

Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



ISSN 0716-9132 / 0718-0950 (versión digital)

Revista de
Derecho
(Valdivia)

Volumen XXXIII - N° 2 • Diciembre 2020

Revista
de
Derecho
(Valdivia)

La Revista de Derecho
de la
Universidad Austral de Chile, también *Revista de Derecho (Valdivia)*,
es una revista de estudios generales de Derecho que
se publica en los meses de junio y diciembre de cada año.

Toda solicitud de colaboración, canje, suscripción o compra
debe dirigirse al Director de la Revista,
casilla 567, Valdivia, Chile, o a revider@uach.cl
www.revistaderechovaldivia.cl

Directorios y catálogos
Scopus
SCIELO
Latindex

ISSN N° 0716-9132 / 0718-0950 (versión digital)

Impresión
ANDROS IMPRESORES
Santa Elena 1955
Santiago de Chile



Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO
(Valdivia)

RECTOR UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
OSCAR GALINDO VILLARROEL

DIRECTORA Y EDITORA EN JEFE
SUSAN TURNER SAEIZER

EDITORES ASOCIADOS
LETICIA MORALES
YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO
ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA

CONSEJO EDITORIAL INTERNO

JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN,
Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Presidente

DANIELA ACCATINO SCAGLIOTTI,
Directora Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

FELIPE PAREDES PAREDES,
Director Instituto de Derecho Público

CONSEJO EDITORIAL EXTERNO

EDUARDO ALDUNATE LIZANA (*U. Católica de Valparaíso, Chile*)
JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ (*Tecnológico de Monterrey, México*)
CARLOS PEÑA GONZÁLEZ (*U. Diego Portales, Chile*)
LUCAS SIERRA IRIBARREN (*U. de Chile*)

CONSEJO ASESOR

José Luis Cea Egaña (*U. Católica de Chile*)
Hernán Hormazábal Malarée (*U. de Gerona, España*)
Humberto Nogueira Alcalá (*U. de Talca, Chile*)
Luciano Parejo Alfonso (*U. Carlos III de Madrid, España*)
Roberto Romboli (*U. de Pisa, Italia*)
Agustín Squella Narducci (*U. de Valparaíso, Chile*)
Michele Taruffo (*U. de Pavía, Italia*)

ÍNDICE

Volumen XXXIII - Nº 2 (Diciembre 2020)

INVESTIGACIONES

<i>Positivismos jurídicos, ¿Atria desafía a Bobbio?</i> , Loreto Paz Navarro Gezan	9
<i>Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba</i> , Diego Dei Vecchi	25
<i>La filosofía de la ética profesional: una historia entrañable</i> , David Luban, Bradley Wendel (traducción de Javier Gallego Saade)	49
<i>La variabilidad del precio en el contrato de construcción</i> , María Sara Rodríguez Pinto	79
<i>Garantía convencional y garantía legal: una jerarquía dispersa y temperada</i> , Íñigo de la Maza Gazmuri	101
<i>¿Alimentos retroactivos o daños? Mecanismos para rectificar los efectos de una sentencia injusta</i> , Hugo Cárdenas Villarreal, Bárbara Sepúlveda San Martín	123
<i>Los instrumentos jurídicos ante la discriminación remunerativa entre mujeres y hombres en Chile</i> , Irene Rojas Miño	145
<i>Los actos unilaterales de los Estados como fuente formal del derecho internacional público</i> , Francisco Peña Silva	167
<i>El antagonismo de la doctrina de la nulidad y de la responsabilidad administrativa: ¿mito o realidad?</i> Pedro Harris Moya	189
<i>La problemática de adicciones en pueblos indígenas de Colombia y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad</i> , Angélica María Gutiérrez Ramos	205
<i>Sanción de conductas anticompetitivas extraterritoriales en Estados Unidos y la Unión Europea</i> , Jaime Arancibia Mattar	229

<i>Función y deformación del recurso de unificación de jurisprudencia</i> , Rodrigo Correa González	253
<i>Prisión preventiva y error judicial probatorio</i> , Jaime Andrés Manríquez Oyaneder	275
<i>Los protocolos universitarios para la prevención y sanción de la violencia, acoso y discriminación entre estudiantes: una mirada criminológica y político-criminal</i> , José Ángel Fernández Cruz	297
<i>La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales</i> , Lautaro Contreras Chaimovich	319

JURISPRUDENCIA COMENTADA

<i>Especificación del principio de igualdad en materia de discriminación por discapacidad (Corte Suprema)</i> . Comentario de Renato Lira Rodríguez	343
<i>La pena efectiva en el delito de violación impropia: un conflicto entre merecimiento y necesidad de pena (Tribunal Constitucional)</i> . Comentario de María Isabel Ruiz-Esquide Enríquez	355

RECENSIONES

Juan Cianciardo, Pilar Zambrano, <i>La inteligibilidad del derecho</i> . Recensión de Julio Pohl	363
Mauricio Tapia Rodríguez, <i>Caso fortuito o fuerza mayor</i> . Recensión de Ignacio Labra Saldías	367

INVESTIGACIONES

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000200009>

Positivismos jurídicos, ¿Atria desafía a Bobbio?

Loreto Paz Navarro Gezan*

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar críticamente la tesis de Atria en donde los tres sentidos de positivismo jurídico diferenciados por Bobbio no pueden ser concebidos de forma independiente, sino que se explican recíprocamente. Para lograr este objetivo, el trabajo es dividido en cuatro secciones. La primera presenta la tesis de Norberto Bobbio sobre la necesidad de distinguir tres sentidos de la expresión positivismo jurídico (1). En la segunda se reconstruye la tesis de Fernando Atria donde los tres tipos de positivismo se explican recíprocamente, así como cada uno de los argumentos que la sustentan (2). En la tercera sección se analiza críticamente la tesis de Atria y cada uno de los argumentos en que se apoya (3). Finalmente, se presentan de manera resumida las razones más importantes para concluir que Atria no logra desafiar la distinción bobbiana (4).

Positivismo jurídico – hechos institucionales – naturaleza del derecho

Legal positivisms, does Atria challenge Bobbio?

ABSTRACT

The purpose of this work is to critically analyze Atria's thesis whereby the three discrete meanings of legal positivism identified by Bobbio cannot be conceived of independently, but need each other to be understood. With this goal in mind, the article is divided into four sections. The first section presents Norberto Bobbio's thesis on the need to differentiate between three meanings of the expression 'legal positivism' (1). The second section contains a reconstruction of Fernando Atria's thesis according to which the three kinds of positivism are mutually explanatory, as well as each of the arguments that ground it (2). In the third section Atria's thesis and its supporting arguments are critically analyzed (3). Finally, the main reasons to conclude that Atria fails to challenge the Bobbian distinction are briefly introduced (4)

Legal positivism – institutional facts – nature of law

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Profesora e investigadora, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Chile. Correo electrónico: loretonavarrogezan@gmail.com

Agradezco a los miembros del Seminario de lecturas e introducción a la investigación en teoría del Derecho de la Universidad Diego Portales: Seren Ataoglu, Tamara Hernández, Almendra Merino, Rodrigo Miranda, Francisco Pino, Diego Sanhueza y Diego Villegas, y especialmente, a su directora, María Beatriz Arriagada, quienes realizaron agudas observaciones a un borrador de este trabajo. Agradezco también a quienes asistieron a las Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho el 2017, oportunidad en la que presenté una versión previa de este trabajo y en la que recibí valiosos comentarios.

Artículo recibido el 20.8.2019 y aceptado para su publicación el 4.12.2019.

INTRODUCCIÓN

Delimitar la noción de positivismo jurídico no es una tarea fácil. Respecto de la pregunta de qué es el positivismo jurídico se han propuesto varias respuestas, sin embargo, aún no se puede afirmar que haya una que suscite acuerdo. Esto se puede explicar, en parte, porque la expresión “positivismo jurídico” era (y sigue siendo) utilizada de manera indiscriminada para etiquetar distintas tesis heterogéneas y para categorizar a filósofos que, si bien comparten algunas ideas, son muy diferentes entre sí, como Bentham, Austin, Kelsen, Ross, Hart, Bobbio y Raz¹.

El positivismo jurídico surge de la mano de Bentham y Austin, quienes ya en el siglo XVIII y a comienzos del siglo XIX insistieron en la necesidad de distinguir el derecho que es del derecho que debe ser². Esta idea, revolucionaria para su época, no tardó demasiado en ser juzgada de manera negativa.

Ya en la segunda mitad del siglo XIX, luego de una seguidilla de regímenes totalitarios en Rusia, Italia, Portugal, Alemania y España, el positivismo comenzó a ser acusado de haber contribuido a aquellos regímenes o, al menos, de haber disminuido la posibilidad de resistencia³. Así, la separación entre el derecho y la moral comenzó a considerarse superficial y errónea; entonces el rótulo “positivismo jurídico” se tornó peyorativo⁴ y las obras que en aquella época constituían los principales referentes positivistas (como las de Kelsen y Ross⁵) comenzaron a enfrentar fuertes intentos de desprestigio iniciándose una verdadera cruzada en contra de esta corriente de pensamiento⁶.

Motivados probablemente por las injustas tesis atribuidas al positivismo jurídico, varios filósofos del derecho intentaron definirlo. Me atrevería a decir que los intentos más importantes de autodefinición surgieron luego de la publicación de un artículo de Hart donde atribuía cinco significados distintos a la expresión positivismo jurídico⁷.

¹ BULYGIN, 2006, p. 62.

² Ver: BENTHAM, 1843 (1776) y AUSTIN, 1832.

³ BULYGIN, 2006, pp. 71 y ss. Una de las críticas más famosas en esta línea fue la que provino de Radbruch, quien, luego de haber sido positivista, llegó a afirmar que el principio positivista de que la ley es la ley no conocía limitación alguna. RADBRUCH, 1962 (1946), p. 21.

⁴ HART, 1958, pp. 594 y 595.

⁵ Ya en la primera edición de su *Teoría pura*, Kelsen anuncia que la suya es una teoría sobre el derecho positivo y que solo pretende distinguir qué es y cómo es el derecho, pero no, en cambio, responder a la pregunta de cómo deba ser. KELSEN, 2002 (1934), pp. 15 y ss; Ross, por su parte, insiste en la necesidad de distinguir el derecho positivo de la justicia y aclara que la ideología de la justicia no puede tener cabida en el examen racional del valor de una norma. ROSS 1994 (1953), pp. 261 y ss.

⁶ KELSEN, 2006 (1954), pp. 15 y ss.

⁷ (i) La pretensión de que las leyes son órdenes de seres humanos; (ii) la pretensión de que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral; (iii) la pretensión de que el análisis de los conceptos jurídicos es algo que vale la pena hacer y debe ser diferenciado de las indagaciones históricas, sociológicas y críticas o evaluaciones morales u otros; (iv) la pretensión de que un sistema jurídico es lógicamente cerrado y (v) la pretensión de que los juicios morales no pueden ser defendidos o referidos de manera racional. Un punto curioso es que los cinco sentidos del concepto que despertaron el interés de los filósofos del derecho de aquella época no se encontraban en el desarrollo del artículo, sino que apenas fueron presentados en una nota

El artículo causó tal interés que motivó el famoso congreso de Bellagio en 1960, donde importantes filósofos del derecho se reunieron con el objetivo de trazar un mapa acerca del positivismo jurídico y lograr identificar los diversos sentidos con los que se manejaba la expresión⁸.

Entre los intentos más destacados luego de ese congreso se pueden nombrar, además del de Bobbio (al que me referiré con mayor detención en el próximo apartado) los siguientes: (1) el de Ross, quien entendió la expresión como representativa de una actitud o enfoque de los problemas tanto de la filosofía jurídica como de la teoría del derecho, basado en los principios de una filosofía empirista y antimetafísica⁹; (2) el de ScarPELLI, quien es considerado uno de los primeros positivistas éticos por afirmar que el positivismo jurídico es aquella corriente de pensamiento en la cultura jurídica en la que se da del derecho una definición voluntarista y no valorativa, que hace del mismo un sistema de normas establecida por la voluntad de seres humanos, portador de algunas características que lo identifican, independiente de su adecuación a criterios morales o ideológicos¹⁰; (3) el de Raz quien atribuye al positivismo tres tesis: (i) lo que es derecho y lo que no lo es depende de hechos sociales (tesis social), (ii) el valor moral del derecho es una cuestión contingente (tesis moral) y (iii) hay términos, como derechos y deberes, que no pueden ser usados con el mismo significado en el contexto jurídico y en el contexto moral¹¹.

Los intentos por definir el positivismo jurídico continuaron¹², pero el de Norberto Bobbio es considerado uno de los más influyentes en la teoría del derecho¹³. Por esta razón no sorprende que desde sus inicios y hasta la actualidad haya sido objeto de críticas. A continuación revisaré su propuesta.

al pie. Al parecer Hart no dimensionó la importancia de sus palabras: *Puede ser útil identificar cinco –quizás haya más– significados de “positivismo”*. HART, 1962 (1958), pp. 601 y 602 (nota número 25).

⁸ LLOREDO, 2017, p. 252.

⁹ ROSS, 1991 (1961), p. 11.

¹⁰ SCARPELLI, 1997 (1965), p. 92.

¹¹ RAZ, 2011 (1979), pp. 57 y ss.

¹² De hecho, el mismo Hart realizó lo que se podría llamar un segundo intento de definición, donde si bien afirma no querer dar una definición genérica de positivismo jurídico, delimita su sentido al atribuirle tres tesis. Las tesis son: (i) La conexión entre el derecho y moral es contingente (tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral), (ii) Los criterios últimos de validez del derecho descansan en una práctica social (tesis de las fuentes sociales) y (iii) En todo sistema jurídico habrá ciertos casos no previstos o regulados donde el derecho es indeterminado, por lo que el juez debe ejercitar su discrecionalidad (tesis de la discrecionalidad judicial). HART, 1980, pp. 4 y ss. Ver, además: HOERSTER, 1992 (1989); BAYÓN, 2002 y CAMPBELL, 2002.

¹³ ATIENZA y RUIZ MANERO, 2007, p. 10; LORREDO, 2017, p. 253.

I. LOS POSITIVISMOS JURÍDICOS SEGÚN BOBBIO

Según Bobbio, para comenzar una discusión útil acerca de aquello que se conoce como positivismo jurídico, resulta necesario distinguir tres sentidos del mismo. La razón por la que considera útil distinguir algo que comúnmente se considera como una única doctrina es que no cree que exista una relación necesaria (ni lógica ni causal) entre aquellas tres versiones del positivismo jurídico¹⁴.

Así es como distingue entre: (i) positivismo como modo de acercarse al derecho, (ii) positivismo teórico y (iii) positivismo ideológico. El primero de ellos busca delimitar el objeto de la investigación, es decir, el derecho, y se abstiene de tomar una posición ética frente al derecho que es asumiendo, en cambio, una actitud objetiva o a-valorativa frente al objeto de estudio. Por esta razón, el positivismo metodológico acepta como criterio para distinguir aquello que es derecho (de aquello que no lo es) la derivación de hechos verificables y no la eventual correspondencia con criterios morales¹⁵.

El positivismo jurídico como teoría vincula al derecho con la formación de un poder soberano capaz de ejercitar coacción, es decir, vincula al derecho con el Estado. Desde un punto de vista histórico, la teoría positivista es expresión de la conciencia de que el derecho es producido por el Estado. Será positivista teórico quien sostenga que es fácticamente verdadero que el derecho vigente es un conjunto de reglas de conducta que de manera directa o indirecta son formuladas o aplicadas por el Estado. En otras palabras, el positivista teórico describirá la realidad jurídica señalando que el derecho emana del Estado¹⁶.

Por último, el positivismo jurídico como ideología es aquel que sostiene que hay un deber moral de obedecer las reglas jurídicas. Esta tesis se puede justificar de dos formas: (i) El derecho positivo, por el hecho de emanar de la voluntad soberana, es siempre justo (el criterio de justicia y de validez del derecho es el mismo); y (ii) El derecho positivo (reglas que emanan de quien ejerce el monopolio de la fuerza) sirve a un fin deseable (como el orden, la paz, u otros) independientemente de si sus reglas son justas o injustas¹⁷.

Si bien la distinción tripartita de Bobbio no ha estado exenta de críticas¹⁸, no puede negarse la importancia y utilidad que, de hecho, tuvo para la teoría del derecho de aquella época. Sirvió especialmente para encasillar al positivismo jurídico de Kelsen, Ross y Hart (además del que defendía el propio Bobbio) y asegurar que aquel no era ni el teórico ni el ideológico, sino el metodológico¹⁹. La importancia de la distinción

¹⁴ BOBBIO, 1991 (1965), p. 45.

¹⁵ BOBBIO, 1991 (1965), pp. 46 y siguientes.

¹⁶ BOBBIO, 1991 (1965), pp. 49 y siguientes.

¹⁷ BOBBIO, 1991 (1965), pp. 52 y siguientes.

¹⁸ Ver, por ejemplo: SCARPELLI, 1997 (1965), pp. 87 y ss; ATRIA, 2016, pp. 79 y ss; RUIZ MANERO, 2015, p. 14; LLOREDO, 2017, p. 253 y ss.

¹⁹ Tal vez Atria tiene razón cuando afirma que el éxito y la gran influencia de la distinción de Bobbio se debe, en parte, a que la teoría y la ideología se habían transformado en un lastre que ya no había necesidad de cargar. ATRIA, 2016, p. 81.

se observa incluso hasta la actualidad. Sabido es que todo aquel que quiera escribir del positivismo jurídico debe tener en cuenta esta distinción, aunque sea para criticarla²⁰.

II. EL DESAFÍO DE ATRIA A LA DISTINCIÓN BOBBIANA

El análisis crítico de la tesis atriana respecto de la distinción bobbiana no es posible sin contextualizarla y reconstruirla.

En *La forma del derecho* se defiende la tesis de que el positivismo jurídico no puede ser entendido sin referencia al derecho moderno como conquista política²¹ y se rechaza la plausibilidad de una teoría del derecho puramente conceptual o descriptiva²². Ello abre camino a la comprensión del positivismo jurídico como una teoría cuya preocupación central es contribuir a la mantención del sentido que es posible encontrar detrás de nuestras prácticas jurídicas. El positivismo jurídico es una comprensión del derecho funcional al autogobierno democrático²³.

Parte importante del argumento de *La forma del derecho* descansa en su crítica a la distinción de Bobbio²⁴ y ella consiste en que, lejos de ser esta distinción una taxonomía de las tres versiones de positivismo jurídico, lo que haría en realidad es inaugurar la incomprensión de la tradición positivista. La tesis de Atria es que las tres versiones del positivismo jurídico no pueden ser entendidas de manera independiente, sino que se explican recíprocamente²⁵.

En sus propias palabras:

“El objetivo (“ideológico”) de afirmar la artificialidad y por consiguiente la autonomía del derecho moderno implica una teoría del derecho conforme a la cual su forma paradigmática de manifestación era la ley, porque solo la ley puede ser entendida como la manifestación de la voluntad soberana, y en todo caso si ahora la autoridad del derecho era reconducible a la voluntad soberana era evidente que el derecho debía ser entendido en clave estatalista, porque el Estado es el agente de la soberanía. Hemos visto que esa forma de positivismo era posible solo superando la comprensión pre-moderna conforme a la cual el derecho era el desarrollo de la razón en la historia de acuerdo al modo que tradicionalmente ella había sido entendida, y por consiguiente, el positivismo original suponía que el derecho carecía de conexión intrínseca con la razón (...). La tesis de que el derecho está conectado extrínsecamente (contingentemente) con la razón no es una tesis conceptual sobre la naturaleza del derecho; es una tesis política que enfatiza el hecho de que la opinión

²⁰ ATIENZA y RUIZ MANERO, 2007, p. 10.

²¹ ATRIA, 2016, pp. 49 a 66.

²² ATRIA, 2016, pp. 77 a 94.

²³ ATRIA, 2016, pp. 27, 50 a 55, 83 a 85.

²⁴ ATRIA, 2016, p. 85.

²⁵ ATRIA, 2016, p. 52 y 80 y ss.

de alguien sobre la injusticia de las leyes es (...) solo su opinión particular y no es apta (...) para afectar la validez del derecho²⁶.

En la justificación de su tesis se pueden distinguir tres argumentos: (i) el positivismo teórico es un discurso constitutivo y normativo; (ii) el positivismo teórico fundamenta el positivismo metodológico y (iii) el positivismo teórico fundamenta el ideológico²⁷. Los tres tienen el mismo objetivo (defender la tesis de que los tres tipos de positivismo se explican recíprocamente), pero su estructura es diferente. El primer argumento es una tesis acerca de la ontología del positivismo teórico, acerca de qué es una teoría positivista del derecho. Los dos siguientes intentan dar cuenta de una relación de fundamentación entre el positivismo teórico y el positivismo metodológico e ideológico respectivamente.

A continuación examinaré en detalle cada uno de sus argumentos para luego revisar su plausibilidad.

1. *El positivismo teórico es un discurso constitutivo y normativo*

Para sostener que la tesis del positivismo teórico es un discurso constitutivo y normativo, Atria utiliza la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales. Los hechos brutos son esencialmente hechos físicos o físicos y mentales y para su conocimiento se supone que lo esencial son simplemente observaciones empíricas. Los hechos que, en cambio, suponen la existencia de instituciones humanas son hechos institucionales²⁸. La actitud que adoptamos respecto de los hechos brutos es irrelevante para efectos de su constitución (una montaña puede ser una montaña aun si nadie cree que es una montaña), pero cuando se trata de hechos institucionales, la actitud que adoptamos es parcialmente constitutiva del fenómeno (que algo sea una fiesta depende, por ejemplo, de que se piense que es una fiesta)²⁹.

De acuerdo con Atria, el derecho es un hecho institucional y por ser tal, las descripciones teóricas funcionan en el mismo nivel que la práctica. Cuando se describe el derecho al mismo tiempo se lo está constituyendo, es decir, la descripción del derecho no funciona como la descripción de un hecho bruto; la descripción no deja las cosas tal como estaban, sino que modifica el hecho que se está describiendo. El teórico del derecho no puede entender su labor como si se tratara de describir algo que existe de forma independiente de su descripción, porque la naturaleza del derecho está determinada por su análisis y por eso lo normativo y lo descriptivo están, hasta cierto punto, mezclados³⁰. Así, el positivismo teórico no es, como pretende, solo una teoría descriptiva, sino

²⁶ ATRIA, 2016, p. 80.

²⁷ Se trata de una reconstrucción de la teoría de Atria, pero él no los presenta en ese orden ni con esos nombres. El argumento que aquí es presentado en primer lugar, en *La forma del derecho* aparece en el tercero. El cambio de orden se debe a que su comprensión resulta indispensable para la de los dos siguientes.

²⁸ SEARLE, 2003 (1969), pp. 60 y 68 y ss.

²⁹ SEARLE, 1995, p. 51.

³⁰ ATRIA, 2016, p. 89.

también una constitutiva y normativa (ya que no puede reclamar agnosticismo respecto de aquello que describe y constituye³¹).

Esto se vincula con sus tesis acerca del tipo de explicación que sobre los conceptos jurídicos debe dar la teoría del derecho y que, a su vez, se encuentra relacionada con la tesis acerca de lo que los conceptos jurídicos son³².

En términos muy simples, Atria entiende que los conceptos jurídicos —como lo es el derecho— son estructuras institucionales que hacen probable el desempeño de una función que es improbable sin la mediación de la estructura³³. Para Atria la función es explicativamente fundamental respecto de la estructura porque el sentido de esta última es hacer probable una función³⁴. Por tanto, una teoría del derecho con sentido debe contar con una teoría acerca de su función; cualquier pretensión de identificar la estructura o forma del derecho sin contar con una teoría respecto de su función carece de sentido³⁵.

Llevado al Derecho, Atria sostiene que su estructura es funcional al autogobierno democrático. Por tanto, su forma puede identificarse gracias al autogobierno democrático y este último se cumple gracias a la forma del derecho³⁶.

Este argumento explica, en parte, la importancia que Atria atribuye a la reconstrucción del positivismo original³⁷. De acuerdo con su reconstrucción, el positivismo jurídico se retrotrae a Bentham, pues él habría introducido una concepción distinta (moderna) del derecho que sostenía que las leyes no tenían razón intrínseca, no eran algo dado, sino que son creadas por la voluntad del soberano (producto humano); en consecuencia, constituyen (no describen) el derecho³⁸. Esta comprensión habría surgido en contra del derecho premoderno que entendía que este era la descripción de la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas³⁹. Bentham habría creído, además, que había que reformar el *Common Law* porque consideraba que era incierto y arbitrario

³¹ ATRIA, 2016, p. 89. Cuestión distinta es afirmar que esta tesis constitutiva y normativa abre camino a un tipo de positivismo cuya preocupación central es su contribución a la mantención del sentido que es posible encontrar detrás de las prácticas jurídicas (Atria, pp. 27 y 65). Esto último explica su tercer argumento: ver infra II.3.

³² La relación entre ambas tesis se puede ver en ARRIAGADA, 2019, p. 4 y ss.

³³ Ver: ATRIA, 2016, pp. 133 a 157. Una excelente reconstrucción de la tesis general de los conceptos jurídicos defendida en *La forma del derecho* se puede ver en ARRIAGADA, 2019.

³⁴ Pero la estructura hace probable la función porque es operativamente opaca a ella. Esto implica, según Atria, que una estructura que es racionalmente dependiente, pero operativamente autónoma de la función. Para una mayor explicación ver: ATRIA, 2016, p. 149 y 150.

³⁵ ATRIA, 2016, p. 149.

³⁶ ATRIA, 2016, pp. 27, 64, 83, 148 a 150.

³⁷ Como este primer argumento es el que abre camino a la comprensión del positivismo como una teoría cuya preocupación central es contribuir a la mantención del sentido que hay detrás de las prácticas jurídicas, la reconstrucción del origen del positivismo jurídico también es importante para entender el tercer argumento de Atria (el positivismo teórico fundamenta el positivismo ideológico). Ver: infra II.3.

³⁸ ATRIA, 2016, pp. 50 a 55.

³⁹ ATRIA, 2016, p. 56. Ferrajoli explica con detalle la distinción entre derecho premoderno, estado legislativo de derecho y estado constitucional de derecho. FERRAJOLI, 2001, pp. 34 y ss

y a eso Atria agrega que hacía imposible el ideal de autogobierno⁴⁰. Por esa razón, dice Atria, el positivismo jurídico no puede ser entendido sin referencia al derecho moderno como conquista política y rechaza la plausibilidad de una teoría del derecho puramente conceptual o descriptiva⁴¹.

La comprensión atriana del derecho como producto artificial y funcional al autogobierno democrático le permite, además, fundamentar su tesis acerca de que la soberanía la detenta el pueblo. Una vez que el derecho es entendido como voluntad, dice Atria, esa voluntad no puede sino ser la de todos, la del pueblo. La idea democrática de que la ley es la voluntad del pueblo es la consumación de la idea moderna de que la ley es la voluntad; no se trata de cuestiones independientes. Atria identifica la estructura de la ley como el resultado de un procedimiento, el previsto en la Constitución, e identifica su función como la de imputar la voluntad del pueblo, porque piensa que para hacer inteligible la estructura hay que entender que ella hace probable el desempeño de esa función⁴².

2. *El positivismo teórico fundamenta el positivismo metodológico*

El positivismo metodológico, de acuerdo con Atria, carece de sentido en sus propios términos. Esta variante de positivismo solo sería plausible en la medida que el positivismo teórico (supremacía del derecho creado) y positivismo ideológico (importancia del respeto a las reglas legales como expresión de autogobierno) sigan siendo las formas de autocomprensión de las prácticas jurídicas. Dicho de otra manera, el positivismo solo puede ser entendido (solo tiene sentido, solo es plausible, solo es inteligible⁴³) si se funda en una teoría y en una ideología (ya que no puede fundarse a sí mismo)⁴⁴.

El positivismo metodológico se define por una tesis de cómo ha delimitarse el objeto del derecho: de manera objetiva o a-valorativa. El modo a-valorativo de acercarse al derecho, dice Atria, supone una teoría que afirme que el derecho puede ser descrito tal como es, a-valorativamente (desde una posición neutral); es decir, este tipo de positivismo no puede autofundarse. Para saber si es correcto o no el punto de partida, para saber si es válido o no el juicio de oportunidad en que se sitúa el positivismo metodológico, es necesaria una teoría del derecho que diga qué es el derecho (que diga qué es aquello que se puede estudiar de forma neutral)⁴⁵.

Atria sostiene que cuando los positivistas metodológicos afirman que el derecho (es decir, su objeto de estudio) se determina por referencia a su naturaleza, la afirmación es enteramente vacía. La pregunta por la naturaleza de algo, según Atria, puede entenderse por la identidad de la cosa en cuestión (qué es esa cosa) o por las propiedades que

⁴⁰ ATRIA, 2016, p. 64.

⁴¹ ATRIA, 2016, pp. 49 a 66.

⁴² ATRIA, 2016, pp. 178, 179 y 180.

⁴³ Atria utiliza los términos indistintamente. Ver: ATRIA, 2016, p. 82 y 83.

⁴⁴ ATRIA, 2016, p. 82 y 83.

⁴⁵ ATRIA, 2016, p. 83.

la caracterizan. Pero cuando se trata del derecho la apelación a su naturaleza es vacía porque la naturaleza de este fenómeno (su identidad y características) no es anterior a su análisis que puede servir como criterio de corrección por vía de la experimentación⁴⁶. Al ser un hecho institucional, el concepto de derecho no se puede dar por establecido como se da por instaurado el concepto de un hecho bruto⁴⁷.

3. *El positivismo teórico fundamenta el ideológico*

El tercer argumento que Atria aduce para sostener que los tres sentidos del positivismo jurídico se explican recíprocamente es que el positivismo teórico fundamenta al ideológico. Según Atria, es precisamente *porque* podemos reconocer en la ley nuestras decisiones (en virtud de las formas institucionales de producción de la ley) que nuestra lealtad hacia ellas es independiente de su contenido⁴⁸. Dicho de otra manera, hay un deber de obediencia (lealtad) al derecho, pero no porque sea derecho, sino porque sirve al autogobierno democrático.

Este argumento también explica la importancia que Atria atribuye a la reconstrucción del origen del positivismo jurídico. El lenguaje empleado en el debate entre el positivismo jurídico de Bentham (que introdujo la concepción moderna del derecho como producto artificial⁴⁹) y sus oponentes, inducía a pensar que la diferencia era analítica o conceptual, pero entenderlo de ese modo es, según Atria, un error⁵⁰. Teniendo en cuenta su interés en la reforma es que el positivismo de Bentham debe ser entendido como su contribución a la creación y a la *mantención* de una práctica positivista (más específicamente, del sentido que es posible encontrar detrás de nuestras prácticas jurídicas). El positivismo jurídico nació enfatizando la idea de que el derecho era un producto humano y, por tanto, era un instrumento de la política⁵¹.

La comprensión premoderna del derecho es problemática para Atria porque hace imposible el ideal de autogobierno democrático⁵². Y por eso, el tipo de positivismo jurídico que defiende Atria no puede separarse de lo que, de acuerdo con Bobbio, podríamos llamar positivismo teórico. Es lo que le permite afirmar que el derecho es un producto artificial, que es la voluntad del Estado, es decir, de todos, del pueblo⁵³. En definitiva, su razonamiento es, más o menos, el siguiente: para que la teoría positivista sea inteligible debe contar con una teoría acerca de la función del derecho. Si la

⁴⁶ ATRIA, 2016, p. 85 y 86. Esto se vincula con su tesis acerca de la ontología de la teoría jurídica. Ver *supra* II.1.

⁴⁷ ATRIA, 2016, p. 86.

⁴⁸ ATRIA, 2016, p. 85.

⁴⁹ ATRIA, 2016, pp. 50 a 55.

⁵⁰ ATRIA, 2016, p. 49.

⁵¹ Atria, 2016, pp. 27 y 49 a 66.

⁵² Este problema lo advierte Atria, no Bentham. Ver: ATRIA, 2016, p. 49.

⁵³ ATRIA, 2016, p. 85. Si bien todo tipo de positivismo entiende que el derecho es un producto artificial que emana de una voluntad, el positivismo teórico de Bobbio agrega que esa voluntad es la del Estado. BOBBIO, 1991 (1965), pp. 46 y siguientes.

función del derecho es servir al autogobierno democrático, debe ser entendido como un producto artificial (comprensión moderna del derecho). La teoría positivista entiende (o debe entender para ser inteligible) al derecho como producto artificial que sirve al autogobierno democrático porque solo de esa forma se puede afirmar que (abre camino a una tesis que indica que) el derecho debe ser obedecido (nuestra lealtad al derecho depende de que sirva al autogobierno democrático) no por ser derecho, sino porque (y cuando) sirve al autogobierno democrático.

III. ¿DESAFÍA REALMENTE ATRIA LA DISTINCIÓN BOBBIANA?

Si bien la radicalidad de la tesis de Atria es indiscutible, su plausibilidad no lo es. A continuación realizaré un análisis crítico de la tesis de Atria en donde los tres tipos de positivismo se explican recíprocamente. Para lograrlo, esta sección es dividida en dos partes: en la primera de ellas (1) sostendré que distinguir la ontología de una entidad y el tipo de juicios que respecto de ella se pueden formular sirve para descartar el primer y segundo argumento de Atria (que el discurso teórico es un discurso constitutivo-normativo y que el positivismo teórico fundamenta el positivismo metodológico); en la segunda sección (2) sostendré que el que la teoría positivista sea el fundamento de la ideología positivista es, en realidad, una cuestión contingente y depende del contenido que se le atribuya al positivismo ideológico.

1. *Enunciados objetivos acerca de entidades subjetivas*

Atria piensa que la naturaleza del derecho (o, al menos, buena parte de ella) no es anterior a su análisis porque el derecho es un hecho institucional y, por tanto, su descripción no funciona a un nivel distinto de la práctica⁵⁴.

Admitir que el derecho es un hecho institucional y que aquello que es derecho depende de lo que la mayoría de la sociedad cree que es derecho, no significa que su naturaleza esté determinada por su análisis, al menos no en el modo en que Atria entiende análisis. Solo significa que la existencia del derecho o, más bien, su ontología, es subjetiva, en el sentido de que solo existe en relación con ciertas actitudes de las personas, no podría existir si no hubiera seres humanos que crean en ello⁵⁵. Dicho de otro modo, que el derecho sea un hecho institucional significa que su naturaleza (su identidad o las propiedades que lo caracterizan) está determinada por la creencia que la mayoría de la sociedad tenga del derecho, pero no significa que (ni siquiera en alguna medida) esté determinada por su análisis o por la descripción que se haga de él.

⁵⁴ ATRIA, 2016, p. 89.

⁵⁵ Ver: SEARLE, 1995, p. 30 Searle hablaba de la intencionalidad colectiva para referirse a esto. SEARLE, 1995, pp. 41 y ss. Hart, por su parte, se refería al aspecto interno de las reglas para referirse a la aceptación que hace el grupo social de ellas y sostenía que para que la regla exista por lo menos algunos tienen que aceptar la conducta como pauta de comportamiento, HART, 2012 (1961), pp. 69 y ss.

