a la cual solo pueden aferrarse quienes poseen el poder suficiente para imponer su memoria¹¹, especialmente con apoyo en la estatalidad, llegando incluso a apropiarse de la expresión de la voluntad soberana: la ley.

Mientras perdure el complejo abstracto mono-lineal del universalismo, la misma labor de recordar será difícil, pues a la presencia del Führer sí es verdad que “escribir un poema después de Auschwitz es un

¹⁰ LEFRANC, Sandrine (2003): “Aquello que no se conmemora. ¿Democracias sin un pasado compartido?”. En: *Revista de ciencia política*. Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 23, No. 2, pp. 231-240, [Fecha de consulta: 15/01/2015], Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-090X2003000200011&script=sci_arttext, pp.231-235.

¹¹ Memoria y verdad se utilizan como sinónimos en este escrito, dado que su distinción, de existir, no es relevante para los propósitos del mismo.

acto de barbarie”¹², dado que la memoria así monopolizada, y sin duda fácilmente manipulable, conduce al aumento del horror, nunca a la reconciliación.

Así las cosas, para afrontar con decisión al pasado de la guerra, se requiere que la reconstrucción del relato de la violencia se enmarque en los cánones de una democracia inclusiva, donde la integración y la confrontación de la memoria sea concebida no solo como un derecho de los individuos y comunidades de apropiarse narrativamente de la delación de sus sufrimientos, sino también como el ejercicio de un acto de responsabilidad política emanado del deber de fomentar la reconciliación. A esto se refiere la profesora De Gamboa cuando dice que en “sociedades cuyo pasado está signado por la violencia política y la opresión, los ciudadanos tienen la obligación particular de recordar su historia de injusticia y sufrimiento”¹³.

En ese orden, se resalta que la construcción de la verdad, y por ese camino el de la reconciliación, encomendada a la intervención cuasi solitaria del Estado, es una opción que difícilmente puede llegar a buen término, no obstante que se desplieguen los canales institucionales y normativos legítimos. Mientras los relatos de la memoria no se hallen impregnados de los dolores y sufrimientos reales de sus protagonistas, será bastante complejo que surja de ellos una efectiva reconciliación, menos aún la expresión de esta última como un acto-deber político que la sociedad en general, las comunidades que la integran, y sus ciudadanos, tienen consigo mismos.

Esto fue lo que aconteció con el Informe Final de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Perú¹⁴, según el estudio que desde la óptica de la interculturalidad efectuó Arista:

Lamentablemente la CVR no pudo establecer el Informe Final como la identificación de un punto de cohesión entre peruanos, no sólo por la indiferencia de la población si no por una ausencia de voluntad política de poner en la lista de prioridades la discusión y análisis –una patología– de nuestra sociedad. (...)Hubo una verdad no aceptada por todos, y a su vez la justicia está tardando en llegar (...) No sólo

¹² Famosa expresión de Theodor Adorno.

¹³ DE GAMBOA, Camila. (2004): “Perdón y reconciliación política: dos medidas restaurativas para enfrentar el pasado”, En: *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 6, No. 1, pp. 81-110, [Fecha de consulta: 16/01/2015], Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792004000100003&script=sci_arttext.p. 95.

¹⁴ Se puede descargar en <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/>. La comisión fue presidida por Salomón Lerner Febres, e instituida por el presidente Valentín Paniagua, con el fin de investigar el conflicto armado interno del Perú, transcurrido entre 1980 y 2000. Se publicó en agosto de 2003.

hago referencia a la falta de justicia planteada desde el punto de vista jurídico, es decir la judicialización de los casos, si no también me refiero a esa justicia social de reconocimiento práctico del Estado tanto de las diferencias culturales como de las necesidades materiales insatisfechas¹⁵.

En el texto de la profesora Arista, se refleja la insatisfacción que produce la aplicación de un modelo homogéneo de rastreo de la memoria, que finalmente no reconcilia porque está ausente la voluntad de las comunidades por mostrarse solidarias unas a otras, pues saben que de antemano sus relatos están sometidos a los condicionamientos de la esfera del poder gubernamental, que impidieron la sanación de las relaciones quebrantadas; de allí que también la justicia resultase corriendo la misma suerte de la reconciliación. Es aquí donde debe insistirse en que el núcleo relacional concreto no puede ser desatendido, reproche igualmente aplicable a la universalidad abstracta, si es que se quieren alcanzar los objetivos de la verdad, justicia y reconciliación:

...universalizar la justicia es crear un sujeto como centro de práctica de solidaridad, para esto se exige determinado tipo de solidaridad que se crean a través de condiciones antropológicas. Esas condiciones antropológicas se fundan en invertir en valores de solidaridad entre sujetos, a partir de relaciones que cultivamos nosotros mismos¹⁶.

Esta incidencia fatal de la reconciliación fallida en el destino de la justicia, generada por las modalidades no comunitarias de construir la verdad sobre el pasado violento, y sus deficiencias en punto de la consolidación fuerte de lo relacional, es la que permite ahora pasar al segmento final de este escrito, con apoyo en las reflexiones elaboradas al respecto por Nordquist y Reyes.

¹⁵ ARISTA, Adriana (2006): "Ciudadanía multicultural e interculturalidad", En: *Investigaciones Sociales*, año 10, núm. 17, pp. 457-472 [Fecha de consulta: 15/01/2015], Disponible en: <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/sociales/article/view/7076>

¹⁶ ARISTA (2006): p. 470.

III. JUSTICIA, RECONCILIACIÓN Y VERDAD COMUNITARIA

Comenzando por Nordquist, vale decir que según su concepto, la mirada comunitaria sobre la reconciliación y la verdad tiene el noble atributo de fundar el problema en la dignidad humana en conexidad con la identidad, dado que el dolor padecido por las personas, en el marco de los conflictos, termina siendo sentido a su vez por la comunidad¹⁷; es un poco lo que acontece con la gestación de una identidad colectiva que tiene su razón de ser, o bien en rasgos identitarios definidos antes de la violencia, o que son adjudicados por los victimarios, o auto-asignados por un conglomerado de víctimas que se asocian como grupo durante o después del conflicto.

Por tal motivo, dice el autor en cita, que “para la sociedad que trata de reconciliarse de las huellas del conflicto interno, una “verdad comunitaria” tiene más probabilidad de ayudar tal propósito a la larga, ya que el componente relacional en la posición comunitaria es claro y relevante”¹⁸.

