

## DEFICIENCIAS EN LA ARGUMENTACION JURIDICA. COMENTARIO CRITICO AL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL LIBRADO EN LA CAUSA ROL N° 207\*

EDUARDO ALDUNATE LIZANA  
Universidad Católica de Valparaíso

### *Quis custodet custodem?*

1. La Constitución no es una entidad autosustentada: no existe por sí misma. Su permanencia y función en el tiempo están vinculadas, entre otras cosas, al consenso en que se basa, ya que más allá de ella no existe una fuerza legitimada para imponerla como norma. Toda fuerza constitucional es fuerza al interior de la Constitución. Fuera de ella es insurrección, revolución o guerra civil; mas no ejecución forzosa. Este carácter consensual de la Constitución reposa sobre la opción por un orden político fundado en la razón (y no en la fuerza)<sup>1</sup>. La imposición de las normas constitucionales debe corresponder a ese fundamento.

El Tribunal Constitucional es el principal -pero no único- órgano que nuestra institucionalidad prevé para decidir en forma vinculante sobre la aplicación de la Constitución. El que no tenga legitimación democrática, ni exista una autoridad por sobre él que pueda revisar sus sentencias, no priva a las mismas de legitimidad. La legitimidad de las decisiones del Tribunal Constitucional está dada por la argumentación en que el TC pueda fundamentar su decisión en el texto constitucional a través de un razonamiento jurídico. Este es el meollo del mandato constitucional de "fallar de acuerdo a derecho" (Art. 81 i. VII).

\* Sentencia de 10.02.1995 recaída en cuestión de constitucionalidad promovida sobre el proyecto de ley, que fue publicado como Ley con el N° 19369 en el D.O. del 24.01.1995. Este proyecto derogaba el inciso cuarto del art. 10 de la Ley 18401, que otorgaba a una determinada categoría de accionistas en entidades financieras con deuda subordinada la facultad de concurrir con su voto a Junta de Accionistas en las que, por mayoría puede acordarse no repartir los dividendos de un ejercicio. Producido el acuerdo, estos dividendos se capitalizan por el solo ministerio de la ley bajo la forma de acciones con una participación proporcional plena en futuras utilidades, a diferencia de las acciones originales, con una participación restringida. La supresión de esta facultad, a través de la derogación del antedicho inciso, atenta, según el TC, contra el art. 19 N° 24, por lo que declaró inconstitucional la ley que disponía tal derogación.

<sup>1</sup> Cfr. N° 2, 3 de mi artículo *Interpretación Constitucional y Decisión Política*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XV (1993-1994), p.31,32.

2. Si bien última instancia institucional en muchos aspectos del control de constitucionalidad, el TC no es un órgano exento de todo control. Más allá del control jurídico se encuentran, entre otros: la percepción social del fallo, su sustentabilidad política y, en especial, el control de sus aspectos técnicos. En este último campo destaca el contraste de la sentencia con posibles votos disidentes y el control realizado por la doctrina Constitucional. La fundamentación de un fallo del TC no queda entregada al arbitrio de sus jueces: más de doscientos años de Constitucionalismo y de una Ciencia Jurídica general y constitucional han establecido una serie de elementos teóricos, principios constitucionales, reglas de argumentación e interpretación, que permiten evaluar la validez de la argumentación jurisdiccional. Así como la Doctrina tiene por una parte la tarea de desarrollar herramientas de análisis, modelos argumentativos, sistematizar las instituciones del derecho positivo y sus fundamentos metapositivos, etc., también tiene una importante función de control sobre la racionalidad de la argumentación jurisdiccional, evaluada a la luz de estos elementos.

Desde la idea anterior no puede omitirse un análisis del fallo del TC recaído en el Rol N° 207. Esta sentencia concentra en sí evidentes faltas a principios esenciales de la Teoría de la Argumentación Racional y de la Constitución, las que serán objeto de análisis en este artículo.

#### A. Faltas a la Teoría del Discurso Racional

##### i) Infracción a la regla de la no contradicción

3. Una de las reglas básicas de la coherencia de toda argumentación consiste en que no puede pretenderse en ella la validez de dos argumentos contradictorios. Por ejemplo: sostener en un momento el predicado "la mesa es de madera", y luego, dentro de la misma argumentación, "la mesa no es de madera". *Los considerandos contradictorios se anulan* no es sino la aplicación práctica de la regla de invalidez de la posición con la estructura descrita:  $[X \Rightarrow A \wedge X \Rightarrow \neg A]$  ("x" implica "A" y "x" implica "no A").

En el considerando N° 18 de la Sentencia, el Tribunal introduce como argumento una postura teórica en relación a ciertas particularidades de las cuestiones de constitucionalidad y de la jurisdicción a ser ejercida por el Tribunal conociendo de ellas:

[18°]. *Que resulta conveniente*<sup>2</sup> a ese último respecto<sup>3</sup>, tener en consideración lo que escribiera el Profesor don Alejandro Silva Bascuñán, quien, al tratar del Tribunal Constitucional creado por medio de la reforma constitucional de 1970, base del actual y cuyas características son en este sentido del todo similares<sup>4</sup>, puntualizara en su obra "El Tribunal Constitucional", que el Tribunal Constitucional "es un tribunal de derecho, que debe fallar estrictamente dentro del ordenamiento jurídico y con-

<sup>2</sup> Destacados del autor, así como en el resto del presente año.

<sup>3</sup> La referencia se entiende hecha al considerando anterior, que reza en lo relevante: [17°] ...este Tribunal debe poner de manifiesto que un requerimiento formulado sobre cuestión de constitucionalidad es una acción constitucional especialmente regulada en sus formalidades, que se rigen por sus propias normas, las que prevalecen por sobre las generales. La facultad de formular un requerimiento es una atribución constitucional concedida para impetrar del Tribunal Constitucional un esclarecimiento a través de una decisión jurisdiccional que impida que un proyecto de ley llegue a consagrar normas que se aparten de los preceptos constitucionales (...)

<sup>4</sup> Esto es, el TC hace propia la argumentación de don Alejandro Silva B.

forme a él", y que "su jurisdicción es estrictamente de carácter jurídico y orgánico, ajeno a la decisión de conflictos de intereses o al pronunciamiento sobre acciones interpuestas en ejercicio de derechos que correspondan a titulares que puedan invocarlos y no supone un proceso contradictorio, que requiera la confrontación de hechos y su establecimiento por los medios de prueba legal", salvando sólo el caso de las inhabilidades cuya calificación se entrega a su competencia<sup>5</sup>.

4. Sintetizando el argumento que resulta de los considerandos 17 y 18: el conocimiento de los requerimientos que cuestionan la constitucionalidad de una ley: i) no supone un "proceso contradictorio, que requiera la confrontación de hechos y su establecimiento por los medios de prueba legal"; ii) ni puede tener por objeto "la decisión de conflictos de intereses"; y en él iii) no corresponde al TC avocarse al conocimiento de "derechos que correspondan a titulares que puedan invocarlos". Toda la argumentación siguiente del Tribunal, sin embargo, presenta proposiciones en abierta contradicción con este predicado: de hecho, la misma declaración de inconstitucionalidad se basa en que el precepto cuestionado estaría privando de un derecho a ciertos titulares en concreto.