La principal razón por la que Atria se equivoca es porque no distingue entre las creencias que son parte constitutiva de lo que es el derecho y las descripciones o análisis de estas creencias. Las creencias que son parte constitutiva del derecho son las de la mayoría de la sociedad⁵⁶, no las creencias que analizan esas creencias. Además, no advierte que el que el derecho sea ontológicamente subjetivo no es un impedimento para formular enunciados (epistémicamente) objetivos de él. Como advierte Searle, podemos formular enunciados que sean epistémicamente objetivos en relación con entidades que son ontológicamente subjetivas⁵⁷. Si se tiene esta distinción en cuenta (una cosa es la ontología de una entidad y otra el tipo de juicio que realizamos a su respecto) entonces se puede descartar tanto el primer como el segundo argumento de Atria.

El primero de ellos (el positivismo teórico es un discurso constitutivo y normativo), porque la naturaleza subjetiva del derecho no depende del análisis de las creencias de la mayoría de la sociedad, sino que depende directamente de las creencias de esa mayoría. Por eso, no podemos decir que la naturaleza del derecho es posterior a su análisis, porque no está mediada por él. Esto lleva a descartar, a su vez, que el discurso teórico sea un discurso constitutivo. Lo que es constitutivo del derecho son las creencias de la mayoría de la sociedad, no el análisis de aquellas creencias.

La posibilidad de distinguir entre entidades subjetivas y enunciados objetivos de entidades subjetivas sugiere, además, que es posible un discurso puramente descriptivo respecto de entidades subjetivas. No es verdad que lo normativo y lo descriptivo estén entremezclados y que el teórico no pueda reclamar agnosticismo frente a su objeto de estudio. La posibilidad de describir una entidad subjetiva de manera objetiva indica que el positivista teórico sí puede reclamar agnosticismo frente a su objeto de estudio⁵⁸.

A lo dicho del primer argumento se podría agregar, como lo hace Redondo, que la tesis en donde la teoría jurídica constituye en alguna medida aquello que es derecho implica sostener que, en idéntica medida, el derecho es necesariamente una entidad teórica y esta conclusión contradice la premisa de la que parte Atria, que el derecho es una entidad institucional⁵⁹. La tesis acerca de la ontología del discurso jurídico en Atria está necesariamente conectada con su tesis acerca de la ontología del derecho⁶⁰.

⁵⁶ Ver: HART, 2012 (1961), pp. 69 y ss.

⁵⁷ SEARLE, 1995, p. 28. Hart, por su parte, sostenía que es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta (esto es lo que él denomina punto de vista externo) y formular enunciados que den cuenta de que los miembros de la sociedad las aceptan como pauta o criterios de conducta. HART, 2012 (1961), pp. 110 y 111 y nota 110.

⁵⁸ Afirmar que el discurso teórico es descriptivo no es incompatible con afirmar que puede ser un instrumento de la política. Que un discurso descriptivo sea ideológico no es lo mismo que afirmar que un discurso teórico sirva para fines ideológicos. La tesis que afirma que el derecho es un producto artificial (que es una tesis puramente descriptiva) puede ser utilizada como instrumento político para afirmar, por ejemplo, que el derecho sirve al autogobierno democrático. Por esa razón este argumento no sirve para descartar el tercer argumento de Atria.

⁵⁹ REDONDO, 2019, p. 170. Para una crítica a la teoría de los conceptos jurídicos de Atria ver: Arriagada, 2018, pp. 11 y siguientes.

⁶⁰ Una tercera razón para descartar esta tesis podría ser que es discutible que el discurso teórico siga siéndolo si, al mismo tiempo, constituye el fenómeno que describe. Pero tal argumento tiene que ver con la

El segundo argumento (el positivismo teórico fundamenta el positivismo metodológico) se puede descartar por la misma razón que el anterior: la naturaleza del derecho no es anterior a las creencias de la mayoría de la sociedad que lo constituyen, pero sí es anterior al análisis de aquellas creencias. No es verdad, entonces, que sea vacía la afirmación de los positivistas metodológicos acerca de que su objeto de estudio se determina por referencia a su naturaleza (identidad o propiedades que lo caracterizan). Bien puede un positivista metodológico carecer de una teoría positivista (en los términos de Bobbio) y sostener que el derecho se puede estudiar desde un punto de vista neutral porque se trata de un hecho institucional cuya existencia subjetiva puede ser objetivamente descrita. Es cierto que el positivista metodológico necesita saber —en alguna medida— qué es el derecho para saber si su punto de partida es o no correcto, pero no necesita de una teoría positivista en los términos de Bobbio. Solo necesita determinar su objeto de estudio por referencia a su naturaleza y aun cuando se admita que esta es subjetiva, no significa que ella esté determinada por su análisis y que, por tanto, no sea posible estudiarla y describirla objetivamente⁶¹.

2. *Una relación de fundamentación contingente entre la teoría y la ideología positivista*

Que la teoría positivista sea el fundamento de la ideología positivista es, en realidad, una cuestión contingente y depende del contenido que se le atribuya al positivismo ideológico. Si se restringe el significado del positivismo ideológico al positivismo ideológico atriano (el derecho legislado es valioso porque permite el autogobierno de una comunidad política) efectivamente decir que el derecho emana de la voluntad del Estado, del pueblo (teoría positivista) funciona como fundamento para decir que el derecho debe ser obedecido porque permite el autogobierno democrático (positivismo ideológico).

Si, en cambio, se entiende que el objetivo ideológico consiste en consagrar un deber moral de obedecer reglas jurídicas, es decir, otorgarle un valor positivo al derecho legislado, entonces el positivismo teórico deja de ser el único fundamento posible del positivismo ideológico y pasa a ser, únicamente, una condición contingente. El objetivo ideológico de afirmar un deber moral de obediencia al derecho se podría fundar en que el derecho sirve a un fin deseable distinto como la paz o la justicia. Se puede válidamente llegar a la conclusión de que el derecho debe ser obedecido (positivismo ideológico en términos bobbianos) sin incluir en el razonamiento una tesis positivista teórica como premisa⁶².

im/propiedad de llamar teórico a un discurso constitutivo y normativo, cuestión de la que no me ocuparé en esta ocasión.

⁶¹ Esto no vuelve al positivismo metodológico superficial. Una teoría de este tipo tiene un propósito explicativo sin apartarse del modo en que la práctica es comprendida por sus participantes. Por tanto, no es verdad que se quede en la superficie de ellos. Ver: ARRIAGADA, 2018, p. 19.

⁶² El positivismo ideológico no presupone el positivismo teórico caracterizado por Bobbio (el derecho es producido por el Estado). Sí presupone en cambio, la tesis (también teórica) que afirma que el derecho es un producto artificial.

Lo anterior explicaría la molestia de Atria respecto de la tosca caracterización que Bobbio hace del positivismo ideológico. No cualquier positivismo ideológico se fundamenta en el positivismo teórico, sino solo aquel que afirma que el deber moral de obedecer las reglas jurídicas se basa en que el derecho positivo sirve para el autogobierno democrático.

No puede negarse que la caracterización de Bobbio respecto del positivismo ideológico efectivamente es tosca. De hecho, no es fácil encontrar filósofos que crean que el derecho debe ser obedecido porque es justo⁶³, pero de esto no se sigue que sea verdad que el positivismo teórico funde al positivismo ideológico. De ahí Bobbio afirma que entre positivismo ideológico y teórico, hay una relación fáctica o histórica.

IV. CONCLUSIÓN

Si bien la tesis de Fernando Atria de que los tres tipos de positivismo jurídico distinguidos por Bobbio se explican recíprocamente es defendida de manera elocuente, no resulta indiscutible.

La principal razón por la que Atria se equivoca es que no distingue entre las creencias que son parte constitutiva de lo que es el derecho y las descripciones o análisis de estas creencias. El que el derecho sea un hecho institucional y que, por tanto, lo que es derecho dependa de lo que la mayoría de la sociedad crea que es derecho, no significa que su naturaleza esté determinada por su análisis, solo significa que la existencia del derecho o, más bien, su ontología, es subjetiva. Y el que su ontología sea subjetiva no es un impedimento para formular enunciados (epistémicamente) objetivos acerca de él.

Distinguir la ontología de una entidad y el tipo de juicios que respecto de ella se pueden formular sirve para descartar el primer y segundo argumento de Atria. El primer argumento de Atria era una tesis acerca de la ontología del discurso jurídico como discurso constitutivo y normativo. Se cuestiona porque la naturaleza subjetiva del derecho no depende del análisis de las creencias de la mayoría de la sociedad, sino que depende directamente de las creencias de esa mayoría. Esto lleva a descartar, a su vez, que el discurso teórico sea un discurso constitutivo y sugiere que es posible un discurso puramente descriptivo de entidades subjetivas.

De acuerdo con su segundo argumento, Atria afirmaba que el positivismo metodológico carecía de sentido en sus propios términos, pues, para saber si es o no correcto su punto de partida, requería de una teoría positivista que diga qué es aquello que se puede estudiar a-valorativamente.

Sin embargo, el positivista metodológico no necesita una teoría positivista en los términos de Bobbio, sino que solo necesita determinar su objeto de estudio por referencia a su naturaleza y aun cuando se admita que esta es subjetiva es posible estudiarla

⁶³ Ni siquiera quienes que se pueden considerar como los exponentes más importantes del positivismo ideológico lo entienden de la forma en que Bobbio lo caracteriza. Ver, por ejemplo: SCARPELLI, 1997 (1965); LAPORTA, 1993, CAMPBELL, 2002; HIERRO, 2002 y ATRIA, 2016.

y describirla objetivamente. En definitiva, que el positivista metodológico afirme que delimita su objeto de estudio de acuerdo con su naturaleza no es una afirmación vacía porque aquello que identifica o caracteriza al derecho es, a diferencia de lo que Atria cree, anterior a su análisis.

De acuerdo con el tercer argumento de Atria, el positivismo teórico fundaba el positivismo ideológico. Esto es así si se entiende que el positivismo ideológico afirma que existe un deber moral de obedecer el derecho positivo porque este sirve al autogobierno democrático. La comprensión del positivismo ideológico de Bobbio es, en cambio, más amplia: el objetivo ideológico otorga un valor positivo al derecho legislado, valor que no necesariamente se funda en una tesis positivista teórica.

La equívocidad de la tipología bobbiana combinada con el afán por defender una versión del positivismo jurídico que sea funcional al autogobierno democrático es probablemente lo que permitió y llevó a Atria a concluir que hay una conexión necesaria entre las tres versiones de positivismo jurídico. Sin embargo, a pesar de tratarse de lúcido intento por desafiar esta tipología, no logra su cometido.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio: 1975 (1971), *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- ARRIAGADA, M. Beatriz, 2018: "Tres Problemas de Atria sobre los Conceptos Jurídicos Ilustrados en el Concepto de Derecho Subjetivo", *Revista Chilena de Derecho*, volumen. 45 Nº 1.
- ARRIAGADA, M. Beatriz, 2019: "La 'vía media' atriana: una teoría pre-institucional de los conceptos jurídicos", en Gallego, Javier (ed.), *Comentarios a La Forma del Derecho de Fernando Atria*. México D.E.: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, de próxima publicación en 2019.
- ATIENZA, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, 2007: "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Isonomía* Nº 27.
- AUSTIN, JOHN, 1832: *The province of jurisprudence determined*, Indianapolis: Hackett.
- ATRIA, Fernando, 2004: "La ironía del positivismo jurídico", *Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa*, 27.
- ATRIA, Fernando: 2016, *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- BAYÓN, Juan Carlos, 2002: "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en V. Zapatero (comp.), *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá.
- BENTHAM, Jeremy 1843 (1776): *Fragment on Government*, Edinburgh: William Tait.
- BULYGIN, Eugenio, 2005: *El positivismo jurídico*, México D.F.: Fontarama.
- BOBBIO, Norberto, 1991 (1965): *El Problema del Positivismo Jurídico* (trad.), México D.F: Fontamara.
- CAMPBELL, Tom, 2002: "El sentido del positivismo jurídico", *Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa*, 25.
- CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan (eds): 1994, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona: Crítica.
- FERRAJOLI, Luigi, 2001: "Pasado y Futuro del Estado de Derecho", *Revista Internacional de Filosofía Política*. Nº 17.
- HART, Herbert, 1958: "Positivism and the separation of law and morals", *Harvard Law Review*, 71 (4).
- HART, Herbert, 2012 (1961): *El concepto de derecho* (trad.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- HART, Herbert, 1980: "El nuevo desafío al positivismo jurídico", *Sistema*, 36.
- HIERRO, Liborio, 2002: "¿Por qué ser positivista jurídico?", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, *Doxa*, 25.
- HOERSTER, Norbert 1992 (1989): *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona: Gedisa.
- KELSEN, Hans 2002 (1934): *Teoría pura del derecho* (trad.), Buenos Aires: Eudeba.
- KELSEN, Hans, 2006 (1954): *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin* (trad.), Buenos Aires: Discusiones.
- LAPORTA, Francisco J., 1993: *Entre el derecho y la mora*, México: Fontarama.
- LLOREDO, Luis, 2017: "Muertes y Resurrecciones del Positivismo Jurídico: una crisis de doscientos años de duración", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, *Doxa*, 40.
- RADBRUCH, Gustav, 1962 (1946): *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal* (trad.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- RAZ, Joseph, 2011 (1979): *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (trad.), México D.F.: Coyoacán.
- REDONDO, Cristina, 2018: *Positivismo Jurídico "Interno"*, Ljubljana: Revus.
- ROSS, Alf, 1991 (1961): *El concepto de validez y otros ensayos* (trad), México D.F.: Fontarama.
- ROSS, Alf, 1994 (1953): *Sobre el derecho y la justicia* (trad.), Buenos Aires: Eudeba.
- RUIZ MANERO, Juan, 2015: "Bobbio y el positivismo. La triple distinción y el propio Bobbio", *Revus*, 26.
- SEARLE, John 2003 (1969), *Actos de habla* (trad.), Madrid: Cátedra.
- SEARLE, John: 1995, *La construcción de la realidad social* (trad.), Barcelona: Paidós.
- SCARPELLI, Uberto, 1997 (1965), *¿Qué es el positivismo jurídico?* (trad.), México D.F.: Cajica.

Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba

*Diego Dei Vecchi**

RESUMEN

La formulación legislativa estándares objetivos de suficiencia probatoria que guíen las decisiones judiciales es uno de los mayores anhelos en el marco de la epistemología jurídica. De entre las propuestas que más optimismo parece haber generado se encuentra la de quienes abogan por fórmulas fijadas recurriendo a parámetros propios de la justificación epistémica. Esto permitiría compatibilizar la presencia de estándares legislativos con sistemas de valoración de prueba libre. En este texto se argumenta que esa empresa es inviable, y se hacen explícitas las razones por las cuales ello es así. De todos modos, se sugiere una revalorización de esas propuestas aun si con una utilidad más circunscripta.

Prueba libre – justificación epistémica – estándares de prueba

Free proof, epistemic justification, and the noble dream of standards of proof

ABSTRACT

To establish objective standards of proof for the guidance of judicial decisions is one of the greatest yearnings of legal epistemology. Among the proposals, one of the most well-received seems to be that of those who suggest fixing the standards by using parameters of epistemic justification. This paper argues that this enterprise is unfeasible, making explicit the reasons for this unfeasibility. In any case, a revaluation of these proposals is suggested even if with a more circumscribed utility.

Judicial decisions – epistemic justification – standards of proof

* Abogado, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Máster en Derecho y Argumentación y Doctor en Derecho y Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de Córdoba; Doctor en Filosofía del Derecho, Università degli Studi di Genova, Italia. Investigador Juan de la Cierva, Universitat de Girona, España. Correo electrónico: diego.deivecchi@udg.edu

Una versión preliminar de este texto fue presentada en el “V encuentro UPF-UdG de Teoría del Derecho”, en la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, el 29 de marzo de 2019. Sebastián Agüero, con quien estoy enormemente agradecido, discutió allí el trabajo desarrollando numerosas críticas y comentarios, con tenaz minuciosidad, lo que redundó en beneficio de la versión aquí presentada. Agradezco asimismo a las demás personas que participaron en dicho encuentro por sus observaciones, así como también a Edgar Aguilera García y Daniel González Lagier por sus comentarios y sugerencias a la primera versión del texto.

Artículo recibido el 15.10.2019 y aceptado para su publicación el 20.11.2019.

I. INTRODUCCIÓN

La justificación de una decisión judicial como la consistente en condenar a alguien por haber cometido un delito requiere una fundamentación diferenciada de varias aristas. Una de ellas es la afirmación de que un cierto evento ha acaecido, afirmación que funge de premisa fáctica dentro del silogismo. Por lo general, el evento al que esa premisa refiere consiste en una acción atribuida a una cierta persona.

Los estudios acerca de los criterios justificativos de las premisas fácticas (*i.e.* los estudios de la prueba jurídica) constituyen desde hace ya unos cuantos años uno de los temas más explorados en el ámbito iusfilosófico. Ellos han dado lugar a un campo relativamente autónomo de reflexión en el que se han ido entrelazando muchas cuestiones diversas y se han podido vislumbrar problemas relativos a la justificación de premisas fácticas otrora ocultos. De entre estos problemas uno ha ido cobrando especial prominencia, a saber: el relativo a la ausencia de estándares objetivos de suficiencia probatoria en los ordenamientos jurídico-procesales.

Las disputas respecto de esta cuestión son numerosas; conciernen a la posibilidad misma de fijar estándares legislativos de suficiencia probatoria, a la conveniencia de hacerlo si fuera posible, al grado de exigencia probatoria oportuno para aceptar premisas fácticas y, por supuesto, a cuál metodología adecuada para expresar esa exigencia en disposiciones legislativas, es decir, para formular los estándares. Hay quienes creen que es posible fijar estándares de prueba precisos y objetivos recurriendo a la cuantificación probabilística. Hay quienes, negándolo, consideran –más popularmente– que el método adecuado para la formulación de estándares es el que recurre a ciertos parámetros cualitativos propios de la justificación epistémica.

Este escrito está dirigido a mostrar por qué el proyecto de fijar estándares de suficiencia probatoria de conformidad con esta última estrategia es conceptualmente inviable. A estos efectos, empezaré por desarrollar la interrelación entre sistema de valoración de la prueba y estándar de prueba, poniendo el acento en los sistemas de prueba libre o Sana Crítica Racional (expresiones que consideraré aquí sinónimas) (§ 2). A continuación abordaré, aunque de modo sumamente acotado, la noción de JUSTIFICACIÓN EPISTÉMICA poniendo especial atención en los parámetros que la componen (§ 3). Señalaré luego algunos compromisos normativos aparentemente irrenunciables que tienen una incidencia crucial en la noción de justificación epistémica en el marco jurídico. Se trata, especialmente, de la asunción en donde debe depararse un tratamiento asimétrico a los errores consistentes en condenar inocentes respecto de aquellos consistentes en absolver culpables. Frente a esto, traeré a colación algunas de las propuestas *de lege o de sententia ferenda* que, a partir de las asunciones antedichas, señalan el camino para fijar estándares de prueba recurriendo a parámetros cualitativos de justificación epistémica (§ 4). A partir de allí intentaré mostrar por qué esta empresa es inviable, pero concluiré el trabajo reformulando el objetivo de esas propuestas y mostrando dónde podría radicar utilidad (§ 5).

II. LA INTERRELACIÓN ENTRE SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y ESTÁNDARES DE SUFICIENCIA PROBATORIA

Muchas veces se piensa que el discurso de los sistemas de valoración de la prueba, por un lado, y de los estándares de prueba, por el otro, son propios de distintas culturas jurídicas. En ocasiones se sugiere incluso que se trata de dos modos contrastantes de abordar la cuestión probatoria¹. Creo que esta es una caracterización sumamente engañosa y en gran medida errada, tratándose de dos tipos de institutos fuertemente entrelazados.

Los sistemas de valoración de la prueba son métodos (idealmente sistemáticos) empleados para determinar el *valor* que ciertos elementos tienen en sí mismos y en conjunto respecto de (la aceptación de) un determinado enunciado fáctico. Más aún, que algo cuente como un elemento justificativamente relevante es de por sí función del sistema de valoración que haya de emplearse. En este sentido, lo que caracteriza a cada sistema de valoración distinguiéndolo de todo otro es *la índole de los factores* que, según ese sistema, justifican aceptar o rechazar un enunciado fáctico. La dogmática procesal ha referido históricamente a tres sistemas antagónicos de valoración. Lo que los hace antagónicos es, precisamente, la distinta índole de los factores que en cada uno de ellos operan como criterios justificativos de los enunciados fácticos. Se trata de los sistemas de prueba legal o tasada, de íntima convicción y de prueba libre.

De conformidad con los sistemas de prueba legal o tasada, lo que determina qué elementos poseen relevancia justificativa y con qué grado respecto del enunciado fáctico de que se trate son las disposiciones legislativas. En los sistemas de valoración de íntima convicción, en contraste, lo que determina el valor justificativo de ciertos elementos respecto del enunciado fáctico es el impacto psicológico que esos elementos provocan en quien debe juzgar la suficiencia “probatoria”. Por cierto, el estado mental relevante puede ser determinado por el legislador (piénsese en expresiones legisladas como *convicción suficiente, sospecha, duda, plena convicción*, etc.), pero esto no hace que la índole de factores relevantes sea, solo por ello, legislativa. Los sistemas de prueba libre, por último, son aquellos donde lo que cuenta como elemento justificativo respecto de los enunciados fácticos son los parámetros de justificación *epistémica*, siendo además criterios *epistemológicos* los que determinan cuál es el grado que esa justificación alcanza en cada caso. De modo que, si el ordenamiento jurídico-procesal prevé que el sistema de valoración es el de libre valoración, se sigue que las razones adecuadas para decidir si aceptar o no una cierta premisa fáctica deberán ser exactamente de *la misma índole* que aquellas para determinar en las ciencias, en la historia, en la investigación policial, en el diagnóstico clínico o en la vida ordinaria si un enunciado fáctico es o no verdadero².

Frente a esto, los estándares de prueba son normas que fijan el umbral de suficiencia de los factores justificativamente relevantes a efectos de aceptar un determinado

¹ Véanse NANCE, 2016: p. 27-29, LLUCH, 2012, CLERMONT *et al.*, 2002.

² Véanse TWINING, 1990: p. 195, GASCÓN ABELLÁN, 2004: p. 158, COUTURE, 1958: p. 270, ACCATINO, 2018.

enunciado fáctico. En este sentido, mientras los sistemas de valoración determinan cuál es *la índole* de los factores que cuentan como criterios justificativos de la aceptación de enunciados fácticos y el modo de asignarles valor, los estándares de prueba determinan cuál es *el grado* a partir del cual esos factores son suficientes para tener por justificado el enunciado de que se trate. Por cierto, un sistema de valoración podría no ir acompañado de estándares correlativos. En estos casos, será quien decida en cada caso quien establezca el grado de suficiencia de los factores relevantes.

Sea como fuere, es posible ahora ver con claridad la interrelación entre sistema de valoración y estándar de prueba³. Por una parte, todo estándar de suficiencia se inserta necesariamente en el marco de un específico sistema de valoración probatoria, y solo de uno; es decir, todo estándar de prueba es un estándar propio de *un* sistema de valoración concreto. Lo que determina la membresía del estándar a uno u otro sistema es la índole de los factores acerca de cuya base el estándar fija un umbral de suficiencia. Por la otra parte, el vigor de un sistema de valoración, el hecho de que ese sistema sea “derecho viviente”⁴, depende de que los estándares de prueba efectivamente aplicados al momento de decidir en ese ordenamiento sean estándares *propios* de ese sistema de valoración y no de otro. Para averiguar a cuál de los sistemas pertenece el estándar habrá que mirar a la índole de los factores de cuya base él fija la suficiencia; para averiguar cuál es el sistema de valoración en vigor en un cierto ordenamiento jurídico-procesal, habrá que mirar a qué sistema pertenecen los estándares aplicados de hecho para decidir las controversias. Si los estándares empleados por los jueces fijasen el límite de suficiencia acudiendo a factores de una índole distinta respecto de aquellos propios del sistema de valoración supuestamente en vigor, entonces ese sistema habría sido condenado a yacer como letra muerta.

Es muy usual asumir hoy que nuestros ordenamientos jurídicos procesales estatuyen sistemas de libre valoración. Se asume que ello es así, además, porque este es el modo en que debe ser. De modo que de la interrelación aludida obtenemos un primer corolario:

Los únicos estándares de prueba compatibles con la vigencia de un sistema de prueba libre son aquellos que fijan el umbral de suficiencia apelando, de modo exclusivo, a *parámetros de justificación epistémica*⁵.

³ Creo que la misma idea está implícita en NANCE, 2016: p. 139.

⁴ Véase GUASTINI, 2008: p. 73.

⁵ Véanse TARUFFO, 1992: p. 375, FERRUA, 2007, COUTURE, 1958: p. 270, FERRER BELTRÁN, 2007: p. 66. La idea de estándares fijados “en términos estrictamente epistémicos” fue sugerida anteriormente en DEI VECCHI, 2014, DEI VECCHI, 2018, cap. 2 –respecto de ello, este trabajo es una suerte de profundización– como una condición necesaria para el funcionamiento de sistemas de prueba libre. Recientemente Ferrer Beltrán ha señalado la misma necesidad diciendo que el estándar debe fijar el nivel de suficiencia por recurso a la “capacidad justificativa” de las pruebas (FERRER BELTRÁN, 2018: p. 405).

El umbral de suficiencia habría de estar fijado entonces en un cierto grado de justificación epistémica. Pero ¿cómo habría de ser un estándar de suficiencia tal? Para averiguarlo es conveniente precisar la noción de JUSTIFICACIÓN EPISTÉMICA.

III. UNA APROXIMACIÓN A LA JUSTIFICACIÓN EPISTÉMICA

La epistemología es la parte de la filosofía que indaga acerca de las condiciones con las que podemos decir que *conocemos*. Tradicionalmente se ha entendido que el conocimiento es la creencia verdadera y justificada, que alguien *sabe* que *p* cuando cree que *p*, siendo esa proposición verdadera, y estando su creencia sustentada en (o habiendo sido generada por) razones del tipo adecuado⁶.

Por consiguiente, de conformidad con un sistema de prueba libre, las razones adecuadas para juzgar si un enunciado fáctico está o no probado serán aquellas que justificarían la creencia en la verdad de ese enunciado en cualquier ámbito cognitivo. Esto no quiere decir que para afirmar que un enunciado fáctico está probado en sede judicial tendrán que haberse dado necesariamente las otras condiciones para hablar de conocimiento. Nada impide que un enunciado pueda y deba considerarse jurídicamente probado en virtud de razones epistémicas, pero que, al mismo tiempo, esas razones no sean suficientes para afirmar que *se conoce* el hecho al que el enunciado hace referencia⁷. Asimismo, la aceptación de una premisa fáctica *qua* verdadera en el marco de una decisión judicial puede estar justificada aun siendo falsa la proposición que esa premisa expresa. Lo que aquí importa no es tanto contar con el mismo grado de razones que justificarían decir que alguien *conoce* ni tampoco tener garantías de que la proposición es verdadera, lo importante es que las razones a las que se apele para justificar la aceptación de esa proposición sean de la misma *índole* que aquellas que justifican las creencias: razones epistémicas.

No es este el espacio apropiado para adentrarse en la discusión de cuáles son los criterios correctos de justificación de creencias. La llamada “epistemología jurídica” ocupa un fragmento sumamente ceñido dentro de esa discusión más amplia, circunscripción que apunta en dos direcciones. Por un lado, liga la epistemología jurídica a una concepción intuitiva y discreta de la ontología, así como también de la posibilidad y del modo de acceso a la realidad. Por el otro lado, pero precisamente en virtud de esto

⁶ Esta presentación extremadamente sintética de la epistemología es todo lo que puede desarrollarse aquí. La distinción entre aquello que *da sustento* a las creencias y aquello que *las genera* apunta a la disputa entre evidencialistas y fiabilistas (véanse GOLDMAN, 1999, GOLDMAN, 1967 y, en el marco jurídico LEITER *et al.*, 2001). Un panorama general de las discusiones en epistemología en POJMAN, 1993. La idea de razones del tipo adecuado se remonta a STRAWSON, 1995 [1968]. Véase también DARWALL, 2006.

⁷ Quien asume que (a) la actitud proposicional de quien juzga *p* como probado en sede judicial, respecto de *p*, no es más que la de *aceptación* de esa proposición y que (b) aceptar está justificado habiendo *prueba suficiente* a la luz de un estándar contextual, puede perfectamente dar cuenta de esta situación. Véanse FERRER BELTRÁN, 2001, FERRER BELTRÁN, 2002, cap. I, FERRER BELTRÁN, 2006, NANCE, 2016: p. 28, MENDONCA, 1998. Más en general, respecto de la distinción entre creencia y aceptación, véase COHEN, 1995.

último, sugiere ciertos límites de lo exigible a cada decisión judicial en términos de justificación epistémica. Quizás, y solo quizás, parezca razonable exigir a cada decisor en cada acto decisorio, respecto de la premisa normativa de su argumento, la elaboración de una íntegra “pieza de filosofía del derecho”⁸. Mas casi con certeza a nadie parecería razonable exigir, respecto de la premisa fáctica, una justificación que logre demostrar la inexistencia del genio maligno conjurando para engañarnos acerca de lo que creemos percibir o refutando la conjetura de que somos cerebros en vasijas⁹. Ni siquiera parece estar en discusión la relevancia que tanto las percepciones sensoriales cuanto otras creencias poseen a efectos *justificativos* de otras creencias o proposiciones, tesis que no resulta en absoluto indisputable en el ámbito de la epistemología.

En virtud de lo dicho, y a efectos de avanzar hacia el problema que aquí nos ocupa, me serviré de una concepción de la justificación epistémica que no solo se acomoda bastante bien con estas intuiciones comunes, sino que proporciona sólidos argumentos en favor de muchas de ellas: el *fundherentismo* de Susan Haack.

Desde la óptica de Haack, el fundacionalismo y el coherentismo, tradicionales rivales en la arena epistemológica, llevan ambas parte de razón y adolecen por igual de ciertos defectos. El fundacionalismo acierta en destacar que la percepción sensorial posee relevancia en la justificación epistémica, mas yerra en tanto asume que la justificación corre en una sola dirección: desde creencias básicas (por decirlo rápidamente: las generadas a partir de la percepción sensorial) hacia creencias derivadas, sin posibilidad de que aquellas reciban, a su vez, justificación de (algunas) de estas últimas¹⁰. Contemporáneamente, el coherentismo acierta en admitir que toda creencia ha de estar justificada en otras creencias, mas yerra en tanto deniega toda relevancia justificativa a la percepción sensorial, a la experiencia, terminando por desconectarse del mundo exterior.

Haack muestra que los intentos fundacionalistas y coherentistas tendientes a escapar de esos yerros llevan al abandono liso y llano de las posiciones de partida. La concepción de Haack emerge de la más plausible reconstrucción de cada una de esas dos posiciones. El fundherentismo asume que la experiencia posee relevancia justificativa pero admite, además, que las creencias surgidas de percepciones sensoriales reciben parte de su sustento justificativo de otras creencias que forman parte del repertorio doxástico de cada agente. Desde esta óptica, la justificación epistémica se compone de tres parámetros a los que englobaré, a efectos de este texto, bajo la etiqueta de *razones epistémicas*. Supongamos que la proposición a probar es *p*. La aceptación de *p* estará más o menos justificada epistémicamente en función de tres parámetros, a saber:

- (a) cuán *favorables* sean las evidencias directas respecto de *p* (a mayor soporte, mayor justificación); (b) cuán *seguras* sean las razones directas respecto de *p*, con independencia

⁸ DWORKIN, 1978: p. 90.

⁹ Estoy aludiendo a los experimentos mentales de DESCARTES, 2008 [1641]: p. 16 y sgts. y PUTNAM, 1981, § 1.

¹⁰ Véase QUINE, 1951.

de la creencia en p (a más seguridad, más justificación); (c) lo comprehensivas que sean las pruebas en favor de p (a mayor comprehensividad, mayor justificación)¹¹.

Las evidencias directas a que refiere (a) incluyen (a.1) ciertas razones (*i.e.* otros contenidos proposicionales incluidos en la red de creencias del agente) que operan directamente indicando la verdad o falsedad de p y (a.2) cierta evidencia experiencial en favor p . El margen en que (a.1) y (a.2) favorecen la creencia en p depende de cuánto soporte ofrezca a ese conjunto de evidencias E a la proposición p . El soporte de E a p , por su parte, es función de cuánto mejore la *integración explicativa* de E incluyendo a p en lugar de las hipótesis en competencia con p .

La seguridad de las razones directas a que refiere (b) remite a razones y evidencia experiencial adicional que justifica indirectamente la creencia en p . Como se dijo en el párrafo precedente, las evidencias en favor de p están compuestas por ciertas razones en favor de p y por cierta evidencia experiencial. El parámetro (b) apunta a cuán justificado esté aceptar esas razones en favor de p . Las razones en favor de p son, a su vez, hipótesis fácticas, de modo que la forma en que se las justifica es idéntico a la manera en que se justifica la creencia en p . No es posible profundizar mayormente estos aspectos a efectos del presente trabajo, aunque creo que lo dicho es suficiente para llevar a cabo el objetivo propuesto¹².

Lo decisivo aquí es percatarse de que todos estos parámetros ahora englobados dentro de la etiqueta de *razones epistémicas* son graduables individual y conjuntamente. Además de que cada ítem puede presentarse en mayor o menor medida, hay múltiples combinaciones posibles entre ellos, lo que también variará los grados de justificación de la proposición en cuestión. En este sentido, es importante destacar que los distintos parámetros resultan, por un lado, complementarios a los efectos de juzgar si la aceptación de una proposición está o no justificada y, por el otro, compensables, en el sentido de que la disminución en uno cualquiera de ellos podría compensarse con el aumento de otro.

Por lo demás, ninguno de estos criterios es *cuantitativamente* graduable: no es posible saber cuánto más o menos justificado está un individuo respecto de una cierta creencia, ni en términos globales ni en relación con cada uno de los criterios relevantes. No es posible cuantificar el favorecimiento de las evidencias respecto de la proposición, ni el soporte justificativo en favor de las razones directas, ni la comprehensividad del conjunto de elementos con que se cuenta. Tampoco es cuantificable la combinación de ellos, su complementariedad, ni el modo en que se compensan. De allí que la tesis de

¹¹ HAACK, 2009 [1993]: p. 127. También en HAACK, 2014b, HAACK, 2014c, HAACK, 2012 específicamente aplicando esta concepción al marco jurídico. Haack llama al último de los parámetros de justificación epistémica *comprehensiveness*. El término no puede ser fácilmente traducido. Aunque "completitud" podría ser un vocablo adecuado, he preferido no emplearlo, debido a que la autora lo utiliza para referir a la suficiencia de la justificación: véase HAACK, 2009 [1993]: p. 133-134, 136-138, 274-279, etc.

¹² Un punto central en la obra de Haack reside, a mi entender, en el paso de las creencias como *estados* a las creencias como *contenidos* (más generalmente: el paso de lo que denomina *S-evidence* a *C-evidence*) dando respuesta a las principales objeciones del coherentismo contra el fundacionalismo. Véase DAVIDSON, 2001 [1983].

la gradualidad sumada a la imposibilidad de cuantificación conduzca a otra tesis que aquí resulta crucial, a saber: la del contextualismo.

TC. Frente a un mismo e idéntico conjunto de razones epistémicas E en favor de *p*, la creencia de una persona A en la verdad de *p* podría estar justificada en un cierto contexto C y no estarlo en otro contexto C'.