El componente relacional al que se alude en el texto citado, aquél con el que se cerró la segunda parte de la reflexión, se finca en la perspectiva comunitaria en razón a que su potencial en la búsqueda de la verdad resulta más trascendental para los efectos de la reconciliación, que el prototipo en el cual la ley define cuál es la información relevante, y con fundamento en esa preselección, pretende fundar los procesos de acercamiento entre los sujetos involucrados en el conflicto.

La mencionada trascendencia del factor relacional, que también puede predicarse como propio de la óptica comunitaria por su índole concreta, en contraste con la mirada abstracto-universal del liberalismo, se evidencia en la concepción que propone Nordquist de la reconciliación, entendiéndola como “*un encuentro/proceso público, en el que los involucrados reconocen la relevancia de la historia del otro para la comprensión de su propia historia, en el espíritu de no-repetición de historias similares*”¹⁹.

Al inicio de la disertación sobre la democracia, obrante en los apartados iniciales de este escrito, se mencionó que la pluralidad arraigada en las concepciones modernas de la democracia se constituían en un respaldo de las perspectivas comunitarias, en la medida que éstas permiten acercar los discursos

¹⁷ NORDQUIST, Kjell-Åke (2008): “¿La verdad de quién? ¿Cuál reconciliación?” Sobre “la reconciliación” como un concepto político”. En: *Estudios de Filosofía, Memorias Tercer Congreso Iberoamericano de Filosofía*, Medellín: Universidad de Antioquia, pp. 491-497.

¹⁸ NORDQUIST (2008): p. 493.

¹⁹ NORDQUIST (2008): p. 496.

contradictorios sin suprimir la diferencia, y sin pretender consolidar una narrativa homogénea, de *conversión*; tampoco buscaban un holismo sincrético. De todo esto, en últimas, solo sobrevendría una insatisfacción general, como sucedió con el Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación en Perú, según se anotó en líneas anteriores.

Hasta ahora, los nexos entre la verdad comunitaria y la reconciliación parecen más claros que el vínculo que une a éstos con la justicia. A fin de reforzar la solidez de esta última relación, se trae las proposiciones que al respecto esboza el profesor Reyes, para quien “la memoria no es la justicia sino el inicio de un proceso justo cuyo final es la reconciliación”²⁰.

Enseña el tratadista español, que la búsqueda de la verdad comporta un proceso conflictivo, pues al volver sobre hechos de ingrata recordación puede conducirse a un acto totalmente opuesto a la reconciliación: la venganza. Desde esa constatación, cabe sostener que el escarbar en los recodos de las narrativas comunitarias exige un grado de responsabilidad, de naturaleza política diría De Gamboa, que demanda a los actores que concurren en y hacia sus discursivas en tono plural, ser consecuentes con sus intenciones de recomposición relacional.

Frente a este reto, Reyes sostiene: “pensar consecuentemente la memoria es plantearse la justicia *ad integrum* aquí y ahora, ya sabemos que la justicia integral aquí y ahora es imposible porque excede las posibilidades de la existencia humana. La reconciliación sería la forma que toma la justicia absoluta en la modesta posibilidad del presente.”²¹ Luego, la justicia, aunque o precisamente por ser modesta y limitada, es la que precave la venganza.

Esta es una salida que si bien de plano no puede calificarse como comunitaria, sí cabe asumirla como contraria a las tesis de universalidad del liberalismo de la autonomía kantiana, pues, de hecho, en la página 158 del *Tratado de la Injusticia* de Reyes, hay una fuerte crítica en contra de la dimensión atemporal de la justicia en Rawls y Habermas, ambos en cierto modo, y en distinta medida, cercanos a Kant. Lo que sí aparece con claridad, es que la dimensión concreta enervada por el autor antes comentado está más cerca de la órbita relacional del comunitarismo, que de las abstracciones pregonadas por la corriente ideológica liberal. Ciertamente, es interesante que en un aparte de ese mismo libro, se haga

²⁰ REYES, Manuel (2011): *Tratado de la Injusticia*, Barcelona: Anthropos, p. 297.

²¹ REYES (2011): p. 297.

alusión a las contradicciones entre la dolorosa historicidad de lo injusto, y la apabullante atemporalidad de la posición original (Rawls) y los auto-legisladores razonables hipotéticos de Habermas²², que subyacen en las teorías de la justicia contractualistas contemporáneas.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para terminar, considero conveniente referir que en estas materias, esperar a que la lechuza de Minerva alce el vuelo es una opción que está totalmente fuera de lugar. Las comunidades no pueden seguir esperando a que los procesos normativos ordenen la construcción de un relato único, homogéneo, que sirva de plantilla para la posterior aplicación de la juridicidad, y si cabe, la reconciliación. La justicia precisa de la reconstrucción de las relaciones estropeadas por la violencia, pero ello sólo puede acontecer en el encuentro de actores-narradores que, siendo fieles a sus relatos, comprendan que la historia puede transformarse si se opta por el acto-deber de responsabilidad política con su propio pasado, que es la reconciliación, previniendo la irrupción de la venganza mediante el propósito de la justicia; de ese modo, acaso la jurisdicción estatal, accionada y apropiada por los ciudadanos en los términos de sus relaciones trabajosamente recompuestas, posiblemente pueda germinar con un grado menor de dificultad.

²² REYES (2011): p. 297.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___ARISTA, Adriana (2006):“Ciudadanía multicultural e interculturalidad”, En: *Investigaciones Sociales*, año 10, núm. 17, pp. 457-472, [Fecha de consulta: 15/01/2015], Disponible en: <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/sociales/article/view/7076>

___CAMPS, Victoria (2001):“*Una vida de calidad*”, Barcelona: Crítica.

___CARRERA, Vicente (2005):“La dimensión narrativa del mundo de vida como ampliación de la autonomía que defiende la ética discursiva”, en: *La Lámpara de Diógenes*, vol. 6, No. 11, pp. 63-70, [Fecha de consulta: 16/01/2015], Disponible en:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=84401104>

___DE GAMBOA, Camila. (2004): “Perdón y reconciliación política: dos medidas restaurativas para enfrentar el pasado”, En: *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 6, No. 1, pp. 81-110, [Fecha de consulta: 16/01/2015], Disponible en:

http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792004000100003&script=sci_arttext

___GIACAGLIA, Mirta, Méndez, María, Cabrera, Patricia, Saavedra, Annabella, Bechara, Marcelo y Montenegro, Eugenio (2006):“Política, Democracia y Utopía”. En: *Ciencia, Docencia y Tecnología*, No. 32, pp. 51-82, [Fecha de consulta: 15/01/2015], Disponible en:

http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-17162006000100002&script=sci_arttext

___HABERMAS, Jürgen (1998): “*Facticidad y validez*”, Madrid: Trotta.

___LACLAU, Ernesto y MOUFFE, Chantal (1987):“*Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*”, Madrid: Siglo XXI editores.