Así, por ejemplo, los siguientes considerandos:

[29°]. Que la cuestión sometida al conocimiento del Tribunal está basada, en términos primarios, en que algunos accionistas de aquellas entidades bancarias afectas al pago de la deuda subordinada, estarían siendo privados por el proyecto de ley en examen de atributos o facultades de su dominio sobre sus acciones, comprometiendo paralelamente los derechos correlativos de esas mismas entidades para poner en práctica la capitalización de excedentes devengados y derivada del acuerdo de esos accionistas.

[31°]. Que para situar adecuadamente los derechos comprometidos en la especie, se hace imprescindible tener en consideración los factores que motivaron o contribuyeron a que tales regulaciones surgieran y a que entre ellas se encontrare incorporada la norma que por el proyecto de ley en examen se pretende dejar sin efecto (...).

[45°]. Que, como es obvio, la incidencia que tendría una modificación de los derechos inherentes a las acciones a las que se concedió el tratamiento tantas veces indicado en los considerandos precedentes, tiene, asimismo, una natural repercusión en la entidad bancaria emisora de esas acciones (...). De esta manera, la cuestión que afecta a las personas accionistas (...).

[46°]. (...) ése es el derecho del que la derogación del inciso cuarto del artículo 10° de la Ley N° 18.401 pretende privarlos.

[50°]. (...) los resultados... de estas operaciones no caben ser consideradas (sic) como sustento jurídico de este requerimiento ni se encuentran acreditadas en autos, de una u otra manera, como un hecho permanente, cierto y definitivo.

---

<sup>5</sup> Comentario: esto, en lo que respeta al control de normas, es lo que corresponde al carácter abstracto de un control preventivo. Los únicos materiales de los que puede valerse el TC para realizar su análisis son la Constitución y la norma controlada. Por excepción, y sólo derivado de la estructura de la Constitución, puede entrarse al análisis de hechos como parte constitutiva de la norma constitucional: cuando ella misma prevé ciertos efectos a ser logrados por la norma (Ej.: art. 74 i.I, primera oración).

[51°]. Que de cuanto precedentemente se ha expuesto se concluye que desde el momento en que *los inversionistas* en acciones preferidas de la banca endeudada con el Banco Central celebraron sus contratos de adquisición de acciones, aceptando por consiguiente los estatutos respectivos, *adquirieron* simultáneamente *el derecho* a que los dividendos de esas acciones podrían llegar a ser capitalizados (...). Este *derecho* a emitir su voto en la Junta de Accionistas para dar origen a esa capitalización y efectivamente así aprobarla, se *incorporó*, desde su mismo inicio, *a su derecho de dominio sobre los bienes que así estaba adquiriendo* (...).

[54°]. Que resulta evidente que *los derechos de los dueños de las acciones* que gozan de preferencia (...) constituyen un bien incorporal cuya propiedad se encuentra asegurada por la Constitución.

[55°]. Que la derogación de dicho inciso cuarto *privaría* (...) a las *personas dueñas de acciones con preferencia de un derecho adquirido*.

[60°]. (...) Respecto de estas últimas<sup>6</sup>, no cabe entender un interés general sino eminentemente particular o privado, el cual es el que el proyecto de ley pretende dejar sin efecto. De esta manera, *el singular y específico efecto de la derogación pretendida* (...) no hace sino confirmar que se está en presencia de *un derecho particular de carácter netamente privado y aplicable a un específico grupo de personas* (...).

[61°]. Que (...) tales consecuencias... no se encuentran cuantificadas y *fidedignamente comprobadas* en los antecedentes acompañados en autos (...).

[63°]. Que fue precisamente el hecho de celebrar el contrato de adquisición de las referidas acciones preferidas lo que determinó indefectiblemente la *incorporación al patrimonio de los accionistas de los derechos establecidos en la legislación vigente* a la época de su adquisición. Fue efectivamente aquel hecho, la circunstancia fáctica con aptitud suficiente para traer como consecuencia *la incorporación inmediata de un derecho de carácter patrimonial* (...).

5. De estos considerandos se desprende que en su fundamentación el TC considera: i) los derechos concretos de los accionistas que podrían verse afectados por la ley examinada; (considerandos N° 29, 31, 45, 46, 51, 54, 55 y 63); ii) para desestimar argumentos en pro de la constitucionalidad de la ley señala que los hechos en que se fundan no se encuentran acreditados<sup>7</sup> (considerandos N° 50, 61); y iii) se alza como defensor del "interés... eminentemente particular o privado, el cual es el que el proyecto de ley pretende dejar sin efecto" (considerando N° 60, en vinculación con la decisión del TC). La contradicción con las correspondientes proposiciones establecidas en los considerandos 17 y 18 y sintetizadas arriba es evidente; queda demostrada la incongruencia del fallo en esta parte<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Referencia hecha de las acciones preferentes.

<sup>7</sup> De lo que podría desprenderse que la argumentación del TC tendría que incorporarlos, de haber sido acreditados.

<sup>8</sup> Esto, desde el punto de vista lógico-formal: en este campo no se dice nada respecto de cuál de los argumentos que se contradicen es materialmente correcto, o si ambos son incorrectos; esta pregunta la contesta la Teoría Constitucional.

## ii) Faltas al principio de generalización

6. Este principio consiste en que la validez de un argumento que predica una característica C de un sujeto S en virtud de las circunstancias relevantes (x, y) depende de la extensión del reconocimiento de esa característica C a cualesquiera eventuales sujetos (P, Q, R...n) para los cuales se cumplan las circunstancias (x, y), si no concurren otras circunstancias que justifiquen un diferente tratamiento de dichos sujetos.

7. La dimensión de las utilidades de las entidades financieras con deuda subordinada, y de las cuales depende la posibilidad de amortizar la deuda pendiente, esto es, un efecto económico futuro e incierto (las utilidades pueden producirse o no, y su magnitud, en caso de producirse, no es predecible, sólo estimable), es calificado por el TC en los considerandos 49 y 50 de la sentencia, como "jurídicamente irrelevante":

[49°] ...no puede admitirse que, al regular el sistema en la forma en que lo fue, no se haya tenido en cuenta que al dar derecho a esa capitalización de dividendos de aquellas acciones preferidas y al concederse la facultad de dar origen a una nueva acción con una plena participación proporcional, ello podría traer consigo distintos efectos matemáticos. Era obvio, que al incorporarse al capital acciones con un ciento por ciento de participación proporcional en el aumento, se alteraría el porcentaje global de amortización al Banco Central, así como era igualmente evidente que el nuevo porcentaje resultante se aplicaría sobre una masa de utilidades mayor si se generase un volumen más grande de excedentes que el que se daría sin él (...).