En este sentido, lo contextual no son *los criterios* epistémicos, sino *la completitud o suficiencia* en la satisfacción de (los únicos, los auténticos) criterios epistémicos (por caso: integración explicativa, seguridad, comprensividad, etc.).¹³ La suficiencia de las razones epistémicas en favor de las proposiciones varía según el contexto de decisión. Quizás pueda trazarse una distinción entre, por un lado, los parámetros epistémicos justificativos de la “adhesión a una idea u ocurrencia”¹⁴ (*i.e.* a un contenido proposicional como contenido semántico de un acto ilocucionario asertivo *meramente potencial*) y, por el otro, los parámetros epistémicos operativos en la justificación del acto mismo de aseverar y, en especial, en la justificación de actos adicionales respecto de los cuales el contenido aseverado (y aceptado) opera como presupuesto o “razón auxiliar”.¹⁵ La índole de las razones que justifican la aceptación de una proposición es siempre la misma, *i.e.* razones epistémicas, pero la completitud o suficiencia de ellas cambia en función de lo que vaya a hacerse en cada contexto. De modo que lo que determina la suficiencia o completitud de las razones epistémicas en favor de una proposición fáctica son las razones prácticas vinculadas con la acción a llevar a cabo a partir de la aceptación de esa proposición.

Quizás sería posible decir incluso que el verdadero “núcleo duro” de la epistemología apunta a la justificación de la aceptación de un contenido proposicional sin más, cual punto de vista de quien solo está preocupado en la verdad de las proposiciones que acepta y en ninguna consideración práctica adicional.¹⁶ Desde este punto de vista puramente epistémico, pareciera, uno estaría justificado en creer todo aquello en cuyo favor posee *mejores razones epistémicas*. Sin embargo, difícilmente podríamos admitir que ese grado de sustento de una proposición resulte siempre adecuado para *actuar*. Ciertas consideraciones prácticas pueden imponer –acaso entre otras– exigencias epistémicas ulteriores respecto de aquellas que justifican “adherir a una idea” (o quizás incluso

¹³ Este modo de contextualismo no debe ser confundido con lo que Haack denomina “pragmatismo vulgar”: una posición en donde lo contextual son los criterios epistemológicos mismos, una tesis mucho más radical y menos plausible. Véase, por ejemplo, RORTY, 1979. En contra: BOGHOSSIAN, 2006 y HAACK, 2009 [1993], cap. 9).

¹⁴ Para emplear la expresión de ORTEGA Y GASSET, 1942, § 1. Agradezco a Daniel González Lagier por haberme señalado este texto. La expresión es especialmente útil. En una versión preliminar de este trabajo empleaba la expresión “creencia inerte” que podría ser considerada un oxímoron: véanse STRAWSON, 1992: p. 77-79 y HAACK, 2010, también en HAACK, 2014a. En contra, MONTMARQUET, 2007. Agradezco a Sebastián Agüero por haberme señalado lo oscuro que resultaba el uso de esa expresión.

¹⁵ RAZ, 1999 [1975]: p. 33-35.

¹⁶ Véanse LAUDAN, 2011b: p. 59, LAUDAN, 2013: p. 105. Sugerencias en esta orientación en ALSTON, 1989 [1985]: p. 82-83, MONTMARQUET, 2007.

conformarse con menos). De tal modo, podría contarse con razones epistémicas suficientes para aceptar una proposición p en la medida en que nada se haga en virtud de ello, pero podría ser que la prudencia, el decoro, la decencia, el respeto de la intimidad, etc., tornasen injustificado *el acto* de aseverar ese contenido proposicional en cierto contexto, o de reprobar a alguien, *sobre la base de esas solas razones epistémicas*¹⁷. Lo injustificado del acto es, sin dudas, una consideración práctica; pero lo peculiar de esa consideración práctica es que ella encuentra fundamento en lo *insuficiente* de las evidencias para llevar a cabo la acción, en lo precario de la justificación epistémica a efectos prácticos. Es así que la tesis contextualista está íntimamente ligada con una forma específica de *pragmatismo*:

Our ordinary talk of someone's being 'completely justified' in believing something is highly context-dependent; it means something like: 'in the circumstances –including such matters as how important it is to be right about whether p , whether it is A's particular business to know whether p , etc., etc.– A's evidence is good enough (supportive enough, comprehensive enough, secure enough) that he doesn't count as having been epistemically negligent, or as epistemically blameworthy, in believing that p '. This may be represented by 'A is completely justified in believing that p ', which will refer to a context-dependent area somewhere vaguely in the upper range of the scale of justification. Its vagueness and context-dependence is what makes this ordinary conception useful for practical purposes (and for the statement of Gettier-type paradoxes).¹⁸

Así, fuera de ese espacio epistémico puro, si es que lo hay, la noción de justificación epistémica queda signada por la tesis pragmatista.

TP. La suficiencia de las razones epistémicas en favor de p es función de consideraciones evaluativas respecto de lo que cabe *hacer*, en el contexto de decisión, una vez aceptado p .

Este ligamen entre justificación epistémica y consideraciones prácticas acarrea consecuencias importantes. Supongamos que una norma N establece que está permitido ejecutar la acción F si, y solo si, estamos justificados en creer que p . Lo que una visión poco precavida de la epistemología indicaría es que, si tenemos razones epistémicas suficientes en favor de p , entonces estamos justificados (desde el punto de vista práctico, en virtud de N) a llevar a cabo F. Pero hemos sugerido que el punto de vista práctico más ampliamente considerado no se satisface nunca (o casi nunca) con una justificación

¹⁷ Muchas de las aserciones que calificamos como “chisme” o “murmuración” presuponen la creencia de quien asevera en la verdad de la proposición aseverada. Muchas veces, incluso, la proposición aceptada es la mejor explicación—desde el punto de vista epistémico— a la luz de ciertas evidencias. Pero a despecho de ser la mejor explicación desde ese punto de vista, podría ser el caso que las razones epistémicas no justificasen todavía *aseverar*: la carga peyorativa del término “chisme” parece apuntar a menudo—aunque no siempre y no completamente— a que esas evidencias debieron haber sido juzgadas como insuficientes por parte del chismoso.

¹⁸ HAACK, 2009 [1993]: p. 133-134.

epistémica pura. De este modo, la tesis pragmatista socava esa visión poco precavida: la completitud de la justificación epistémica respecto de p pasa ahora a ser función de qué acción sea la que satura la variable F . Por consiguiente, la aplicación de N pasa a ser función de un juicio evaluativo ínsito en la decisión sobre la suficiencia de las razones epistémicas en favor de p , el antecedente de esa norma. Ese juicio evaluativo se lleva a cabo, por su parte, mirando a la acción que figura en el consecuente de la norma y a las posibles consecuencias de llevarla a cabo.

IV. LA SANA CRÍTICA ESTANDARIZADA O LA PRUEBA LEGAL SANEADA

Contamos ya con varios elementos para afrontar el problema de la suficiencia probatoria en el marco procesal. Hemos visto que usualmente los ordenamientos procesales estatuyen sistemas de valoración de prueba libre y vimos, como primer corolario del trabajo, que los únicos estándares de prueba compatibles con la vigencia de un sistema de valoración tal serían aquellos que fijen el umbral de suficiencia apelando a parámetros de justificación epistémica. Luego de explicitar cuáles son esos parámetros, su gradualidad e imposibilidad de cuantificación llegamos a las tesis contextualista y pragmatista.

El tipo de contextualismo al que se aludió es sumamente popular en el marco jurídico, donde ha sido muy usual asumir que la suficiencia probatoria varía (o podría muy bien variar) de un tipo de proceso a otro (*e.g.* penal, civil, laboral, etc.), de un tipo de decisión a otro dentro del mismo tipo de proceso (*e.g.* acusar, elevar a juicio, embargar, encerrar en prisión preventiva, condenar), etc. Este tipo de circunstancia es, además, una de las más relevantes a observar en la analogía entre la decisión jurídica y la decisión derivada del diagnóstico clínico. Ferrer Beltrán ha mostrado hace tiempo algunos rasgos importantes de esa analogía.¹⁹

En lo que aquí importa, el rasgo más ilustrativo de la analogía consiste en que tanto la decisión de diagnóstico clínico cuanto la decisión judicial han de adoptarse en un lapso preciso y perentorio de tiempo, sobre la base de información limitada, y en ambos casos como presupuestos para emprender un curso de acción específico. En el caso del diagnóstico clínico ese curso de acción suele consistir en aplicar un determinado tratamiento en lugar de otro; pero podría incluso consistir en llevar a cabo un estudio o examen adicional que, si el diagnóstico provisional fuera distinto, se evitaría. En el caso de las decisiones judiciales, el curso de acción consiste en condenar o absolver, aplicando en el primer caso, eventualmente, una pena en lugar de otra; pero podría incluso consistir en aplicar una medida de coerción con finalidad probatoria o cautelar que, de no considerarse suficientemente acreditada la comisión del delito, se evitaría. En suma, ambos tipos de decisión están igualmente afectados por las tesis contextualista y pragmatista respecto de la suficiencia probatoria.

¹⁹ FERRER BELTRÁN, 2007, § 4 de la primera parte.

Ahora bien las consideraciones pragmáticas se remontan a evaluaciones sobre cuándo está bien o mal seguir tal o cual curso de acción. Se trata, en última instancia, de decisiones morales. Por ejemplo, en el ámbito del derecho penal poca gente parece poner en dudas que condenar penalmente a una persona que no ha cometido el delito por el que se la acusa es más grave (*i.e.* moralmente más reprochable) que absolver a una que sí lo ha cometido. Ello supone una evaluación acerca de lo deseable o indeseable, y acerca de lo más deseable o más indeseable, de ciertos errores. Esa evaluación concluye en la necesidad de un tratamiento *asimétrico* respecto de las exigencias probatorias a la luz de cuya satisfacción puede adoptarse uno u otro curso de acción. En otras palabras, para adoptar el curso de acción donde los errores posibles son evaluados como más graves o indeseables –*i.e.* las condenas– se exige contar con más prueba que para adoptar el curso de acción donde el error se juzga como menos dañoso –*i.e.* la absolución–.

No obstante, no es claro *cuán asimétrico* debe ser ese tratamiento²⁰. Aquí yacen las grandes preocupaciones de los juristas a las que se aludió en el inicio; pues si no hay umbrales de suficiencia probatoria fijados de antemano, esto querrá decir que cada juzgador habrá de decidir discrecionalmente, en cada caso, a resolver el margen de asimetría. Las reacciones apuntan a veces a que dejar en manos de cada decisor el juicio de suficiencia probatoria generaría incerteza y desigualdades. En otras ocasiones se enfatiza que ello resulta antidemocrático, por cuanto deja en manos del poder “contramayoritario” (*i.e.* el judicial) la adopción de una decisión *moral*²¹. Se ha dicho incluso que una circunstancia tal amenaza la vigencia misma del *rule of law*²².

La solución estaría en remitir esa decisión moral sobre la asimetría al órgano democrático por antonomasia, al Parlamento o legislatura. Una opción válida en esta orientación sería acudir a tasaciones semejantes a ciertos protocolos propios del diagnóstico clínico o de los ensayos farmacológicos, pero ello conduciría a trocar el sistema de valoración de la prueba libre en uno tasado²³. Aunque creo que esta es una línea de investigación que requiere de mayor atención y que amerita ser explorada en profundidad, lo cierto es que no ha sido especialmente cultivada. La dejaré de lado en lo que sigue y me centraré en la que, creo, es la tendencia más popular en nuestros días.

De conformidad con esta línea de pensamiento es posible rehuir a desvirtuar el sistema de valoración de prueba libre formulando estándares de suficiencia a modo de reglas generales que establezcan exigencias probatorias concretas por medio de parámetros

²⁰ Véanse LAUDAN, 2007, WALTON, 2002: pp. 13-14, NANCE, 2016: p. 7, 80. En lo que sigue se pone el foco de atención en casos respecto de los que se asume que la decisión debe adoptarse juzgado asimétricamente la suficiencia probatoria, dejando de lado los casos de simetría.

²¹ Véanse, por ejemplo, STEIN, 2005: pp. 117-119, LAUDAN, 2003, LAUDAN, 2005, LAUDAN *et al.*, 2009, LAUDAN, 2011c, LAUDAN, 2013, LAUDAN, 2016, BAYÓN MOHINO, 2009, FERRER BELTRÁN, 2007, FERRER BELTRÁN, 2013.

²² NANCE, 2016: p. 28.

²³ Véanse FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2007, BAYÓN MOHINO, 2009, STEIN, 2005: pp. 117-119.

epistémicos. Esos estándares vendrían a fijar umbrales estables y objetivos de prueba para tipos o clases de casos²⁴.

Desde esta óptica es posible compatibilizar (a) el sistema de valoración de prueba libre con (b) la estandarización apelando exclusivamente a parámetros epistémicos, tal como el *primer corolario* aquí fijado requiere; todo sin abdicar ni de la (c) tesis contextualista ni de la (d) tesis pragmatista. Pero el problema es el siguiente: ¿cómo habría la legislatura de *traducir* esa asimetría evaluativa entre riesgos de error en exigencias probatorias objetivas recurriendo a parámetros epistémicos? ¿Cómo cristalizar consideraciones pragmáticas relativas a tipos o clases de casos en umbrales objetivos de suficiencia probatoria cuya satisfacción el decisor debe limitarse *constatar* en cada caso concreto?

En lo que queda de este trabajo haré explícito varios problemas relativos a la combinación de estas cuatro aristas tomando bajo consideración, especialmente, las propuestas de estándares de prueba que Larry Laudan y Jordi Ferrer Beltrán, respectivamente, proponen para superar los inconvenientes aludidos. Me centraré en los estándares pensados para la decisión de condena en sede penal. La crítica, de todos modos, no debe ser entendida dirigida a *tal o cual* propuesta concreta de formulación de estándares. Por el contrario, la crítica apunta al método mismo: a la pretensión de expresar exigencias probatorias concretas apelando a parámetros de justificación epistémica.

V. ALGO DE REALISMO FRENTE AL NOBLE SUEÑO DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA LEGISLADOS

Asimismo, los escollos que hacen de los intentos de estandarización de la prueba libre una empresa quimérica son varios. En este escrito me centraré solo en uno de ellos que consiste en lo siguiente: aun cuando hubiera criterios más o menos claros para tomar una decisión acerca de cuán asimétrica debe ser la distribución (lo que es sumamente dudoso, pero no esencial a efectos de este texto)²⁵, es conceptualmente imposible *traducir* esa asimetría en exigencias objetivas de justificación epistémica. La imposibilidad de esa traducción se hace evidente prestando atención al modo en que los supuestos estándares de prueba así delineados habrían de aplicarse, pero ello requiere de algunas aclaraciones previas respecto de la manera en que pretende formularse los.

1. *La formulación de estándares de plausibilidad relativa*

Las estrategias de formulación de estándares de prueba –o bien de interpretación y explicación de fórmulas típicas de la práctica decisoria tales como “más allá de toda duda razonable”– suelen ir en dos grandes direcciones.

²⁴ LAUDAN, 2013: p. 104.

²⁵ Véanse LAUDAN *et al.*, 2009, LAUDAN *et al.*, 2011, LAUDAN, 2011c, LAUDAN, 2016.

La primera de ellas intenta traducir los juicios de asimetría distributiva *cuantificando* los umbrales de suficiencia, fijando estándares de prueba en términos probabilísticos. Se trata de estrategias vinculadas por lo general con una concepción subjetivista de la probabilidad, entendida en términos de intensidad o “grados de creencia”²⁶, que operan muchas veces bajo la convicción de que, así entendida, la probabilidad no solo es cuantificable, sino también matemáticamente calculable²⁷. No son pocas las propuestas de formulación de estándares de prueba acudiendo a estos parámetros. También son numerosas las críticas que a esas propuestas se han dirigido. Uno de los argumentos más potentes en contra de estas iniciativas –en todo caso el más importante aquí– consiste en que ellas confunden el grado de justificación epistémica con la intensidad de creencia, poniendo el carro delante de los bueyes: ya no es la prueba la que justifica la intensidad de creencia que se posea, sino que es la intensidad de la convicción la que determina el grado de justificación epistémica²⁸. En este trabajo no me enfocaré en esta estrategia de formulación de estándares. Es importante observar, de todos modos, que parte de las razones por las que se la rechaza consisten en que –en virtud de la interrelación entre estándar y sistema de valoración antes enfatizada– esta estrategia llevaría a trocar el sistema de valoración de prueba libre, ya no en uno de prueba tasada, sino en uno de íntima convicción.

Me centraré en la otra variante de formulación de estándares de prueba; una estrategia que, al menos en principio, se muestra como compatible con los sistemas de prueba libre. A falta de un mejor nombre la denominaré *modelo de la plausibilidad relativa*. Como se adelantó, me centraré en las propuestas que Larry Laudan y Jordi Ferrer Beltrán contemplan como posibles estándares de condena para juicios penales. Ferrer Beltrán considera que la aplicación de esas reglas realiza de por sí un juicio evaluativo respecto de la justa distribución de los riesgos de error en juego; Laudan va algo más lejos, considera que la aplicación de esas “reglas probatorias” reflejará a largo plazo la *ratio* deseada de distribución de errores.

La singularidad del modelo de plausibilidad relativa radica en la peculiar metodología con que sus defensores sugieren sean fijados los estándares de prueba legislados a efectos de realizar las pretensiones político-morales de la sociedad (representada por el órgano legislativo). Esa metodología consiste en expresar las diversas exigencias probatorias de cada estándar *por medio de parámetros de justificación epistémica*.

Los estándares de prueba operarían como reglas constitutivas²⁹. En lo que aquí importa, las reglas constitutivas crean (constituyen) hechos de un tipo muy especial,

²⁶ Véase VON WRIGHT, 2001: p. 169.

²⁷ Acerca de distintas aristas del asunto, que no puede ampliarse en este marco, véanse RAMSEY, 1954: p. 166 [182-183], DE FINETTI, 1993: p. 215, BLACK, 1979: p. 114-120, COHEN, 1998: p. 80-82, GARBOLINO, 1997: p. 93-98, DE FINETTI, 1993: p. 207 y sgts, HAACK, 2014c: p. 56 y ss, TILLERS *et al.*, 2003, PARDO, 2013: p. 111, FERRER BELTRÁN, 2007: p. 118-120, GASCÓN ABELLÁN, 2005, HAACK, 2014c, NANCE, 2016.

²⁸ LAUDAN, 2011a: p. 150-151, LAUDAN, 2013: p. 79-80, 121, LAUDAN, 2011b: p. 70.

²⁹ Véanse, SEARLE, 2010, SEARLE, 1969, § 5 cap. 2, SEARLE, 1995, SEARLE, 2003, cap. 6. También RAWLS, 1955.

hechos cuya existencia es dependiente de esas reglas. Por ejemplo, un gol, un jaque mate, un matrimonio, una sentencia son todas cosas posibles como tales solo gracias a ciertas reglas que las constituyen. Lo mismo ocurre con la suficiencia probatoria. Searle ha denominado a este peculiar tipo de cosas “hechos institucionales” por contraposición a los “hechos brutos”. El modo canónico y más simple de constituir hechos semejantes, es estableciendo reglas constitutivas según las cuales “ciertos eventos X cuentan como tal o cual hecho institucional Y”³⁰.

La estrategia de formulación de estándares que aquí se está analizando consiste, precisamente, en ligar ciertos *eventos epistémicos* (si se me permite el neologismo) relativos a cierta hipótesis con el “hecho institucional” de la *prueba suficiente*. Se trata de “eventos” relativos al “carácter que las pruebas deben revestir”, hechos a partir de cuya verificación se tornaría posible predicar ciertas propiedades epistémicas de las hipótesis bajo consideración³¹. De allí que estos pretensos estándares funcionen como reglas constitutivas que podrían ser generalizadas del siguiente modo:

EdP: la posesión por parte de una hipótesis H de las características x, y, z [eventos epistémicos] cuenta como *prueba suficiente* de los enunciados fácticos que condicionan la adopción de decisiones del tipo D (e.g. condenas penales).

Tomemos como ejemplo para ilustrar esta caracterización uno de los estándares que Laudan considera una “reforma esencial” frente a fórmulas equívocas como “más allá de toda duda razonable”. Estándares como ese, para él, sortean el inconveniente de ligar la determinación de la culpabilidad o inocencia a un “proceso de introspección al que los miembros del jurado” habrían de entregarse. Propuestas como la que ahora se analizará harían, por el contrario, que esa determinación dependa solo de la *constatación* de un “poderoso lazo inferencial entre las pruebas presentadas y la conclusión de que el acusado es culpable”³². La primera opción que Laudan trae a colación es la siguiente:

LL₁. Si existen pruebas inculpatorias fiables cuya presencia sería muy difícil de explicar si el acusado fuera inocente, sumado a la ausencia de pruebas exculpatorias que serían muy difíciles de explicar si el acusado fuera culpable, entonces condene; de lo contrario, absuelva³³.

La existencia de pruebas inculpatorias fiables, el hecho de que su presencia sería muy difícil de explicar si el acusado fuera inocente, la ausencia de pruebas exculpatorias, etc., son instancias de aquello que he denominado, genéricamente, “eventos epistémicos”. En

³⁰ SEARLE, 1995: p. 115 y sgts.

³¹ LAUDAN, 2013: p. 128.

³² LAUDAN, 2013: p. 127.

³³ LAUDAN, 2013: p. 127. Si bien el estándar está, en este caso, formulado como norma de conducta, no es difícil observar por qué es perfectamente interpretable como norma constitutiva.

la misma orientación, hace ya varios años Jordi Ferrer Beltrán viene proponiendo como una posibilidad *de lege ferenda* para juicios penales la siguiente fórmula:

JF₁: Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas. b) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*³⁴.

Según la fórmula, todas estas “condiciones” son, también, eventos epistémicos cuya verificación *cuenta como* prueba suficiente.

En este orden de ideas, si los estándares propuestos *de lege ferenda* fueren legislados, entonces el carácter *probado* de una hipótesis determinada sería una cuestión de hecho (institucional, por cierto). Desde el momento en que se verificasen los eventos epistémicos a que esos estándares aluden, dotando a la hipótesis de los rasgos correspondientes, quedaría constituida la suficiencia probatoria, *la prueba* en sentido de resultado probatorio³⁵. O al menos esto es lo que creen sus artífices:

Si se adoptaran los criterios propuestos se resolverían los dos problemas planteados anteriormente. Constituyen estándares de prueba genuinos y objetivos y, al contrario, que BARD o a la asignación de valores específicos de probabilidad a la hipótesis de culpabilidad, dejan muy poco espacio para la duda respecto a si han sido satisfechos o no en cualquier caso particular³⁶.

Creo, por el contrario, que la pretendida objetividad no es tal y, sobre todo, que las dudas acerca de si se han satisfecho o no esos estándares en cada caso particular pueden ser muchas y muy profundas, siendo las disputas al respecto desacuerdos de un tipo muy peculiar. Entender por qué esto es así requiere de algunas consideraciones generales acerca de la aplicación de normas jurídicas.

2. *La aplicación de los estándares de plausibilidad relativa*

Aplicar una norma jurídica a un determinado caso presupone identificar esa norma en una fuente de derecho (por vía interpretativa), subsumir el caso individual en el supuesto de hecho de esa norma y aplicar la consecuencia normativa prevista. En el caso de las normas constitutivas la situación no es muy diferente. Determinar si el hecho

³⁴ FERRER BELTRÁN, 2018, FERRER BELTRÁN, 2007: p. 147, FERRER BELTRÁN, 2013.

³⁵ SEARLE, 1969, § 7 cap. 2, SEARLE, 2010, § 5.

³⁶ LAUDAN, 2013: p. 132.

institucional *type* que esa norma constituye se ha producido en un cierto caso (*i.e.* si se ha instanciado) presupone identificar la norma, subsumir una cierta constatación en la condición de constitutividad y determinar que se ha producido el evento institucional *token* de que se trate. Considérese la siguiente regla futbolística, constitutiva del *gol* como hecho institucional *type*: “hay *gol* toda vez que el balón cruza completamente la arista interna de la línea de meta entre los postes verticales y por debajo del travesaño de la meta, siempre y cuando el equipo que anota no haya infringido las reglas del juego previamente”. Cobrar un *gol* es dar por constituida una instancia del hecho institucional *type* que la regla crea. Dar por constituida una instancia de ese hecho supone verificar la ocurrencia de los eventos cuyo acaecimiento conjunto cuenta como *gol*.

Constitutive rules of the form “X counts as Y in C” are what we might think of as standing Declarations. Thus the rule that says such and such a position in check counts as checkmate can be thought of as a standing Declaration, and specific instances will simply be applications of that rule: a position where the king is in check and there is no legal move by which the king can get out of check counts as checkmate. So we are now distinguishing between the constitutive rule and the applications of the rule in particular cases. The rule itself is a standing SF Declaration and it will be applied in individual cases where there need be no separate act of acceptance or recognition because the recognition is already implicit in the acceptance of the rule³⁷.

Volvamos ahora a los estándares de prueba formulados en términos de plausibilidad relativa. Dejaré de lado potenciales problemas interpretativos relativos a las disposiciones mediante las que se formulan esos estándares, pasando al nivel de las normas constitutivas por ellas expresadas. De conformidad a cuanto se ha dicho, aplicar los estándares de prueba así formulados requeriría constatar si los eventos epistémicos a los que el supuesto de hecho de la norma constitutiva alude se han verificado y si, consecuentemente, ha quedado o no constituido el hecho institucional resultante, *i.e.* la *prueba suficiente*.

Alguien podría pensar que se trata de un problema general, uno relativo a la aplicación de *toda* norma y no solo de aquellas identificadas con los estándares de prueba³⁸. Sin embargo, esto sería un error. La razón es que los criterios cuya saturación hay que corroborar a efectos de determinar si se han dado los eventos que cuentan como *prueba suficiente* son o bien parámetros de justificación epistémica o bien criterios dependientes de esos parámetros, lo que no podría ser de otro modo sin abdicar del sistema de valoración de prueba libre. Creo que es aquí donde el modelo de la plausibilidad relativa se torna ilusorio, ya que no se vislumbran todas las consecuencias que conlleva formular estándares por medio de parámetros de esa naturaleza.

³⁷ SEARLE, 2010: p. 13.

³⁸ Un problema de *aplicabilidad interna*: NAVARRO *et al.*, 1997.

2.1. La gradualidad de los parámetros de justificación epistémica

Como puede fácilmente comprenderse a partir de la lectura de las fórmulas tomadas como ejemplo, que una hipótesis posea o no cada uno de los rasgos requeridos por el estándar de que se trate no es cuestión de todo o nada. Los criterios empleados son tan graduales como la justificación epistémica misma a la que conforman. De tal modo, a pesar de las apariencias, la aplicación de esos estándares no podría limitarse a una mera *constatación* del acaecimiento de los eventos epistémicos que hacen al supuesto de hecho de la norma. Por el contrario, en cada caso concreto habrá que decidir si los criterios en cuestión se dan *suficientemente*. Empleando las fórmulas tomadas como ejemplo e introduciendo o subrayando –allí donde quienes las proponen lo omiten– el término indicador de la necesidad de que quien juzga decida acerca de la suficiencia de satisfacción de cada parámetro, las fórmulas quedarían del siguiente modo:

LL₁... Si existen pruebas inculpatorias [*suficientes* y, a su vez, *suficientemente*] fiables cuya presencia sería *muy difícil* de explicar si el acusado fuera inocente, sumado a la ausencia de pruebas exculpatorias [*suficientes*] que serían *muy difíciles de explicar* si el acusado fuera culpable, entonces condene; de lo contrario, absuelva³⁹.

JB₁... Para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: (i) La hipótesis debe ser capaz de explicar [*suficientemente*] los datos disponibles, integrándolos de forma [*suficientemente*] coherente, y [una cantidad *suficiente* de] las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado [*suficientemente*] confirmadas. (ii) Deben haberse refutado [*suficientemente*] todas las demás hipótesis [*suficientemente*] plausibles explicativas de los mismos datos que sean [*suficientemente*] compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las hipótesis *ad hoc* [lo cual también supone un juicio por parte del decisor].

Deben tenerse especialmente en cuenta algunas precisiones muy significativas. Ante todo, “pruebas inculpatorias”, “pruebas exculpatorias”, “datos disponibles”, “datos que hipótesis permita formular”, “demás hipótesis plausibles” y expresiones semejantes que podrían emplearse (como, por ejemplo, “evidencias en favor”, “evidencias en contra”, etc.) refieren a *proposiciones*. Se trata, ni más ni menos, de aquello que Haack denomina *C-reasons*, razones (contenidos proposicionales) en sustento de la proposición a probar. La aceptación de estas razones –siendo ellas mismas hipótesis fácticas– como “prueba dada” depende, a su vez, de cuán probadas ellas estén, se cuán *seguras* sean. Las tesis contextualista y pragmatista tienen tanta fuerza respecto de las “pruebas dadas” cuanto respecto de la proposición que ellas pretenden probar.

³⁹ Aquí, además, hay evidentemente un juicio relativo a lo *muy difícil* que resulte explicar la presencia o ausencia de ciertas pruebas. Véase GONZÁLEZ LAGIER, 2018, 4.4.2.

Lo mismo sucede con la alusión a la *refutación* de otras hipótesis. Así como la prueba de una hipótesis (*i.e.* la prueba de p) es una cuestión gradual respecto de la que no hay certezas absolutas, también la refutación de una hipótesis cualquiera (*i.e.* la prueba $\neg q$) es una cuestión gradual⁴⁰. En este sentido, si lo que el estándar establece es que hay que refutar *todas* las hipótesis plausibles de conformidad con el “conocimiento mínimo del mundo”⁴¹ y que hay que refutarlas sin que quede espacio para dudas racionales, entonces se tratará de un estándar inasequible. Esto último se da, además, en dos direcciones: ni es humanamente posible refutar *todas* las hipótesis plausibles de conformidad con el conocimiento del mundo, ni es posible refutar de modo concluyente ninguna de ellas singularmente considerada. Para decirlo con Laudan, así entendida, la fórmula “no puede tomarse en serio”.⁴² El “estándar” sería asequible tan solo en la medida en que quien juzgue decida, por una parte, cuáles son las hipótesis lo *suficientemente plausibles* como para ameritar un tratamiento refutatorio a la luz del caso que se resuelve y, por la otra, cuándo esas hipótesis han sido *suficientemente refutadas* o, lo que es lo mismo, cuándo hay prueba *suficiente* de su negación⁴³.

A todo ello se agrega que, además de esta vaguedad gradual, como se ha visto, también se da un caso de vaguedad combinatoria.⁴⁴ Todo esto podría, todavía, no parecer tan grave: después de todo, son muchos los supuestos de hecho de normas que adolecen de estos distintos tipos de vaguedad. Sin embargo, la cuestión es mucho más compleja de cuanto parece.

2.2. La saturación de los parámetros de justificación epistémica

Hemos visto oportunamente que la justificación epistémica es gradual, que sus grados no son cuantificables y que su suficiencia o completitud es función de consideraciones contextuales y pragmáticas. Quienes proponen estándares de prueba recurriendo a parámetros epistémicos suelen ser conscientes de estas circunstancias. De hecho, las tesis contextualista y pragmatista suelen ser suscriptas expresamente como presupuesto del alegato en favor de los estándares legislados.

No obstante, quienes abogan por la promulgación de estándares de plausibilidad relativa no parecen percatarse de que esas dos tesis relativas a la justificación epistémica son consecuencia de cómo operan los parámetros que componen ese tipo de justificación. En otras palabras, si la justificación epistémica es gradual y si su suficiencia es relativa al contexto práctico ello es así *porque* esas son las características de los parámetros que la constituyen.

⁴⁰ Véase, acerca de este punto, GONZÁLEZ LAGIER, 2018, § 4.4.4.

⁴¹ FERRER BELTRÁN, 2018.

⁴² LAUDAN, 2013: p. 106.

⁴³ GONZÁLEZ LAGIER, 2018, § 4.4.4.

⁴⁴ GONZÁLEZ LAGIER, 2018 subraya especialmente los distintos tipos de vaguedad que afectan a las fórmulas que pretenden fijar.

Esta es la razón por la que no es plausible decir que estamos ante un caso de vaguedad ordinario, como el que podría dificultar la aplicación de una norma cualquiera (e.g. ¿es la patineta un vehículo?). Por el contrario, los conceptos empleados a efectos de definir la suficiencia probatoria (i.e. los “eventos epistémicos”) son conceptos de un tipo sumamente peculiar. Se trata de conceptos cuya saturación no puede simplemente *constatarse*, sino que exige un *juicio de valor*. Juzgar si cada uno de los criterios empleados en la fórmula se ha satisfecho *suficientemente*, juzgar respecto del modo en que se combinan y eventualmente compensan, obliga a quien debe decidir a mirar hacia la decisión a adoptar, a las circunstancias particulares, a la gravedad de los errores que podrían cometerse en ese caso específico. Así, la decisión acerca de si, frente a una hipótesis o a un conjunto de elementos probatorios, un cualquier criterio epistémico gradual ha de considerarse saturado está ligada a la valoración de aquello que a partir de la decisión acerca de la saturación quiere hacerse y de las consecuencias que ello puede acarrear⁴⁵.

De allí que no tenga sentido alguno pretender eliminar la evaluación del juzgador respecto de la justificación epistémica apelando a los parámetros que la componen, pues son precisamente estos parámetros los que imponían inicialmente la necesidad de evaluación. Imagínese que la legislatura hubiera adoptado la férrea decisión de eliminar el consumo de carne por parte de la ciudadanía. Y supongamos que, para ello, emite una disposición, de conformidad con ello “de ahora en adelante solo se podrá consumir res, pollo, ternera, pescado, buey, puerco, pato, ciervo, jabalí, codorniz, faisán, etc.”. Uno tendería a pensar que la norma resultante es completamente inadecuada para el fin perseguido: en el consumo de *esas cosas* consistía el *consumo de carne*. Igualmente inadecuado es intentar evitar que sea cada juzgador quien realiza la evaluación ínsita en el juicio de suficiencia probatoria emitiendo disposiciones legislativas que lo manden a decidir si todos o algunos de los parámetros de justificación epistémica están satisfechos: es en el juicio relativo a la satisfacción de esos parámetros, así como de su combinación y complemento, donde reside la necesidad de evaluación que pretendía eliminarse en primer término. Sería necesario, a lo sumo, fijar criterios de suficiencia relativos a cada uno de esos parámetros, mas es allí donde la empresa se torna imposible, debido a que ellos mismos son no cuantificables⁴⁶.

Así, aunque las fórmulas abstractas de “estándares” de plausibilidad relativa propuestas parecen ser variables en cuanto a su exigencia epistémica, ello es solo producto de una engañosa apariencia⁴⁷. En efecto, distintas fórmulas se podrían considerar ambas satisfechas ante un mismo conjunto de elementos probatorios dependiendo de cuáles sean las consecuencias de la decisión a adoptar. Del mismo modo, la misma fórmula se podría considerar satisfecha a efectos de adoptar una decisión pero no otra frente a conjuntos probatorios semejantes o incluso idénticos. Imagínese que la fórmula LL_1 es

⁴⁵ Véase AMAYA, 2013: p. 29. Es en virtud de estas consideraciones que en otro sitio he sugerido entender que PRUEBA (en el sentido de resultado de la actividad probatoria) opera como concepto moral *denso* (así en DEI VECCHI, 2014).