___LEFRANC, Sandrine (2003):“Aquello que no se conmemora. ¿Democracias sin un pasado compartido?”. En: *Revista de ciencia política*. Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 23, No. 2, pp. 231-240, [Fecha de consulta: 15/01/2015], Disponible en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-090X2003000200011&script=sci_arttext

___NORDQUIST, Kjell-Åke (2008): "¿La verdad de quién? ¿Cuál reconciliación?" Sobre "la reconciliación" como un concepto político", En: *Estudios de Filosofía, Memorias Tercer Congreso Iberoamericano de Filosofía*, Medellín: Universidad de Antioquia.

___REYES, Manuel (2011): *Tratado de la Injusticia*, Barcelona: Ánthropos.

___TAYLOR, Charles (1997): "Cross-purposes: The liberal-communitarian debate", en *Philosophical Arguments*. Cambridge: Harvard University Press.

___TOURAINÉ, Alain (2006): *¿Qué es la democracia?*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica

NOTA SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL

*Ricardo Salas Venegas**

RESUMEN: *Las reglas de interpretación de la ley deben interpretarse a la luz de la Constitución. Esto exige el uso correcto de la equidad interpretativa.*

ABSTRACT: *Rules about interpretation of statutes must be interpreted according to the Constitution. This demands the correct use of equity in the interpretation.*

PALABRAS CLAVE: Reglas de interpretación – Constitución – equidad interpretativa.

KEY WORDS: Rules of interpretation – Constitution – interpretative equity.

El sistema de fuentes del derecho de una comunidad jurídica está siempre en movimiento, y cada vez que varía alguno de los factores que lo determinan el sistema entero debe reacomodarse para dar espacio al reconocimiento de nuevas fuentes o para reinterpretar las relaciones entre las ya reconocidas. En Chile, las reformas introducidas a la Constitución en el año 2005 constituyen en este ámbito un factor clave porque han puesto de tal manera en relieve la sentencia constitucional que bien cabe replantear a su luz algunos aspectos importantes del entero sistema chileno de fuentes del derecho. Tras esa reforma constitucional, y después de más de nueve años de prácticas jurídicas y políticas desarrolladas a su amparo (las cuales, en algunos aspectos, no hicieron sino confirmar o realzar una tendencia previa), puede afirmarse con seguridad que el ordenamiento jurídico chileno se encuentra en camino hacia un alto grado de constitucionalización.

Como señala Guastini¹, la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos es una propiedad gradual y no bipolar, lo que quiere decir que, entre las condiciones de constitucionalización de un ordenamiento, algunas pueden estar de hecho presentes y otras no, y las que lo estén pueden también estarlo con diferente intensidad. Sin embargo, entre ellas, la que demanda la presencia de una constitución

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Valparaíso y doctorando en Derecho por la Universidad de Chile. Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.
Correo electrónico: rsalasvenegas@gmail.com

¹ GUASTINI, Riccardo (2003): La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano, En: CARBONELL, Miguel: *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.

rígida y la que exige una garantía jurisdiccional de la constitución son condiciones tales que sin ellas jamás podrá existir un ordenamiento constitucionalizado. Junto a estas condiciones necesarias de constitucionalización, Guastini enumera otras cinco, cada una de las cuales “es una condición suficiente de un grado distinto de constitucionalización”². Esto ocurre con la fuerza vinculante de la constitución, la “sobreinterpretación” de la constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme de las leyes y la influencia de la constitución en las relaciones políticas.

Es claro que en el ordenamiento jurídico chileno se satisfacen las condiciones necesarias. En el Capítulo XV de la constitución se regula efectivamente un procedimiento de reforma constitucional agravado respecto del de reforma legal y en el Capítulo VIII se establece un Tribunal Constitucional con competencias para garantizar jurisdiccionalmente la supremacía de la constitución. Respecto de las demás condiciones (las condiciones suficientes) puede afirmarse que, aunque en grados diversos, casi todas ellas se cumplen. El carácter vinculante de la constitución se evidencia en el hecho de que ya forma parte de nuestra cultura jurídica la convicción de que las normas constitucionales son genuinas normas jurídicas; lo mismo sucede con la tendencia de los intérpretes a la “sobreinterpretación” de la constitución, esto es, a realizar interpretaciones extensivas de los enunciados constitucionales; la directa aplicabilidad de las normas constitucionales es un rasgo que identificó desde un comienzo la Constitución de 1980; y es indementible la influencia de la constitución en las relaciones políticas, toda vez que al Tribunal Constitucional se le confieren competencias para conocer de conflictos entre poderes, éste se ha inclinado a veces a controlar la discrecionalidad política de los legisladores y con frecuencia en las argumentaciones políticas se acude a disposiciones constitucionales, en un fenómeno claro de juridización de la política. Sin embargo, a este alto grado de constitucionalización del ordenamiento jurídico chileno no ha contribuido en gran medida la condición que atiende a que las leyes sean interpretadas conforme a la constitución.

El contexto en el que cabe tener por satisfecha o frustrada esta condición de constitucionalización es el de los métodos de interpretación de la ley. Siempre según Guastini³, hay interpretación adecuada o conforme de las leyes cuando el intérprete, especialmente el juez, entre dos interpretaciones posibles de una misma ley, una de las cuales contradice en abstracto una disposición constitucional y la otra, practicada en concreto, no contraviene el texto constitucional, prefiere siempre esta última sobre la primera. La

² GUASTINI (2003): p. 50.

³ GUASTINI (2003): p. 56.

interpretación conforme de las leyes consiste así en un método que hasta cierto punto fuerza la interpretación en concreto de toda ley para sortear las eventuales contradicciones puramente abstractas que pudiera tener con la constitución.