[50°]. *Que las conjeturas de resultados económicos del orden de las señaladas en el considerando precedente y las especulaciones que al respecto fuere dable hacerse, no pueden constituir parte de la argumentación aplicable a dilucidar la cuestión de constitucionalidad planteada, por lo cual estas consideraciones pasan a ser irrelevantes para las conclusiones de este Tribunal. Además ...los resultados aleatorios, favorables o desfavorables de estas operaciones no caben ser consideradas (sic) como sustento jurídico de este requerimiento (...).*

8. De estos dos considerandos se desprende claramente lo dicho: el TC asume las consideraciones sobre posibles efectos económicos y financieros de un determinado sistema (en este caso, del sistema de la denominada deuda subordinada), como jurídicamente irrelevantes para su argumentación. Sin embargo, ya en el considerando siguiente, N° 51, el TC señala como jurídicamente relevante una situación con los mismos rasgos que presenta el argumento rechazado en los considerandos N°s. 49 y 50 (en especial los destacados):

[51°]. (...) se concluye.... que los inversionistas... adquirieron ...el derecho a que los dividendos de esas acciones podrían llegar a ser capitalizados y transformarse en nuevas acciones con un ciento por ciento de participación proporcional en los excedentes.

¡La misma hipótesis de un resultado económico y financiero, excluida como argumento jurídico relevante en los dos considerandos anteriores, adquiere aquí de pronto validez! Hay que recordar que en ambos casos (posibilidad de amortización de deuda al BC, de capitalización de dividendos para los accionistas) se está a las mismas eventualidades: la existencia de dividendos y el resultado de la junta de accionistas en que se pueda acordar su capitalización. ¿Por qué estos elementos son irrelevantes en el considerando N° 50, y adquieren relevancia en el N° 51? Podría

pensarse que en su relación con el titular concreto estas circunstancias se "juridizan" (por arte de magia, habría que agregar, ya que el TC no se ocupa de justificar esta "transformación"). Pero esta posibilidad de encontrar alguna justificación al cambio de criterio del TC se ve desvirtuada por él mismo ¡ya en el considerando N° 52!

[52°]. Que, por las mismas razones expuestas, mal podría afirmarse que para estos titulares de acciones... el no pago de dividendos y la entrega de acciones consistiría en una simple y pura modalidad de pago. Pretender tal conclusión implica desconocer que lo que se encuentra regulado... comprende un sistema o estatuto compuesto por el derecho a acordar no repartir dividendos, por el efecto por el solo ministerio de la ley de que se conviertan en acciones de pago y por *la consecuencia de efectos económicos indiscutibles de que esas nuevas acciones tendrán derecho a la plenitud de su participación proporcional (...)*.

Y se reafirma en el N° 55:

[55°]. ...la derogación de dicho inciso cuarto privaría, de esta manera, a las personas dueñas de acciones con preferencia de un derecho adquirido a votar la no repartición de dividendos y a que por el solo ministerio de la ley se produzca su capitalización con el tratamiento contemplado en la misma norma citada, lo cual *tiene un evidente efecto económico y patrimonial (...)*.

Ya en el considerando N° 45 el TC había expresado esto:

[45°]. (...) la cuestión que afecta a las personas accionistas hará que consecuentialmente sean también afectadas las instituciones bancarias pertinentes, *forjándose para unos y otros los respectivos efectos económicos*.

Pero: en el considerando 61, el Tribunal vuelve a su tesis original:

[61°]. Que *...no resulta procedente invocar como una fuente de afectación de los intereses generales de la nación, las consecuencias económicas que tendría para el Banco Central la aplicación de la norma que se busca derogar, ni menos fundamentar en tal supuesta afectación la privación de un derecho de propiedad*. Seguidamente corresponde también destacar que... *tales consecuencias ... no se encuentran cuantificadas y fidedignamente comprobadas en los antecedentes acompañados en autos, apreciándose por el contrario una magnitud incierta tanto en su volumen como en su signo positivo o negativo (...)*.

No se ve cómo omite el TC aplicar también este último predicado a las situaciones calificadas (por él mismo) como consecuencia o efectos económicos para los accionistas.

9. Como se puede percibir, la infracción al principio de generalización (o de universalidad, como se le denomina también) lleva al surgimiento de contradicciones. Pero en lo que se analiza en este punto, dicha infracción se observa aquí en dos niveles:

a) Se predica en un caso la irrelevancia jurídica de los efectos económicos del sistema, y en otro caso este criterio pasa a ser no sólo relevante, sino esencial, sin que se incorporen argumentos para justificar esta diferencia de tratamiento.

b) Reconociendo que en su caso también se trata de posibles efectos económicos, no se extiende el predicado de incertidumbre 'tanto en su volumen como en su signo positivo o negativo' para las consecuencias derivadas del sistema que permite a los accionistas preferentes votar para acordar la capitalización de dividendos. Si esto vale para los efectos económicos consistentes en utilidades de las entidades deudo-

ras, no se ve cómo no vale para esas mismas utilidades desde la perspectiva de los accionistas<sup>9</sup>.

### B. Errores abiertos en relación a Teoría de la Constitución

i) Jurisdicción del Tribunal en el control de la constitucionalidad de textos normativos: art. 82 N°s. 1, 2, 3, 6, 12.

10. La institución del control de constitucionalidad de las leyes encuentra, en sus dos fuentes principales (el razonamiento práctico de Marshall en *Marbury vs. Madison*, los postulados teóricos de Hans Kelsen) el mismo fundamento: el objetivo de asegurar la preeminencia normativa de la Constitución por sobre las normas infraconstitucionales. Esto se logra a través de la confrontación del contenido normativo del texto controlado con la medida de control dada por el contenido normativo de rango constitucional. Se trata de establecer la compatibilidad o incompatibilidad lógica de las normas que se entienden contenidas en los textos normativos. Así, por ejemplo, el texto legal: "La publicación de todo impreso deberá ser autorizada por el o los intendentes de la o las regiones en que ella haya de tener lugar", confrontado con el art. 19 N° 12 inc. 1 de la Constitución, lleva al siguiente análisis: Norma del texto examinado: [para toda]= $(x)$  [publicación de un impreso]= $p$  [debe ser]= $0$  [autorización del intendente]= $a$ . La estructura normativa puede expresarse bajo la fórmula

{1}  $(x)p \ 0 \ a$  (= para todo 'p' debe ser 'a').

La estructura normativa de la Constitución (art. 19 N° 12) señala que [para todo] [ejercicio de la libertad de expresión]= $L$  se garantiza la ausencia de [censura previa]= $C$ , lo que es una prohibición para el Estado, de intervenir en ese ejercicio. La estructura lógico-normativa de la norma constitucional es entonces

{2}  $(x)L \ 0 \ \neg C$  (= para todo 'L' debe ser 'no-C').

Si se establece que la publicación de un impreso [ $p$ ] es ejercicio de la libertad de expresión [ $L$ ] y que la autorización del intendente [ $a$ ] cae dentro del concepto de censura previa [ $C$ ], resulta que el contenido normativo de la ley, en términos constitucionales, sería:

{3}  $(x)L \ 0 \ C$  (= para todo 'L' debe ser 'C').