⁴⁶ NANCE, 2016: p. 82.

⁴⁷ Véanse las demás propuestas de FERRER BELTRÁN, 2018.

aplicable al mismo tiempo en el proceso penal y en el proceso civil. Imagínese un caso donde se acusa a una persona A por la ejecución de la acción Φ . Supongamos que el caso concluye en una absolución de A en sede penal a la luz de un conjunto de pruebas C, sobre la base de que las pruebas inculpatorias no son suficientes, o no son lo suficientemente fiables, o no son lo suficientemente difíciles de explicar bajo la hipótesis de la inocencia del acusado, o por la presencia de pruebas exculpatorias lo suficientemente difíciles de explicar bajo la hipótesis de culpabilidad, o quizás un poco de todo ello. En otras palabras, C no satisface LL_1 a efectos de adoptar *ese* veredicto de condena penal. Pero es perfectamente plausible pensar en una decisión de condena *justificada* en sede civil en virtud de que C, en *ese contexto*, a efectos de adoptar *esa decisión*, satisface LL_1 . Y esto no tiene por qué limitarse al paso de un fuero a otro, sino que puede perfectamente suceder de caso a caso. Lo mismo puede decirse de una fórmula como JF_1 . La suficiencia explicativa de los datos disponibles respecto de la hipótesis, la suficiencia probatoria respecto de esos datos mismos, la suficiencia en la integración, la relativa a la confirmación de predicciones, la concerniente a las predicciones tenidas en cuenta, la que hace a la refutación de hipótesis alternativas, la suficiencia respecto de las hipótesis alternativas tenidas en cuenta, etc., son juicios variables, dependientes del contexto, función de consideraciones prácticas. La satisfacción del “estándar” habrá de decidirse caso a caso apelando a ese tipo de consideraciones. Y lo más importante es que uno puede muy bien “reducir” una fórmula como JF_1 a una asimetría mínima en el tratamiento de los riesgos de error, a algo como lo que Bayón denomina *sensibilidad mínima al riesgo de error*⁴⁸. Pues la satisfacción mínima de cada uno de sus elementos queda satisfecha con la *mejor explicación*. Así, podría sostenerse que la mejor explicación, por mala que sea, explica suficientemente los datos disponibles, que estos datos están suficientemente probados, que las predicciones confirmadas son suficientes (por nimias que puedan resultar) y que su confirmación también lo es, que las demás hipótesis plausibles están suficientemente refutadas, quizás solo sobre la base de que hay una mejor. Seguramente la satisfacción mínima de todas estas condiciones no se condiga con el juicio “político” que Ferrer Beltrán tenía en mente al idear esa fórmula para las condenas penales, pero ese es el meollo de la cuestión: que el juicio político moral respectivo no es *expresable* recurriendo solamente a parámetros de justificación epistémica. Como he intentado mostrar, es precisamente la determinación de si esos parámetros se satisfacen la que exige un juicio de esa naturaleza.

Lo dicho no priva, sin embargo, de toda utilidad a la iniciativa de fijar estándares en términos de plausibilidad relativa. Esas fórmulas tienen la virtud de hacer explícito cuál es el tipo de criterios, la *índole de razones*, a que deben recurrir quienes juzgan sobre cuestiones de hecho⁴⁹. Para emplear la expresión del reciente texto de Federico Picinali: *the threshold lies in the method*⁵⁰. Esto puede ser especialmente valioso en ordenamientos

⁴⁸ BAYÓN MOHINO, 2009: p. 23.

⁴⁹ En relación con la fórmula *más allá de toda duda razonable* y con otras usualmente empleadas en el ámbito jurídico, LILLQUIST, 2002, STEIN, 2005: p. 117-119, HAACK, 2014c.

⁵⁰ PICINALI, 2015.

donde se exige una motivación de las decisiones judiciales, ya que los “estándares” estarían indicando a quienes deciden cuáles son los puntos del razonamiento probatorio que se espera encontrar en la fundamentación del fallo. Pero hay que evitar que el optimismo se torne engeguedor, y no hay que perder de vista dos circunstancias cruciales. Por una parte, si esos criterios son relevantes, ello no es porque figuren en la fórmula del pretendido estándar, sino por su estatus epistemológico, por ser parámetros indicativos de lo que es verdad⁵¹. En este sentido, la iniciativa podría ser un arma de doble filo, porque al tiempo que sirve para resaltar el tipo adecuado de razones a que quien juzga debe apelar, también podría omitir criterios epistémicos importantes. Asimismo, al reconocer que el umbral se reduce a la exigencia de un cierto método de raciocinio (un “estándar argumentativo”, si se prefiere) se renuncia sin más a la idea de umbral como *estándar objetivo de suficiencia epistémica*. En efecto, el método de raciocinio adecuado para justificar decisiones respecto de la suficiencia de las razones epistémicas en favor de aceptar una cierta proposición entraña, necesariamente, una evaluación acerca de lo apropiado de adoptar un preciso curso de acción a la luz de esa aceptación. En otras palabras, es el método quien supone consideraciones pragmáticas en cada determinación de suficiencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, D., 2018: “¿De qué hablamos cuando hablamos de concepción racionalista de la prueba jurídica?”, *Borrador en proceso de publicación proporcionado por la autora*.
- ALSTON, W. P., 1989 [1985]: “Concepts of Epistemic Justification”, en *Epistemic justification. Essays in the theory of knowledge*, Ithaca: Cornell University Press: 81-115.
- AMAYA, A., 2013: “Coherence, Evidence, and Legal Proof”, *Legal Theory*, 19, N° 1, pp. 1-43.
- BAYÓN MOHINO, J. C., 2009: “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 2009-2010, N° 1, pp. 15-34.
- BLACK, M., 1979: *Inducción y probabilidad*, Madrid: Cátedra.
- BOGHOSSIAN, P. A., 2006: *Fear of Knowledge: against Relativism and Constructivism*, Oxford - New York: Clarendon Press - Oxford University Press.
- CLERMONT, K. M. & E. SHERWIN, 2002: “A Comparative View of Standards of Proof”, *Cornell Law Faculty Publications*, 50, N° 2, pp. 243-275.
- COHEN, L. J., 1995: *An Essay on Belief and Acceptance*, Oxford: Clarendon Press.
- COHEN, L. J., 1998: *Introduzione alla Filosofia dell'induzione e della probabilità*, Milano: Giuffrè.
- COUTURE, E. J., 1958: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Depalma.
- DARWALL, S., 2006: *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*, Cambridge-Massachusetts-London: Harvard University Press.

⁵¹ HAACK, 2009 [1993]. Véase, en este sentido, GONZÁLEZ LAGIER, 2018, § 3.2: «Su inclusión en textos normativos solo tendría, por tanto, una función orientadora, ejemplificativa, indicativa. Además, la cuestión de cuáles son las reglas de racionalidad epistemológica es ella misma una cuestión metodológica y filosófica, abierta a la discusión y dependiente de la teoría epistemológica que se asuma, lo que no aconseja su positivización, salvo quizá por vía jurisprudencial, más flexible».

- DAVIDSON, D., 2001 [1983]: "A Coherence Theory of Truth and Knowledge", en *Subjective, Intersubjective, Objective*, Oxford-New York: Clarendon Press-Oxford University Press: 137-158.
- DE FINETTI, B., 1993: "Bayesianesimo: il suo ruolo unificante per i fondamenti e le applicazioni della statistica", en MONARI, P. & COCCHI, D., *Probabilità e induzione*, Bologna: Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna: 205-228.
- DEI VECCHI, D., 2014: "Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: El salto constitutivo", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 34, pp. 237-261.
- DEI VECCHI, D., 2018: *Problemas probatorios perennes*, México: Fontamara.
- DESCARTES, R., 2008 [1641]: *Meditations on First Philosophy. With Selections from the Objections and Replies*, Oxford: Oxford University Press.
- DWORKIN, R., 1978: *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., 2007: "La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 15.
- FERRER BELTRÁN, J., 2001: "Está probado que p", en TRIOLO, L., *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Torino: G. Giappichelli: 73-96.
- FERRER BELTRÁN, J., 2002: *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, J., 2006: "Legal proof and fact finders' beliefs", *Legal Theory*, 12, Nº 4, pp. 293-314.
- FERRER BELTRÁN, J., 2007: *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, J., 2013: "La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana", en VÁZQUEZ, C., *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - São Paulo: Marcial Pons: 21-39.
- FERRER BELTRÁN, J., 2018: "Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea", en PAPAYANNIS, D. M. & PEREIRA FREDES, E., *Filosofía del derecho privado (en prensa)*, Madrid-Barcelona-Sao Paulo-Buenos Aires: Marcial Pons: 401-430.
- FERRUA, P., 2007: "Il giudizio penale: fatto e valore giuridico", en A.A.V.V., *La prova nel dibattimento penale*, Torino: G. Giappichelli: 317-410.
- GARBOLINO, P., 1997: *I Fatti e le opinioni: la moderna arte della congettura*, Roma: Laterza.
- GASCÓN ABELLÁN, M., 2004: *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- GASCÓN ABELLÁN, M., 2005: "Sobre la posibilidad de formular estándares e prueba objetivos", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 28, pp. 127-139.
- GOLDMAN, A. I., 1967: "A Causal Theory of Knowing", *Journal of Philosophy*, 64, Nº 12.
- GOLDMAN, A. I., 1999: *Knowledge in a Social World*, Oxford: Clarendon Press.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 2018: *Prueba y argumentación ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. Girona (Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio).
- GUASTINI, R., 2008: *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma: Aracne.
- HAACK, S., 2009 [1993]: *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*, Amherst, N.Y.: Prometheus Books.
- HAACK, S., 2010: "Belief in Naturalism: An Epistemologist's Philosophy of Mind", *Logos and Episteme*, 1, Nº 1, pp. 67-83.
- HAACK, S., 2012: "The Embedded Epistemologist: Dispatches from the Legal Front", *Ratio Juris*, 25, Nº 2.
- HAACK, S., 2014a: "Belief in Naturalism: An Epistemologist's Philosophy of Mind", en KWIATEK, L., BROZEK, B. & STELMACH, J., *The Normative Mind*, Poland: Copernicus Center Pr: 229-249.

- HAACK, S., 2014b: "Epistemology and the Law of Evidence", en HAACK, S., *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*, New York, NY: Cambridge University Press: 1-26.
- HAACK, S., 2014c: "Legal Probabilism: An Epistemological Dissent", en HAACK, S., *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*, New York, NY: Cambridge University Press: 47-77.
- LAUDAN, L., 2003: "Is reasonable doubt reasonable?", *Legal Theory*, 9, N° 4, pp. 295-331.
- LAUDAN, L., 2005: "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28, pp. 95-113.
- LAUDAN, L., 2007: "Strange Bedfellows. Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard of Proof", *International Journal of Evidence & Proof*, 11, N° 4, pp. 292.
- LAUDAN, L., 2011a: "¿Es razonable la duda razonable?", en LAUDAN, L., *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi: 119-195.
- LAUDAN, L., 2011b: "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en LAUDAN, L., *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi: 57-86.
- LAUDAN, L., 2011c: "The Rules of Trial, Political Morality, and the Costs of Error: Or, Is proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good?", en GREEN, L. & LEITER, B., *Oxford studies in philosophy of law*, Oxford: Oxford University Press: 195-227.
- LAUDAN, L., 2013: *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons.
- LAUDAN, L., 2016: *The Law's Flaws. Rethinking Trials and Errors?*, Milton Keynes: Lightning Source.
- LAUDAN, L. & R. ALLEN, 2011: "The Devastating Impact of Prior Crimes Evidence and Other Myths of the Criminal Justice Process", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 101, N° 2, pp. 493-527.
- LAUDAN, L. & H. SAUNDERS, 2009: "Re-Thinking the Criminal Standard of Proof: Seeking Consensus About the Utilities of Trial Outcomes", en *Journal International Commentary of Evidence*, Vol. 7 Iss. 2 (2009).
- LEITER, B. & R. ALLEN, 2001: "Naturalized Epistemology and the Law of Evidence", *Virginia Law Review*, 87, N° 8, pp. 1492-1550.
- LILLQUIST, E., . UC Davis Law Review, Vol. 36, November 2002. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=349820> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.349820>, 2002: "Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability", *UC Davis Law Review*, N° 36, pp. 85-197.
- LLUCH, X. A., 2012: "La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*", *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, N° 35, pp. 135-200.
- MENDONCA, D., 1998: "Presunciones", *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, 21, pp. 83-98.
- MONTMARQUET, J. A., 2007: "«Pure» versus «Practical» Epistemic Justification", *Metaphilosophy*, 38, N° 1, pp. 71-87.
- NANCE, D. A., 2016: *The Burdens of Proof*, Cambridge: Cambridge University Press.
- NAVARRO, P. E. & J. J. MORESO, 1997: "Applicability and Effectiveness of Legal Norms", *Law and Philosophy*, 16, N° 2, pp. 201-219.
- ORTEGA Y GASSET, J., 1942: *Ideas y creencias*, Madrid: Revista de Occidente.
- PARDO, M. S., 2013: "Estándares de prueba y teoría de la prueba", en VÁZQUEZ, C., *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons: 99-118.
- PICINALI, F., 2015: "The Threshold Lies in the Method: Instructing Jurors about Reasoning Beyond Reasonable Doubt", *International Journal of Evidence & Proof*, 19, N° 3, pp. 139-153.
- POJMAN, L. P., 1993: *The Theory of Knowledge. Classical and Contemporary Readings*, Belmont [etc.]: Wadsworth.

- PUTNAM, H., 1981: *Reason, Truth and History*, Cambridge: Cambridge University Press.
- QUINE, W. V., 1951: "Two Dogmas of Empiricism", *The Philosophical Review*, 60, N° 1, pp. 20-43.
- RAMSEY, F. P., 1954: "Truth and Probability", en BRAITHWAITE, R. B., *The foundations of mathematics and other logical essays*, London: Routledge & Kegan Paul: 156-198.
- RAWLS, J., 1955: "Two Concepts of Rules", *Philosophical Review*, 64, N° 1, pp. 3-32.
- RAZ, J., 1999 [1975]: *Practical Reason and Norms*, Oxford: Oxford University Press.
- RORTY, R., 1979: *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton: Princeton University Press.
- SEARLE, J. R., 1969: *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SEARLE, J. R., 1995: *The Construction of Social Reality*, New York: The Free Press.
- SEARLE, J. R., 2003: *Rationality in Action*: MIT Press.
- SEARLE, J. R., 2010: *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford: Oxford University Press.
- STEIN, A., 2005: *Foundations of Evidence Law*, Oxford - New York: Oxford University Press.
- STRAWSON, P. F., 1992: *Analysis and Metaphysics: An Introduction to Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- STRAWSON, P. F., 1995 [1968]: "Libertad y resentimiento", en STRAWSON, P. F., *Libertad y resentimiento. Y otros ensayos*, Barcelona: Paidós: 37-67.
- TARUFFO, M., 1992: *La prova dei fatti giuridici*, Milano: Giuffrè.
- TILLERS, P., E. D. GREEN & A. MURA, 2003: *L'Inferenza probabilistica nel diritto delle prove: usi e limiti del bayesianesimo*, Milano: Giuffrè.
- TWINING, W. L., 1990: "Rethinking Evidence", en *Rethinking evidence: exploratory essays*, Cambridge: Basil Blackwell: 341-372.
- VON WRIGHT, G. H., 2001: *A treatise on induction and probability*, London: Routledge.
- WALTON, D. N., 2002: *Legal Argumentation and Evidence*, University Park, Pa.: Pennsylvania State University Press.

La filosofía de la ética profesional: una historia entrañable*

*David Luban
Bradley Wendel*

RESUMEN

La teoría de la ética profesional, como disciplina moderna, comenzó en los 1970. Este artículo ofrece un breve recuento histórico distinguiendo dos oleadas de literatura teórica respecto de ética de la profesión jurídica. La “Primera Oleada” vincula la disciplina con la filosofía moral, y se concentra en los conflictos que se producen entre la moral ordinaria de los abogados y su ética del rol, mientras que la “Segunda Oleada” se preocupa más bien del papel que juega la representación jurídica en la mantención y promoción de una democracia pluralista. El artículo rastrea el origen de la Primera Oleada en los movimientos sociales de los 1960 y 1970. En la conclusión, ofrecemos algunas especulaciones acerca de posibles caminos que podría tomar una Tercera Oleada de ética profesional teórica, sobre la base de la ética conductual, la ética de las virtudes, o la teoría de la relación fiduciaria.

Ética profesional – moral ordinaria – ética del rol – teoría del derecho

Philosophical Legal Ethics: An Affectionate History

ABSTRACT

The modern subject of theoretical legal ethics began in the 1970s. This brief history distinguishes two waves of theoretical writing on legal ethics. The “First Wave” connects the subject to moral philosophy and focuses on conflicts between ordinary morality and lawyers’ role morality, while the “Second Wave” focuses instead on the role legal representation plays in maintaining and fostering a pluralist democracy. We trace the emergence of the First Wave to the larger social movements of the 1960s and 1970s; in the conclusion, we speculate about possible directions for a Third Wave of theoretical legal ethics, based in behavioral ethics, virtue ethics, or fiduciary theory.

Legal ethics – ordinary morality – role morality – jurisprudence

* Traducción de Javier Gallego Saade. Este artículo apareció publicado originalmente en inglés, bajo el título “Philosophical Legal Ethics: An Affectionate History”, en *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 30, 2017, pp. 337-361.

Artículo recibido el 31.7.2019 y aceptado para su publicación el 6.3.2020.

I. INTRODUCCIÓN

El historiador inglés del partido *Whig* Thomas Babington Macaulay, entrenado como abogado, cuestionó alguna vez, con aire de superioridad, la disposición que tenía el abogado, “que usa una peluca en su cabeza, y una cinta alrededor de su cuello, [a] hacer por una guinea lo que, sin esos apéndices, consideraría malvado e infame hacer por un imperio”¹. Dejemos de lado la referencia a la guinea; la pregunta central es: ¿qué tipo de persona se siente, por el solo hecho de ocupar un rol social, libre para hacer a un lado deberes y virtudes humanas universales? De alguna forma, el problema de la “ética del rol” de abogado es uno de los problemas más antiguos de la filosofía: se remonta a la crítica de Platón a los sofistas². A pesar de eso, sorprendentemente muy pocos juristas –y filósofos morales– se preocuparon de la ética profesional del abogado en los siglos previos a la década de 1970. Hubo abundante discusión en torno a algunos lugares comunes³, pero muy poco análisis teórico sostenido⁴. En los años ’70, sin embargo, algo inesperado ocurrió. Comenzó una repentina efusión de artículos y monografías sobre teorías de ética profesional, que dieron origen a la disciplina moderna. Su origen y rápido crecimiento resulta fascinante como pieza de análisis histórico, lo que de paso nos aporta mucha información sobre la profesión misma y cómo esta ha evolucionado desde entonces.

La conmemoración de la Revista de Ética Profesional de Georgetown, en la que el presente artículo se inserta, es la ocasión apropiada para examinar esta historia. El Padre Robert Drinan, fundador de la Revista, acogía a los filósofos (uno de nosotros, Luban, recuerda una llamada telefónica del Padre Drinan, quien en su usual entusiasmo contagioso comenzó diciendo “Hola, soy Bob Drinan, ¿qué piensas de mi Revista?” Hasta

¹ DAVID LUBAN, *Lawyers and Justice: An Ethical Study* (1988), p. xxi.

² Véase, por ejemplo, PLATÓN, *Gorgias*, en *The Collected Dialogues* (Edith Hamilton & Huntington Cairns, eds., 1961) (W.D. Woodhead, trad.). Por “ética del rol” queremos decir los deberes y mandatos morales asociados a un rol social – por ejemplo, los deberes morales de confidencialidad y celo del abogado, como también el mandato moral del abogado de promover los intereses del cliente incluso a expensas de otros intereses más valiosos.

³ El ex juez de la Corte Suprema Federal Tom C. Clark presidió un comité especial para la ABA, que luego sería conocido como la “Comisión Clark”, dedicada al estudio de disciplina de abogados. Ha sido identificada como el punto de partida de la revolución del campo de la ética profesional. Véase VINCENT R. JOHNSON, “Justice Tom C. Clark’s Legacy in the Field of Legal Ethics”, *29 J. Legal Prof.*, pp. 33, 35 (2002). Sin embargo, las contribuciones más conocidas del Juez Clark a este ámbito, en su calidad individual, son notorias más bien por sus piadosas generalidades, como por ejemplo la afirmación de que la lección más importante del escándalo de Watergate es que la integridad moral e intelectual son importantes, y que la organización profesional ha pasado de ser una noble profesión a un negocio hambriento de ganancias. Véase TOM C. CLARK, “Teaching Professional Ethics” *12 San Diego L. Rev.*, p. 249 (1975). Desafortunadamente, muchos de los comentarios en materia de ética profesional de esa época, en particular de parte de distinguidos líderes de organizaciones profesionales, o de jueces, tienen esa cualidad homilética.

⁴ La única excepción fue Lon Fuller, un gran filósofo del derecho de la Universidad de Harvard; pero cuyos escritos sobre ética profesional de las décadas de 1950 y 1960 fueron en gran parte ignorados por los círculos académicos (en su mayor parte, todavía lo son). Véase DAVID LUBAN, “Rediscovering Fuller’s Legal Ethics”, *11 Geo. J. Legal Ethics* 801 (1998), reimpresso en *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design* (Willem J. Witteveen & Wibren van der Burg, eds., 1999).

ese momento, solo nos habíamos encontrado una vez). La visión que Drinan tenía era de una revista que abordara problemas prácticos, no solo teóricos, pero entendía muy bien lo profundamente entrelazada que estaba la ética profesional con la teoría. Drinan entendía también que el renovado interés en problemas morales fundamentales conectado con la función del abogado le daría impulso a las velas de la producción académica en ética profesional, y eso hizo que la Revista de Ética Profesional de Georgetown se volviera no solo necesaria sino posible.

El breve recuento histórico que sigue es selectivo, y –quisiéramos enfatizar– muy personal, en lo que respecta a los autores. Otros participantes en la evolución del discurso de la teoría de ética profesional de seguro narrarían la historia de una manera diferente. No nos disculpamos por ofrecer una historia personalizada; sí le ofrecemos disculpas a los académicos que pasamos por alto. Dado los constreñimientos de espacio y el deseo de no ahondar demasiado en algunos de los debates, no reclamamos exhaustividad del recuento histórico que sigue. Hay varias contribuciones de importantes académicos que han quedado fuera de esta revisión. Además, la historia que contamos se remite en lo fundamental a Estados Unidos.

Por razones que no entendemos completamente, la ética profesional filosófica floreció en Estados Unidos más de una década antes que atrajera atención internacional.

En lo que sigue identificaremos dos “oleadas” de contribuciones académicas concernientes a teoría de ética profesional: una que mira la profesión a través de los lentes de la filosofía moral, y otra posterior que critica esta orientación filosófico-moral y se aproxima a la profesión más bien desde la filosofía política. Resumidamente, la primera oleada se concentra en el abogado individual en tanto agente moral, y analiza la tensión moral entre la vida ética, por un lado, y la ética del rol del abogado a la que se refería Macaulay. La segunda oleada, en cambio, tematiza la representación jurídica como una institución política situada en una democracia pluralista, y por esa vía conecta la ética profesional con la pregunta por los elementos necesarios para que le sea posible a esa profesión jurídica preservar instituciones pluralistas. Cronológicamente, la primera oleada comenzó en la década de los 70 y la segunda oleada en los 2000. Pero obviamente esta división es formal: por cierto, estas dos escuelas de pensamiento se superponen en el tiempo mucho más que lo que sugiere la metáfora de “dos oleadas”.

En la conclusión, ofrecemos breves especulaciones acerca de temas discutidos actualmente en la literatura especializada que podrían abrir el paso hacia una tercera oleada de pensamiento respecto de ética profesional.

II. LA PRIMERA OLEADA: LA ÉTICA PROFESIONAL COMO UN PROBLEMA DE FILOSOFÍA MORAL

A. *El trasfondo social y político*

La primera oleada de contribuciones y reflexiones académicas pertinente a ética profesional surgió a partir de la agitación social y política de las décadas de los 1960 y

1970. Este era el tiempo de Martin Luther King, de Malcolm X, y de la lucha por la igualdad racial. También marcaba el inicio del movimiento feminista moderno. También, y muy importantemente, era el tiempo de la guerra de Vietnam y del movimiento pacifista. Para muchas personas, de mayor edad y jóvenes, pero principalmente para los jóvenes, la guerra puso en evidencia, de forma definitiva, la carencia moral del liberalismo americano de guerra fría, que mostraba un lento progreso en la igualdad en casa, pero justificaba agresivas intervenciones en el exterior. Esto llevó a una severa pérdida de confianza política en las instituciones. Este era también el tiempo de la contracultura. Notoriamente, esa contracultura se rebeló contra el conformismo y el arribismo, que veía como vaciados de contenido espiritual. Las instituciones cayeron en sospecha, incluyendo las instituciones jurídicas. La conciencia individual, según esta visión del mundo, debe siempre vencer a las presiones institucionales⁵.

La actitud de estos movimientos, tanto en lo político como en lo cultural, era anti-autoritaria y marcadamente moralista. Mirando hacia atrás, podemos decir que, quizás, estos movimientos carecían de una visión política general. Como muchos movimientos sociales, sabían a qué se oponían, pero no tenían muy claro exactamente qué es lo que defendían. Por cierto, los movimientos se caracterizaban por ser extremadamente moralistas y arrogantes. Pero no hay duda de que, en esos tiempos de agitación, la postura de antiautoridad era considerada el piso mínimo que requería la decencia humana. La idea de que las personas debían obedecer a las autoridades parecía moralmente demencial cuando se las estaba obligando a ir a Vietnam a matar personas.

Las escuelas de derecho estadounidenses no fueron inmunes a estas corrientes sociales. La nueva izquierda en la academia legal ya estaba activa a mediados de los 70, y en 1977 tuvieron lugar las primeras reuniones programáticas de la Conferencia de Estudios Críticos del Derecho. Los estudios críticos del derecho apuntaban a una crítica radical de las instituciones jurídicas, fundada en la constatación de que el derecho se había convertido en un enemigo de la comunidad auténtica y empática. Como lo sostuvo Robert Gordon en un muy conocido trabajo pertinente a los estudios críticos del derecho, publicado el mismo año en que se fundó la *Revista de Ética Profesional de Georgetown*,

CLS [por su nombre en inglés: *Critical Legal Studies*] es un movimiento primordialmente de profesores de derecho, pero que incluye también abogados que ejercen, que para la mayoría de nosotros comienza a fines de los 60 o inicios de los 70 a partir de un descontento con el sistema de educación legal. Esperábamos producir

⁵ En el ámbito político, quizás el mejor ejemplo es la Declaración de Port Huron, el manifiesto fundante de los Estudiantes por una Sociedad Democrática: "El fin del hombre y de la sociedad debiera ser [...] la búsqueda de un significado en la vida que sea personalmente auténtico: una cualidad de la mente no compulsivamente motivada por un sentimiento de impotencia, ni por un sentimiento que irreflexivamente adopta valores establecidos. [...] Vínculos personales entre hombres son necesarios, en especial para ir más allá de los vínculos parciales y fragmentarios de las funciones, que unen a los hombres solo como trabajadores, empleadores y empleados, maestros y estudiantes, americanos y rusos". The Port Huron Statement of the Students for a Democratic Society (June 11-15, 1962), disponible en: <http://coursesa.matrix.msu.edu/~hst306/documents/huron.html>.

trabajos sobre el derecho que transmitieran de modo claro nuestro desasosiego, y que a partir de esos sentimientos incipientes de descontento surgiera una crítica con algo de contundencia y sustancia [...] Pero al mismo tiempo el movimiento persigue algunos objetivos políticos y sociales compartidos [...] [N]os une el deseo de que nuestro trabajo contribuya, en la medida de lo posible, a la realización del potencial que creemos existe para transformar las prácticas del sistema jurídico de modo de promover una sociedad más decente, igualitaria y solidaria—es decir, menos marcadamente estructurada sobre la base de jerarquías de clase, estatus, “mérito”, raza, y género— más descentralizada, democrática y participativa, tanto en sus propias lógicas de vida social como en las formas que promueve en otros países⁶.

No es coincidencia que Gordon sea considerado uno de los más distinguidos especialistas en ética profesional, y que su trabajo *The Independence of Lawyers* esté dentro de los clásicos de esa literatura especializada⁷. Aun cuando relativamente pocos profesores universitarios de derecho y abogados se unieron a los estudios críticos del derecho, muchos simpatizaban con la corriente, y todavía muchos más simpatizaban con el discurso más general de los movimientos sociales⁸.

Vale la pena notar que el movimiento de educación clínica surgió en el mismo período de agitación social y demandas reformistas; y algunos de los más distinguidos pensadores de ética jurídica son, o comenzaron su carrera como, especialistas en la enseñanza clínica⁹. La íntima conexión entre la educación clínica y el desarrollo teórico de la ética profesional resulta fascinante, pero explicar las variadas complicaciones de este episodio histórico es materia de otro trabajo.

⁶ ROBERT W. GORDON, “Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law”, 15 *Fla. St. U.L. Rev.*, pp. 195, 196-97 (1987).

⁷ ROBERT W. GORDON, “The Independence of Lawyers”, 68 *B. U. L. Rev.*, p. 1 (1988).

⁸ Por ejemplo, a principios de los 1980, la Conferencia de Estudios Críticos del Derecho tuvo 350 participantes, mientras que la conferencia anual de 1982 tuvo 1.000 asistentes. Allan C. Hutchinson & Patrick J. Monahan, “Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought”, 36 *Stan. L. Rev.*, pp. 199, 201 (1984). De modo similar, nuestra impresión es que varios de los académicos cuyo trabajo aparece en la bibliografía de CLS de Kennedy y Klare del año 1984 (Duncan Kennedy & Karl E. Klare, “A Bibliography of Critical Legal Studies”, 94 *Yale L. J.* 461 (1984)) se identificarían como simpatizantes del movimiento pero no necesariamente como “académicos de CLS”. Entre estos incluiríamos a: Howard Lesnick, Carrie Menkel-Meadow, y Deborah L. Rhode; otros, como Richard Abel, Robert S. Gordon y William H. Simon, son más cercanos y se identifican directamente con los CLS. Uno de nosotros (Luban) se ubicaría en el grupo de los simpatizantes. Véase el ensayo principal de David Luban, *Legal Modernism* (1993). El otro suscrito (Wendel) conscientemente se identifica con movimientos pre-CLS, como la escuela del proceso legal. Véase, e.g., W. Bradley Wendel, *The Craft of Legal Interpretation*, en *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: From the Rule of the King to the Rule of Law* (Yasutomo Morigiwa, ed., 2011).

⁹ Son demasiados, de modo que no intentaremos nombrarlos. Solo mencionaremos algunos teóricos prominentes que comenzaron o que todavía ejercen en el ámbito clínico: Anthony Alfieri, Gary Bellow, Clark Cunningham, Kate Kruse, Peter Margulies, Carrie Menkel-Meadow, Abbe Smith, y Paul Tremblay. Una descripción clásica sobre los orígenes de la educación clínica es Michael Meltzer & Philip G. Schrag, “Report from a CLEPR Colony”, 76 *Colum. L. Rev.* 581 (1976).

B. *La crítica a la concepción “estándar” del partisano neutral*

Notablemente, dos de los académicos fundadores de la ética profesional teórica se identificaban con el movimiento social de izquierda del momento. Richard Wasserstrom, quien hoy tiene 80 años de edad, es filósofo, profesor de derecho, y un eminente abogado de libertades civiles (hoy retirado). En 1975 publicó un trabajo titulado *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*¹⁰, que inauguró la filosofía de la ética profesional moderna. A Wasserstrom le preocupaba constatar que el rol de la abogacía convertía “a los abogados, en el mejor de los casos, en personas sistemáticamente amorales, y en el peor de los casos, en personas más que ocasionalmente inmorales, en su trato con el resto de la humanidad”; y se preguntaba si la lealtad unilateral hacia el cliente podía ser reconciliada con la expectativa de universalidad del punto de vista moral. Recuérdese que Kant sostenía que todo ser humano, o más bien todo sujeto racional, debe ser tratado como un fin en sí mismo, y no solo como un medio para nuestros propios fines¹¹. Por contraste, la función del abogado es tratar al cliente como un fin en sí mismo, pero a nadie más. Como lo afirman de modo brutal un par de autores: “Cuando alguien necesita ayuda en aquellos procesos en los que las personas son tratadas como instrumentos, no como fines, acude a los abogados, acude a nosotros”¹². Luego agregan: “Entonces, si buscas una definición expresiva de lo que un abogado es, quizás esto sirva: un abogado es una persona que, representando a unos, trata a otros de la misma forma en que los burócratas tratan a todo el mundo —como no personas—”¹³. Ni siquiera Thomas Macaulay fue tan brutalmente directo.

Wasserstrom escribió en un tono más imparcial. Levantó preguntas difíciles y centrales del rol moral de los abogados, pero nunca afirmó tener la respuesta. Tenía muy claro que los roles sociales y las lealtades relacionales estaban profundamente arraigadas en la estructura de la ética humana. Considérese el rol social de un padre. Los padres favorecen el interés de sus propios hijos, por sobre los intereses de los hijos de otras personas, y sería extraño que la moral universal condenara ese tipo de favoritismo, que forma parte de la naturaleza humana. La moral universal reclama la atención de nuestra imaginación moral, pero también lo hacen los roles sociales. El punto es cómo reconciliar ambas exigencias¹⁴. Aunque Wasserstrom no solucionó el problema, el solo hecho de

¹⁰ 5 *Hum. Rts.* 1 (1975).

¹¹ En IMMANUEL KANT, “Groundwork of the Metaphysics of Morals”, en *Practical Philosophy (The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant)* 79 (Mary J. Gregor ed. y trad., 1996), AK. 4:428.

¹² EDWARD A. DAUER & ARTHUR ALLEN LEFF, “Correspondence: The Lawyer as Friend”, 86 *Yale L.J.* 573, 581 (1977).

¹³ *Idem.*

¹⁴ RICHARD WASSERSTROM, “Roles and Morality”, en *The Good Lawyer: Lawyers’ Roles and Lawyers’ Ethics* 24, 26-27 (David Luban, ed., 1983). Véase también DAVID LUBAN, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, pp. 105-16 (1988) (explorando la tensión entre una moral de roles y una moral que rechaza las exigencias de los roles). Otro trabajo pionero de ética profesional (y de ética de la profesión legal) que se concentra en problemas de ética del rol es ALAN GOLDMAN, *The Moral Foundations of Professional Ethics* (1980). Véase también MICHAEL J. KELLY, *Legal Ethics and Legal Education* (Hastings Center, 1980).

levantarlo resonó con los movimientos sociales del momento: puso en cuestión los roles establecidos sobre bases esencialmente éticas. Notoriamente, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues* también cuestionó el paternalismo de los abogados en su trato con los clientes; otro tema que se ha vuelto esencial en la discusión teórica respecto de ética profesional¹⁵.