A esta noción de interpretación adecuadora o conforme de las leyes descrita por Guastini, puede denominársela “condición mínima de adecuación”. Pero, además de esta versión de Guastini, es posible adoptar otra que cabría llamar “condición máxima de adecuación”, que impone una carga mayor de constitucionalidad al proceso interpretativo. De acuerdo a ella, la adecuación de la ley a la constitución no presupondría siempre la alternativa entre una interpretación de la que resulte una norma legal inconstitucional y otra de la que resulte una norma legal constitucional sino que abarcaría igualmente los casos en que, de un mismo precepto legal, practicándose indistintamente interpretaciones o bien en forma abstracta o bien en forma concreta o bien de ambas formas, pudieran extraerse sólo normas legales constitucionales. El papel de la adecuación sería aquí el de regular la discrecionalidad judicial inclinando al juez a elegir de entre todas esas normas posibles, ninguna de las cuales es abiertamente inconstitucional, aquella que mejor se ajuste a la constitución.

Por cierto, el planteamiento de esta condición máxima de adecuación abre la cuestión tanto lógica como epistemológica acerca de si la constitucionalidad de una norma individual tiene o no tiene carácter binario, esto es, si ellas sólo pueden ser constitucionales o inconstitucionales o si, además, pueden ellas tener grados diversos de constitucionalidad, siendo unas, eventualmente, más constitucionales que otras. Para sugerir una condición máxima de adecuación es preciso, obviamente, que el problema se resuelva del lado de la gradualidad. Con todo, cualquiera sea el modelo con el cual se midan los diversos grados de constitucionalidad de una norma individual, debe precisarse que este problema es diferente al problema de la distinción entre los principios y las reglas. Si se sigue la usual formulación de Alexy⁴, los principios son mandatos de optimización que disponen mejorar un cierto estado de cosas y que, por consiguiente, aunque son binarios en sentido de que o bien se cumplen mejorando el estado de cosas o bien se incumplen no mejorándolo, la mejora a que se refieren cuando se cumplen admite una gama de posibilidades que puede ir desde un mejoramiento mínimo hasta, en teoría, una plena satisfacción. Como se sabe, las reglas, en cambio, son binarias tanto en el sentido de que sólo cabe cumplirlas o incumplirlas como en el de que su cumplimiento no es graduable, o sea, que no cabe concebir a su respecto que sean más o menos cumplidas;

⁴ Cfr. ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

son juegos de suma cero en que el cumplimiento o es absoluto o no lo es en absoluto. Pues bien: lo binario de una regla concierne a su satisfacción, o sea a la imposibilidad de un cumplimiento gradual, y no a su constitucionalidad, de manera que puede afirmarse que reglas de satisfacción binaria sean, según los casos, de constitucionalidad gradual. Sólo de este modo cabe entender que el mejoramiento en el estado de cosas con que se cumple un principio se refiera no sólo al estado material de cosas, o sea, a las propiedades fácticas de un cierto estado de cosas, sino también al estado jurídico de cosas, es decir, a la manera en que la presencia o ausencia en el ordenamiento de unos principios y de unas reglas determinados influyan en la satisfacción del principio de que se trate. Es posible que las diversas normas obtenidas por interpretación de un enunciado legal dispongan sobre cursos de acción que mejoren en grados diversos el estado de cosas que los principios constitucionales en juego mandan optimizar. En consecuencia, la condición máxima de adecuación estará presente en un ordenamiento jurídico constitucionalizado siempre que los intérpretes, y en especial los jueces, opten habitualmente, entre las diversas interpretaciones posibles de un enunciado legal que se ajusten a la constitución, por la que más mejora el estado de cosas a que se refieren los principios constitucionales.

Ahora bien, cuando se propone la idea de que esta exigencia de interpretación adecuadora de la ley no ha contribuido mayormente a la constitucionalización del ordenamiento chileno se alude a la condición máxima arriba descrita, de la cual la condición mínima de adecuación en el sentido en que la formula Guastini es sólo una parte. En suma, se quiere afirmar que cuando los jueces interpretan la ley, sea en abstracto, sea en concreto, no admiten usualmente como una regla hermenéutica la de que el sentido y el alcance de la ley deben conformarse a la constitución, y la razón de ello radica en el conjunto de costumbres interpretativas que orientan una comprensión de los cánones de interpretación de la ley más propia del pasado estado legislativo de derecho que del actual estado constitucional. El problema, entonces, tiene que ver con la correcta interpretación, a la luz de la constitución, de las reglas de interpretación de la ley previstas en el párrafo cuarto del título preliminar del Código Civil chileno que todos los jueces aplican cada vez que ejercen la función que le es propia en tanto órgano del estado que debe someter su acción a la constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Hay quienes han leído este artículo 6 de la constitución, que se acaba de aludir, de un modo que autoriza la práctica del control difuso de constitucionalidad⁵. Si los tribunales son órganos del Estado, también el ejercicio de la jurisdicción que llevan a cabo debe someterse a la constitución y a las normas dictadas conforme a ella, por lo cual, piensan ellos, los tribunales de justicia se hallarían en la obligación de abstenerse de resolver un asunto aplicando una norma, por ejemplo una norma legal, cuya inconstitucionalidad en concreto les sea patente. Sin embargo, cuando las cosas se plantean así, el peso de las razones que sustentan la idea de un control concentrado, al menos desde la reforma constitucional del año 2005, para la mayoría de los constitucionalistas, supera los argumentos que favorecen un modelo de control mixto con jurisdicción constitucional tanto especializada como ordinaria. La tesis del control difuso es perfectamente sostenible, pero a condición de que la entera concepción tradicional del régimen de control de constitucional sea revisada, lo que se ha intentado en otro lugar y no corresponde repasar ahora. Lo que sí hay que señalar es que, incluso bajo tal concepción tradicional, es innegable que el artículo 6 de la constitución impone a los jueces, incluidos los jueces ordinarios, el deber de someter su acción a la constitución y a las normas dictadas conforme a ella y que, *contrario sensu*, se hallan impedidos de resolver conforme a normas dictadas con infracción de la constitución. Bien pudiera restringirse esta disposición a los aspectos puramente formales que la constitución regula acerca del proceso de producción de normas infraconstitucionales, pero carece de sentido estrechar de esa manera el sentido de este artículo porque, aunque la referencia a la dictación de las normas infraconstitucionales se refiriese solamente a los aspectos formales, permanecería intacta la obligación previa, directa y expresa de resolver conforme a la constitución.