Confrontándolo con el contenido normativo de la fórmula {2} se obtiene que entre ambas normas hay una incompatibilidad lógica; aplicando el principio de supremacía constitucional se opta por la norma constitucional y se predica la inconstitucionalidad del texto legal controlado.

11. Del objeto y procedimiento de este control se deriva su calidad de abstracto. Cuando se habla del control abstracto de constitucionalidad de las leyes no se hace

<sup>9</sup> Desde su perspectiva, el TC tuvo que incurrir en esta infracción: reconocer esta misma calidad a los efectos económicos para los accionistas hubiera significado privar de toda plausibilidad de argumento que desarrolla el TC en virtud del cual se trataría en este caso de "derechos adquiridos": para justificar este error material el Tribunal se ve forzado a incurrir en esa falta al discurso racional.

sino referencia al desarrollo de este control en un nivel de compatibilidad normativa<sup>10</sup>. Este es un proceso autónomo. Así, en el ejemplo propuesto arriba, es del todo irrelevante que existan o no existan personas cuyo derecho a publicar impresos se pueda ver afectado por la ley. Examinar este punto sería abandonar el control abstracto y pasar a un control concreto. Si la existencia de derechos subjetivos fuera relevante en el control de constitucionalidad de un texto legal que los afecta, habría que concluir que dicho texto es inconstitucional si existen titulares de dichos derechos, que puedan verse afectados por el texto controlado; pero que el texto es constitucional si no existen titulares concretos de dichos derechos. Lo que sería decir, en el caso anterior, que si nadie pudiera acreditar un derecho o al menos un interés (o nadie se ocupara de hacerlo) por publicar impresos, el texto legal controlado podría declararse constitucional.

12. No menos es lo que hace la sentencia comentada. El TC basa toda su argumentación en la posible lesión de los derechos de determinados accionistas. Fuerza es reconocer entonces que si dichos titulares concretos de acciones no existieran, el TC debería verse forzado a declarar la constitucionalidad de la ley controlada (ya que su declaración de inconstitucionalidad se fundamenta precisamente en la lesión del derecho de propiedad incorporado al patrimonio<sup>11</sup> de determinados accionistas.) Este resultado es inaceptable: una ley es constitucional o es inconstitucional; y ello, porque la constitucionalidad se mide, como se ha dicho arriba, en términos normativo-abstractos.

Es aquí donde la Teoría Constitucional determina la validez material de los considerandos 17 y 18 ya transcritos, en especial la cita de don Alejandro Silva Bascañán, y de lo que se deriva que la infracción al principio de no contradicción analizada arriba, aparte de privar de coherencia formal al fallo, y establecida la validez material de uno de los argumentos, resulta en la falta de validez material de todos los considerandos que se fundamentan en la apreciación de los derechos e intereses de los accionistas como titulares en concreto, y con ello, en la falta de fundamento de la decisión judicial misma.

13. Por otra parte, si el control de constitucionalidad se refiere a la confrontación normativa del texto controlado con la Constitución, y el texto controlado contiene una derogación, la única alternativa para entenderlo inconstitucional sería que la norma que se pretende derogar tuviera rango constitucional<sup>12</sup>. El razonamiento del TC concluye en que una norma 'x' no puede ser derogada por otra norma de rango legal: la única explicación para esto, a nivel de control abstracto de constitucionalidad, sería reconocer que la norma 'x' tiene rango constitucional, o en todo caso, superior a la norma controlada. No es de balde recordar aquí que el control de cons-

---

<sup>10</sup> Los únicos casos en que en este control se hace necesario pasar al examen de hechos es cuando la medida de control, la Constitución, remite a ellos como parte de su estructura normativa.

<sup>11</sup> Esto es, con una titularidad concreta.

<sup>12</sup> Debo hacer aquí mención expresa a las reflexiones del Ayudante de Derecho Constitucional Manuel Núñez Poblete, que en términos muy precisos formulara la pregunta de bajo qué hipótesis una ley que simplemente deroga a otra puede ser considerada inconstitucional, cuyo esbozo de respuesta se encuentra en este párrafo.

titucionalidad de las leyes persigue entre otras cosas evitar la modificación de la Constitución por el legislador común.

Sucede en el caso, sin embargo, que la norma 'x' (que el texto legal controlado pretende derogar) tiene rango meramente legal.

Nuestro TC parece haber encontrado la fórmula para salvar esta circunstancia, ya que lo que se desprende de su sentencia es que, vía derecho subjetivo, el inciso IV del artículo 10 de la Ley 18.401 está amparado normativamente por la Constitución, con su mismo rango, sustraído por tanto a la competencia del legislador común, e integrado a la garantía al derecho de propiedad en algún lugar del N° 24 del art. 19. En otras palabras, el TC crea un modelo teórico que permite al legislador común producir normas de rango constitucional. Interesante, pero contrario a todos los postulados teóricos en que reposa la teoría de la Supremacía Constitucional, a la que se supone debe servir la jurisdicción constitucional.

## ii) Deficiente análisis de la protección iusfundamental

14. El error del TC radica, a mi juicio, en desconocer la estructura garantística de los derechos constitucionales del art. 19, y en especial de su N° 24. No todos los derechos constitucionales están protegidos de la misma forma; las garantías a los mismos tienen distintas estructuras.

El art. 19 N° 24 presenta dos dimensiones garantísticas que, si bien reciben la misma denominación, se encuentran en planos distintos.

Lo primero que se encuentra garantizado en el art. 19 N° 24 i. I es la institución del derecho de propiedad<sup>13</sup>; no un derecho patrimonial concreto, sino un conjunto de regulaciones jurídicas que constituyen lo que denominamos -en principio- derecho de propiedad. Y esto, por una razón muy sencilla: sin esta regulación el "derecho de propiedad" no existe: sólo existen relaciones materiales de un individuo con su entorno físico<sup>14</sup>. De esta manera, lo que la Constitución le garantiza aquí al individuo es la configuración del ordenamiento jurídico de tal manera que incluya la regulación de una institución "derecho de propiedad". Es una garantía "sobre el dere-

---

13 Que en el esquema general incluye la "propiedad privada".

14 El que una persona pueda actuar sobre determinados bienes para hacerlos producir -o no, y decidir cuál será su uso y destino, se ubica en general dentro de la libertad que cualquier individuo puede tener respecto de su medio físico: ella no depende del derecho. En el ejercicio de esta libertad puede ser perturbado tanto por terceros como por agentes públicos. Es aquí donde el derecho entra a regular integralmente el ámbito protegido de actuación material de un individuo; reconoce ciertos títulos que permiten reclamar la exclusividad en la toma de decisiones sobre los bienes, su uso y destino; y regula esta libertad también bajo formas jurídicas. La estructura general de un derecho real no es, desde esta perspectiva, sino un derecho institucional que garantiza a su titular una "libertad exclusiva" sobre un ámbito de la realidad (las cosas de su dominio). Este concepto no ha sido desarrollado rigurosamente. Si el derecho de propiedad sobre cosas corporales "otorga" ciertas facultades materiales a su titular no puede decirse que las genere: sólo legitima tales facultades en relación a otros, no titulares de este derecho. En general, el derecho crea facultades jurídicas; y en este sentido, propiamente, las facultades de excluir a terceros (básicamente penalización de conductas que atentan contra la libertad del individuo para decidir sobre el objeto de su propiedad, como robo, hurto, usurpación) y de perseguir una cosa (acción reivindicatoria), en el derecho de propiedad. Otros derechos, reales o personales, definen su contenido precisamente en torno a las facultades jurídicas que conceden a su titular.

cho". Ahora bien, el contenido que asuma esa institución queda entregado al legislador, cuyo único límite en este sentido es respetar el "contenido esencial" de esta institución, lo que en esta dimensión implica la regulación mínima necesaria para poder predicar de ella que establece el "derecho de propiedad".