Tres años más tarde, William Simon, un joven profesor de derecho vinculado a los estudios críticos del derecho, publicó un brillante artículo de 100 páginas, titulado “The Ideology of Advocacy”¹⁶. El trabajo elaboraba una dura crítica a la ética profesional tradicional. Comenzaba ofreciendo la primera definición precisa de lo que se había estado denominando el modelo del “partisano neutral” o la “concepción estándar” de la ética profesional¹⁷. La concepción estándar, que era objeto de mucha atención por los filósofos en la incipiente literatura de ética profesional, incluye por lo general tres principios: (1) parcialidad –defender los intereses jurídicamente legítimos del cliente–; (2) neutralidad –no tomar partido por el mérito moral de los fines del cliente–; y (3) no responsabilidad –inmunidad a la crítica moral por asistir a otro a actuar inmoralmemente–¹⁸. Simon revisó las principales teorías a favor de la concepción estándar –realismo jurídico, la teoría del proceso legal, y la defensa de la autonomía del cliente– y sostuvo que ninguna de ellas lograba su objetivo. También advirtió que rodear al derecho con una neblina de tecnicismos y misticismo solo accesible al experto (al abogado) produce el efecto de alienar al cliente del derecho. Así, los abogados suplantán la experiencia subjetiva del cliente con su propia comprensión de los problemas de los clientes. En lugar de la abogacía profesionalizada, Simon propuso avanzar hacia una suerte de desprofesionalización, en virtud de ello, las convicciones morales personales del abogado jueguen un rol central en la determinación del alcance de la representación de los intereses del cliente¹⁹. Años después, Simon abandonaría esta idea de desprofesionalización, pero en su momento

¹⁵ Véase, por ejemplo, DAVID LUBAN, “Paternalism and the Legal Profession”, 1981 *Wis. L. Rev.* 454; KATHERINE R. KRUSE, “Beyond Cardboard Clients in Legal Ethics”, 23 *Geo. J. Legal Ethics* 103 (2010).

¹⁶ WILLIAM H. SIMON, “The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics”, 1978 *Wis. L. Rev.* 29.

¹⁷ *Ibid.*, pp. at 36-37. Murray Schwartz ofreció una definición similar coincidiendo con Simon. Véase MURRAY L. SCHWARTZ, “The Professionalism and Accountability of Lawyers”, 66 *Cal. L. Rev.* 669, 673 (1978). La diferencia principal radica en que mientras Simon puso énfasis en el Principio de Neutralidad, Schwartz puso énfasis en el Principio de No Responsabilidad Moral. Hasta donde llega nuestro conocimiento, la etiqueta “concepción estándar de la ética profesional” proviene de GERALD J. POSTEMA, “Moral Responsibility in Professional Ethics”, 55 *N.Y.U. L. Rev.* 63, 73 (1980) –otra contribución pionera de la primera oleada. Pero véase TED SCHNEYER, “Moral Philosophy’s Standard Misconception of Legal Ethics”, 1984 *Wis. L. Rev.* 1529 (afirmando que no hay nada “estándar” en la así llamada “concepción estándar”, del modo en que los filósofos morales la entienden).

¹⁸ Véase, e.g., TIM DARE, *The Counsel of Rogues? A Defence of the Standard Conception of the Lawyer’s Role*, pp. 5-12 (2009). Como se hizo notar más arriba (nota 17), distintos académicos ofrecieron formulaciones diferentes para el modelo del partisano neutral: Simon puso el énfasis en la neutralidad antes que en la no responsabilidad.

¹⁹ SIMON, “Ideology” (nota 16), pp. 130-42.

parecía una idea prometedora²⁰. Wasserstrom también flirteó con un modelo desprofesionalizado del rol del abogado²¹. En este sentido, entonces, podemos decir que ambos se sintieron atraídos por la crítica contracultural al conformismo.

En torno a los temas que Wasserstrom, Simon, y algunos otros levantaron se produjo un flujo considerable de contribuciones. Esto es lo que aquí llamaremos la “primera oleada” de literatura académica de ética profesional. Uno de los autores del presente artículo (Luban) se considera con orgullo un miembro de esta primera oleada, y puede reportar que participar en esta discusión fue muy fascinante. Se percibió como un momento de descubrimiento –un momento en el que se estaba logrando un progreso intelectual genuino en torno a las cuestiones más profundas de la filosofía jurídica y moral–²². En vez de formular preguntas abstractas y conceptuales, los académicos estaban estudiando la práctica de los abogados, y parecía que esa era la dirección correcta. Todavía parece que es así. Deborah Rhode, profesora de derecho de Stanford, y también una influyente académica de la primera oleada, combinó aproximaciones teóricas con sofisticados análisis multidisciplinarios de asuntos regulatorios, como por ejemplo la exigencia de buena conducta de la barra, o la prohibición de ejercicio no autorizado de la profesión²³. También atendió las necesidades institucionales de esta emergente disciplina, en la forma de manuales de enseñanza, centros profesionales y la formación de instructores jóvenes. Rhode, junto con Carrie Menkel-Meadow, fueron también las primeras en introducir una perspectiva explícitamente feminista a la ética profesional²⁴. David Wilkins, de la Escuela de Derecho de Harvard, situó la ética profesional en el contexto más general de la teoría del derecho norteamericana, incluyendo las escuelas de análisis económico del derecho, del proceso legal, y las corrientes de realismo legal²⁵. Wilkins también formuló preguntas cruciales de las conexiones entre el rol profesional y la raza –preguntándose, por ejemplo, si un abogado de raza negra podía permitirse,

²⁰ Véase WILLIAM H. SIMON, *The Practice of Justice* (1998); ROBERT W. GORDON & WILLIAM H. SIMON, “The Redemption of Professionalism?”, en *Lawyers’ Idelas/Lawyers’ Practices: Transformations in the American Legal Profession* 230 (Robert L. Nelson, et al., eds. 1992). Para una temprana crítica a la desprofesionalización véase Postema (nota 17), pp. 71-73.

²¹ RICHARD WASSERSTROM, “Lawyers as Professionals: Some Moral Issues” (nota 10), pp. 22-24.

²² La contribución más importante de Luban a la primera oleada es su *Lawyers and Justice: An Ethical Study* (1988).

²³ Véase, e.g., DEBORAH L. RHODE, “Moral Character as a Professional Credential”, 94 *Yale L.J.* 491 (1985); DEBORAH L. RHODE, “Policing the Professional Monopoly: A Constitutional and Empirical Analysis of Unauthorized Practice Prohibitions”, 34 *Stan. L. Rev.* 1 (1981). Para otras contribuciones teóricas, véase, e.g., DEBORAH L. RHODE, “Ethical Perspectives on Legal Practice”, 37 *Stan. L. Rev.* 589 (1985); Deborah L. Rhode, *In the Interest of Justice* (2000).

²⁴ DEBORAH L. RHODE, “Perspectives on Professional Women”, 40 *Stan. L. Rev.* 1163 (1988); CARRIE MENKEL-MEADOW, “Portia in a Different Voice: Speculations on a Women’s Lawyering Process”, 1 *Berkeley Women’s L.J.* 39 (1985). Véase, en un marco más general, KATHARINE T. BARTLETT, “Feminist Legal Methods”, 103 *Harv. L. Rev.* 829 (1990).

²⁵ Véase DAVID B. WILKINS, “Who Should Regulate Lawyers?”, 105 *Harv. L. Rev.* 801 (1992); DAVID B. WILKINS, “Legal Realism for Lawyers”, 104 *Harv. L. Rev.* 468 (1990).

moralmente hablando, representar al Ku Klux Klan—²⁶ (esta conexión entre raza y el rol del abogado fue desarrollada antes por Anthony Alfieri en muchas publicaciones)²⁷.

También durante la primera oleada aparecieron académicos religiosamente comprometidos, sobresaliendo entre ellos Thomas Shaffer, quien se preguntó por las obligaciones de los abogados católicos²⁸ (académicos de la cultura judía también hicieron contribuciones similares)²⁹. Un abogado católico en particular podría cuestionarse que sea posible ejercer como abogado sin contribuir necesariamente a la decadencia de todas las instituciones humanas, incluyendo el derecho³⁰. Debido a que las respuestas a estas preguntas dependen de ciertos compromisos teológicos, la influencia de esta literatura, de abogacía religiosamente comprometida, fue limitada. Su impacto en círculos más amplios dependería de que fuera traducida a lo que Rawls denominó “razones públicas”, corriendo el riesgo de perder su distintiva voz profética³¹.

Shaffer, podríamos agregar, no proviene del entorno progresista y contracultural que antes señalamos como inspiración de la primera oleada. Él fue decano de la Escuela de Derecho de Notre Dame, y aquellos que han leído su artículo de 1971 defendiendo los derechos de propiedad en contra del “sesgo liberal”, o su crítica feroz a la democracia liberal, puede que lo confundan con el abogado-caballeresco conservador del que escribe a

²⁶ DAVID B. WILKINS, “Race, Ethics, and the First Amendment: Should a Black Lawyer Represent the Ku Klux Klan?”, 63 *G.W. L. Rev.* 1030 (1995). Véase también DAVID B. WILKINS, “Two Paths to the Mountaintop? The Role of Legal Education in Shaping the Values of Black Corporate Lawyers”, 46 *Stan. L. Rev.* 1981 (1993). Naturalmente, el hecho de que, en el mundo de la academia legal, los académicos jóvenes de Harvard y Stanford se identificaran a sí mismos como eticistas legales al inicio de sus carreras resultó de crucial importancia para la legitimidad del campo.

²⁷ Aprovechando la ocasión de la conmemoración de la Revista de Georgetown en que se incluye la presente contribución, citamos aquí dos artículos de su autoría que aparecieron antes en este medio: ANTHONY V. ALFIERI, “Objecting to Race”, 27 *Geo. J. Legal Ethics* 1129 (2014); ALFIERI, “Speaking Out of Turn: The Story of Josephine V.”, 4 *Geo. J. Legal Ethics* 619 (1991).

²⁸ Véase, e.g., THOMAS L. SHAFFER, *On Being a Christian and a Lawyer* (1981); THOMAS L. SHAFFER, “Faith Tends to Subvert Legal Order”, 66 *Fordham L. Rev.* 1089 (1998); THOMAS L. SHAFFER, “The Legal Ethics of Radical Individualism”, 65 *Tex. L. Rev.* 963 (1987). Véase también HOWARD LESNICK, “No Other Gods: Answering the Call of Faith in the Practice of Law”, 18 *J. L. & Relig.* 458 (2002). Para una notable contribución reciente a la literatura sobre abogacía y religión: ROBERT K. VISCHER, *Martin Luther King Jr. And the Morality of Legal Practice: Lessons in Love and Justice* (2013).

²⁹ E.g., RUSSELL G. PEARCE, “To Save a Life: Why a Lawyer and a Rabbi Must Disclose a Confidence”, 29 *Loyola L.A. L. Rev.* 1771 (1996); SANFORD LEVINSON, “Identifying the Jewish Lawyer: Reflections on the Construction of Professional Identity”, 14 *Cardozo L. Rev.* 1577 (1993); DAVID LUBAN, “A Midrash on Rabbi Shaffer and Rabbi Trollope”, 77 *Notre Dame L. Rev.* 889 (2002), reimpresso en DAVID LUBAN, *Legal Ethics and Human Dignity* 301 (2007); ABBE SMITH & WILLIAM MONTROSS, “The Calling of Criminal Defense”, 50 *Mercer L. Rev.* 443 (1999).

³⁰ Véase, e.g., MILNER S. BALL, “A Meditation on Vocation”, en *Radical Christian and Exemplary Lawyer: Honoring William Stringfellow* 130 (Andrew W. McThenia, Jr., ed., 1995); véase también STANLEY HAUERWAS, *After Christendom?: How the Church is to Behave if Freedom, Justice, and a Christian Nation are Bad Ideas* (1991).

³¹ Shaffer, quien fue muy influenciado por el teólogo Menonita John Howard Yoder, advierte a abogados religiosamente comprometidos que comportarse como profeta puede llevar a que otros te vean como un loco: THOMAS L. SHAFFER, “On Being a Professional Elder”, 62 *Notre Dame L. Rev.* 624, 640 (1987).

menudo³². No obstante, Shaffer (que se describe a sí mismo como “de centro-izquierda”, y critica la inclinación patriarcal del abogado-caballeresco)³³ ha llegado a identificarse de modo explícito con las corrientes más radicales del cristianismo, una especie de cristianismo de los evangelios que el mismo Shaffer describe como “contracultural” y que prescribe un igualitarismo económico, oposición al poder coercitivo, y desconfianza del patriotismo como idolatría³⁴. Su visión de la ética profesional es igualmente radical: vislumbra abogados entablando relaciones ministeriales con sus clientes, las que describe de manera aterradora como sigue:

La escena que se superpone a la celda donde sostenemos conversaciones con los culpables es la de Jesús y los colectores de impuestos. La escena que se superpone a la horrorosa imagen de mi cliente recibiendo su castigo es la de Dimas en la cruz, Dimas con un abogado y un camarada colgando a su lado³⁵.

En lo que respecta al modelo de partisano neutral, Shaffler lo identifica irónicamente como la “singular, original y endeble ética adversarial”³⁶.

C. *Defensas a una concepción (más o menos) estándar*

No todos los participantes de la primera oleada de ética profesional filosófica eran críticos de la concepción estándar. La idea tradicional de la abogacía también tenía defensores. Una primera y muy original defensa fue formulada por Charles Fried, quien acuñó la metáfora del “abogado como amigo”³⁷. Fried sostuvo que el abogado era como un amigo especial del cliente. La moral autoriza que privilegiemos a nuestros amigos por sobre otras personas, siempre y cuando no violemos los derechos de terceros. Ciertas relaciones humanas –paradigmáticamente, entre familiares y amigos– se vuelven elementos importantes y constitutivos de la vida de una persona. Se sigue de esto que la moral nos permite privilegiar los intereses de aquellos con quienes cultivamos relaciones cercanas y personales, en contraste con el compromiso que podemos tener con el bienestar de la humanidad como un todo. Como amigo del cliente, el abogado asume los intereses del cliente como propios, ya que eso forma parte de la definición clásica de una amistad³⁸. Todavía más, debido a que el abogado opera en el contexto de un sistema jurídico, no

³² THOMAS L. SHAFFER, “Men and Things: The Liberal Bias Against Property”, 57 *Abaj* 123 (1971); THOMAS L. SHAFFER & MARY SHAFFER, *American Lawyers and their Communities: Ethics in the Legal Profession*, 13, 24 (1991).

³³ *Ibid.*, p. 36 n. 1; pp. 51-58.

³⁴ THOMAS L. SHAFFER, “Should a Christian Sign Up for Simon’s Practice of Justice?”, 51 *Stan. L. Rev.*, 903, 907-910 (1999).

³⁵ SHAFFER, *On Being a Christian and a Lawyer* (nota 28), p. 79.

³⁶ THOMAS L. SHAFFER, “The Unique, Novel, and Unsound Adversary Ethic”, 41 *Vand. L. Rev.*, 697 (1988).

³⁷ CHARLES FRIED, “The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation”, 85 *Yale L.J.*, 1060 (1976).

³⁸ *Ibid.*, p. 1071.

es directamente responsable de las consecuencias que el sistema produzca –“cualquier injusto es puramente institucional” afirma Fried³⁹. No es un injusto imputable al abogado. Como dice el refrán, “no odies al jugador, odia al juego”.

En respuesta, los críticos de Fried sostuvieron que la conclusión que se extraía de la analogía del “abogado como amigo” era errada. Uno de ellos argumentó que, al adoptar los intereses de un amigo como propios, uno asume responsabilidad moral por ellos⁴⁰. Simon fue más lejos en su crítica a Fried. Poniendo el énfasis en la transacción patrimonial de la que se favorecía el abogado al hacerse amigo del cliente, Simon ironizó que Fried no estaba tratando con la noción clásica de amistad, sino con la de prostitución⁴¹.

Para Dauer y Leff la concepción que Fried tiene de la amistad –adoptar los intereses del amigo como propios– captura una parte muy pequeña de lo que la amistad representa, y concluyen que “un abogado es como un amigo [...] porque, para el profesor Fried, un amigo es como un abogado”⁴². No obstante estas críticas, muchos abogados siguen considerando atractiva la idea de Fried, porque se corresponde con la auténtica experiencia de representar clientes. Uno de nosotros (Luban), lo ha presenciado numerosas veces en los estudiantes de clínicas; por ejemplo, aquellos que representan personas de escasos recursos buscando asilo político, o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Los estudiantes a menudo se involucran intensamente en las vidas de sus clientes, tanto así que muchas veces les corresponde a los profesores recordarles la importancia de mantener los límites. Son genuinos amigos, en tanto abogados, aunque es posible que este no sea el sentido que tenía en mente Fried.

Otra poderosa defensa de la concepción estándar pone el énfasis en el reforzamiento de la autonomía del cliente, que hace posible el abogado⁴³. Una persona autónoma elige sus propios fines. El rol del abogado consiste en ayudar al cliente a perseguir aquellos fines a los que tienen legítimo derecho; es decir, a perseguir fines dentro de los límites jurídicos, aun si el abogado estime que se trata de fines reprobables. Asistir a los clientes de este modo es una tarea esencial en un estado de derecho, porque el derecho es opaco y difícil de entender para el lego. Lo que hace el abogado es permitir al cliente ejercer cursos de acción elegidos por él o ella de modo autónomo, y jurídicamente permitidos. Esta es ciertamente una noble vocación.

Monroe Freedman dotó al argumento de la autonomía de bases constitucionales⁴⁴. Debido a que dispuso de la Constitución de Estados Unidos para construir su argumento,

³⁹ *Ibid.*, p. 1085.

⁴⁰ SUSAN WOLF, “Ethics, Legal Ethics, and the Ethics of Law”, en *The Good Lawyer* (nota 14), p. 59 n.4

⁴¹ SIMON, “The Ideology of Advocacy” (nota 16), p. 108.

⁴² DAUER & LEFF (nota 12), p. 578.

⁴³ Este argumento es articulado convincentemente en STEPHEN L. PEPPER, “The Lawyer’s Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem, and Some Possibilities”, 1986 *Am. B. Found. Res. J.* 613.

⁴⁴ Véase, e.g., MONROE L. FREEDMAN, *Lawyers’ Ethics in an Adversary System* (1975). Freedman, en coautoría con Abbe Smith, preparó luego un manual de estudio que contiene una defensa bien elaborada a la idea de que el rol fundamental del abogado es defender y promover los derechos constitucionales del individuo frente al Estado. Véase MONROE FREEDMAN & ABBE SMITH, *Understanding Lawyers’ Ethics* (5ta ed. 2016).

esto pudo haber limitado la influencia de su trabajo internacionalmente, pero de todas formas resonó poderosamente en el mundo de los abogados, en particular en los abogados dedicados a la defensa penal. Para Freedman, la permisiva ética del celo adversarial del defensor penal se funda en el derecho al debido proceso de la quinta enmienda de la Constitución de Estados Unidos, y en el derecho a la defensa de la sexta enmienda (y, en último término, en la inmunidad individual frente a la intervención estatal que subyace a ambos derechos). En su célebre artículo de las “tres preguntas más difíciles” de responder para los defensores penales, Freedman sostuvo que los deberes para con el cliente –confidencialidad y defensa empeñosa– debieran tener prioridad frente al deber de honradez para con el tribunal. Los abogados, entonces, debieran permitirle a sus clientes cometer perjurio⁴⁵. Esta posición fue tan controversial que el entonces juez presidente de la Corte de Apelaciones del Octavo Distrito Warren Burger, junto con otros jueces federales, formularon quejas disciplinarias contra Freedman⁴⁶. Pero Freedman nunca se apartó de su tesis de que, en caso de colisionar las obligaciones del abogado, el deber que toma precedencia es el deber hacia el cliente⁴⁷. Abbe Smith, coautora junto con Freedman de *Understanding Lawyers' Ethics*, ha ofrecido argumentos igualmente poderosos a favor de esta caracterización del rol del defensor penal, aunque ella no los fundamenta solo en derechos de autonomía sino también en una crítica al sistema de justicia penal⁴⁸.

El argumento de la autonomía es poderoso, pero en nuestra opinión no es decisivo⁴⁹. Para ver por qué (y como un breve paréntesis en nuestra narración histórica), consideremos un conocido caso, ampliamente discutido en la literatura de ética profesional: el caso Dalkon Shield respecto de responsabilidad por uso de un dispositivo intrauterino⁵⁰. El dispositivo provocó infecciones que dejaron estériles a miles de mujeres. Aunque el juicio se centró en la pregunta de si el producto era defectuoso, la defensa sugirió que

⁴⁵ Véase MONROE H. FREEDMAN, “Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions”, 64 *Mich. L. Rev.* 1469 (1966). Las otras dos preguntas difíciles se refieren a: (i) el contraexamen agresivo del testigo de la contraparte, quien según le consta al abogado está diciendo la verdad; y (ii) la cuestión de cómo explicar el derecho al cliente, sabiendo que este acomodará luego su historia para poder invocar excepciones y defensas.

⁴⁶ Véase MONROE H. FREEDMAN, “Getting Honest About Client Perjury”, 21 *Geo. J. Legal Ethics* 133 (2008).

⁴⁷ En algún sentido, el Juez Berger terminó venciendo: él redactó la opinión unánime en *Nix v. Whiteside*, 475 U.S. 157 (1986), donde la Corte Suprema Federal sostuvo que un abogado que le hace saber a su cliente que informará al tribunal respecto del perjurio cometido por el cliente no viola los derechos fundamentales de la Sexta Enmienda.

⁴⁸ Véase en general MONROE FREEDMAN & ABBE SMITH, *Understanding Lawyers' Ethics* (4ta ed., 2010); ABBE SMITH, “Defending Defending: The Case for Unmitigated Zeal on Behalf of People Who Do Terrible Things”, 28, *Hofstra L. Rev.* 925 (2000).

⁴⁹ Véase DAVID LUBAN, “The Lysistratian Prerogative: A Response to Stephen Pepper”, 1986 *ABF Res. J.* 637; LUBAN, “Partisanship, Betrayal, and Autonomy in the Lawyer-Client Relationship: A Reply to Stephen Ellmann”, 90 *Colum. L. Rev.* 1004, 1035-43 (1990).

⁵⁰ Véase W. BRADLEY WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, pp. 24-26 (2010); DAVID LUBAN, “The Adversary System Excuse”, en *Legal Ethics and Human Dignity*, pp. 35-36 (2007); DEBORAH L. RHODE, *Ethics by the Pervasive Method*, p. 669 (1984).

una explicación causal alternativa para la condición de inflamación pélvica sufrida por las demandantes podía encontrarse en ciertas prácticas sexuales y de higiene. Para defender su caso, los abogados de la empresa elaboraron una estrategia brutal pero efectiva, que llegó a ser conocida como la “lista de las preguntas sucias”. Durante el proceso de descubrimiento de pruebas previo al juicio, formularon a las mujeres preguntas gráficas e incluso humillantes como: “¿qué tan seguido practicabas sexo anal?” y “cuando usas el baño, ¿te limpias desde atrás hacia adelante?”. También les solicitaron los nombres y dirección de todas sus parejas sexuales “distintas de su marido”, probablemente para poder formular a esas personas las mismas preguntas íntimas. Los abogados sostuvieron que las “preguntas sucias” eran relevantes para la cuestión jurídica de la causalidad, porque podían dar cuenta de otros posibles orígenes de la infección pélvica. Lamentablemente, el juez accedió y permitió las preguntas.

Lo cierto es que todo el mundo entendió que el verdadero propósito era intimidar a las mujeres, advertirles que si seguían adelante con sus demandas podían ser humilladas por tener que responder las “preguntas sucias” en un juicio público. Una de las mujeres reclamó que las preguntas eran “como una llamada telefónica obscena”⁵¹. Respondió de todas formas las preguntas, pero muchas otras mujeres abandonaron las causas, que era precisamente lo que buscaba la empresa —es decir, la estrategia de intimidación de los abogados fue exitosa—. Los abogados de la defensa tomaron la decisión consciente de asistir a su cliente usando la estrategia de las “preguntas sucias”. ¿Por qué debieran ser liberados de reproche moral por decidir autónomamente dañar y humillar a mujeres perjudicadas? Ellos responderían indignados: “¡No! lo único que estaba haciendo era defender la autonomía de mi cliente”. Pero eso no es lo único que estaban haciendo. La “lista de preguntas sucias” hizo dos cosas: defendió la autonomía del cliente y también dañó y humilló a un inocente. No se puede optar por describir la mitad de un hecho y dejar fuera la otra mitad. De hecho, la táctica de intimidación de las “preguntas sucias” defendió la autonomía del cliente por la vía de humillar a personas inocentes, de modo que las dos partes de la descripción del hecho van unidas como carne y hueso.

La cuestión de si las descripciones de los actos realizados en ejercicio de la función de abogado pueden traducirse a descripciones ordinarias es una cuestión fundamental en la ética profesional. Después de todo, hay una gran diferencia entre usar un cuchillo en una pelea callejera y en una sala de operación; en un caso es para mutilar, en el otro para operar. La cuestión en particular es objeto de análisis en un importante trabajo de ética profesional: *Ethics for Adversaries* de Arthur Applbaum⁵². Existen múltiples

⁵¹ RONALD J. BACIGAL, *The Limits of Litigation: The Dalkon Shield Controversy*, pp. 19-20 (1990).

⁵² ARTHUR ISAK APPLBAUM, *Ethics for Adversaries: The Morality of Roles in Public and Professional Life* (1999). El capítulo que interesa fue publicado originalmente como ARTHUR ISAK APPLBAUM, “Are Lawyers Liars? The Argument of Redescription”, 4 *Legal Theory* 63 (1998). Para otras contribuciones destacadas respecto de ética del rol de filósofos morales (externos a la academia legal), véase ALAN GOLDMAN, *The Moral Foundations of Professional Ethics* 1-33, 90-155 (1980); ALAN GEWIRTH, “Professional Ethics: The Separatist Thesis”, 96 *Ethics* 282 (1986); MICHAEL HARDIMON, “Role Obligations”, 91 *J. Phil.* 333 (1994); JUDITH ANDRE, “Role Morality as a Complex Instance of Ordinary Morality”, 28 *Am. Phil. Q.* 73 (1991); MIKE W. MARTIN, “Rights and the Meta-Ethics of Professional Morality”, 91 *Ethics* 619 (1981).

descripciones posibles para el interrogatorio del caso Dalkon Shield, incluyendo: un hombre haciendo preguntas intrusivas y perturbadoras pertinentes a las prácticas sexuales de un extraño; un hombre tratando de intimidar a una víctima para evitar que demande una indemnización; o, un abogado buscando pruebas para respaldar una defensa en un juicio civil. ¿Cuál de estas es la descripción apropiada? Sabemos, del trabajo de John Searle y de otros, que las prácticas sociales en que se sitúan las acciones pueden cambiar la descripción de las mismas⁵³. Así, ciertos actos como “llegar a primera base” solo son posibles dentro de la práctica social del béisbol. No obstante, argumenta Applbaum, la posibilidad de describir un acto institucional, como “tomar una declaración”, no borra mágicamente la descripción del acto en términos ordinarios, como “hacer preguntas sucias” o “humillar a un extraño” –así como tampoco la expresión “hacer un *home run*” reemplaza la descripción “romper una ventana con una bola” cuando, jugando en un terreno vacío un jugador manda una bola demasiado lejos⁵⁴.

El caso Dalkon Shield revela otro problema del argumento de la autonomía. En este caso el demandado no era una persona natural sino una corporación. Podemos estar de acuerdo con Kant en que la decisión autónoma es la facultad humana más elevada, la fuente de la dignidad humana. Pero no puede decirse lo mismo de una corporación, que es una persona jurídica, no una persona moral, y que por tanto no tiene dignidad humana⁵⁵. Sus directores tienen autonomía moral, pero no son ellos los clientes del

⁵³ JOHN R. SEARLE, *The Construction of Social Reality* (1995).

⁵⁴ APPLBAUM (nota 52), pp. 91-98.

⁵⁵ Una corporación puede actuar, pero no asume responsabilidad moral por sus acciones. Véase DAVID LUBAN, *Torture, Power, and Law*, p. 291 (2014) (atribuyendo esta clarificación a Amy Sepinwall). Luban reconoce que su argumento nunca ha recibido demasiado apoyo: En mi libro *Lawyers and Justice*, sostuve que el privilegio abogado-cliente organizacional debería ser abolido, porque los clientes corporativos no son titulares de dignidad humana, y reconocerles privilegio implica un daño considerable a la sociedad pues facilita el encubrimiento de acciones corporativas. Este argumento, que ingenuamente pensé era uno de los más fuertes de ese libro, no generó ninguna crítica o discusión posterior. Aparentemente mi propuesta era demasiado imaginativa como para ser tomada en serio. DAVID LUBAN, “Lawyers as Upholders of Human Dignity (When They Aren’t Busy Assaulting It)”, en *Legal Ethics and Human Dignity*, pp. 65, 87 (2007). El silencio se puede explicar por el hecho de que para los abogados el privilegio de secreto abogado-cliente no tiene mucha relación con la dignidad, mucho menos en contextos corporativos. Como lo estableció la Corte Suprema Federal en *Upjohn v. United States*, 449 U.S. 383 (1981), el propósito del privilegio es permitir un flujo desinhibido de información confidencial entre abogado y cliente, de modo que el abogado pueda hacerse de toda la información relevante para asesorar al cliente respecto de sus obligaciones jurídicas. Norman Spaulding ha desarrollado una crítica histórica y normativa de *Upjohn*, afirmando que la función del privilegio es reforzar una división moral del trabajo; abogado y cliente pueden deliberar en un espacio de confidencialidad respecto de la legalidad de cierto curso de acción, para que el cliente pueda luego tomar una decisión respecto de obedecer o no el derecho. Véase NORMAN W. SPAULDING, “The Privilege of Probity: Forgotten Foundations of the Attorney-Client Privilege” 26 *Geo. J. Legal Ethics* 301 (2013); NORMAN W. SPAULDING, “Compliance, Creative Deviance, and Resistance to Law: A Theory of the Attorney-Client Privilege”, 2013 *J. Prof’l Lawyer* 135. Esta puede ser una variante interesante del argumento dignitario respecto del privilegio corporativo, que podría servir para reforzar la responsabilidad moral y jurídica de directores corporativos.

abogado⁵⁶. Parece, entonces, que el argumento de la autonomía pierde fuerza cuando el cliente es una organización.

En la primera oleada resalta un tercer argumento en defensa de la concepción estándar, cuyos orígenes se encuentran en la estructura adversarial de adjudicación. El juicio adversarial se presenta como la mejor forma de llegar a la verdad, y la abogacía partisana a su vez se presenta como el mejor mecanismo para defender los derechos individuales. Al menos ese es el argumento. Si los abogados partisanos son instrumentos esenciales tanto para encontrar la verdad como para defender derechos, ¿no debiera eso bastar para justificar el rol del abogado? Monroe Freedman defendió esta línea argumental en su *Lawyers' Ethics in an Adversary System* de 1975, pero la idea se remonta a un informe cuasioficial escrito en coautoría por John D. Randall y el gran filósofo del derecho Lon Fuller, de 1958 (que podría decirse es el primer artículo teórico de ética profesional de la era moderna)⁵⁷. Uno de nosotros denominó a este argumento la “excusa adversarial”, y en una contribución temprana lo presentó como (apenas) una justificación pragmática débil para el comportamiento de los abogados⁵⁸. El problema con la excusa adversarial es que funciona en la misma medida en que funciona el sistema adversarial mismo, que de por sí es un sistema imperfecto para buscar la verdad y defender derechos. La lógica adversarial funciona mejor cuando los abogados discuten cuestiones de derecho, no cuestiones de hecho. Cuando los jueces deciden cuestiones de derecho, observar a ambas partes del pleito alegar enérgicamente su caso ciertamente ayuda a decidir inteligentemente. Cuando se trata de argumentos puramente jurídicos no hay confidencias o secretos que guardar ni testigos que examinar; en otras palabras, lo que tenemos es una relativamente depurada dialéctica de argumentos.

Pero todo cambia cuando se trata de cuestiones de hecho. Aquí el trabajo del abogado es proteger los secretos del cliente y levantar dudas en torno a la prueba presentada por la contraparte —aun cuando el abogado sepa que la verdad está del otro lado—. ¿Puede un sistema así diseñado hacer un buen trabajo en la búsqueda de la verdad? Hay razones para dudarlo. Los mejores esfuerzos empíricos para abordar esta cuestión no han sido concluyentes, por una razón muy obvia: cuando un sistema esconde la verdad, esta permanece oculta, como un tesoro enterrado. De modo que nunca estaremos en una posición de afirmar que “el sistema falla en 5% (o en 10% o lo que sea)”. ¿Cómo podemos saber? Considérese este argumento de sentido común. Supongamos que enfrentamos una decisión crucial, por ejemplo, la elección entre dos igualmente atractivas pero muy diferentes ofertas de trabajo. Si el sistema adversarial es realmente el mejor método para encontrar la verdad, preguntaríamos a nuestros amigos, o contrataríamos abogados, o investigaríamos todas las posibilidades disponibles, y usaríamos todos los trucos de los

⁵⁶ *Model Rules of Prof'l Conduct*: Rule 1.13(a).

⁵⁷ LON FULLER & JOHN D. RANDALL, “Professional Responsibility: Report of the Joint Conference of the ABA-AALS”, 44 *ABA J.*, 1159 (1958).

⁵⁸ DAVID LUBAN, “The Adversary System Excuse”, en *The Good Lawyer*, 83 (David Luban, ed., 1983). Luban revisó y corrigió este ensayo, y referiría al lector a la versión definitiva, en *Legal Ethics and Human Dignity*, 19 (2007).

litigantes para tratar de persuadirnos en favor de una opción –trucos que podrían incluir la supresión de información importante–. El, eufemísticamente denominado, proceso de descubrimiento de pruebas [*discovery*] de los juicios civiles puede ser objeto de abuso por los abogados cuando levantan objeciones frívolas o invocan privilegios, restringiendo artificialmente el espectro de información disponible, y enterrando documentos importantes en miles de páginas de basura⁵⁹. Obviamente ninguna persona sensata tomaría una decisión crucial siguiendo esta perversa estrategia. De este modo, cualquiera sea el alcance de la autorización que tienen los abogados para adoptar una postura altamente partisana al discutir cuestiones legales, pareciera ser que en la ponderación de hechos vendría mejor una postura de neutralidad⁶⁰.

Resumimos las tesis de la primera oleada en cuatro puntos:

- (1) La ética profesional no es solo una cuestión de doctrina jurídica; en su nivel más elemental es parte integral de la filosofía moral.
- (2) La principal pregunta a responder, respecto de la profesión de abogado, es cómo conciliar la ética del rol con la moral “ordinaria” o “común”, cuando entran en conflicto.
- (3) La ética del rol se desarrolla en la, así llamada, concepción “estándar”, según esta, el abogado debe celosamente defender los intereses legítimos del cliente, a la vez que mantiene neutralidad moral frente a esos fines y frente a los medios jurídicamente legítimos para alcanzarlos. Para esta concepción el abogado es también inmune a reproches por cualquier “daño colateral” que pueda causar con su representación.
- (4) Las tesis de la ética del rol giran en torno a la importancia moral de la relación abogado-cliente, el valor de la autonomía del cliente, y la importancia del sistema adversarial.