Una interpretación correcta de este enunciado puede ser la que, volviendo a la distinción arriba propuesta entre la condición mínima de adecuación y la condición máxima de adecuación, sostenga que los jueces deben preferir siempre la interpretación que se ajuste a la constitución (condición mínima) o, si todas se ajustan, la que mejor lo haga (condición máxima). Si la adecuación mínima no es posible el juez, conforme a la concepción tradicional del control de constitucionalidad de las leyes, deberá requerir al Tribunal Constitucional para que éste declare la correspondiente inaplicabilidad. En los demás casos, cuando es posible la condición máxima de adecuación, el juez está obligado a resolver el asunto a su cargo mediante el desarrollo de una interpretación conforme de las leyes. Después de lo dicho, cabe concluir que

⁵ Aunque pensados antes de la reforma de 2005, no cabe rechazar de plano, tras la reforma, los argumentos expresados en RÍOS, Lautaro (2012): El control difuso de constitucionalidad de la ley en la república de Chile, En: *Revista de Derecho*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, XXIII-2012, Vol. II, pp. 37 y SS.

las disposiciones del Código Civil sobre interpretación de las leyes deben ser entendidas como el desarrollo legislativo de esta obligación constitucional impuesta a los jueces, como órganos del estado que son, de ejercer su acción conforme a la constitución. No es una novedad la concepción según la cual los métodos de interpretación de la ley constituyen una deontología judicial⁶, por lo cual es pertinente sostener que la obligación general establecida en el artículo 6 de someter su acción a la juridicidad constitucional se especifica y desarrolla legislativamente no sólo en las reglas procesales, tanto orgánicas como funcionales, a las que se sujetan los jueces, sino que esta especificación y este desarrollo legislativo del artículo 6 se consuma también en el elenco de enunciados legales que reglan el modo cómo debe el juez proceder a la práctica de la interpretación legal.

Como estos preceptos que consagran los elementos de interpretación de la ley son ellos mismos leyes que deben ser interpretadas, es más razonable pensar que los criterios de interpretación de las reglas sobre interpretación de la ley deben encontrarse fuera de esas mismas reglas que dentro de ellas. La autorreferencia es lógicamente insostenible, pues consistiría en deducir la autenticidad de un texto a partir del tenor del mismo texto⁷. Los criterios externos que permiten interpretar las reglas de interpretación de la ley deben buscarse en la constitución porque los elementos de interpretación son, como se ha dicho, el desarrollo legislativo de la obligación judicial de someterse a la constitución. Si el ordenamiento jurídico está constitucionalizado, la norma finalmente aplicable al caso deberá ser determinada mediante los elementos de interpretación legal que están previstos en disposiciones del Código Civil que deben, ellas mismas, a su vez, ser interpretadas a la luz de la constitución. En otros términos, el método de la interpretación de las leyes conforme a la constitución implica que los elementos de interpretación sean medios para conseguir, al nivel de la ley, la mejor versión posible de la constitución.

Un objetivo como éste se halla obstaculizado por la difundida idea de que el sistema de interpretación de las leyes establecido por el Código Civil privilegia el elemento gramatical por sobre todos los demás. Es verdad que el artículo 19 del Código Civil señala que cuando “el sentido de una ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”⁸, pero no cabe desprender de eso que

⁶ Cfr. CHIASSONI, Pier Luigi (1999): *La giurisprudenza civile, Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milán, Giuffrè Editore.

⁷ La disputa sobre las autorreferencias lógicas y su impacto en las autorreferencias interpretativas debe ser estudiada en otro lugar. Por ahora, cabe remitirse, en cuanto a las autorreferencias lógicas y sus paradojas, a la teoría de los tipos lógicos propuesta por Russel. Cfr. WITHEHEAD, Alfred y RUSSEL, Bertrand (1973): *Principia Mathematica*. Cambridge University Press.

⁸ Artículo 19° del Código Civil chileno.

la interpretación jurídica se reduce a la determinación del significado gramatical de las palabras usadas en las leyes, sino sólo que cuando el tenor literal de un precepto coincida con el claro sentido del mismo, entonces aquél tenor literal no debe abandonarse. Pero la claridad a la que se refiere el código no es la claridad del tenor literal, sino la claridad del sentido de una ley, de manera que bien puede ocurrir que el tenor literal de un precepto sea claro, pero no lo sea el sentido que éste posee frente a un caso dado. Por eso, se ha dicho, con cierta razón, que la regla primordial que debe seguirse en el proceso de interpretación de la ley, más que la del artículo 19, es la del artículo 23 del Código Civil, que remite al sentido genuino de las leyes, cuya determinación se hará con arreglo a todos los elementos de interpretación legalmente establecidos.

El cuarto párrafo del título preliminar del Código Civil chileno contiene reglas sobre interpretación de la ley que pueden ser examinadas, al menos, según seis niveles de lenguaje que ascienden, en una larga cadena, en eslabones de lenguajes-objeto a meta-lenguajes, desde un lenguaje de primer orden constituido por los enunciados normativos básicos contenidos en las leyes hasta un meta-lenguaje de sexto orden integrado por enunciados de dogmática jurídica. Al lenguaje de primer orden pertenecen los incontables enunciados legales que se refieren directamente, con el fin de regularlas, a ciertas relaciones sociales. Este lenguaje de primer orden es objeto del metalenguaje o lenguaje de segundo orden usado en las reglas de interpretación de la ley consagradas entre los artículos 19 y 22, ambos inclusive, del Código Civil, pues estas reglas de interpretación de la ley son el contenido de enunciados legales que no se refieren a las relaciones sociales sino que se refieren, indicando cómo deben ser interpretados, a esos incontables enunciados legales de primer orden que, ellos sí, tienen por objetos las relaciones sociales. El metalenguaje de tercer orden se descubre fácilmente en el artículo 23 del Código Civil si se advierte que esta disposición alude a todas las reglas de interpretación precedente. En lo pertinente, dice: “La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”⁹. Queda palmariamente claro que este artículo, entonces, se eleva por sobre las reglas de interpretación precedentes, o sea, las que van del 19 al 22, y, haciéndolas objeto suyo, se yergue respecto de ellas como un metalenguaje de tercer orden, pues establece lingüísticamente una regla (artículo 23) que habla de las reglas (artículos 19 al 22) que hablan de los enunciados legales sujetos a interpretación. Algo parecido ocurre con el artículo 24 que usa, ahora, un metalenguaje de cuarto orden: “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más