15. En un segundo sentido la Constitución garantiza al individuo concreto lo que podría denominarse la "integridad patrimonial" o la "conservación del valor económico del patrimonio". A esta conclusión se llega cuando se analiza el inciso I y el III del N° 24 del art. 19. Bienes incorpóreos pueden ser objeto del derecho de propiedad. Pero en cuanto cosas incorpóreas con un valor económico su entidad estará dada por el derecho: así por ejemplo en el caso de "derechos personales" (ej.: un crédito). Estos derechos consisten precisamente en ciertas facultades, o títulos de legitimación para el ejercicio de las mismas. La idea de propiedad sobre bienes incorpóreos no puede entonces significar la confusión de las facultades clásicas del derecho de propiedad a ser ejercidas sobre otras facultades reconocidas como contenido propio del respectivo derecho; los efectos jurídicos de la cesión de un crédito emanan de las facultades asociadas a él, y no del ejercicio de la facultad de disposición emanada del derecho de propiedad sobre dicho crédito. Al haz de facultades jurídicas que comprende el derecho de propiedad, y que se refieren a la posibilidad de ser ejercidas sobre un objeto corporal, se oponen en los bienes incorpóreos simplemente las propias facultades jurídicas que los constituyen. ¿Qué puede ser entonces "objeto de propiedad" en un bien incorpóreo?: su valor económico. Esto resulta también de la estructura del inciso III del N° 24 del art. 19. El concepto clásico de propiedad se agota en su objeto y sus facultades. ¿Qué sentido tendría entonces separar *'la propiedad'* del *'bien sobre que recae'* y de *'los atributos o facultades esenciales del dominio'*? Claramente, aludir al contenido patrimonial de bienes incorpóreos que consisten en ciertas facultades y títulos distintos al dominio; que por ello no están acogidos por la protección institucional al derecho de propiedad como regulación jurídica, pero que reciben la protección a su contenido económico.

16. Ganar claridad en este punto es esencial para determinar el objeto del control de constitucionalidad de un texto legal en relación a la garantía al derecho de propiedad; de lo contrario, se corre el riesgo de confundir la garantía al derecho de propiedad como institución, que impone límites a la regulación que puede acometer el legislador, con la garantía a la propiedad como derecho subjetivo de un individuo, que constitucionalmente sólo impone ciertos requisitos (calificación legal de la causa, deber de indemnizar) para la expropiación. En este ámbito, el control normativo de leyes reguladoras de la propiedad se mantiene en su carácter abstracto, sin entrar a analizar derechos de titulares en concreto.

Por otro lado, si no se distingue el aspecto específico de la protección a la propiedad sobre los bienes incorpóreos (esto es, la protección a su contenido patrimonial) se cae indefectiblemente en la pérdida de la línea divisoria entre la dimensión jurídica que constituye dichos bienes y el derecho de propiedad que se entiende garantizarlos: las facultades constitutivas de dichos bienes incorpóreos pasan a identificarse con las facultades que emanan del derecho de propiedad sobre dichos bienes.

17. No es otra cosa la que, a mi juicio, sucede en el fallo analizado:

[29°]. Que la *cuestión sometida al conocimiento del Tribunal está basada*, en términos primarios, en que *algunos accionistas* de aquellas entidades bancarias

afectas al pago de la deuda subordinada, *estarían siendo privados por el proyecto de ley en examen de atributos o facultades de su dominio sobre sus acciones (...)*.

Si esta apreciación del TC fuera correcta, habría que concluir necesariamente que la facultad de votar en la Junta de Accionistas para acordar el no reparto de dividendos no es una facultad que forme parte constitutiva de la regulación jurídica del bien incorporal "acción", sino del dominio que recae sobre ella. Este es un claro ejemplo de lo indicado en el párrafo inmediatamente anterior. La pérdida de precisión se extiende como *leitmotiv* a través de toda la sentencia:

Los 'atributos' a los que alude el considerando N° 29 aparecen descritos en el considerando N° 36 como "*el derecho a participar en Juntas de Accionistas donde tendrían la facultad de votar por el no reparto de dividendos...*". Este "*derecho a emitir su voto*" se incorporó (según el considerando N° 51) "*desde su mismo inicio a su derecho de dominio sobre los bienes que así estaba adquiriendo*". En los considerando N° 52 y 55 se trata de un "*derecho (adquirido) a acordar (votar) no repartir dividendos*". Este derecho sería según el considerando 54 "*un bien incorporal cuya propiedad se encuentra asegurada por la Constitución*" e, inmediatamente "*facultades*" del *derecho de dominio* que se ven "deterioradas y suprimidas" por la derogación que prescribe la norma controlada (considerando N° 55). En el considerando N° 59 se encuentra la formulación más radical: "*Los accionistas incorporaron a su propiedad la facultad de no recibir dividendos*". En los considerandos N° 44 y 45 se habla de los "*derechos que confiere*" la disposición legal que se pretende derogar, de "*derechos inherentes a las acciones*", del "*derecho a votar y decidir*". Del considerando N° 46 resulta que la disposición controlada (que deroga el art. 10 de la Ley 18.401) pretende privar a los propietarios de acciones del "*derecho... para recuperar el tratamiento normal de su participación* proporcional en los excedentes cuando capitalicen los dividendos de sus acciones antes adquiridas". El considerando 49 habla de "*la facultad de dar origen a una nueva acción con una plena participación proporcional en las utilidades*".

De este libre uso del lenguaje por parte del Tribunal Constitucional se desprende que las discutidas facultades son, a un tiempo, atributos o facultades del derecho de dominio y, al mismo tiempo, un bien incorporal protegido por la garantía a ese derecho. Por último, y para evitar cualquiera posibilidad de un tratamiento sistemático al tema, se les califica como 'derechos inherentes a las acciones'. Queda así demostrado lo sostenido en el párrafo segundo del punto 16.

Corresponde ahora analizar cuáles son los límites constitucionalmente impuestos por la Constitución al legislador a través del art. 19 N° 24 (y N° 23), en la regulación del derecho de propiedad que éste puede realizar, y que son el objeto del control de la constitucionalidad de una ley en relación a estos numerales.