III. LA SEGUNDA OLEADA: DE LA FILOSOFÍA MORAL A LA FILOSOFÍA POLÍTICA

1. *Lo elemental de la segunda oleada: el rol del abogado en una democracia pluralista*

Las discusiones continuaron durante la primera oleada, y el debate sigue hasta la actualidad. Pero el tiempo pasa, y las mentes cambian. En las últimas dos décadas una nueva generación de académicos ha entrado al foro, y han llevado la disciplina a una

⁵⁹ Véase, e.g., ROBERT L. NELSON, “The Discovery Process As a Circle of Blame: Institutional, Professional, and Socio-Economic Factors That Contribute to Unreasonable, Inefficient, and Amoral Behavior in Corporate Litigation”, 67 *Fordham L. Rev.*, 773 (1998).

⁶⁰ Véase, e.g., W. BRADLEY WENDEL, “Whose Truth? Objective and Subjective Perspectives on Truthfulness in Advocacy”, 28 *Yale J. L. & Human.*, 105 (2016).

nueva dimensión⁶¹. Esta generación sostiene que la pregunta que preocupó a la primera oleada —¿cómo puede conciliarse la ética del rol con la moral universal? (o, como lo planteó Fried, “¿puede un abogado ser una buena persona?”)⁶²— es simplemente la pregunta incorrecta. Sugiere que la ética profesional es una disciplina dependiente de la filosofía moral. Pero ocurre que el rol de abogado no es realmente un aspecto de la vida moral ordinaria, como el rol de padre o de vecino. Es un rol esencialmente institucional: es parte de un esquema de instituciones políticas y prácticas cuyo fin es la administración de la vida en comunidad. Hacer la analogía con la amistad, como lo hizo Fried, esconde el hecho de que el sistema jurídico es impersonal y burocrático, de un modo en que la amistad no lo es. Los críticos de Fried vieron en esto un error fatal de su analogía, y puede que lo sea, pero también puede constituir el punto de partida para una perspectiva normativa diferente del rol de abogado. La diferencia entre la amistad a secas y la amistad política “con fines especiales” es de hecho uno de los puntos que motivó a esta segunda oleada de ética profesional teórica.

La concepción de la segunda oleada comienza desde el objeto político del sistema jurídico en condiciones de pluralismo social. Con esto nos referimos a una sociedad que presenta convicciones morales y religiosas diversas, que a veces compiten. En esta sociedad se deben adoptar decisiones concretas acerca de una amplia gama de materias de importancia para la comunidad, y sin embargo los ciudadanos tienen desacuerdos respecto de lo que constituye una buena vida, qué fines es valioso perseguir, y qué elementos fácticos deben tenerse en consideración para resolver estas controversias. Una sociedad como esta enfrenta lo que Rawls denominó las “cargas del juicio”⁶³. Si el pluralismo significa algo, como mínimo, es que no podemos esperar acuerdo entre los juicios racionales de las personas, aunque sean juicios elementales —por eso se dice que el juicio implica una “carga”, en el sentido de que las razones o la racionalidad no permite arribar a respuestas únicas en cuestiones polémicas—.

En cuestiones de responsabilidad por el producto, o protección del consumidor, por ejemplo, podemos imaginar varias comprensiones (todas razonables, aunque en conflicto entre sí) de la responsabilidad que el fabricante de un producto tiene por el bienestar de los consumidores, en razón del beneficio que el producto les reporta a esos consumidores, y los riesgos a los que están expuestos en el uso del producto. El punto es que debe existir un piso mínimo para que fabricantes y consumidores se formen expectativas de largo plazo acerca de prevención de riesgos y responsabilidad de los fabricantes —de otro modo habrá cada vez menos productos para los consumidores y menos disponibilidad de aparatos médicos—. La manera de resolver esto es por medio de un proceso político creador de normas, e instituciones jurídicas orientadas a la resolución pacífica y ordenada

⁶¹ Véase TED SCHNEYER, “The Promise and Problematics of Legal Ethics from the Lawyer’s Point of View”, 16 *Yale J. L. & Human.*, 45 (2003) (constatando la emergencia de esta perspectiva en la doctrina); KATHERINE R. KRUSE, “The Jurisprudential Turn in Legal Ethics”, 53 *Ariz. L. Rev.*, 493 (2011) (evaluando la segunda oleada desde adentro).

⁶² FRIED (nota 37).

⁶³ Véase JOHN RAWLS, *Political Liberalism*, pp. 54-58 (1993).

de conflictos⁶⁴. Esto es lo que a veces se denomina un “arreglo institucional”. Toda sociedad requiere de un arreglo institucional para sobrevivir y prosperar. En particular, nuestro arreglo institucional contempla reglas respecto del ejercicio de la abogacía, que incluyen reglas éticas y reglas procedimentales. Aun cuando puedan no gustarnos los resultados que el arreglo produce para un caso particular, la sola existencia de una sociedad exige que obedezcamos el arreglo de todas formas.

Si los abogados se rehúsan a representar clientes porque objetan moralmente los fines del cliente, están violando los términos del arreglo institucional. Por supuesto, un abogado tiene derecho a rechazar a un cliente por razones morales. Pero ese rechazo debiera ser excepcional. De otra manera los abogados estarían efectivamente imponiendo sus convicciones morales a sus clientes, y de esa forma deshonorando el hecho del pluralismo social –el mismo pluralismo que un sistema democrático es llamado a preservar–. La preservación del pluralismo cuenta como una razón poderosa para que el abogado evite hacer deliberaciones morales de los fines del cliente o los medios legítimos para perseguir esos fines. Usando el lenguaje de la teoría del derecho, esta razón cuenta como una “razón excluyente” –una razón de segundo orden para no ejercer juicios morales de primer orden–⁶⁵.

En un sentido menos abstracto, los abogados efectivamente entienden que lo que ellos hacen es respetar el arreglo institucional. Los abogados, y también los académicos cercanos a la práctica del derecho, a veces expresan enfado frente a lo que ellos identifican como una desaprobación generalizada desde el mundo filosófico hacia la abogacía⁶⁶. Una de las motivaciones de la segunda oleada era tomarse en serio la posibilidad de justificar plenamente las prácticas de los abogados, independientemente de que parezcan “despreciables”, y luego intentar elaborar una fundamentación filosófica para ello. Las que siguen son las tres principales tesis de la segunda oleada de contribuciones académicas de ética profesional:

- (1) La ética profesional es parte integrante de la filosofía política, no de la filosofía moral.
- (2) La función política de las instituciones jurídicas es resolver disputas en una sociedad pluralista.
- (3) Esto último exige que los abogados se abstengan de formular juicios morales de sus clientes, y entiendan que su rol es actuar como mandatarios de los clientes, y seguir las obligaciones jurídicas positivizadas en códigos de ética.

⁶⁴ Véase, e.g., SCOTT J. SHAPIRO, *Legality*, p. 213 (2011) (respecto del objetivo moral del derecho de enfrentar esta cuestión en comunidades políticas).

⁶⁵ JOSEPH RAZ, *The Authority of Law*, pp. 22-23 (1979).

⁶⁶ Véase, e.g., MONROE H. FREEDMAN, “A Critique of Philosophizing About Lawyers’ Ethics”, 25 *Geo. J. Legal Ethics* 91 (2012); M.B.E. SMITH, “Should Lawyers Listen to Philosophers about Legal Ethics?”, 9 *Law & Phil.* 67 (1990); TED SCHNEYER, “Moral Philosophy’s Standard Misconception of Legal Ethics”, 1984 *Wis. L. Rev.* 1529; GEOFFREY C. HAZARD, JR., “My Station as a Lawyer”, 6 *Ga. St. L. Rev.* 1 (1989); GEOFFREY C. HAZARD, JR. & DANA A. REMUS, “Advocacy Revalued”, 159 *U. Pa. L. Rev.* 751 (2011). Una crítica importante en MARK J. OSIEL, “Lawyers as Monopolists, Aristocrats, and Entrepreneurs”, 103 *Harv. L. Rev.* 2009 (1990).

El desarrollo del argumento se puede encontrar en el libro del filósofo neozelandés Tim Dare, y también en una monografía de uno de los autores del presente artículo (Wendel)⁶⁷. Versiones ligeramente diferentes se pueden encontrar en los trabajos de Kate Kruse, Daniel Markovits, Alice Woolley, y Norman Spaulding, todos autores de la segunda oleada⁶⁸.

Estos autores difieren en sus propuestas, y no todos defienden la versión tradicional de abogacía. Wendel, en particular, sostiene que el valor fundamental que los abogados deben defender es la fidelidad al derecho, no fidelidad a los fines del cliente⁶⁹. Esto es especialmente importante cuando nos alejamos de la función del abogado como litigante y nos acercamos a su función como consejero o asesor. En este rol, el deber del abogado es ofrecer al cliente una opinión honesta y objetiva del derecho, aun cuando no sea lo que el cliente quiera escuchar. Por cierto, sabemos que los clientes corporativos siempre buscan que los abogados les digan que está permitido hacer lo que sea que ellos quieran hacer; pero el abogado debe ser leal al derecho, incluso si eso implica concluir que un cliente no está autorizado a celebrar un negocio.

Daniel Markovits comparte las premisas políticas del argumento de Wendel, incluyendo la noción de que el derecho tiene “un tipo de autoridad distintivamente política” respecto de los ciudadanos, derivada de la capacidad del derecho de hacer posible la mantención de un marco estable para el ejercicio del autogobierno, a pesar de la incompatibilidad de los intereses múltiples, y la pluralidad de convicciones morales razonables⁷⁰. Pero Markovits pone un énfasis adicional en la participación de los ciudadanos en los procesos de autogobierno democrático, en los sentimientos afectivos de solidaridad de los miembros de la comunidad política, en el dominio común del resultado de procesos políticos, y en el potencial transformador de la participación política⁷¹.

Markovits sostiene que la principal virtud de la profesión jurídica es la que él denomina “capacidad negativa”⁷². Este concepto, que él toma prestado del poeta John Keats, se refiere a la apertura a otros, y a la capacidad de hacer a un lado las propias preconcepciones. Keats lo describe como la capacidad “de estar sumido en incertidumbres, misterios, dudas, sin intentar iracundamente buscar la razón o los hechos”⁷³. En vez de ejercer un juicio personal, el abogado debe “borrarse a sí mismo, o al menos sus convicciones

⁶⁷ W. BRADLEY WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law* (2010); Tim Dare, *The Counsel of Rogues? A Defence of the Standard Conception of the Lawyer's Role* (2009).

⁶⁸ Véase DANIEL MARKOVITS, *A Modern Legal Ethics* (2008); ALICE WOOLLEY, “The Lawyer as Advisor and the Practice of the Rule of Law”, 47 *UBC L. Rev.* 743 (2014); NORMAN W. SPAULDING, “Professional Independence in the Office of the Attorney General”, 60 *Stan. L. Rev.* 1931 (2007); KATHERINE R. KRUSE, “Fortress in the Sand: The Plural Values of Client-Centered Representation”, 12 *Clinical L. Rev.* 369 (2003); Kruse, “Beyond Cardboard Clients” (nota 15).

⁶⁹ Véase WENDEL (nota 50), p. 59 (distinguiendo entre “derechos jurídicos” e intereses de clientes, y argumentando que solo los primeros debieran ser objeto de preocupación ética del abogado).

⁷⁰ MARKOVITS (nota 68), pp. 174-75.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 176-77, 180-82, 188-89.

⁷² *Ibid.*, pp. 93-95.

⁷³ *Ibid.*, p. 94.

personales de las demandas y causas que alega”⁷⁴. Para Keats, la capabilidad negativa es la virtud esencial del poeta, quien, en su visión estética, debe impedir que su propia personalidad eclipse el objeto del poema: paradójicamente, quizás, la destreza del poeta consiste en volverse invisible para permitir que el poema brille. Muchos abogados litigantes asentarían afirmativamente: ellos ponen todo su empeño en lograr que la teoría del caso del cliente sea tan poderosa que llegue a hablar por sí misma, sin necesidad del desempeño del abogado.

Podríamos objetar la idea de que el mundo necesita abogados “negativamente capaces”, si es que por capabilidad negativa entendemos mover las propias convicciones a un lado⁷⁵. La causa principal de varios escándalos de alto perfil de la profesión jurídica en Estados Unidos, incluyendo la participación de abogados en la crisis de ahorros y préstamos de los años 80, y el impresionante ascenso y caída de Enron a principios de los 2000⁷⁶, se encuentra en aquellos abogados que “se mantienen satisfechos sabiendo la mitad de las cosas”⁷⁷. Sea lo que sea que digan los filósofos, las aseguradoras de estudios jurídicos ciertamente no recomiendan a los abogados que ejerzan “capabilidad negativa”.

2. *El abogado como consejero*

Quizás el problema es que incluso si la capabilidad negativa es una virtud profesional para el abogado litigante, que reconstruye y defiende el caso del cliente, para el abogado consejero es un vicio. La manera correcta de caracterizar el rol del abogado como consejero surgió a partir de prácticas horribles en el contexto posterior a los ataques terroristas de septiembre de 2001. Los abogados que trabajaban para el gobierno estadounidense escribieron media docena de informes en derecho secretos, validando prácticas de tortura de la CIA y otras violaciones al derecho internacional. Estos informes escritos eran muy poco sólidos, y algunos derechamente absurdos⁷⁸. Los abogados cometieron el error fatal

⁷⁴ *Ibid.*, p. 93.

⁷⁵ Así lo ha sostenido uno de nosotros: DAVID LUBAN, “Review of Markovits”, 120 *Ethics*, 864, 865-66 (2010).

⁷⁶ Véase, e.g., WILLIAM H. SIMON, “The Kaye Scholer Affair: The Lawyer’s Duty of Candor and the Bar’s Temptations of Evasion and Apology”, 23 *Law & Soc. Inquiry* 243 (1998) (criticando a los abogados por su papel en la crisis de ahorros y préstamos de los 1980’s); SUSAN P. KONIAK, “Where Were the Lawyers? Behind the Curtain Wearing Their Magic Caps”, en *Accountability Issues: Lessons Learned from Enron’s Fall – Senate Judiciary Committee Hearing* (Feb. 6, 2002) (refiriéndose al papel de los abogados en el escándalo financiero del fraude contable de 2002).

⁷⁷ Véase MARKOVITS (nota 68), p. 94 (citando la idea de capabilidad negativa de Keats).

⁷⁸ Véase, e.g., HAROLD H. BRUFF, *Bad Advice: Bush’s Lawyers in the War on Terror* (2009); JENS D. OHLIN, “The Torture Lawyers”, 51 *Harv. Int’l L.J.* (2010); DAVID COLE, “The Torture Memos: The Case Against the Lawyers”, *N.Y. Rev. of Books* (Oct. 8, 2009); JEREMY WALDRON, “Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House”, 105 *Colum. L. Rev.* 1681 (2005); DAVID LUBAN, “The Torture Lawyers of Washington”, en *Legal Ethics and Human Dignity*, pp. 162-205 (revisado y expandido en DAVID LUBAN, *Torture, Power, and Law*, pp. 197-253 (2014)). Los informes mismos aparecen reimpresos en DAVID COLE, *The Torture Memos: Rationalizing the Unthinkable* (2009).

de pensar que su deber era darle al Presidente y a la CIA lo que ellos querían, no lo que el derecho efectivamente exigía. Y el resultado fue una catástrofe ética.

¿Qué fue exactamente lo que estuvo mal de lo que hicieron los abogados? Una respuesta es obvia: la tortura es un mal grave, y la acción de los abogados hizo que fuera más probable que los detenidos bajo custodia en Estados Unidos fueran sometidos a tortura⁷⁹. Pero eso sería cierto respecto de cualquiera en esa posición; la pregunta para la ética de la profesión jurídica es si hubo algún vicio específico al ejercicio profesional en la autorización de estos memorandos referidos a tortura del Departamento de Justicia⁸⁰. Para ponerlo de otra manera, ¿es la función del abogado empujar los límites hasta donde sea posible (en la litigación, en la asesoría, o en gestiones transaccionales o de planificación) para permitir al cliente hacer lo que el cliente quiera, o debiera el abogado operar más bien como un freno, de espíritu público, a las ambiciones de los clientes?

Por cierto, el caso de los “abogados de la tortura” nos presenta un contexto bastante atípico de asesoría legal. Pero el escándalo de los memorandos de tortura motivó una reflexión importante respecto de la función del abogado consejero que concierne a la práctica privada también. Los abogados del mundo privado a menudo sienten la presión ética de tener que ofrecerles a sus clientes un consejo “honesto e independiente” que sus clientes no desean escuchar, porque les muestra que no es posible obtener todo lo que desean, aun cuando esa es la función del abogado en el derecho positivo⁸¹. Y puede ocurrir que los abogados confundan su rol como asesor con el rol de un defensor cuya función es torcer el derecho para reconstruirlo de un modo amigable a los intereses del cliente, al menos hasta donde lo permita la prohibición de frivolidad. Puede ser, por ejemplo, que se sientan presionados a redactar informes que aprueban las transacciones que sus clientes quieren celebrar aun cuando el abogado no esté convencido que el derecho respalda esa posición. Uno de los argumentos más notables de Wendel es que el deber de fidelidad al derecho del abogado prohíbe esas jugarretas⁸². El deber de fidelidad al derecho fluye directamente de la importancia que esta segunda oleada pone en el derecho como una institución política funcional a la resolución de desacuerdos en una sociedad pluralista. Al exhibir fidelidad al derecho, al abogado no le será tan fácil justificar su función —estará debilitando precisamente la institución a la que apela cuando explica las razones por las que pone sistemáticamente sus convicciones morales a un lado⁸³.

⁷⁹ Véase, e.g., DAVID LUBAN, “A Communicative Conception of Torture”, en *Torture, Power, and Law*, 111 (2014); DAVID SUSSMAN, “What’s Wrong With Torture?”, 33 *Phil. & Pub. Aff.*, 1 (2005); HENRY SHUE, “Torture”, 7 *Phil. & Pub. Aff.*, 124 (1978).

⁸⁰ Para una respuesta afirmativa, véase W. BRADLEY WENDEL, “Executive Branch Lawyers in a Time of Terror: The 2008 F.W. Wickwire Memorial Lecture”, 31 *Dalhousie L.J.* (2008).

⁸¹ *Model Rules of Professional Conduct*: Rule 2.1.

⁸² Véase, e.g., WENDEL (nota 50), pp. 186-87.

⁸³ Queremos hacer notar que la crítica a la importación de la ética adversarial al contexto no adversarial de la asesoría legal no es exclusiva de la segunda oleada. Véase ya LON FULLER & JOHN RANDALL, “Professional Responsibility: Report of the Joint Conference of the ABA-AALS”, 44 *A.B.A.J.* 1159, 1160-61 (1958) (distinguiendo la representación judicial de la asesoría); LUBAN, *Legal Ethics and Human Dignity*, caps. 4-5 (analizando la ética del rol de asesor y criticando los memorandos sobre tortura). Doctrinariamente se

3. *El profesionalismo y la ética profesional*

Los líderes de las organizaciones profesionales por lo general se inclinan por “revivir” las concepciones tradicionales del profesionalismo, las que supuestamente florecieron a fines del siglo XIX y principios del siglo XX⁸⁴. Se cita a veces a Elihu Root, un abogado que hizo una carrera de representar a “barones ladrones” como Jay Gould, diciendo: “[a]lgo así como la mitad de la práctica de un abogado decente consiste en decirle a potenciales clientes que son unos tontos testarudos y que debieran ponerle fin a sus acciones”⁸⁵. Hay al menos alguna evidencia anecdótica de que abogados de grandes estudios alguna vez gozaron de independencia suficiente como para resistir la presión de sus clientes para asistirlos en conductas contrarias al interés público⁸⁶. William Simon ha sostenido que Louis D. Brandeis, en su ejercicio privado como abogado antes de su nombramiento en la Corte Suprema, ejemplificaba los rasgos de este ideal de ejercicio profesional en su tiempo.⁸⁷ Estos rasgos incluían la tendencia a disuadir a poderosos clientes institucionales de ejecutar “proyectos injustos y antisociales” y tener en consideración los intereses de aquellos terceros con quienes los clientes tenían negocios. La crítica concreta al desempeño estrictamente profesional de los abogados de la administración involucrados en la tortura de detenidos sería entonces, adoptando esta lógica, que ellos no procuraron que su asesoría fuera consistente con el interés público. Esto complementaría (y no estaría en conflicto con) la crítica en clave de moral ordinaria, respecto de la reprochable vulneración de la dignidad humana.

encuentra implícita en la distinción de las *Model Rules* entre, por un lado, el deber del abogado de representar el caso del cliente constreñido solo por la prohibición de frivolidad (Rule 3.1), y por otro, el deber del asesor de entregar una asesoría cándida e independiente (Rule 2.1); en el anterior *Model Code of Professional Responsibility* la distinción era explícita: EC 7-3 – 7-5. La contribución pionera del rol del asesor es STEPHEN L. PEPPER, “Counseling at the Limits of the Law: An Exercise in the Jurisprudence and Ethics of Lawyering”, 104 *Yale L.J.* 1545 (1995).

⁸⁴ Véase, e.g., ABA Commission on Professionalism, “In the Spirit of Public Service:” A Blueprint for the Rekindling of Lawyer Professionalism”, reimpresso en 112 *F.R.D.* 243, 300 (1987).

⁸⁵ GERALD W. GAWALT, *The New High Priests: Lawyers in Post-Civil War America*, p. 4 (1984); PHILLIP C. JESSUP, *Elihu Root*, Vol. 1, pp. 132-33 (1938). Root también dijo célebremente: “El cliente nunca quiere que se le diga que no puede hacer lo que quiere hacer; quiere que se le explique cómo hacerlo, y el rol del abogado es ofrecer esa explicación”. ROBERT T. SWAINE, *The Cravath Firm and its Predecessors, 1819-1947*, p. 667 (1946). Considerando la clientela de Root, es probable que la segunda máxima sea más representativa de su concepción del profesionalismo del abogado. El historiador jurídico Lawrence Friedman afirmaba que los abogados siempre servían a sus propios intereses, luego a los clientes, y en último lugar a “su concepción de esa cosa difusa, nebulosa, llamada el interés público”. LAWRENCE M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, p. 639 (2da ed. 1985).

⁸⁶ MARY ANN GLENDON, *A Nation Under Lawyers*, pp. 32-38 (1994); SAMUEL HABER, *The Quest for Authority and Honor in the American Professions: 1750-1900*, p. 224 (1991) (haciendo notar esa ansiedad de edad dorada sobre el “abogado como mercenario” que promueve los negocios de su cliente sin ninguna consideración por las exigencias de la justicia); *Ibid.*, p. 238.

⁸⁷ WILLIAM H. SIMON, *The Practice of Justice*, pp. 128-29 (1998).

Por varias razones políticas, sociales y estructurales, rigurosamente documentadas por Rebecca Roiphe⁸⁸, la concepción tradicional del profesionalismo ha colapsado, y en la actualidad los abogados están convencidos de que les está permitido, e incluso exigido, perseguir cualquier beneficio para sus clientes que pueda ser obtenido por medios que no violan explícitamente el derecho aplicable. Sin perjuicio de lo anterior, en un comentado libro de 1993 —que en varios sentidos representa un híbrido entre la primera y la segunda oleada— se propone una revitalización de la virtud clásica de la sabiduría práctica. El libro es *The Lost Lawyer* del exdecano de la Escuela de Derecho de Yale Anthony Kronman⁸⁹. La “sabiduría práctica” consiste en la capacidad de apreciar empáticamente, pero a la vez con distancia, la posición del cliente. La distancia en particular exige un grado significativo de independencia del cliente⁹⁰. El abogado debe apreciar el punto de vista del cliente sin necesariamente respaldarlo, a la vez que debe adoptar el punto de vista de otros y tomar en cuenta sus intereses y convicciones.⁹¹ El abogado es un representante leal de clientes, pero es también un profesional de espíritu público, que actúa para preservar la integridad del esquema de leyes e instituciones jurídicas que hace posible que los intereses de los clientes se desarrollen⁹².

El libro de Kronman fue criticado por su abierto elitismo. No todos los abogados son capaces de ejercer esa sabiduría práctica. Para ilustrar su ideal profesional, Kronman invocó algunos “abogados de Estado” que alternadamente se desempeñaron en la administración pública y ejercieron como abogados en los mejores estudios jurídicos⁹³. Pero es obvio que la excelencia en el ejercicio del juicio en representación de clientes no es exclusiva de célebres funcionarios del Estado que luego llegan a ser socios de grandes estudios. Abogados comunes, en pequeños pueblos y en grandes ciudades, muy bien podrían adquirir la capacidad de argumentar correctamente sus casos, apreciar esos casos como instancias de colisiones de valores, apreciar la posición del cliente con simpatía y distancia, y en último término tomar decisiones inteligentes por sus clientes. Una comprensión de la abogacía ética que enfatiza el ejercicio de un juicio profesional y la ponderación de valores públicos y privados puede resultar atractiva en la medida en que permita incluir como ejemplos abogados menos prominentes y poderosos que Robert Jackson, Dean Acheson y Cyrus Vance⁹⁴.

⁸⁸ REBECCA ROIPHE, “The Decline of Professionalism”, 29 *Geo. J. Legal Ethics*, 649 (2016).

⁸⁹ ANTHONY T. KRONMAN, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession* (1993).

⁹⁰ Este es también un tópico del trabajo de Bob Gordon quien, a pesar de ejercer principalmente como historiador antes que como filósofo, ha tenido una influencia considerable en la filosofía de la ética profesional. Véase, e.g., ROBERT W. GORDON, “Why Lawyers Can’t Just Be Hired Guns”, en *Ethics in Practice: Lawyers’ Roles, Responsibilities, and Regulation* 46 (Deborah L. Rhode, ed., 2000); ROBERT W. GORDON, “The Independence of Lawyers”, 68 *B. U. L. Rev.*, 1 (1988).

⁹¹ KRONMAN (nota 89), pp. 69-70.

⁹² *Ibid.*, p. 364.

⁹³ *Ibid.*, pp. 11-12, 283.

⁹⁴ O al menos así lo ha sostenido uno de nosotros. Véase W. BRADLEY WENDEL, “Professionalism as Interpretation”, 99 *Nw. U. L. Rev.*, 1169 (2005). Véase también DONALD C. LANGEVOORT, “Someplace

4. *Las respuestas de la segunda oleada al desafío moralista*

Una cuestión que urge determinar es hasta qué punto las tesis de la segunda oleada exigen a los abogados abstenerse de deliberación moral, con el fin de preservar los arreglos institucionales de una sociedad pluralista. En este punto hay desacuerdo entre los autores del presente artículo, y creemos que este desacuerdo es sintomático de la diferencia entre la primera y la segunda oleada de la teoría de ética profesional —esto es, y como hemos explicado ya, la diferencia entre entender la ética profesional como una materia de filosofía moral o de filosofía política—⁹⁵. La primera oleada, recuérdese, se pregunta si puede un abogado, como cuestión moral, actuar como una buena persona, aun cuando defienda fines moralmente cuestionables por medios moralmente cuestionables. Luban duda que la respuesta pueda ser sí, y propone por eso una alternativa —que denomina “activismo moral”—, en virtud de ello, el abogado deja siempre su interruptor moral en “encendido” y se involucra activamente con los clientes en la determinación de los fines y los medios⁹⁶. La otra perspectiva pone el foco en la importancia que tienen los abogados en un sistema jurídico que entreteje a una sociedad pluralista, y sostiene que los abogados tienen el deber de suspender sus juicios morales respecto de los fines del cliente y los medios legítimos necesarios para alcanzarlos⁹⁷.

El argumento de la posición moralista es bastante directo: nuestra agencia moral siempre nos acompaña; no podemos evitarla. Es parte de la condición humana, de modo tal que un abogado nunca puede ignorar el daño que su representación puede infligir en otros. La solidaridad humana no puede exigir nada menos que esto. ¿Puede haber una razón genuinamente excluyente para esquivar la deliberación moral?

Una respuesta posible es: no; no hay razones excluyentes propiamente tal, pero sí es posible elevar la vara para hacer más difícil esquivar las exigencias de un rol⁹⁸. Para una concepción bastante influyente de la “ética del rol”, los titulares de un rol social pueden salirse del rol si es que, en el caso particular, la mejor manera de cumplir los objetivos del rol es hacer algo que en principio no está permitido por las reglas constitutivas del

Between Philosophy and Economics: Legitimacy and Good Corporate Lawyering”, 75 *Fordham L. Rev.*, 1615 (2006) (con un argumento similar).

⁹⁵ Hemos explorado estos desacuerdos en varias contribuciones. Véase, e.g., W. BRADLEY WENDEL, “Legal Ethics as “Political Moralism” or the Morality of Politics”, 93 *Cornell L. Rev.*, 1413 (2008) (reseñando DAVID LUBAN, *Legal Ethics and Human Dignity*); DAVID LUBAN, “The Inevitability of Conscience: A Response to My Critics”, 93 *Cornell L. Rev.*, 1437 (2008); DAVID LUBAN, “Misplaced Fidelity”, 90 *Texas L. Rev.*, 673 (2012) (reseñando W. BRADLEY WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*); W. BRADLEY WENDEL, “Legal Ethics is About the Law, Not Morality or Justice”, 90 *Texas L. Rev.*, 727 (2012).

⁹⁶ LUBAN, *Lawyers and Justice* (nota 1), pp. 148-74.

⁹⁷ De modo más preciso, el abogado debe conformar su comportamiento al derecho positivo referido a la abogacía, que exige de un abogado que es incapaz de tomar distancia de su desaprobación moral de los motivos del cliente, que renuncie a la representación en razón de un conflicto de intereses: Model Rules 1.7(a)(2), 1.16(a)(1), 1.16(b)(4).

⁹⁸ Esta es la aproximación de WENDEL: WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law* (nota 50), p. 107 (sosteniendo que la regulación profesional “configura obligaciones hipotéticas, no conclusivas”).

rol⁹⁹. La idea, sin embargo, no resuelve la siguiente objeción, a saber, que aun cuando la resolución de controversias en una sociedad pluralista es un bien moral, no es una cuestión tan importante como para asegurar razones excluyentes. Para Joseph Raz, que puso la noción de razones excluyentes en el centro de la teoría del derecho, es una verdad conceptual del derecho que este pretende autoridad, y que el ejercicio de autoridad supone la producción de razones formales, esto es, independientes del contenido¹⁰⁰. Esta tesis conceptual deja abierta una pregunta normativa, a saber, si es que es bueno organizar una sociedad respecto de una lógica que exige a sus funcionarios y ciudadanos “separar sus convicciones sobre lo que el derecho manda o permite de sus convicciones individuales sobre la justicia o la moral”¹⁰¹. Cómo uno responda esta última pregunta determinará la afinidad que uno pueda tener ya sea por la primera o la segunda oleada.

Una segunda posible respuesta (propia de segunda oleada) al desafío moralista sugeriría que los moralistas de la primera oleada simplemente carecen de una psicología moral que les permita respaldar las exigentes demandas que dirigen a los abogados. Es simplemente imposible llevar una vida profesional en un estado constante de excitación moral, de la misma forma en que es imposible para un médico ejercer en las unidades de emergencia en un constante estado de angustia por sus pacientes. Los rasgos de personalidad que invocan los moralistas no son ni funcionales, ni realistas, ni deseables. Convertirían al abogado en un desadaptado social en el contexto de un estudio jurídico, y bajo la lógica de trabajo en equipo. Y la evaluación moral constante de los fines del cliente y de los medios presupone el despliegue de capacidades cognitivas y virtudes morales, de un modo absolutamente irrealista¹⁰².

Otra posibilidad para lidiar con el tormento que el derecho le causa a otros, que nos genera algo de simpatía, sería enfatizar que la ética pública opera en un mundo caracterizado por la necesidad de acuerdo. Los dilemas de la vida política, de los que la práctica del derecho es una parte, a veces son incapaces de ser resueltos si no queda la sensación de que hay algo objetable, o incluso incorrecto, en la solución a la que se arriba, aun cuando la conclusión misma esté justificada¹⁰³. Max Weber le explica a los políticos que “[n]inguna ética del mundo puede eludir el hecho de que para conseguir fines ‘buenos’ hay que contar en muchos casos con medios moralmente dudosos” y que

⁹⁹ Véase MORTIMER H. KADISH & SANFORD H. KADISH, *Discretion to Disobey: A Study of Lawful Departures from Legal Rules* (1973).

¹⁰⁰ JOSEPH RAZ, “Authority, Law, and Morality”, en *Ethics in the Public Domain*, 210 (1994).

¹⁰¹ JEREMY WALDRON, “Normative (or Ethical) Positivism”, en *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law* 411, 413 (Jules Coleman, ed., 2001).

¹⁰² ALICE WOOLLEY & W. BRADLEY WENDEL, “Legal Ethics and Moral Character”, 23 *Geo. J. Legal Ethics*, 1065 (2010). Cf. DAVID LUBAN, “How Should a Lawyer Be? A Reply to Woolley and Wendel”, 23 *Geo. J. Legal Ethics*, 1101 (2010).

¹⁰³ Véase, e.g., BERNARD WILLIAMS, “Professional Morality and Its Dispositions”, en *The Good Lawyer* (nota 14); reimpresso en BERNARD WILLIAMS, *Making Sense of Humanity* (1995); MICHAEL WALZER, “Political Action: The Problem of Dirty Hands”, 2 *Phil. & Pub. Aff.* 160 (1973).

“[q]uien no ve esto es un niño, políticamente hablando”¹⁰⁴. Pidiendo prestada la oración del poderoso libro de Stuart Hampshire, ser un abogado implica experiencia, no inocencia:

[A]quellos que asumen las responsabilidades del poder político [...] deben en todo momento estar preparados para que ocurran conflictos de deberes incontrolados en situaciones que parecen excluir la posibilidad de un desenlace digno, y donde todas las líneas de acción parecen deshonorables y reprochables. Este es el punto en que el contraste entre inocencia y experiencia se vuelve indispensable en la ética. La idea de la experiencia es la idea del conocimiento culpable, de una expectativa de inevitable imperfección y miseria, de decepciones necesarias y resultados ambivalentes, de mitad éxito y mitad fracaso¹⁰⁵.

La ética de las “manos sucias” no implica habituarse al uso de medios moralmente dudosos, sino reaccionar con aprensión al uso de medios moralmente dudosos —y estar preparado para reconocer cuándo las manos sucias se han vuelto “demasiado sucias”—. Solo un abogado que vacile o titubee al evaluar incurrir en los costos morales personales de participar de conductas incorrectas para avanzar los fines legítimos del cliente (cuando es estrictamente necesario), albergará la esperanza de evitar conductas incorrectas cuando no sean estrictamente necesarias, y de evitar el riesgo de racionalizar la conducta auto-interesada y presentarla como el inevitable costo moral de ejercer poder público¹⁰⁶.

IV. CONCLUSIÓN: ¿UNA TERCERA OLEADA?

Comenzaremos esta sección conclusiva con una anécdota. En su primer año como profesor universitario de derecho, Wendel conoció a Luban, habiendo sido un admirador de su trabajo por muchos años. Se mostró impactado cuando Luban dijo, con algo de pesar: “Me temo que en el campo de la ética profesional filosófica ya está todo escrito, y no hay nada más que decir”¹⁰⁷. Wendel, quien por naturaleza siempre iba en contra de la corriente, estaba decidido a mostrarle a Luban que estaba equivocado, y así terminó convirtiéndose, siete años más tarde, en un contribuyente en la producción académica de la segunda oleada. En un panel de una conferencia reciente, Wendel relató a los presentes esta historia, y concluyó reconociendo: “No estoy realmente seguro de qué queda por decir sobre ética profesional”. Y un panelista respondió: “Bueno, eso es lo que uno dice cuando está tan inmerso trabajando en su propio pequeño paradigma

¹⁰⁴ MAX WEBER, “Politics as Vocation”, en *From Max Weber: Essays in Sociology*, 77, 121, 123 (Hans H. Gerth & C. Wright Mills, eds., 1946).