⁹ Artículo 23° del Código Civil chileno.

conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”¹⁰. La regla del artículo 24 pertenece a un lenguaje de cuarto orden porque tiene por objeto a un lenguaje de tercer orden, que es el ya descrito del artículo 23, a través del cual se proyecta a los de segundo y primer orden, o sea, como lo dice, “las reglas de interpretación precedentes”. Dentro del sólo Código Civil, ya no puede subirse más arriba del artículo 24, pero un lenguaje de orden superior, vale decir de quinto orden, se pone al descubierto cuando se formula la pregunta clásica: dado que todos estos artículos del párrafo cuarto, que establecen reglas de interpretación de la ley, son leyes ellos mismos, ¿cómo interpretarlos si no hay reglas positivas de interpretación que los tengan por objeto? Ya se sentó que la autorreferencia es ilógica, de manera que las pautas de interpretación deben hallarse en otra parte. Guzmán Brito, por ejemplo, ha defendido que dichas pautas se identifican con las soluciones ofrecidas por el derecho romano¹¹, pero parece mejor solución seguir subiendo dentro del propio sistema jurídico hasta la suprema constitución donde se halla un metalenguaje de quinto orden que hace de la ley su propio objeto y luego hasta el lenguaje de sexto orden, propio de la dogmática jurídica, en este caso de la dogmática constitucional, en donde residen los cánones no positivados de hermenéutica constitucional. Por sobre ellos, hay dos órdenes más: el de la teoría del derecho y el de la metafísica, que por ahora no serán considerados.

De la descripción de esta larga cadena lingüística puede obtenerse una conclusión relevante: la norma de clausura del párrafo cuarto del título preliminar del Código Civil corresponde al artículo 24, que se despliega en un metalenguaje de quinto orden que hace suyos todos los demás preceptos legales y, a través del artículo 24, se alza sobre la constitución. Esto también puede ser dicho al revés: la constitución penetra la ley, baja hasta ella constitucionalizándola, por medio del artículo 24 del Código Civil, lo que significa, dejando por ahora de lado el llamado “espíritu general de la legislación”, que es la equidad natural el punto de contacto entre la constitución y la ley. El vaporoso misterio envuelto por la expresión “equidad natural”, en el actual estado constitucional de derecho, se despeja identificando esta equidad natural con la equidad constitucional. Todo redundante, por ende, en el actual fenómeno de la constitucionalización de la equidad que debería haber sido notado hace mucho tiempo por los constitucionalistas sensibles a los cambios de su propia disciplina. Por supuesto, esta constitucionalización afecta a todas las funciones que cumple la equidad, como equidad interpretativa, como equidad integrativa y como equidad correctiva,

¹⁰ Artículo 24° del Código Civil chileno.

¹¹ Cfr. GUZMÁN, Alejandro (1992): La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile, En: *Interpretación, integración y razonamiento jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

pero concierne principalmente a esta última porque ella abarca, a fin de cuentas, a todas las demás. La equidad correctiva, en términos simples, supone que la correcta aplicación judicial de la ley exige del juez que se aparte del tenor literal de la misma en aquellos casos en que aparecen razones fuertes para resolver un caso particular en sentido diferente al que hubiera correspondido conforme al significado rigurosamente lingüístico.

Sirviéndose, aunque únicamente de un modo analógico, de la técnica que Carl Schmit utiliza para lo político, puede dibujarse, desde la excepción, una teoría acerca de las relaciones entre la constitución, la ley y la sentencia, sobre la base de que “derecho” es, finalmente, el que se decide en los casos de excepción, y como los casos de excepción son aquellos en los que la decisión se justifica en razones de equidad (o de justicia material, aunque esta expresión es más ambigua y peligrosa, o en contextos de derrotabilidad de las normas, expresión más contemporánea pero indeseable por otras causas), entonces puede reconstruirse el sistema a partir de las razones de justicia normalmente escondidas bajo el tenor literal de las leyes y que son de pronto develadas en las decisiones que, respetando en el fondo la ley, se apartan, sin embargo, de su letra. Estas razones son las que conforman la equidad natural y no se identifican con las que el juez pueda inventar a su capricho, sino con aquellas que el juez pueda derivar fundadamente del sistema constitucional tomado como un conjunto sostenido sobre los derechos fundamentales. Si todo el sistema jurídico es instrumento de protección de los derechos fundamentales, entonces las reglas de interpretación que determinan para el juez el modo de aplicar la ley a los casos concretos son las vías por las cuales el juez, a través de las palabras de la ley, descubre las razones que, más allá de estas palabras, hacen razonable una solución concreta. La ley es, antes que su letra, su espíritu, o sea sus razones subyacentes, y el juez que utiliza tales razones de la ley, aunque no siga su letra, aplica mejor la misma ley que aquel otro que, por inercia o pereza formalista, se ciñe a una letra que nada resuelve con sensatez. La justificación de la sentencia se corresponde así con la justificación de la ley porque los que para la sentencia constituyen cánones de interpretación de la ley, corresponden a su vez, para el legislador, criterios de racionalidad de las decisiones legislativas, en una relación que unifica bajo unos mismos principios la legislación y la jurisdicción.

Queda, entonces, introducido el punto a partir del cual cabe explicar cómo de la justificación de la sentencia puede explorarse la justificación de la ley, y de qué manera esto reconfigura el entero sistema de fuentes del derecho en Chile, incluidas en él las articulaciones entre la sentencia, la ley y la constitución al interior del régimen de control jurisdiccional de constitucionalidad. En la equidad se une lo abstracto y lo concreto, la constitución y la ley, las cuestiones de mera legalidad y de las de derecha constitucionalidad,

la relación entre la casación y el control de constitucionalidad, las cuestiones de validez y las cuestiones de interpretación, la relación entre la ley y la sentencia, el exacto sentido de la tutela judicial, las cuestiones sobre la determinación del derecho aplicable al caso y las de la interpretación de los enunciados normativos pertinentes, la conexión entre la justicia material y la justicia institucionalizada, todas las cuales, bien asentado cuanto se ha explicado precedentemente, puede ser adecuadamente articulado.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___ALEXY, Robert (2007): *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

___GUASTINI, Riccardo (2003): *La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. En: CARBONELL, MIGUEL: *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid.