18. En primer lugar, el inciso I., al garantizar el derecho de propiedad, impone al ordenamiento jurídico objetivo el contemplar la institución jurídica de la propiedad. Que un sujeto sea efectivamente dueño de algo no está garantizado por la Carta; sí la institución a través de la cual puede llegar a serlo y permanecer en ese status. La extensión de esta institución, su contenido concreto más allá de su esencia, lo determina la ley. El primer límite normativo para esta regulación está dado, entonces, en el art. 19 N° 26, por la esencia del derecho, y por la referencia constitucional al contenido de la institución del derecho de propiedad: uso, goce y disposición.

El segundo radica en que la función social de la que se pueden derivar obligaciones y limitaciones para la propiedad presenta parámetros constitucionales: sólo

puede referirse a intereses generales de la Nación, seguridad nacional, utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. El segundo límite al legislador es aquí un catálogo taxativo de causales para argüir la función social de la propiedad como fundamento de una obligación o limitación legal impuesta sobre ella: no sobre la propiedad de un individuo determinado, sino sobre la regulación de la institución de la propiedad en general. Por ejemplo: la obligación de soportar servidumbres públicas o privadas bajo determinados supuestos, la prohibición de talar árboles en terrenos con determinada pendiente en ciertos sectores, etc., etc.

Una tercera limitación se establece para el legislador en el número 23 del art. 19, en el sentido de que no puede sustraer, como objeto del derecho de dominio, sino aquellos bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda. Esta limitación es relativa, en cuanto la calidad de deber pertenecer a la Nación toda queda eventualmente entregada a la decisión del legislador. Igualmente, la imposición de limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de otros bienes requiere de un quórum especial y la posibilidad de fundar dichas restricciones en el interés nacional.

Entrando en una dimensión que relaciona la protección institucional al derecho de propiedad con la protección del derecho de propiedad como derecho subjetivo y concreto se encuentra una cuarta limitación al legislador: para autorizar una expropiación debe calificar su causa como de utilidad pública o de interés general<sup>15</sup>. Esta limitación permanece en el campo de un control abstracto, aun cuando puede sostenerse que aquí el TC puede fiscalizar los bordes externos de la calificación hecha por la ley, y para ello entrar a conocer de hechos. Sin embargo, es importante destacar que aquí no se discuten hechos vinculados a la disposición controlada, sino al parámetro de control establecido por la norma constitucional.

19. Con ello se agotan las limitaciones constitucionales impuestas al legislador al regular la propiedad: 1) deber de respeto a la esencia del derecho (Nº 24 i.I - Nº 26); 2) deber de vincular limitaciones y obligaciones a la función social de la propiedad, función social con un contenido explícito; 3) art. 19 Nº 23 CPR, y 4) deber de calificar la causa de utilidad pública o de interés nacional que subyace a una expropiación por ley, o a una autorización para expropiar contenida en una ley.

Con esto se encuentran también acotadas las preguntas que pueden formularse en el control abstracto de la constitucionalidad de un texto legal en relación al derecho de propiedad.

1) ¿afecta la regulación la esencia del derecho de propiedad como institución jurídica?

---

15 Esto es, privar en concreto a un individuo de un derecho con contenido patrimonial, de un bien o de facultades o atributos esenciales del dominio con la finalidad de traspasarlas al patrimonio público: este requisito es consustancial a la institución de la expropiación que menciona el inciso III del art. 19 Nº 24. La extinción para el particular de un derecho de propiedad en concreto, que no pasa a un titular público, no es expropiación. Así, la orden de sacrificar un animal enfermo puede privar a un individuo, en algún caso, de todo o gran parte de su patrimonio; pero no es expropiación. Una indemnización aquí no se puede justificar en el art. 19 Nº 24 i.III; a lo más, en la teoría de la igualdad en las cargas públicas (como forma de compensar el perjuicio causado al particular por medidas tomadas en interés general). Siempre en los casos de un derecho patrimonial, esto es, con contenido y valor económico determinable.

2) ¿se encuentran las limitaciones y obligaciones impuestas por el legislador fundadas en la función social de la propiedad en alguna de sus dimensiones (ej. utilidad pública, conservación del patrimonio ambiental)?;

3) ¿se encuentran las limitaciones establecidas para la adquisición de determinados bienes amparadas por lo previsto en el art. 19 N° 23?; y

4) ¿califica la ley que autoriza una expropiación la causa de utilidad pública o interés general?

20. Como se observa, la respuesta a cualquiera de estas preguntas permanece siempre en el nivel de control abstracto de constitucionalidad de un texto infraconstitucional. Dentro de este esquema cabe analizar cómo el TC enfrente este análisis en el fallo comentado.

La pregunta número 3 se descarta desde un principio, por no estar en discusión. Con respecto a la pregunta número 2, el mismo TC la excluye en el considerando N° 61:

[61°]. (...) "ese menoscabo... sólo permitiría al legislador establecer esas limitaciones u obligaciones y no la privación de derechos adquiridos que es lo que el proyecto de ley contempla (...).

El considerando 62 excluye la pregunta número 4:

[62°] (...) Tampoco se encuentran en la especie los elementos para configurar la situación establecida en el inciso tercero, al no tener el proyecto en cuestión, en absoluto, el carácter de ley general o especial que autorice una expropiación... (...). Por el contrario, se está en presencia de un proyecto de ley que simplemente priva a las personas titulares de acciones con preferencia de las facultades inherentes a la propiedad que adquirieron y que incorporaron a su patrimonio... .

La única pregunta que queda abierta aquí entonces es si la ley controlada, al regular el dominio, atenta contra su contenido esencial. La respuesta negativa puede obtenerse de distintas fuentes. El mismo TC reconoce que lo connatural a una inversión accionaria es "recibir dividendos y gozar del derecho a participar en las utilidades" (considerando N° 34) y que la disposición que se pretende derogar por la norma controlada pertenece a un sistema "indudablemente excepcional y especial" (considerando N° 33). Esto bastaría para privar al alegato de la facultad "de votar por el no reparto de dividendos", como facultad esencial del dominio en relación a esas acciones, de todo fundamento. Otro argumento dice relación con lo expuesto en el punto 13: la única forma de que la ley controlada atentara contra el contenido esencial del derecho de propiedad sería entender que la facultad que se pretende derogar forma parte de los elementos de ese contenido esencial, o sea, que fuera una facultad normativamente amparada por una norma de rango constitucional. Claramente no puede estimarse que la facultad de votar en una Junta de Accionistas a cuyos acuerdos la ley ha otorgado efectos especiales forme parte del contenido esencial del derecho de propiedad garantizado por el art. 19 N° 24.

iii) Vaguedad de la parte resolutive de la sentencia

21. La parte resolutive de la sentencia (N° 75) peca de una vaguedad evidente:

[75°]. Que, por lo tanto, y en mérito a todas las consideraciones de esta sentencia, el Tribunal debe acoger el requerimiento formulado, por ser el proyecto de ley

impugnado contrario a la Constitución Política de la República y, en particular, a los preceptos de su artículo 19, numeral 24... (...).