¹⁰⁵ STUART HAMPSHIRE, *Innocence and Experience*, p. 170 (1989).

¹⁰⁶ BERNARD WILLIAMS, “Politics and Moral Character”, en *Moral Luck*, pp. 62-63 (1981).

¹⁰⁷ Luban ahora piensa que esta es una de las afirmaciones más necias que recuerda haber hecho. Al menos espera no haber dicho cosas más necias que esa.

y perdiéndose, por tanto, todas las cosas nuevas ocurriendo a tu alrededor”¹⁰⁸. Punto concedido. Los autores hemos ofrecido este breve recuento histórico asumiendo nuestra posición de interlocutores de la primera y segunda oleada de teoría de ética profesional. Por esta razón no reclamamos tener acceso privilegiado a lo que podría surgir como tercera oleada. Pero estamos dispuestos a especular un poco. En lo que sigue planteamos algunas preguntas que creemos pueden ser áreas fructíferas de desarrollo para futuras contribuciones académicas de ética profesional.

1. *Ética profesional conductual*

Uno de los desarrollos más prometedores en filosofía moral es la incorporación (cautelosa) de hallazgos en psicología empírica en estructuras decisionales éticas. De esto el trabajo de Jonathan Haidt es probablemente lo más representativo¹⁰⁹. Por supuesto, uno no puede derivar directamente un “debe” de un “es”, pero los eticistas han empezado a reconsiderar algunas cuestiones filosóficas tradicionales relativas a la motivación, responsabilidad, personalidad, virtud, culpa, remordimiento, libre albedrío, determinismo y suerte moral, por referencia a la evidencia psicológica¹¹⁰. Los abogados por lo general se desenvuelven en contextos organizacionales, como estudios jurídicos u oficinas de asesoría interna. Existe actualmente un nutrido cuerpo de literatura pertinente a la manera en que los sistemas, prácticas y culturas organizacionales pueden fomentar comportamiento antiético¹¹¹. Un número reducido de académicos de ética profesional ha empezado a disponer de estos descubrimientos¹¹², pero el interés cada

¹⁰⁸ Agradecimientos a Eli Wald.

¹⁰⁹ JONATHAN HAIDT, “The Emotional Dog and the Rational Tail”, 108 *Psych. Rev.*, 814 (2001).

¹¹⁰ Véase, e.g., JOHN M. DORIS, *Lack of Character: Personality and Moral Behavior* (2002); OWEN FLANAGAN, *Varieties of Moral Personality: Ethics and Psychological Realism* (1991); GILBERT HARMAN, “Moral Philosophy Meets Social Psychology: Virtue Ethics and the Fundamental Attribution Error”, 99 *Proc. Aristotelian Soc’y* 315 (1999). Un resumen enciclopédico se puede encontrar en el compendio de cinco volúmenes editado por WALTER SINNOTT-ARMSTRONG y CHRISTIAN MILLER: *Moral Psychology, The Evolution of Morality: Adaptations and Innateness* (Walter Sinnott-Armstrong & Christian B. Miller, ed., 2007); *Moral Psychology: The Cognitive Science of Morality: Intuition and Diversity* (Walter Sinnott-Armstrong, ed., 2007); *Moral Psychology: The Neuroscience of Morality: Emotion, Brain Disorders, and Development* (Walter Sinnott-Armstrong, ed., 2008); *Moral Psychology: Free Will and Moral Responsibility* (Walter Sinnott-Armstrong, ed., 2014); *Moral Psychology: Virtue and Character* (Walter Sinnott-Armstrong & Christian B. Miller, ed., 2017).

¹¹¹ Véase, e.g., JOHN M. DARLEY, “How Organizations Socialize Individuals into Evildoing”, en *Codes of Conduct: Behavioral Research into Business Ethics* 13 (David M. Messick & Ann E. Tenbrunsel eds., 1996); ROBERT JACKALL, *Moral Mazes: The World of Corporate Managers* (1988); IRVING L. JANIS, *Groupthink: Psychological Studies of Policy Decisions and Fiascoes* (2da ed. 1982).

¹¹² Véase, e.g., MILTON C. REGAN JR., *Eat What You Kill: The Fall of a Wall Street Lawyer* (2004); MILTON REGAN, “Moral Intuitions and Organizational Culture”, 51 *St. Louis U. L. J.* 941 (2007); ANDREW M. PERLMAN, “A Behavioral Theory of Legal Ethics”, 90 *Ind. L.J.* 1639 (2015); JENNIFER K. ROBBENOLT & JEAN STERNLIGHT, “Behavioral Legal Ethics”, 45 *Ariz. St. L.J.* 1107 (2013); DONALD C. LANGEVOORT, “Chasing the Greased Pig Down Wall Street: A Gatekeeper’s Guide to the Psychology, Culture, and Ethics of Financial Risk Taking”, 96 *Cornell L. Rev.* 1209 (2011).

vez más elevado en torno a la relación entre derecho y psicología sugiere que todavía hay mucho que decir respecto de ética profesional conductual.

Tenemos dudas respecto de si subirnó al carro de la ciencia conductual. No hay duda de que una ética realista necesita comprender las estructuras cognitivas y organizacionales que dan forma al juicio moral individual. Pero a veces los psicólogos se entregan a una suerte de determinismo, esto es, a la idea de que la decisión humana en cuestiones morales es una ilusión. A veces escriben asumiendo que una comprensión exhaustiva de la situación externa en la que se halla el agente y de sus sesgos cognitivos internos nos permitiría concluir que aquello que parece una decisión libre en realidad no es tal¹¹³. Pero el “determinismo” es solo una posible aproximación al problema del libre albedrío, un problema que ha sido identificado por un distinguido filósofo como el más difícil de enfrentar para la filosofía¹¹⁴. Estamos inclinados a pensar que el determinismo en sí mismo es inútil para el razonamiento práctico: si me complica encontrar el curso de acción correcto, concluir “no depende de mí” es evadir el problema, y obviamente no contribuye a formarse una convicción. Ofrece nada más que una falsa comodidad por la vía de una salida fácil. Sin embargo, el giro conductual en la ética plantea cuestiones importantes en relación con las maneras de reorganizar estructuras prácticas para minimizar las presiones cognitivas y emocionales que ciertas situaciones imponen a nuestras convicciones morales y juicios prácticos.

Lo mismo se puede decir de una de las áreas más vanguardistas de la ética conductual: la aplicación de la neurociencia al razonamiento moral. Hay quienes han sostenido que identificar las estructuras cerebrales que se activan en las distintas operaciones del razonamiento moral nos puede ayudar a decidir qué teoría moral es verdadera¹¹⁵. A nosotros no nos convence. Si, por ejemplo, se descubriera que distintos patrones de razonamiento moral encienden una u otra sección del cerebro en una resonancia magnética, eso sería un hallazgo científico interesante, pero no nos diría nada sobre la validez de los juicios morales. En conclusión, si bien nos entusiasman los avances de la ética conductual, también creemos que hay algunos caminos más prometedores que otros para avanzar en la disciplina.

2. *Ética de la virtud*

Toda hazaña humana supone un agente, una acción, y consecuencias. Por milenios la filosofía moral ha tendido a poner énfasis en uno u otro elemento de esta tríada. El

¹¹³ Véase, e.g. MELVIN J. LERNER, *The Belief in a Just World: A Fundamental Delusion* 120 (198) (declarando que “cualquier psicólogo razonable” cree que “todo comportamiento es ‘causado’ por una combinación de eventos antecedentes y la dotación genética del individuo”).

¹¹⁴ SUSAN WOLF, *Freedom Within Reason*, p. vii (1990).

¹¹⁵ Véase, e.g., JOSHUA D. GREENE, “The Secret Joke of Kant’s Soul”, en *Moral Psychology: The Neuroscience of Morality: Emotion, Brain Disorders, and Development* 35 (Walter Sinnott-Armstrong, ed., 2008); JOSHUA GREENE, “Beyond Point-and-Shoot Morality: Why Cognitive (Neuro)Science Matters for Ethics”, 124 *Ethics* 695 (2014).

consecuencialismo se concentra en determinar si las consecuencias de las acciones son buenas o no; las teorías deontológicas se enfocan en la naturaleza intrínseca del acto. La perspectiva (que se remonta a Aristóteles) que se concentra en el “carácter” del agente se denomina “ética de la virtud”. En años recientes especialistas en ética profesional de Australasia han estado participando de intensos debates acerca del papel que debieran jugar el carácter y la virtud en la ética de los abogados¹¹⁶, pero, salvo algunas excepciones¹¹⁷, la disciplina no ha atraído la atención de autores angloamericanos. Quizás esto se explica porque la ética de la virtud no se desempeña en la casuística, que se encuentra en el corazón de la deliberación y decisión moral. Que se nos diga que el curso de acción correcto en un dilema moral es hacer “lo que una buena persona haría” es poco iluminador, aun cuando sea verdadero. Pero de todas formas creemos que cualquier construcción de ética profesional que no deje espacio para el agente se pierde de algo crucial. Esperamos que la ética de la virtud nos pueda ofrecer alguna guía en nuestras deliberaciones prácticas.

3. *Teoría de la relación fiduciaria*

La relación abogado-cliente, se nos recuerda constantemente, se origina en el mandato, porque los abogados son mandatarios de sus clientes. Como mandatarios, están sujetos a obligaciones fiduciarias para con sus clientes. La relación fiduciaria no es solo una relación jurídica; también es una relación moral —en la expresión de Cardozo en *Meinhard v. Salmon*: “es un detalle nimio del honor más delicado”—¹¹⁸. Estas obligaciones son la *fons et origo* [fuente y origen] de la ética profesional. En años recientes, los académicos han empezado a reconocer que las obligaciones fiduciarias —cuyo origen se encuentra en el contrato, pero de cierta forma trascienden la lógica individualista del derecho contractual clásico— son complejas¹¹⁹. Algunas porciones de la regulación disciplinaria, como las prohibiciones de conflictos de intereses, obviamente tienen como objetivo preservar la relación fiduciaria. Otras, como la prohibición de argumentos legales frívolos —y si vamos al caso, el compromiso del profesional con la representación *pro bono*— parecen tener otra fuente y origen. Para nosotros el análisis de la lógica fiduciaria de la relación abogado-cliente es una tarea de la filosofía moral y política.

Los tres tópicos mencionados —ética conductual, ética de la virtud, y teoría de la relación fiduciaria— nos plantean preguntas que recién han comenzado a explorar los especialistas en ética profesional. Si es que su desarrollo dará origen a una “tercera oleada” de producción filosófica de ética profesional es una cuestión que aquí no podemos

¹¹⁶ Véase JUSTIN OAKLEY & DEAN COCKING, *Virtue Ethics and Professional Roles* (2001); TIM DARE, “Virtue Ethics and Legal Ethics”, 28 *Victoria U.-Wellington L. Rev.*, 141 (1998).

¹¹⁷ Véase, e.g., HEIDI LI FELDMAN, “Codes and Virtues: Can Lawyers Be Good Ethical Deliberators?”, 69 *S. Cal. L. Rev.*, 885 (1996).

¹¹⁸ *MEINHARD V. SALMON*, 249 N.Y. 458, 464 (1928).

¹¹⁹ Véase, e.g., *Philosophical Foundations of Fiduciary Law* (Andrew S. Gold & Paul B. Miller eds., 2016); ETHAN J. LEIB & STEPHEN R. GALOUB, “Fiduciary Political Theory: A Critique”, 125 *Yale LJ.*, 1820 (2015-16).

asegurar –nuestra bola de cristal está nubosa–. Además, nunca dijimos que las cuestiones levantadas por la primera y segunda oleada de ética profesional están definitivamente cerradas. Nos tiente concluir este artículo citando un anuncio encontrado en el escritorio de un filósofo alemán, que reza: “Yo no puedo resolver tus problemas; mi trabajo es ayudarte a disfrutar de ellos”.

La variabilidad del precio en el contrato de construcción

*María Sara Rodríguez Pinto**

RESUMEN

¿Cómo se explica el fenómeno de que muchas obras empiecen con un precio y terminen con otro? ¿Puede ser definitivamente fijo e invariable el precio inicial de un contrato de construcción? El objetivo de este artículo es explicar la variabilidad a partir de los usos de la industria y de los efectos que producen los diversos pactos en el precio. La metodología es cualitativa a partir de un enfoque hermenéutico de fuentes normativas y jurisprudenciales, así como la revisión de referencias bibliográficas del ámbito jurídico y de ingeniería de la construcción. La hipótesis que se defiende es que el precio inicial del contrato es una estimación del precio final, único, fijo e invariable del contrato. El precio es el precio final. Esto se demuestra con la interpretación del contrato, labor que corresponde realizar al juzgador en materia de litigios relativos a diferencias entre el precio inicial y el precio final.

Chile – derecho de los contratos – precio – ingeniería de la construcción

The construction contract price variability

ABSTRACT

How the phenomenon is explained that many works start with one price and end with another? Can the initial price of a construction contract definitely be fixed and unchanged? The objective of this article is to explain the variability from the uses of the industry and the effects produced by the various possible pricing clauses. The methodology is qualitative based on a hermeneutic approach of normative sources and cases, as well as the revision of bibliographic references in the legal field and construction engineering. The hypothesis is that the initial price of the contract is an estimate of the final price, unique, fixed and invariable of the contract. The price is the final price. This is demonstrated by the interpretation of the contract, an effort that belongs to the judge in litigation about differences between the initial price and the final one.

Chile – contract law – pricing – construction engineering

* Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesora de Derecho Civil, Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: msrodriguez@uandes.cl.

Este artículo es producto del proyecto Fondecyt Regular (2015) N° 1150634.

Artículo recibido el 25.4.2019 y aceptado para su publicación el 19.8.2019.

INTRODUCCIÓN

En el contexto chileno hay literatura que se manifiesta escéptica respecto de la eficacia de los pactos de invariabilidad en los contratos de construcción¹. Recientes sentencias de la Corte Suprema de Chile aceptan modificaciones al precio, aunque se trate de obras públicas y el precio se haya pactado por suma alzada². La ingeniería se esfuerza por encontrar técnicas para el manejo de riesgos³. La pregunta es por qué se produce el fenómeno de la variabilidad y qué valor tienen los pactos en el precio, especialmente el pacto de suma alzada.

Nuestra hipótesis es que el precio del contrato es una estimación del precio final o definitivo. Este valor inicial sirve para fijar la cuantía del contrato, las garantías o las pólizas de seguro que debe tomar el contratista a favor del mandante, la cuantía del anticipo del mandante (cuando lo exija el contrato), y las devoluciones y retenciones de los estados de pago. Puede servir para determinar anticipadamente la utilidad del contratista. El precio inicial puede pactarse como precio único o suma alzada por la ejecución de toda la obra. Sin embargo, los efectos de este pacto dependen del desarrollo del proyecto y de la previsibilidad de contingencias durante la ejecución. La invariabilidad del precio inicial solo es posible en ciertas obras; y la variabilidad por causas ajenas al desempeño del contratista forma parte del contrato.

Para resolver litigios de variaciones en el precio, el juez debe interpretar el contrato tomando en cuenta la intención de los contratantes más que “lo literal de las palabras”⁴. En este tipo de contratos, especialmente organizado por el oficio de los que mandan y ejecutan obras de construcción, el juez debería considerar que “las cláusulas de uso común [que] se presumen, aunque no se expresen”⁵; y tener en cuenta “la aplicación práctica que hayan hecho [del contrato] ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”⁶. Mandantes y contratistas procuran anticiparse y prever las variaciones; que, de suyo, parecen imposibles de incorporarse todas en la previsibilidad del contrato. La variabilidad del precio forma parte del contrato y es un factor conocido por los que operan en la industria.

¹ ALBORNOZ, 2011, pp. 397-415; SOUTHERLAND, 2014, pp. 161-195. Este trabajo examina el contrato que tiene por objeto único la ejecución de una obra, con planos y especificaciones (arquitectura, diseño e ingeniería) proporcionados por el mandante. Los contratos cuyo objeto es más amplio, por ejemplo, contratos EPC (*Engineering, Procurement & Construction*) o contratos BOOT (*Build, Own, Operate & Transfer*) pueden modificar algunas de las conclusiones de este trabajo. Acerca de estas diferencias, véase PRADO (2014), pp. 765-783. Los contratos BOOT se regulan en Chile por la ley de concesiones de obras públicas (texto refundido, coordinado y sistematizado: D.S. N° 900, de 2017).

² Corte Suprema de Chile, 30.8.2016, rol 33634-2015 (*OHL con Fisco*, 2016); Corte Suprema de Chile, 7.7.2017, rol 52960-2016 (*Obras Especiales con Servin del Bío-Bío*, 2017).

³ HUIDOBRO, 2004, pp. 397-415. Ver también, BUNNI, 2003, *passim*.

⁴ Artículo 1560 CCCh. Respecto de formación del contrato, WAGEMANN y MEREMINSKAYA, 2017, pp. 7-24; de la integración del programa de trabajo en el contrato, FLEISCHMANN y LEÓN, 2017, pp. 93-115.

⁵ Artículo 1563 CCCh.

⁶ Artículo 1564 CCCh.

METODOLOGÍA Y MATERIALES

El artículo se apoya en el estudio analítico de fuentes normativas y jurisprudenciales. Se atribuye valor a referencias bibliográficas de la ingeniería de la construcción que demuestran que es enseñanza pacífica en la industria la estimación de precios en las propuestas, los anticipos del mandante, las garantías del contratista y los pagos provisorios mediante estados de pago según el avance físico o el porcentaje de ejecución del proyecto, hasta la liquidación final del contrato, hecho que ocurre solo después de la recepción definitiva de la obra por la autoridad urbanística competente. El uso de la industria se compara con las convenciones y normativa por las que mandante y contratista determinan jurídicamente el precio del contrato.

Lo expuesto se desarrolla de la siguiente manera. En un primer epígrafe (§ I.) se examinan los factores técnicos y económicos que se consideran en la industria para establecer el precio de las obras de construcción. En el segundo (§ II.) nos referimos a la operación jurídica que consiste en la determinación del precio. El tercer epígrafe de este artículo es un análisis del pacto de invariabilidad y sus efectos (§ III.). El último (§ IV.) se refiere a las consecuencias de distintos eventos en el precio del contrato, según cual sea la convención de las partes. Los factores técnicos y económicos, traducidos en diversos pactos del precio, demuestran que la variabilidad forma parte del contrato; y que solo es posible conocer el precio definitivo al final del contrato, recibida definitivamente la obra por la autoridad competente.

I. FACTORES TÉCNICOS Y ECONÓMICOS DEL PRECIO

El precio del contrato es un todo que incluye costos directos e indirectos, gastos generales del contratista, eventuales provisiones por contingencias y la utilidad del proponente⁷. Ofrecemos a continuación una síntesis de estos conceptos por su interés con la operación jurídica de determinación del precio y en las consecuencias en la estabilidad de este.

1. *Los costos directos*

Para la ingeniería, costos directos de ejecución son “todos los que están asociados directamente con la obra”, como “mano de obra, materiales y equipo directamente comprometidos en su ejecución”⁸. Toda la organización del contratista, directamente empleada en la ejecución de la obra, desde capataz a jornalero, e incluso supervisores, es

⁷ ARRIAGADA, 1988, p. 453; DE SOLMINIHAC Y THENOUX, 2017, p. 152; SERPELL Y ALARCÓN, 2017, p. 152. Como fuente de usos de la ingeniería y construcción en Chile, hemos revisado obras utilizadas en la enseñanza y en la práctica. Por todos, ARRIAGADA (1988) 674 p.; pero también obras más recientes como DE SOLMINIHAC Y THENOUX (2017), 541 p., y SERPELL Y ALARCÓN (2017), 264 p.

⁸ ARRIAGADA, 1988, p. 323; DE SOLMINIHAC Y THENOUX, 2017, p. 151.

costo directo⁹. Los materiales son costo directo en la medida en que quedan incorporados en la obra, incluido el costo de insumos requeridos para su incorporación¹⁰. Los equipos o maquinarias son costo directo en la medida en que están comprometidos directamente con toda o parte de la obra¹¹.

La partida de costos directos incluiría seguros, fletes, derechos de internación (aranceles aduaneros), almacenaje, gestión de compra, depreciación del equipo, combustibles, mantención. La instalación e infraestructura de faena, el arriendo de equipos, los suministros de terreno y los subcontratos se consideran costos directos¹². Cualquier costo que se pueda imputar, sin discusión, a una actividad o parte de la obra es costo directo de ella¹³. En definitiva, los costos directos pertenecen sin duda alguna a la categoría legal de costos de la obra, que incluye los materiales y el valor de los jornales¹⁴. Es decir, costos de la obra y valor de los jornales considerados como categorías jurídicas forman parte de la categoría técnica de costos directos.

2. *Los costos indirectos y gastos generales*

La ejecución de una obra tiene, para el que se obliga a ejecutarla, otra categoría de costos que se denominan indirectos. Se trata de gastos que ocurren en función de la obra (costos indirectos específicos) o se relacionan con la organización y actividad del contratista (costos indirectos generales). La suma de costos indirectos, incluidas las provisiones para contingencias, se denominaría gastos generales¹⁵.

Serían costos indirectos de la ejecución de un proyecto de construcción, por ejemplo: los costos de personal de administración y supervisión (gastos de personal, remuneraciones, bonos); los costos del personal de oficina de terreno (jefe administrativo, contador, administrativos, operadores de equipo de oficina, etcétera); el personal de ingeniería de terreno; el personal de compras, tráfico, bodegas; el personal de relaciones industriales (como asistentes sociales y auxiliares); el personal de seguridad; personal de porteros, cuidadores, serenos. Se incluyen en esta partida los costos de movilización del personal; los costos de arriendos y servicios relacionados con la administración y supervisión de la obra; los costos de instalaciones temporales (oficinas, lugares de acopio, talleres, comedores, cocinas, lugares de alojamiento del personal). Los costos indirectos incluyen también los costos de caminos de acceso, servicios de suministro, primas de seguros

⁹ ARRIAGADA, 1988, pp. 362-366.

¹⁰ ARRIAGADA, 1988, pp. 413-426; SERPELL Y ALARCÓN, 2017, p. 48.

¹¹ ARRIAGADA, 1988, pp. 368-412; SERPELL Y ALARCÓN, 2017, p. 48.

¹² ARRIAGADA, 1988, p. 342; SERPELL Y ALARCÓN, 2017, p. 48.

¹³ DE SOLMINIHAC Y THENOUX, 2017, p. 151.

¹⁴ Artículo 2003, regla 1ª CCch.

¹⁵ No existiría total unanimidad en torno a cuáles son costos indirectos y cuáles gastos generales. Los gastos generales se subdividirían en gastos del proyecto (que no se pueden imputar a una actividad o parte de la obra, específicamente) y gastos generales indirectos (costos financieros que permiten asegurar los pagos durante la ejecución de la obra, los costos de garantías, los gastos generales de la oficina central). DE SOLMINIHAC Y THENOUX (2017), p. 152.

(daños a la propiedad; daños a terceros; todo riesgo de construcción; otros exigidos por el mandante). Estarían comprendidos en esta partida los costos financieros de boletas bancarias emitidas a nombre del que encarga la obra (seriedad de la propuesta, de ejecución de la obra).

Es frecuente que se asigne a esta partida una contribución a los gastos de la oficina central¹⁶. El impuesto al valor agregado (I.V.A.) que el contratista es obligado a pagar por las compras de materiales, insumos y servicios afectos, y el impuesto único de segunda categoría son costos indirectos de la obra¹⁷. Las provisiones para contingencias pertenecen a los gastos generales de la obra, pero reciben distinto tratamiento según su forma de cálculo y destino final¹⁸.

3. *La utilidad o beneficio del contratista*

El precio del contrato incluye lo que se denomina beneficio, utilidad, ganancia o remuneración del contratista. En el campo de los proyectos de construcción, se entiende por utilidad el monto en dinero que el contratista estima que debería ganar por la ejecución del proyecto. El valor del trabajo o valor ganado (término tomado del uso de la industria) es igual al costo de materiales que han sido colocados, el costo de la mano de obra por colocarlos y todos los demás costos asociados hasta la fecha de control, incluyendo, utilidades y gastos generales del contratista¹⁹. Es decir, el resultado en dinero que el proponente tiene la expectativa de recibir para sí por la ejecución de una obra, descontados los costos directos e indirectos o gastos generales que ha supuesto su ejecución.

La utilidad o ganancia del contratista es una partida que se determina entre las partes según distintas modalidades. Una es la que consiste en una parte porcentual del valor de la obra, es decir, de todas las partidas anteriores (costos directos y gastos generales del contratista)²⁰. “Los gastos generales directos serán reembolsados. Los indirectos, pagados en base a porcentajes con respecto a los costos directos. La utilidad puede ser un porcentaje. Como alternativa es posible establecer sumas alzadas por concepto de gastos generales indirectos y utilidad, o porcentajes, fijos o decrecientes, con máximos asegurados”²¹. Por ejemplo, 5% u 8% de lo que, en la industria se denomina, el presupuesto²². Mediante esta modalidad, la utilidad o beneficio del contratista queda determinada cuando se perfecciona el contrato. Pero consiste en una suma variable, cuya

¹⁶ ARRIAGADA, 1988, pp. 431-436; DE SOLMINIHAC Y THENOUX, 2017, pp. 151-152.

¹⁷ DE SOLMINIHAC Y THENOUX, 2017, p. 152; SERPELL Y ALARCÓN, 2017, p. 48.

¹⁸ ARRIAGADA, 1988, p. 440; DE SOLMINIHAC Y THENOUX, 2017, p. 152.

¹⁹ DE SOLMINIHAC Y THENOUX, 2017, p. 152; SERPELL Y ALARCÓN, 2017, p. 152.

²⁰ DE SOLMINIHAC Y THENOUX, 2017, p. 152.

²¹ ARRIAGADA, 1988, p. 134.

²² Cf. Artículo 4º, números 23) y 24) RCOP.

fijación definitiva solo puede conocerse al final del contrato. Esto aparece reflejado en las normas que rigen la construcción de obras públicas²³.

Otra forma de determinar la utilidad del contratista es la que considera como ganancia todo el excedente por sobre los costos directos y gastos generales²⁴. Este excedente, que se reputa utilidad del contratista, se produce entre el “precio único prefijado” o “suma alzada” y lo que resulten ser los costos definitivos del contratista, directos e indirectos, según su mejor eficiencia en la gestión del tiempo y en la organización de los factores.

La utilidad o precio del contrato es siempre un valor bruto porque consiste en la ganancia antes de impuestos, tanto de la empresa como de sus dueños²⁵. Por tanto, los impuestos a la renta del contratista no forman parte de los costos de una obra.

4. *Garantías, anticipos, estados de pago, retenciones y liquidación final*

Mientras la obra no tenga una aprobación definitiva, el uso exige al contratista el deber de garantizar el cumplimiento del contrato y la devolución del anticipo que recibe²⁶ mediante boleta bancaria o póliza de seguro²⁷. El mandante va proveyendo a cuenta del precio o por pagos provisorios, según el avance físico o proporcional de las obras, según estados de pago²⁸. El estado de pago es una liquidación preliminar del avance físico o proporcional de la obra valorizado en términos monetarios, presentado periódicamente por el contratista al mandante. Incluye una liquidación provisoriosa de devoluciones del contratista al mandante (devoluciones del anticipo) y de retenciones del mandante al contratista (retenciones en garantía), según el plan de la obra, hasta la completa ejecución de los trabajos²⁹. Las retenciones consisten en el derecho del mandante de suspender el pago de parte del precio, en cada estado de pago, hasta la aprobación definitiva de la obra, en garantía de la total y correcta ejecución de la obra³⁰.

Los estados de pago se acompañan, según la naturaleza de los trabajos, de documentos que demuestren técnica y económicamente lo que en ellos se cobra, y de una factura que agrega el IVA (cuando corresponde). Una vez aprobados por el mandante,

²³ Cf. Artículo 76, número 2. RCOP. Por ejemplo, las variaciones o aumentos de obra pueden autorizarse por su costo directo, estimando los gastos generales y utilidad del contratista en un máximo del 30% de los costos directos (artículo 105, inciso 3° RCOP).

²⁴ ARRIAGADA, 1988, p. 324.

²⁵ ARRIAGADA, 1988, p. 324.

²⁶ *Ex* Artículo 2158, 1° CCch.

²⁷ Cf. artículos 96 y 98 RCOP.

²⁸ El uso de *stage payments*, *schedules of values* y pagos interinos es universal y transversal a toda modalidad de contratación. Ver: BAILEY (2016a) ¶ 6.57; HUGHES (2015), pp. 229-247; UFF (2013), pp. 269-270; ALLENSWORTH *et al.* (2009) ¶ 14.02; BAKER *et al.* (2009) ¶ 4.131. El uso de un *Schedule of Payments* (calendario de pagos) que contempla un anticipo y pagos interinos durante la ejecución es común a todos los modelos FIDIC (Cláusula 14 y subcláusulas de todos los modelos).

²⁹ DE SOLMINIHAC Y THENOUX, 2017, pp. 181-182; SERPELL Y ALARCÓN, 2017, p. 153.

³⁰ Así, artículo 132 RCOP. Cf. SERPELL Y ALARCÓN, 2017, p. 153.

los estados de pago son inmediatamente exigibles³¹; y se les atribuye consecuencias jurídicas específicas³². Sin embargo, todo pago se hace a cuenta del valor de la obra en ejecución³³. Los estados de pago no pueden considerarse aprobación de la cantidad y calidad de la obra ejecutada³⁴.

La recepción definitiva de la obra hace posible la liquidación final del contrato, donde se compensan los haberes y debes, y ambas partes se otorgan finiquito respecto de recíprocas acciones relativas a estas cuentas³⁵. La normativa de obras públicas regula especialmente esta fase de una forma que refleja el uso de la industria³⁶. En la liquidación final se registra la obra efectivamente ejecutada, su valor definitivo, y las devoluciones, retenciones y pagos provisorios efectuados por las partes. Se compensan los saldos a favor y en contra de las partes contratantes. El mandante devuelve las retenciones que todavía conserve en su poder. El mandante restituye la boleta bancaria o póliza de seguro constituida por el contratista en garantía del fiel cumplimiento del contrato.

El valor de los materiales, el valor de los jornales y la ganancia que el contratista tiene la expectativa de tener por la ejecución de la obra se presentan como partidas diferenciadas también normativamente. El valor de los materiales es mencionado en los artículos 2003 y 2005 del Código Civil chileno (CCch). En ellos se advierte que “valor de los materiales” es una suma diferente a “valor de los jornales”³⁷. Se trata de dos de los varios ítems del todo llamado precio. El artículo 1999, inciso 2° CCch distingue entre “todos los costos” del contratista (incluidos, desde luego, el valor de los materiales y el valor de los jornales), “lo que valga el trabajo hecho” y “lo que hubiere podido ganar en la obra”. Es decir, al momento de cesación unilateral del contrato de obra, el trabajo hecho (remuneración del contratista) tendría un valor, que sería distinto al de los costos (valor de los materiales, valor de los jornales y todo otro costo). Por la cesación unilateral del contrato, el mandante debe pagar, además, lo que el contratista hubiere podido ganar con la obra³⁸.

Todos estos factores como asimismo los usos de la industria acerca de la forma de pago del precio, sirven de presupuestos de hecho para la operación jurídica en que consiste la determinación del precio, cuestión a la que nos referimos a continuación.

³¹ Según SERPELL Y ALARCÓN (2017), p. 153, en la práctica se pagan a 30 o 60 días.

³² Por ejemplo, prueba de que el contratista ha ejecutado un determinado volumen, porcentaje o unidades de obra y que ha incurrido en costos y gastos que tiene derecho a cobrar al mandante. Así, MOLINA Y RÍOS (2017), p. 172.

³³ Para obras públicas, lo disponen expresamente el artículo 154 RCOP; y el artículo 115 DTO-236.

³⁴ Así lo dispone, por ejemplo, el artículo 115 DTO-236.

³⁵ Cf. artículo 184 RCOP y artículo 130 DTO-236.

³⁶ Artículo 177 RCOP.

³⁷ Artículo 2003, 1° CCch.

³⁸ Lo que el contratista hubiere podido ganar por la obra sería su interés positivo en el contrato, independientemente de los costos y gastos (interés negativo). CONTARDO, 2011, pp. 85-118. Véase también, ERBETTA, 2017, pp. 9-51.

II. DETERMINACIÓN DEL PRECIO

Jurídicamente, el precio se determina mediante pactos o convenciones. Los pactos concernientes al precio del contrato consisten en la forma cómo las partes acuerdan estimar los costos (directos e indirectos) de la ejecución de la obra y la utilidad del contratista³⁹. La propuesta técnica y económica del contratista según la obra descrita en los planos y especificaciones aceptada por el mandante determina el precio pactado entre las partes; es decir, el “precio del contrato”⁴⁰. En el campo de las obras públicas, esto se produce mediante el acto de adjudicación⁴¹. Sin embargo, el precio queda fijo e invariable una vez reconocida y aceptada la obra por el mandante⁴², y recibida definitivamente por la autoridad competente⁴³.

En este contexto, las convenciones más comunes en el precio en el contrato de construcción son: el precio por costos y beneficios, el precio por cantidad o medida más beneficio; y el precio único prefijado o suma alzada. “Si no se ha fijado un precio”, agrega el Código Civil chileno, “se presume que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de este por el que se estimare equitativo a juicio de peritos”⁴⁴.

A continuación una aproximación a las formas de determinación del precio que no parecen pretender la total invariabilidad. El epígrafe que sigue se refiere a la cláusula especial de suma alzada o precio único prefijado.

1. *Precio pactado por costos más beneficio*

El precio por costos consiste en la aceptación del mandante al presupuesto presentado por el contratista para la ejecución de una obra, conforme con los planos y especificaciones proporcionados por él en la invitación a presentar ofertas. En el presupuesto, el contratista estima sus costos directos, indirectos, gastos generales y la utilidad o ganancia suya.

Para la eficaz ejecución de este contrato, el contratista está obligado a llevar registro documentado, cuidadoso y ordenado de sus costos. El contratista está obligado a mantener al día y exhibir sus registros a requerimiento del mandante. La utilidad del contratista es un porcentaje de los costos o una suma fija, previamente convenida y

³⁹ Cf. artículos 1999 y 2005 CCch; artículo 76 RCOP. Lo anterior debería ser relacionado con el artículo 2158 CCch, norma conectada con el contrato de construcción por remisión expresa del artículo 2012 CCch. Este último considera que los servicios “de las profesiones y carreras que suponen largos estudios” (artículo 2118 CCch), como los de arquitectos, ingenieros y constructores son servicios inmateriales que se sujetan también a las reglas del mandato. El que encarga la obra (sea o no el dueño de ella) es un mandante o comitente.

⁴⁰ MOLINA Y RÍOS, 2016, p. 164; PRAT, 1940, pp. 31 y 46.

⁴¹ Artículos 86 y 108 RCOP.

⁴² Artículo 2000 CCch; artículo 166 RCOP.

⁴³ Artículo 144 LGUC.