___CHIASSONI, Pier Luigi (1999): *La giurisprudenza civile, Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milán, Giuffré Editore.

___GUZMÁN, Alejandro (1992): *La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile*. En: *Interpretación, integración y razonamiento jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

___RÍOS, LAUTARO (2012): El control difuso de constitucionalidad de la ley en la república de Chile, En: *Revista de Derecho*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, XXIII-2012, Vol. II, pp. 37 y SS.

___WITHEHEAD, Alfred y RUSSEL, Bertrand (1973): *Principia Mathematica*, Cambridge University Press.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Los escritos deben ser originales. Se enviarán por correo electrónico a francisco.zepeda@rfycj.cl, como archivo de texto adjunto en formato: doc u docx, de extensión no inferior a 5 carillas ni superior a 20, en tamaño carta, con letra “Times New Roman” tamaño 12 y las notas y referencias a pie de página en tamaño 10, interlineado sencillo y márgenes “moderado”.

Debe incluir un resumen-abstract de no más de 12 líneas y 7 palabras clave-keywords ambos en español e inglés.

2. Sólo se publicarán textos inéditos. Excepcionalmente y con el acuerdo del *Consejo Editorial* se podrán publicar trabajos no inéditos por el interés que ellos puedan revestir. En este caso se incluirán los datos de la anterior publicación en el documento.

3. Para las notas y referencias a pie de página se seguirán las siguientes normas o estándares.

- NCh1143.Of1999 Documentación – Referencias bibliográficas – Contenido, forma y estructura; equivalente a norma ISO 690: 1987 (*Information and documentation – Bibliographic references – Content, form and structure*).
- NCh1143/2.Of2003 Información y documentación – Referencias bibliográficas – Parte 2: Documentos electrónicos o partes de ellos; equivalente a norma ISO 690-2 (*Information and documentation – Bibliographic references – Part 2: Electronic documents or parts thereof*).

3.1 Referencias completas de bibliografía legislación y jurisprudencia.

La primera cita ya sea de una obra, legislación o jurisprudencia deberá ser completa, las siguientes de las mismas serán abreviadas. Al final de los trabajos deberá consignarse el listado final, de bibliografía, legislación, y jurisprudencia utilizada bajo los títulos que muestran a continuación: “Bibliografía utilizada”, se ordenaran por autor y en orden alfabético; “Legislación utilizada”, se ordenaran por número de ley; “Jurisprudencia utilizada”; las sentencias se ordenarán cronológica y alfabéticamente por el nombre de las partes.

Documentos impresos

- a) **Libros.** La referencia completa se constituye con los siguientes elementos: 1. AUTOR (ES); (EN VERSALES), 2. Año de edición (entre paréntesis), 3. "*Título de la publicación*" (en letra cursiva y entre comillas dobles), 4. Lugar de publicación, 5. Editorial, 6. Página/s.

APELLIDO(S), Nombre (Año): "*Título del libro*", Mención de responsabilidad secundaria (traductor; prologuista; coordinador; etc.), Lugar de edición: editorial, Página/s.

Ejemplos:

Un autor KELSEN, Hans (1995): "*¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*", Estudio preliminar de Guillermo Gasió, Trad. y notas de Roberto J. Brie. Supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Madrid: Tecnos, p. 20.

Dos autores BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2005): "*Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*", Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 88.

- b) **Partes de un libro.** La referencia completa se constituye de los siguientes elementos: 1. AUTOR (ES); (EN VERSALES), 2. Año de edición (entre paréntesis), 3. "Título de la parte" (entre comillas), 4. En: *título de la obra (en cursiva)*, 5. Edición, 6. Lugar de edición, 8. Editorial, 9. Página/s.

APELLIDO(S), Nombre (Año de edición): "Título de la parte", En: *Título de la obra*, Mención de responsabilidad secundaria (traductor; prologuista; coordinador; etc.), Edición, Lugar de edición: editorial, N° de Página/s.

Ejemplos:

Un autor GARGARELLA, Roberto (2008): "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El "constitucionalismo popular" frente a la teoría de Carlos Nino", En: *Homenaje a Carlos S. Nino*, Coords. Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz, Buenos Aires: La Ley, Facultad de Derecho, UBA, p. 203.

Un autor GUASTINI, Ricardo (2009): "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el

caso italiano”, En: *Neoconstitucionalismo(s)*, Ed. Miguel Carbonell, 4° ed., Madrid: Trotta, p. 49.

- c) **Artículos de publicación seriada (revista).** La referencia completa se constituye de los siguientes elementos: 1. AUTOR (ES) DEL ARTÍCULO, 2. Año de publicación, 3. “Título del artículo” (entre comillas), 4. En: *Título de la publicación seriada*, 5. Volumen o Número, 6. Página/s.

APELLIDO(S), Nombre (Año de publicación): "Título del artículo", En: *Título de la publicación seriada*, Volumen o número, Página/s.

Ejemplos:

Un autor DELGADO CASTRO, Jordi (2011): “La unificación de la jurisprudencia como objeto de los recursos procesales. Una referencia a la experiencia española en la materia”, En: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 58, p. 145.

Dos autores FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y MIRANDA ARRATIA, Patricia (2011): “Las transformaciones de la administración del Estado: El Banco Central de Chile en el marco de las nuevas “administraciones independientes”, En: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 58, p. 40.

- d) **Tesis no publicadas.** La referencia completa se constituye de los siguientes elementos: 1. AUTOR (ES), 2. (Año de publicación), 2. “Título” (entre comillas dobles), 3. Dirección (Director, guía o evaluador de la tesis, 5. Lugar, 6. Nombre de la Universidad, Facultad o Escuela, 7. Página/s.

APELLIDO(S), Nombre (Año de publicación): "Título de la tesis", Dirección, Institución académica en la que se presenta, Página/s.