Uno de los principios básicos del ejercicio de control de constitucionalidad abstracto por órgano jurisdiccional es que debe formular su decisión con tal precisión, que al Constituyente le resulte claro qué precepto o preceptos debería modificar para obtener la constitucionalidad del precepto cuestionado. En este caso, ni de la parte resolutive, ni de los considerandos, puede establecerse en qué consiste exactamente la oposición normativa entre la Constitución y el texto legal controlado. Para establecerla no basta señalar que la disposición analizada "afecta" o "compromete" el "derecho de propiedad", sino exactamente si se está ante una regulación que afecta el derecho en su esencia, o una limitación u obligación que no se funda en la función social de la propiedad... etc. En otras palabras, establecer el razonamiento descrito arriba en el párrafo 10.

#### iv) Principio de inexcusabilidad y jurisdicción del Tribunal Constitucional

22. Si bien no dice relación con la decisión de fondo, este tema amerita una parte especial de este comentario. El considerando N° 8 del fallo comentado reza:

[8°]. Que es de la esencia de los ordenamientos constitucionales en que se consagra la existencia de Tribunales de esta naturaleza, que, una vez que los sujetos de una acción la deducen debidamente, tengan el deber inexcusable de resolver la cuestión que se les ha sometido a su conocimiento. No hacerlo implicaría negar su propia existencia y no asumir la responsabilidad que se les ha entregado de dar justo término a aquella cuestión o conflicto. No puede serle ajeno al Tribunal Constitucional, dentro de una coherente interpretación de la Carta Fundamental, el principio consagrado en su artículo 73 que dispone: "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión".

Este considerando no hace sino continuar la línea de error iniciada ya en la primera sentencia del Tribunal Constitucional, cuando, conociendo de su propia Ley Orgánica Constitucional, omite declarar inconstitucional su art. 3., que consagra el mismo principio de inexcusabilidad.

El principio de inexcusabilidad no es sólo la imposición a un órgano estatal del deber de ejercer sus facultades si es requerido para ello: esto cae más bien dentro del principio general de imperio del derecho. Lo específico del principio de inexcusabilidad judicial es imponer un deber de fallar, en caso de necesidad, *praeter legem*, más allá de la ley. La esencia original de la función jurisdiccional es lograr la solución de controversias; las primeras normas objetivas tienen un carácter eminentemente procesal; el denominado 'derecho objetivo material' preexistente al caso -primero penal, luego civil- es posterior, y mucho más la producción estatal centralizada de textos normativos y el énfasis en la misión protectora de derechos de la jurisdicción. El deber de solucionar el conflicto aun a falta de ley que lo resuelva da cuenta de la función primaria de la jurisdicción en toda sociedad: procurar la paz social a través de la expropiación de la facultad de autotutela, entregando a cambio la decisión de la controversia por un tercero.

23. El deber que impone el principio de inexcusabilidad consiste en que, debiendo necesariamente resolver la contienda, y no existiendo un texto normativo (ley) del cual derivar la solución, el juez deberá formular la regla de derecho aplicable al

caso, y que justifique su decisión. El art. 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil no es sino reflejo de ello: el deber de enunciar las leyes, y en su defecto, los principios de equidad en los que se fundamenta el fallo. En resumen: el deber del juez en esta perspectiva es resolver: de acuerdo a la ley, si ella existiere, o creando el derecho aplicable, en su defecto: pero resolver.

Así, la norma de inexcusabilidad se justifica en el derecho procesal como una forma de asegurar la solución de un conflicto material, aun cuando no contemplado en la ley.

24. A diferencia de lo anterior, la jurisdicción constitucional no tiene como función resolver el conflicto material. Los conflictos materiales para cuya regulación se establece una Constitución son de carácter primariamente políticos: la Constitución toma parte del enfrentamiento político y lo sitúa en un marco jurídico: no todas las conductas políticas se encuentran reguladas por la Constitución, ni todas aquellas que se encuentran reguladas lo están en la misma intensidad. Precisamente lo que hace la Constitución es crear un marco para que las controversias políticas sean resueltas a través de decisiones políticas, por quienes se encuentran legitimados para ello (actos de gobierno, legislación, plebiscitos, etc.). Ahora bien: la forma de dichas decisiones; las competencias para tomarlas y algunos límites y cometidos impuestos a dichas competencias (básicamente bajo la forma de derechos constitucionales) se encuentran, en general, consagrados en la Constitución. La jurisdicción constitucional surge para velar por la aplicación de esa norma y sólo en la medida en que tal norma es derivable del texto constitucional; su función no es participar en la resolución de los conflictos políticos materiales, sino en cuanto ellos han sido recogidos en la Constitución. Si la controversia escapa a la regulación constitucional, ello implica que la decisión del constituyente ha sido dejarla en manos del poder político, fuera del control jurídico. Este marco definido de la jurisdicción constitucional se precisa aún más si se observa que nuestra Constitución entrega el ejercicio de la jurisdicción constitucional a los órganos que pueden ejercerla, bajo la forma de competencias específicas: no existe una atribución genérica de competencia a un órgano para conocer de "controversias constitucionales" en general.

25. En la jurisdicción constitucional ejercida por el TC el conflicto sólo puede consistir en la tensión entre pretensiones divergentes del sentido del texto constitucional en su aplicación a los casos previstos en el art. 82. Si la Constitución no regula determinada materia, el juez constitucional no puede resolver "a falta de ley", porque su capacidad resolutoria consiste precisamente en aplicar la Constitución: el conflicto la tiene por objeto. Teóricamente, la aplicación del principio de inexcusabilidad en este campo implicaría para el TC la misma consecuencia que conlleva para el juez infraconstitucional: el deber y la facultad de crear una norma decisoria del caso al mismo nivel que la "ley que falta". O sea, atribuirle el poder constituyente para adición a la Carta los "preceptos faltantes". A estas alturas el lector podrá establecer su propio juicio entre la congruencia del citado considerando 8° y el concepto de Constitución y la función de la jurisdicción constitucional. Afortunadamente, la cita de este principio es irrelevante en el fallo, puesto que lo que se discutía en la parte a la que se aplica el considerando era la procedencia del recurso; o sea, precisamente,

un requisito previo<sup>16</sup>, en términos lógicos, a la aplicación del principio de inexcusabilidad (aun cuando hubiera sido procedente considerar este principio), ya que él se refiere a la resolución de la contienda y no a la decisión sobre la procedencia de entrar a conocerla.

### *Observaciones*

26. Muchas otras observaciones podrían hacerse a esta sentencia del tribunal Constitucional. Si bien es cierto, por ejemplo, que la disposición derogada priva a los accionistas de su facultad de votar en las Juntas de Accionistas, que pueden acordar con determinadas mayorías el no reparto de dividendos, no se ve cómo esa facultad se puede entender como un derecho adquirido protegido por la garantía del 19 N° 24. Esencial para la protección de un derecho de propiedad de carácter subjetivo es su sustancia patrimonial: un valor expresable en términos económicos. Esta facultad de votar, si bien emana de las acciones, no es sino la facultad de concurrir en un acto colectivo. Su naturaleza jurídica es similar a la que da origen a otras manifestaciones de la voluntad: que pueden dar lugar a diferentes efectos, y pueden precisar de distintos requisitos, pero que, por sí misma, no representa nada para su titular. Tanto es así que, aun en presencia de dividendos (lo que es un factor de incertidumbre), el titular de las acciones preferentes no puede por sí mismo capitalizarlos; depende del resultado de la votación en la Junta de Accionistas. No existe, como pretende el Tribunal Constitucional, un "derecho a acordar no repartir dividendos" (considerando N° 52), ya que el accionista no tiene, por sí, la facultad para producir este efecto.

La Teoría de los Derechos adquiridos y las meras expectativas adquiere también una "nueva dimensión", después de este Fallo del TC. Resulta que con su argumentación, del derecho de propiedad sobre cualquier bien corporal o incorporal resulta un 'derecho adquirido' la facultad de celebrar cualquier contrato en la forma autorizada a la fecha de incorporación del respectivo derecho de propiedad al patrimonio; aun cuando la celebración de esos contratos dependa de otros y se refiera a objetos inciertos en el futuro. Esto es desnaturalizar cualquier concepto de derechos adquiridos: "*el derecho a que los dividendos podrían llegar a ser capitalizados*" (considerando N° 51). Si la capitalización de dividendos, que depende de la existencia de los mismos y de un acuerdo de la mayoría de la respectiva Junta de Accionistas, es algo que *podría llegar a ser*, y esta expectativa es un *derecho adquirido*, pienso que el TC abandona aquí el campo del lenguaje jurídico tradicional, incluso para el Derecho Civil.

Todo esto se explica, a mi juicio, además de por los puntos comentados arriba, por la falta de agudeza del Tribunal Constitucional. El inciso que se pretendía derogar no otorga a los accionistas, como dice el TC, "la facultad de no recibir dividendos" (considerando N° 59). Si esto fuera así cada accionista podría ejercerla como titular de su derecho. Pero resulta que lo único que otorga al accionista el referido inciso es la facultad de participar en la votación de la Junta de accionistas. Adicionalmente la norma rebaja el quórum para determinados acuerdos, y crea un título

---

16 El haber sido 'requerido legalmente'.

para la adquisición de cierta categoría de bienes con características propias (las acciones con derecho a participación proporcional íntegra en las utilidades). La facultad para votar en una Junta de Accionistas, por sí misma, no tiene carácter especial, y de hecho continuaría existiendo aun cuando se derogara el mencionado inciso de la Ley 18401. Lo que tiene carácter excepcional es la regulación del acuerdo de la Junta de Accionistas y la existencia de ciertos bienes creados por ley y a los que eventualmente se puede acceder. El inciso IV del art. 10 de la Ley 18401 no otorga derechos directos a esos bienes, sino la facultad de concurrir a la formación de un acto jurídico colectivo y así a la posibilidad, en caso de alcanzarse una cierta mayoría y existir dividendos, de acceder ellos. En el fondo, lo que está en discusión es la posibilidad de acceder, por un mecanismo especialmente diseñado por la ley, a una categoría excepcional (excepcional dentro del sistema de deuda subordinada) de bienes.

27. Particular y peligrosa es la tesis del TC según la cual, cuando se encuentran en juego intereses particulares y privados se excluiría la presencia del interés general en la regulación legal (en especial, considerando N° 50). Toda ley, al tener por objeto último la regulación de conductas, incluyendo la resolución de conflictos de intereses, afecta o puede afectar intereses privados. La idea del interés general es el fundamento teórico que subordina dichos intereses a los requerimientos de la sociedad, los que dentro de los marcos institucionales corresponde determinar al poder político. Precisamente en contra de lo que señala el TC ([60°]) (...) (porque se) está en presencia de un derecho particular, de carácter netamente privado y aplicable a un grupo específico de personas... no cabría entender que privarlos de ese derecho particular pudiera estar amparado en intereses generales de la Nación...) es el interés general el que puede fundamentar intervenir en los intereses particulares, incluso de un solo individuo, si las necesidades sociales del caso lo requiriesen.

28. Otro aspecto que cabe mencionar es el fuerte argumento en pro de un sistema jurídico que proporcione la certidumbre absoluta de un determinado estatuto jurídico. Así en el considerando N° 51 se dice que los accionistas "...actuaron con la certidumbre conferida por la ley y el contrato suscrito de la aplicación de un régimen de normalidad de participación en las inversiones futuras así generadas." Esto, amén de ser una falacia (esa certidumbre jamás pudo tener fundamento en cuanto la aplicación del régimen normal dependía del resultado de la Junta de Accionistas y de la existencia de dividendos), lleva a desconocer que no puede incorporarse este argumento desde el momento en que nuestra Carta reconoce competencia al legislador para variar los estatutos jurídicos de cualquier actividad privada, dentro del esquema propuesto por la Constitución. La certidumbre que da la Carta se refiere al patrimonio que se tiene: no a las posibilidades de acceder a bienes futuros, ya que ellas dependen del ejercicio que el legislador haga de dicha competencia.

En la misma línea, una aplicación estricta de los argumentos contenidos en el considerando N° 67 llevaría a concluir que es casi imposible para el legislador modificar cualquiera legislación que suprimiera o disminuyera facultades para particulares, ya que el Tribunal vincula a los arts. 5, 6 y 7 CPR la confianza (subjettiva) de un individuo, señalando que dicha confianza "se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que

son más desfavorables que aquellas con las cuales quien los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones"<sup>17</sup>.

### *Comentario Final*

La legitimidad de la institución del Tribunal Constitucional no pasa por recibir sus sentencias como dogma de fe. Si bien es cierto aportan en muchos casos elementos para el trabajo doctrinal, éste no puede renunciar a su labor de denunciar pseudoargumentaciones tras las cuales sólo parece percibirse la intención de dar un fundamento pro-forma a un resultado deseado. En este sentido cabe honrar el voto disidente de los ministros Jordán y Colombo, que en especial en sus numerales 4, 5, 6 y 10 contiene argumentos que se oponen con fuerza a la decisión de la mayoría y con los cuales se corresponde parte de lo sostenido en este trabajo.

Por último cabe recordar que sentencias del tipo de la comentada no son sino el resultado de la intención de encontrar en el Tribunal Constitucional la victoria de una batalla perdida en el Parlamento. Esto puede justificarse en la defensa de la Constitución; pero no en sacrificarla al altar de intereses particulares.

17 Esta tendencia a una seguridad a todo evento se observa también en el desarrollo de la jurisprudencia relativa al Recurso de Protección, y a la forma de entenderlo. Cfr. al respecto *supra*, Nota 1, pág. 61.