Ejemplos:

Un autor PAPIC VARGAS, Miguel (2010): "La inadecuada extensión de las medidas para mejor resolver al juicio ejecutivo", Profesor guía: Alberto Balbontín, Valparaíso: Universidad de Valparaíso; Facultad de Derecho y Ciencias sociales, p. 87.

Dos autores MARZI MUÑOZ, Daniela y URZÚA CUEVAS, David (2006): "Eficacia social de relevantes instituciones del Derecho sucesorio chileno", Profesor guía: Aldo Valle, Valparaíso: Universidad de Valparaíso; Facultad de Derecho y Ciencias sociales, p. 23.

e) **Ponencias de Congresos.** Se citan como parte de una monografía: véase: 3.1.2.

f) **Legislación.** La cita de constituye de los siguientes elementos: 1. País, 2. *Título, número o ambas (en cursiva)*, 3. Publicación, 4. Fecha.

País. Título, *Publicación y número*, Año de publicación.

Ejemplo:

Chile, *Ley de Matrimonio Civil N° 19.947*, Diario oficial, 17 de mayo de 2004.

g) **Jurisprudencia.** En la cita de las sentencias se debe señalar: 1. *Las partes (en cursiva)*, 2. Tribunal, 3. Fecha, 4. Sede de edición. Se sugiere indicar además el tipo de acción y procedimiento correspondiente; y, en fin, la identificación de la sede de edición en que ha sido publicada la sentencia bajo su título completo o abreviado, según el estándar ISO y las indicaciones de volumen, año, secciones y página.

Ejemplo:

Tamaya con Atocha, Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo, II, sección 7^a, pp. 65-73.

Documentos Electrónicos¹

- a) **Libros electrónicos.** La cita se constituye de los siguientes elementos: 1. AUTOR(ES), 2. Año de publicación (entre paréntesis), 2. “*Título*” (*entre comillas dobles y cursiva*), 3. Tipo de medio [en línea, CD-ROM, etc; entre corchetes], Mención de responsabilidad secundaria (traductor; prologuista; coordinador; etc.), 4. Edición, 5. Editor, 6. Fecha de consulta [entre corchetes], 7. Disponibilidad y acceso².

APELLIDO(S), Nombre (Año de publicación): “*Título del libro*”, [tipo de medio y formato], Mención de responsabilidad secundaria (traductor; prologuista; coordinador; etc.), Editor, Pagina/s, [Fecha de consulta], Disponibilidad y acceso.

Ejemplo:

RICKERT, Heinrich (1960): “*Teoría de la definición*”, [en línea; formato PDF], Trad. Luis Villoro, Ed. Héctor López Bello, [fecha de consulta 19/2/2012], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=454>

- b) **Artículos o contribuciones de revistas electrónicas seriadas.** La cita se constituye de los siguientes elementos: 1. AUTOR(ES), 2. *Título* (*en cursiva*), 3. Tipo de medio [en línea, CD-ROM, etc; entre corchetes], 4. En: *Título de la publicación principal*, 5. Número o Volumen, 6. Página(s), Fecha de consulta [entre corchetes], Disponibilidad y acceso.

APELLIDO(S), Nombre (Año de publicación): “Título del artículo” [Tipo de medio y formato], En: *Título de la publicación principal*, Número o volumen, página, [Fecha de consulta], Disponibilidad y acceso.

Ejemplo:

ALEXY, Robert (2009): “Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho” [en línea; formato PDF], En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 32, pp. 67- 84, [Fecha de consulta: 27/2/2012], Disponible en:

¹ Son aquéllos documentos que están en formato electrónico, creados, almacenados y difundidos por un sistema informático.

² Requerido para documentos en línea.

[http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01715418215691980708813/0444469.pdf?in
cr=1](http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01715418215691980708813/0444469.pdf?in
cr=1)

3.2 Referencias abreviadas en las notas al pie de página. Para utilizar las referencias abreviadas la primera cita debe haberse hecho completa.

- a) En las referencias abreviadas a libros, artículos de revista, y demás formatos, se señalará en la nota al pie: 1. PRIMER APELLIDO DEL AUTOR (EN VERSALES), si hay 2 o más autores con el mismo apellido se incluirán los dos apellidos, 2. Año de la publicación (entre paréntesis) y, 3. Pagina/s.

Ejemplos:

Un autor KELSEN (1995), p. 156.

Dos autores BELTRÁN y GONZÁLEZ (2005), p. 88.

En el caso que se citen dos o más obras de autores en una misma referencia, se escriben los apellidos y respectivos años de publicación separados por un punto y coma dentro de un mismo paréntesis:

Ejemplo:

KELSEN (1995), p. 156; BELTRÁN y GONZÁLEZ (2005), p. 88.

Al citar textualmente (palabra por palabra), se transcribirá la cita tal cual está en el texto original (entre comillas) y se incluirá una vez cerradas las comillas entre paréntesis: 1. APELLIDO DEL AUTOR (EN VERSALES), 2. Año de publicación, 3. Página.

Ejemplo:

“La demanda de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución [y] toma como punto de partida la idea de un peligro concreto que viene de determinada dirección” (SCHMITT, 2009 p. 93.)

Si se citan dos o más obras de un determinado autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra.

Ejemplo: GUASTINI (2005a) y GUASTINI (2005b)

- b) **Referencia abreviada de normas.** Se deberá indicar, en su caso, el número de la ley o nombre y su año.

Ejemplo: Ley N° 18.525, de 1986.

- c) **Referencias abreviadas de jurisprudencia.** Todas las citas a pie de página de jurisprudencia deben indicar: 1. Nombre de las partes, 2. Año de dicha sentencia (entre paréntesis).

Ejemplo: Tamaya con Atocha (1999).

4. Utilización de siglas y abreviaturas no que no estén en el listado de la revista³.

4.1 Las siglas que vayan a utilizarse en el texto, y que no figuren en la lista inicial de abreviaturas, aparecerán entre paréntesis con la frase “en adelante” después de la primera referencia en el texto.

Ejemplos: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE); Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE); Ley de Matrimonio Civil (en adelante LMC).

4.2 Las abreviaturas deberán cerrarse con un punto.

Ejemplos: Art., Dr., Prof., Núm.

5. Se usará el formato *cursiva* para los siguientes casos: palabras en lengua extranjera y palabras que quieran enfatizarse o destacarse dentro del escrito.

³ La tabla de abreviaturas se encontrará disponible en el sitio de la revista.