⁴⁴ Artículo 1997 CCch. “La donación entre vivos no se presume” (artículo 1393 CCch; cf. artículo 2299 CCch). El contrato de construcción es oneroso, no aleatorio (exartículo 1441 CCch; artículo 1915 CCch). Cf. Dig. 19.2.20.1 (Paulus 34 ad ed.): No puede celebrarse arrendamiento por causa de donación.

prevista en el presupuesto. El mandante provee o reembolsa los costos de la ejecución, según la periodicidad pactada, mediante el sistema de estados de pago. El beneficio del contratista se paga según el avance de la ejecución, como un porcentaje de los costos o una suma fija predeterminada, todo sujeto a la liquidación final del contrato⁴⁵.

La convención acerca del precio del contrato podría ser, esencialmente, un pacto respecto del valor del trabajo o industria del contratista, la razonable remuneración de su experiencia en la organización y dirección de la ejecución de un proyecto. Esto está reconocido explícitamente en numerosas legislaciones⁴⁶. El Código Civil chileno reconoce indirectamente este pacto en el artículo 1996 CCCh. Ahí se dice que si el artífice suministra la materia, el contrato es de venta; salvo que “la materia principal”, como el terreno donde se edifica o construye, “sea suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás”, como los materiales y mano de obra. Es decir, el contrato que consiste en la ejecución de una obra sobre un inmueble (la materia principal) es siempre un arrendamiento de servicios para la ejecución de una obra, no es venta⁴⁷. El contrato de construcción puede perfeccionarse igualmente por la ejecución de una obra con materiales y mano de obra proporcionados por el dueño o mandante, o por el contratista. Si los materiales y mano de obra son proporcionados por el dueño o por el mandante, el precio del contrato será exclusivamente la utilidad o ganancia del contratista. Si el contratista se obliga a proporcionar materiales y mano de obra, el precio del contrato incluirá estos costos como también la utilidad o ganancia del contratista.

La ejecución de una obra por costos más beneficio sería la forma básica del contrato de construcción. Los costos son del mandante, pues quedan agregados al sitio de las obras o a lo edificado en él. El beneficio o utilidad es la remuneración del contratista por su experiencia en la organización de todos los factores que conducen a la ejecución de una obra proyectada, según el estado del arte⁴⁸.

2. *Precio pactado por cantidad o medida más beneficio*

El precio de un contrato por cantidad o medida consiste en la estimación del contratista aceptada por el mandante de los costos, directos e indirectos, y de su utilidad, por cada unidad o medida de obra, conforme con los planos y especificaciones proporcionados por el mandante. Si el contratista propuso ejecutar la obra a un precio por medida o por unidad, el precio se determina según esa medida y cantidad⁴⁹. Esto exige

⁴⁵ ARRIAGADA, 1988, p. 134.

⁴⁶ El artículo 1787 del Código Civil francés, todavía dispone: “Puede contratarse la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también provea el material”. Norma procedente del texto original promulgado en 1804. Tiene norma homóloga en el artículo 1588 del Código Civil español de 1889; y en GARCÍA GOYENA, 1852, Tomo III, p. 481 (artículo 1529).

⁴⁷ SAN MARTÍN, 2016, p. 171.

⁴⁸ El uso denomina este pacto *Cost Plus*. El contratista se obliga a ejecutar la obra por su costo más un margen o suma de utilidad. BAILEY (2016a) Vol. I, pp. 6.10.

⁴⁹ “Los precios unitarios se entenderán inamovibles y las cubicaciones se ajustarán a las obras efectivamente realizadas, verificadas por [el mandante] de acuerdo a los documentos de licitación” (artículo 4º, 31) RCOP).

la comprobación de medidas (*remeasurements*) por parte del dueño o de su representante antes de la autorización de los estados de pago presentados por el contratista⁵⁰.

Se asegura que los pactos de precio por costos o por unidad o medida garantizan un precio más bajo para el mandante, evitando las provisiones (inciertas y hacia el alza) que debe hacer el proponente si el contrato es por una suma fija⁵¹. Esta forma de determinación del precio puede ir acompañada de otro pacto, por el que el mandante fija la cuantía del contrato en un monto máximo. Este pacto se denomina precio máximo garantizado. Por el pacto de precio máximo garantizado, el contratista se obliga a ejecutar la obra y el mandante a pagarla por su costo, por unidad o cantidad, pero hasta un monto máximo, que opera como tope garantizado tanto para el mandante como para el contratista⁵². El mejor desempeño del contratista le asegura una mejor utilidad o beneficio en la ejecución de la obra. La tercera forma más frecuente de determinar el precio es mediante una cláusula especial de precio único prefijado.

3. *Contraprestación según lo que sea usual*

En el ámbito anglosajón existe referencia al precio *quantum meruit* según el contrato. El precio se entiende pactado *quantum meruit* cuando el mandante acepta una propuesta del contratista para ejecutar una obra por lo que sea razonable⁵³. Interesa observar que los costos y gastos en que haya debido incurrir el contratista para ejecutar el encargo son de cargo del mandante; y que este se obliga a pagar “la remuneración estipulada o usual”⁵⁴.

III. CLÁUSULA DE SUMA ALZADA E INVARIABILIDAD DEL PRECIO

El pacto de precio único prefijado o suma alzada consiste en la obligación que asume el empresario que se obliga a ejecutar toda la obra de no pedir aumento de precio por alzas en el costo de insumos, por modificaciones no ordenadas ni autorizadas por el mandante⁵⁵, o por circunstancias previstas o posibles de prever⁵⁶. Según el Código Civil, esta cláusula tiene unos determinados requisitos y produce ciertos efectos en la

⁵⁰ Los modelos FIDIC RED BOOK (1999) (Cláusula 14), como también el modelo FIDIC MDB (*Multilateral Development Banks*), operan según fórmulas de determinación del precio por procesos de validación de medidas. BAKER *et al.* (2009) ¶ 4.20; ¶ 4.3. Sobre estos contratos, FIGUEROA (2013), pp. 7-24.

⁵¹ BAKER *et al.*, 2009, ¶ 4.20.

⁵² El artículo 4º, 30) RCOP asume implícitamente que la propuesta por suma alzada puede considerar partidas por precios unitarios, de manera que el valor total del contrato corresponda a la suma de las partidas fijas y las partidas por precios unitarios.

⁵³ BAILEY, 2016a, ¶ 6.14.

⁵⁴ Artículo 2158 CCCh. Cf. artículos 1441, 1915, 1997 CCCh. Cf. Dig. 19.2.20.1 (Paulus 34 ad ed.) No puede celebrarse arrendamiento por causa de donación.

⁵⁵ Artículo 2003, regla 1ª CCCh.

⁵⁶ Artículo 2003, regla 2ª CCCh.

estabilidad del “precio del contrato”. No garantizaría la total invariabilidad. Se examinan estos aspectos a continuación.

1. *Requisitos de la cláusula especial de suma alzada*

Los requisitos que se reconoce que debe reunir esta cláusula son tres. Primero, el pacto debe referirse a “contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra”⁵⁷. La presencia de un empresario de la construcción “que se encarga de toda la obra” exige un contratista general que trabaja con subcontratistas⁵⁸. El contratista general es un empresario que trabaja con especialidades de la construcción que pueden ejecutarse directamente, o cometerse a subcontratistas⁵⁹. La calidad de empresario supone la presencia de una persona natural o jurídica que obliga su experiencia y capacidad en la organización de recursos y de trabajo⁶⁰, para ejecutar “toda la obra” y no solo partes de ella.

Segundo, el pacto solo puede hacerse respecto de un proyecto completamente trazado, en todos sus niveles, conceptual y de detalle; completo y definitivo, no sujeto a cambios⁶¹. Las órdenes de cambio durante la ejecución de las obras alteran el precio único por mutuo acuerdo entre las partes. El mandante no puede negarse a pagar el mayor valor que estos cambios produzcan en los costos de ejecución de la obra total, incluidos los costos indirectos⁶². Por este motivo es que se ha decidido que la suma alzada no obliga si, para ejecutar las obras, el contratista debe asumir obligaciones que corresponderían al mandante, como confeccionar planos y realizar obras adicionales para cumplir exigencias del proveedor de servicios sanitarios, que “no pueden ser consideradas como parte de los riesgos tomados al celebrar la convención”⁶³. El contratista no está obligado a realizar obras adicionales, no consideradas en un proyecto adjudicado a precio único⁶⁴. Aunque parezca evidente, todas las modificaciones de obra ordenadas

⁵⁷ Artículo 2003 pr CCch.

⁵⁸ MOLINA Y RÍOS, 2016, p. 219; PODETTI, 2004, p. 84. En este sentido, la expresión contratista general difiere de la figura del *General Contractor* de un contrato EPC. MOLINA Y RÍOS (2016), p. 81.

⁵⁹ Con relación al IVA, el hecho gravado con el impuesto es, para la autoridad fiscal, el contrato general de construcción en todos los casos en que la obra incluye dos o más especialidades, y no se ejecuta por administración delegada (D.S. N° 55, de Hacienda, de 1977, modificado por el D.S. N° 682, de Hacienda, publicado el 8 de febrero de 2018). El IVA es un impuesto a las ventas y servicios gravados.

⁶⁰ PODETTI, 2004, p. 78.

⁶¹ MOLINA Y RÍOS, 2016, p. 50. Este principio rige también en el campo de las obras públicas. En este sentido, CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, DICTAMEN N° 25962, de 7 de mayo de 2012, y sus antecedentes.

⁶² Así se resolvió en *OHL CON FISCO* (2016).

⁶³ *CONSTRUCTORA MONTEVERDE CON MUNICIPALIDAD DE LA LIGUA* (2013).

⁶⁴ *OBRAS ESPECIALES CON SERVIU DEL BÍO BÍO* (2017). Según la normativa el proponente no está obligado a considerar en su oferta la ejecución de partidas adicionales (artículo 5° D.S. N° 236, de 2003). La falta de definición y planificación de los proyectos, la falta de claridad respecto del alcance de los trabajos en los procesos de licitación es una dificultad referida por la industria. BACIGALUPO (2006), pp. 20-21. VIAL Y MACKENNA (2005), p. 23.

por el mandante y aceptadas por el contratista deben ser pagadas. Por tanto, modifican el precio del contrato.

El tercer requisito es que se pacte un precio “global, invariable, fijado de antemano”⁶⁵. Un precio global por la edificación de “toda la obra”, incluidas todas sus partes. El precio único por toda la obra es distinto al precio por partes o por unidades de medida. Si estas partes o medidas parciales de la obra total exigen revisión para su aprobación parcial o total, podríamos no estar exactamente en un contrato por precio único o suma alzada. El pacto sería de precio por unidades o partes de la obra, o por medidas de obra. Los contratos deben interpretarse de acuerdo con lo que las partes han pactado, no por el nombre o “modalidad de contratación” que han elegido para consignar en los documentos.

2. Efectos según sus antecedentes históricos

La cláusula especial de suma alzada no garantizaría la total invariabilidad del precio⁶⁶. Sin embargo, se difiere respecto de las razones por las que debería admitirse la revisión del precio⁶⁷. En este trabajo defendemos la idea de que los antecedentes históricos y el sentido mismo de las reglas 1ª y 2ª del artículo 2003 corroborarían la apreciación de que el pacto de suma alzada tiene limitaciones intrínsecas⁶⁸: las variaciones de obra ordenadas por el mandante y aceptadas por el contratista, y las circunstancias extraordinarias que no ha sido posible prever al tiempo del contrato. Excluidas estas dos variables, la cláusula de precio único prefijado tiene toda su fuerza en lo que se refiere a alzas de precios de insumos del contratista (materiales, maquinaria, mano de obra).

La regla 1ª del artículo 2003 tiene una lectura pacífica en este sentido: el empresario que se obligó a la ejecución “de toda la obra por un precio único prefijado” “no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales”. Es decir, el valor de los materiales como también el de los jornales (horas hombre) forma parte de la previsión ordinaria del empresario, que es un experto en la edificación. Las variaciones en estas partidas son un riesgo de desempeño, que está dentro de la razonable previsibilidad de su experiencia. Las variaciones de precio de insumos no son admisibles si se ha pactado precio único prefijado.

⁶⁵ MEZA BARROS, 2004, Tomo I, p. 459.

⁶⁶ ALBORNOZ, 2011, 397-415; SOUTHERLAND, 2014, pp. 161-195.

⁶⁷ La contratación estaría en cláusulas *rebus sic stantibus*, en función de la buena fe con que deberían ejecutarse los contratos. DEL ARCO Y PONS (2010), pp. 115-128. La revisión de estos pactos, se afirma, sería más compleja en obras civiles que en obras públicas. DEL ARCO Y PONS (2010), pp. 129-148. En sentido semejante, PODETTI, 2004, p. 64; y FLEISCHMANN y LEÓN, 2017, pp. 96-97.

⁶⁸ Las reglas 1ª y 2ª del artículo 2003 CCCh proceden de los artículos 54, 55 y 57 del Párrafo 8º del Título XXV, del PROYECTO DE 1842. La redacción se mantiene inalterada en los artículos 459 y 460 del PROYECTO DE 1847; en los artículos 2195 y 2196 del PROYECTO DE 1853; y en el artículo 2177 letra h del PROYECTO INÉDITO. Según notas puestas por el redactor del Código Civil al artículo 2195 del PROYECTO DE 1853, el artículo 2003 CCCh, regla 1ª, procede del artículo 1793 del Código francés; no hay noticia relativa a la regla 2ª. Ahí aparece una referencia a DELVINCOURT (1827) Tomo III, p. 118. El pasaje se encuentra, casi literalmente, en la página 275 del Tomo Séptimo, lugar donde el autor comenta el artículo 1793 del Código Civil francés.

Este criterio cambia cuando se trata de variaciones al plan primitivo de la obra. El empresario que se obligó a la ejecución “de toda la obra por un precio único prefijado” “no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de [...] haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo, salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones”. Para que el contratista pueda pedir aumento de precio por modificaciones o agregaciones, estas deben estar autorizadas expresa o tácitamente por el mandante⁶⁹. Dicho de otro modo, las órdenes de cambio del mandante aceptadas por el contratista modifican el contrato. El contratista no puede hacer agregaciones o modificaciones al plan primitivo sin contar con la autorización del mandante, “salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones”. Dicho “precio particular” puede ajustarse al momento de perfeccionarse el contrato. Pero también puede convenirse al momento de aceptar la ejecución de agregaciones o modificaciones. Recientemente se ha resuelto que las modificaciones convenidas entre mandante y contratista que impactan el itinerario de ejecución de los trabajos, modifican el precio del contrato, y el mandante debe pagar al contratista los costos indirectos causados por dichos cambios⁷⁰. Las variaciones de precio por agregaciones o modificaciones son, en definitiva, del cargo del mandante. El contratista puede pedir su pago incluso forzosamente.

La regla 2ª del artículo 2003, en cambio, parece más oscura: “Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño, y si este los rehúsa, podrá ocurrir al juez para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda”⁷¹. La regla refleja cargas de colaboración entre las partes: el empresario debe hacerse autorizar por el dueño para afrontar estos eventos. Pero si el dueño se niega, el empresario podrá ocurrir al juez para que resuelva respecto de la previsibilidad del evento y la cuantía de lo que debe pagar el mandante. Es decir, son de cargo del dueño los eventos que no han podido preverse. Estos se traducen en un “aumento de precio” que, a falta de acuerdo entre las partes, se determina judicialmente.

La clave para entender a qué circunstancias pudo haberse referido el redactor del Código Civil chileno en la regla 2ª del artículo 2003 podría estar en un ejemplo puesto por POTHIER al artículo 1793 del Código Civil francés. El ejemplo es el siguiente: si teniendo que levantar un edificio en un terreno que se creía de tierra sólida, se hubiesen después encontrado antiguas excavaciones que hubieren acarreado mucho más trabajo y nuevas obras para levantar los cimientos, el dueño deberá pagar ese aumento; y si sostiene que esas obras no eran necesarias, el juez sujetará esta cuestión a peritos, para que regulen el precio del aumento de las obras y su necesidad⁷².

⁶⁹ El artículo 2003, regla 1ª CCch no exige autorización escrita del mandante para la realización de estas obras, a diferencia de su antecedente en el Código Civil francés.

⁷⁰ *OHL CON FISCO* (2016).

⁷¹ Artículo 2003, regla 2ª CCch.

⁷² POTHIER, 1788, p. 363.

Es decir, el precio único prefijado incluye todo lo que según una eficiente previsión puede e incluso debe preverse entre los costos necesarios para ejecutar una obra: aumentos de costo de materiales y otros insumos, como jornales. No se incluyen modificaciones al proyecto ordenadas por el mandante. No se incluyen circunstancias que fueron imposibles de prever al tiempo del contrato y que han hecho más onerosos los trabajos. El pago de estos costos exige, parece ser, la carga de comunicarlos al mandante, y “hacerse autorizar para ellos por el dueño”. El incumplimiento de esta carga de comunicación puede producir la inoponibilidad del evento al dueño, que no pudo haber autorizado lo que no pudo haber conocido⁷³.

IV. LAS CONSECUENCIAS DE DISTINTOS EVENTOS EN EL PRECIO

El pacto de precio único prefijado y otras convenciones en el precio se comportan de modo distinto frente a un número de eventos que hemos agrupado en cuatro categorías: el aumento en el precio de insumos, las variaciones de obra u órdenes de cambio, la subsanación de defectos o fallas de construcción y el acaecimiento de circunstancias imposibles de prever. A continuación se examina el efecto de los distintos pactos frente a cada uno de estos eventos.

1. *Aumentos en el precio de insumos*

Por el pacto de costos más beneficio el mandante asume las variaciones que experimenten los precios de insumos del contratista (materiales, maquinaria, mano de obra). El mandante también asume los costos operacionales del contratista. El beneficio del contratista es una parte o cuota de los costos; a menos que se pacte expresamente que este beneficio es una parte o cuota del precio estimado al principio del contrato (o valor presupuestado). Este pacto exige un control intenso del mandante (o sus representantes) durante la ejecución de la obra; pero es menos oneroso para el mandante si se considera que no paga sumas alzadas que pueden no responder a costos reales.

El pacto de un precio por cantidad o unidad de obra mitiga el riesgo de variaciones en el precio que puede experimentar el mandante. El beneficio del contratista se paga según lo pactado por cantidad o unidad. En consecuencia, el alza en el precio de insumos es un riesgo del contratista.

Es el mismo efecto que produce el pacto de suma alzada, en que el contratista no puede pedir aumento de precio por haberle subido el precio de materiales o mano de obra⁷⁴. Los aumentos de precio de insumos que derivan de cambio de normativa de

⁷³ En este sentido, RODRÍGUEZ, 2017, pp. 321-340; RODRÍGUEZ, 2018, pp. 455-482.

⁷⁴ Artículo 2003, regla 1ª CCCh. Según pactos de *fixed price* (precio prefijado) cualquier ahorro en las partidas del precio estimado es a beneficio del contratista. Como contrapartida, si la ejecución de la obra supone costos y gastos superiores al estimado, la diferencia es una pérdida del contratista. HUGHES (2015), p. 99.

autoridad pueden quedar excluidos de la previsibilidad del contratista. Esto también se considera en obras públicas⁷⁵.

Puede concluirse que los aumentos en el precio de insumos para la ejecución de la obra son un riesgo que las partes pueden atribuir al contratista mediante cláusulas de precio por unidad o cantidad de obra, o de precio único prefijado. No ocurre lo mismo con las variaciones de obra.

2. *Variaciones de obra u órdenes de cambio*

Las variaciones de obra modifican el contrato pues son órdenes de cambio del mandante aceptadas expresa o tácitamente por el contratista. Modifican el objeto del contrato, lo que la ingeniería denomina el alcance de los trabajos; modifican también el precio pactado y, según su envergadura, el itinerario de obras⁷⁶. Son de cargo del mandante los mayores costos que deba soportar el contratista por estos cambios. Por otra parte, el contratista tiene derecho a la remuneración o beneficio proporcional por estas obras.

El mismo resultado se aplica al pacto de precio único prefijado. Las obras extraordinarias o trabajos suplementarios al proyecto original modifican el contrato; modifican también el precio único prefijado cuando han sido ordenadas o autorizadas por el mandante. El derecho chileno no exige que estas órdenes consten por escrito⁷⁷. Aunque es evidente que pesa sobre el contratista la carga de pedir autorización para la ejecución de trabajos no previstos en el plan original de la obra, y llevar registro de estas modificaciones para su posterior cobro⁷⁸. Por esto es que se ha resuelto que la suma alzada no incluye gastos generales que el contratista se ha visto obligado a soportar por el impacto de modificaciones al proyecto ordenadas o autorizadas por el mandante en la ruta crítica de los trabajos⁷⁹.

⁷⁵ Artículo 109 RCOP.

⁷⁶ En el mismo sentido, FLEISCHMANN y LEÓN, 2017, p. 97.

⁷⁷ El Código Civil francés actualmente vigente mantiene el artículo 1793 en su texto original. Ahí se lee lo siguiente: “Artículo 1793. En aquellos casos en que un arquitecto o contratista se encarguen por un ajuste alzado de la construcción de un edificio de acuerdo con un plano establecido y convenido con el propietario del suelo, no podrán solicitar ningún aumento de precio alegando ni un incremento de la mano de obra o los materiales, ni los cambios o aumentos realizados sobre el plano, a menos que dichos cambios o aumentos hubiesen sido autorizados por escrito y el precio acordado con el propietario”.

⁷⁸ Se ha resuelto que la suma alzada no incluye obras realizadas por el contratista con la aquiescencia tácita del mandante; la aquiescencia tácita es aprobación. CAM Santiago, 22.11.2004, rol 364-2004; no incluye los mayores costos derivados de la facultad que el mandante se reserva, en un contrato EPC por precio fijo, de introducir modificaciones “toda vez que lo estime necesario”. CAM Santiago, 29.7.2010, rol 1087-2010.

⁷⁹ *OHL CON FISCO* (2016). El contratista, efectivamente, asume el riesgo de un mayor valor de la obra por variaciones en las partidas presupuestadas. Por ejemplo, “por un aumento de precios de los materiales, equipos o mano de obra” (C. Vigésimo noveno). Este pacto no consiste en que el contratista deba asumir “gastos extraordinarios que provengan de las condiciones diferentes en que debió ejecutarse la obra, como consecuencia de la alteración sustancial de la secuencia constructiva, originada por las modificaciones que el [Ministerio de Obras Públicas] ordenó para solucionar inconsistencias y errores de que adolecía la obra diseñada exclusivamente por él” (C. Vigésimo noveno).

3. *Subsanación de defectos o fallas de construcción*

Las obras que responden a la subsanación de defectos o fallas de construcción son, en cambio, de cargo del contratista, aunque las ordene el mandante o la autoridad para reconocer y aprobar definitivamente la obra. Los defectos o fallas de construcción pertenecen al riesgo de desempeño del contratista. La reparación de fallas o defectos de construcción pertenece, por tanto, a la obligación del contratista antes de aprobada la obra⁸⁰. La responsabilidad del contratista subsiste incluso hasta después de aprobada y recibida definitivamente la obra, aunque la ley atribuya responsabilidad por los daños causados por fallas o defectos al dueño. El dueño siempre puede repetir contra el contratista⁸¹. Tiene lógica que se haya resuelto que un pacto de suma alzada no incluye los mayores costos que procedan de la reparación o reposición de obras defectuosas⁸².

4. *Circunstancias imprevistas ajenas a toda anticipación*

La cuestión más compleja parece ser las consecuencias de eventos sobrevinientes, no previstos y que no era posible prever al tiempo del contrato; es decir, el caso “extraordinario y ajeno a toda previsión”⁸³. Perteneció a la razonable diligencia del contratista la previsión de contingencias antes y durante la ejecución del contrato. Así se concluye de la condición que establece el artículo 2003, regla 2ª CCch: el juez interviene para resolver “si ha debido o no preverse el recargo de obra” y para fijar “el aumento de precio que por esta razón corresponda”. El aumento de precio que proceda por costos “que no pudieron preverse” en el precio único prefijado, como “un vicio oculto del suelo”, es de cargo del mandante.

Entre las circunstancias desconocidas e imposibles de prever al tiempo del contrato podrían encontrarse algunos actos de autoridad. La póliza a todo riesgo de construcción generalmente excluye de cobertura los siguientes eventos: actividades u operaciones de guerra declarada, invasiones, revolución, rebelión, insurrección, conmoción civil, motines, conspiraciones; reacciones nucleares, radiación o contaminación radiactiva⁸⁴.

La nómina de estos riesgos es abierta. Los modelos FIDIC, por ejemplo, consideran que los riesgos imprevisibles incluyen, entre otros: condiciones climáticas o físicas excepcionalmente adversas; decisiones políticas; imprevista escasez de insumos por

⁸⁰ Artículos 2000, 2001, 2002 CCch.

⁸¹ Artículos 2003, regla 3ª y 2324 CCch. Artículos 18 y 19 LGUC. Sobre esta materia, CORRAL (2013), pp. 275-279.

⁸² La materia que se discute en *CODELCO CON CONSORCIO CONSTRUCTORA ARANEDA BRAIN* (2015) son defectos constructivos que la demandada alega ser imputables a defectos de diseño e ingeniería, responsabilidad del mandante. *CAM SANTIAGO*, 9.3.2006, rol 461-2006; *CAM SANTIAGO*, 18.7.2005, rol 444-2005.

⁸³ Cf. artículo 150 RCOP. Sobre esta materia en la práctica, RÍOS, 2017, pp. 215-229.

⁸⁴ Artículo 12 de la Póliza de seguro para todo riesgo de construcción, incorporada al DEPÓSITO DE PÓLIZAS bajo el código POL 12014114 (MAPFRE COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES DE CHILE S.A.). Sobre esta póliza en la construcción, MOLINA y RÍOS (2016), pp. 288-301. Sobre la póliza *Contractor's All Risks* (Todo riesgo del contratista), cf. BUNNI (2003) pp. 398-407.

epidemia u actos de autoridad; descubrimientos arqueológicos; fuerza mayor; insolvencia del contratista⁸⁵. En la Cláusula 19.1 de los modelos FIDIC, se consideran los siguientes eventos: (a) guerra, hostilidades, invasión de enemigos; (b) rebelión, terrorismo, revolución, insurrección, golpes de Estado, o guerra civil dentro del país; (c) revueltas, conmoción o desorden interior en el país; (d) huelga o paralización de faenas del personal del contratista y subcontratistas; (e) municiones de guerra, explosivos, radiación o contaminación por radiactividad; y (f) terremoto, huracán, tifón o actividad volcánica imposible de prever y contra los que un contratista con experiencia no habría podido tomar medidas preventivas⁸⁶.

Los riesgos imprevisibles serían también los que, en el ámbito de la construcción, no tienen cobertura por la industria del seguro⁸⁷. Los mayores costos que provengan del caso extraordinario ajeno a toda previsión no podrían atribuirse al contratista. Son riesgos que corresponden al dueño cualquiera sea el precio pactado entre las partes para ejecutar la obra.

V. CONCLUSIONES

El precio del contrato de construcción es un todo que incluye costos directos, costos indirectos y gastos generales del contratista, como asimismo la utilidad o beneficio que se ha pactado por su trabajo, o lo que es usual pagar por él. Estos factores técnicos y económicos se integran en las convenciones más comunes por las que se determina el precio del contrato: precio por costos más beneficio, precio por cantidad o unidad de obra más beneficio, precio único prefijado o cláusula especial de suma alzada. El precio inicial o precio del contrato es una estimación del precio de la obra, que solo queda definitivamente fijo e invariable con la aprobación y recepción definitiva. La variabilidad del precio se constata en el comportamiento de los diversos pactos en precio frente a los hechos que más frecuentemente producen variaciones: el alza de precios de insumos para la ejecución de la obra; las variaciones de obra u órdenes de cambio del mandante; la subsanación de defectos o fallas de construcción; y, por último, las circunstancias extraordinarias imposibles de prever al quedar convenidas las partes en la ejecución de la obra y en el precio.

La razonable previsibilidad del contratista puede anticipar las variaciones de precios de insumos e incorporar este factor en su estimación inicial, pactando un precio por cantidad o unidad de obra o un precio único por toda la obra. Estos pactos, sin embargo, no impiden las variaciones que se producen por modificaciones al proyecto durante su ejecución, ordenadas por el mandante y aceptadas por el contratista. Estas variaciones modifican el contrato. Por tanto, modifican el precio y, según su envergadura, el plazo

⁸⁵ FIDIC PROCUREMENT PROCEDURES GUIDE (2011), p. 34.

⁸⁶ Por todos, cf. FIDIC RED BOOK (1999), Clause 19.1. Cf. KLEE (2015), pp. 354-371.

⁸⁷ Cf. BAEZA PINTO (2001), pp. 69-94; CONTRERAS STRAUCH (2014), p. 209.

de ejecución de los trabajos. Modifican también, proporcionalmente, la utilidad del contratista, salvo pacto en contrario. Los mayores costos por subsanación de defectos o fallas de construcción durante la ejecución de la obra o después de su aprobación pero antes de su recepción definitiva son exclusivamente de cargo del contratista. Las circunstancias extraordinarias imposibles de anticipar son de cargo del mandante.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBORNOZ POLLMANN, Laura (2011): "Contrato de ejecución de obra a suma alzada: ¿Cuál es la vigencia y real aplicación del supuesto de invariabilidad que se contiene en el artículo 2003 C.C.", en CORRAL, Hernán, *Estudios de Derecho Civil. Contratos, Tomo III* (Santiago, Chile, Legal Publishing Chile), pp. 397-415.
- ARRIAGADA, Gustavo (1988): *Administración integral de proyectos* (Santiago, Chile, Colegio de Ingenieros de Chile A.G.), 674 p.
- ALLENSWORTH, W., ROSS, Altman J., OVERCASH, A., and PATTERSON, Carol J. (ed.) (2009): *Construction Law* (Chicago, IL: ABA Book Publishing) 782 p. (referencias a los párrafos numerados de la edición electrónica).
- BACIGALUPO, Dante (2006): *Diagnóstico de la relación mandante contratista. Efectos de la situación actual* (Santiago, Chile, Corporación de Desarrollo Tecnológico de la Cámara Chilena de la Construcción) 22 p. Disponible en: <http://biblioteca.cchc.cl/DataFiles/18808.pdf> Fecha de consulta: 26 de enero de 2018).
- BAEZA PINTO, Sergio (2001): *El seguro* (Edición actualizada por Juan Achurra Larraín y Juan José Vives Rojas, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile) 511 pp.
- BAILEY, Julian (2016a): *Construction Law*, Volume I, Second Edition (New York, NY: Informa Law) 1049 p. (referencias a los párrafos numerados de la edición electrónica).
- BAILEY, Julian (2016b): *Construction Law*, Volume II, Second Edition, New York, NY: Informa Law. (referencias a los párrafos numerados de la edición electrónica).
- BAKER, Ellis; MALLORS, Ben; CHALMERS, Scott; LAVERS, Anthony (2009): *FIDIC Contracts: Law and Practice* (London, Informa Law) 624 p. (referencias a los párrafos numerados de la edición electrónica).
- BUNNI, Nael G. (2003): *Risk and Insurance in Construction* (New York, New York, Spon Press) 471 p.
- CONTARDO, Juan Ignacio (2011): "Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18, Nº 1, pp. 85-118.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2017): *Derecho de Seguros* (Santiago, Chile, Legal Publishing) 760 p.
- CORRAL, Hernán (2013), *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Chile: Legal Publishing, 475 pp.
- DEL ARCO, Miguel y PONS, Manuel (2010): *Derecho de la construcción. Aspectos administrativos y civiles* (Granada, España, Comares, octava edición) 605 pp.
- DE SOLMINIHAC, Hernán, y THENOUX, Guillermo (2017): *Procesos y técnicas de construcción* (Santiago, Chile, Ediciones UC, sexta edición) 543 pp.
- DELVINCOURT, M. (1827): *Cours de Code Civil*, Tome Septieme, Nouvelle Edition (Bruxelles: P.J. de Mat) 502 pp. Disponible en: https://ia800203.us.archive.org/15/items/coursdecoddecivil07delv/coursdecoddecivil07delv_bw.pdf (Fecha de consulta: 2 de febrero de 2018).
- ERBETTA, Andrés (2017): "La cesación unilateral del contrato de obra prevista en el artículo 1999, inciso 2º, del Código Civil", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 28, pp. 9-51.

- FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS (FIDIC) (2011), *FIDIC Procurement Procedures Guide*, 1st edition, Ginebra, Suiza: Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils, 256 pp.
- FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS (FIDIC), *FIDIC Conditions of Contracts for Construction* (1999), 1st edition, Ginebra, Suiza: Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils. Citado como FIDIC RED BOOK (1999).
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo (2013): "Los contratos de construcción FIDIC frente al derecho chileno", *Gaceta Jurídica* N° 394, pp. 7-24.
- FERRANTE, Alfredo (2012): *Open Price y compraventa* (Cizur Menor, Thomson Reuters), 294 p.
- FLEISCHMANN, Hernán y LEÓN, Juan Ignacio, 2017: "El programa de trabajo como fuente de obligaciones en el contrato de construcción", en Figueroa, Juan Eduardo (Coord.), *Derecho de Construcción. Análisis dogmático y práctico*, Santiago, Der Ediciones, pp. 93-116.
- GARCÍA GOYENA, Florencio (1852): *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, cuatro volúmenes* Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial (citado por la edición facsímil de 1973, Barcelona, Editorial Base).
- HUGHES, Will; CHAMPION, Ronan; MURDOCH, John (2015): *Construction Contracts. Law and Management* (London, U.K., Routledge, fifth edition), 435 p.
- HUIDOBRO, J., HEREDIA, B.; SALMONA, M.; ALVARADO, L. (2004): "Inclusión de la gestión de riesgos en el estudio de ofertas para licitaciones de proyectos de construcción", *Revista de la construcción*, Vol. 8 N° 2., pp. 37-37.
- KLEE, Lukas, 2015: *International Construction Contract Law*, Oxford: Wiley & Sons, Ltd.
- MEZA BARROS, Ramón (2010): *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones, Tomo I* (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile (se cita por referencia a párrafos numerados).
- MOLINA, Carlos y RÍOS, Víctor (2016): *Derecho de la construcción* (Santiago, Chile, O'Print Impresores), 472 p.
- POTHIER, R. J. (1778): *Traité du contrat de louage*, Nouvelle Edition (Paris, Chez les Freres Debure, Nouvelle Edition) 464 pp. Disponible en: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9610544f?rk=42918;4> (Fecha de consulta: 18 de diciembre de 2018).
- PODETTI, Humberto, 2004: *Contrato de construcción*, Buenos Aires: Astrea.
- PRADO PUGA, Arturo (2014), "El contrato general de construcción y en especial la modalidad EPC y sus principales características", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 2: pp. 765-783.
- RÍOS, Víctor, 2017: "La fuerza mayor en los contratos de construcción", en Figueroa, Juan Eduardo (Coord.), *Derecho de Construcción. Análisis dogmático y práctico*, Santiago, Der Ediciones, pp. 215-203.
- RODRÍGUEZ, María Sara (2017): "Cargas de colaboración y distribución de riesgos en el contrato de construcción", en CORRAL, Hernán y MANTEROLA, Pablo (Coord.), *Estudios de Derecho Civil XII* (Santiago, Chile, Thomson Reuters), pp. 321-340.
- RODRÍGUEZ, María Sara (2018): "Lecciones de un análisis comparado de distribución de riesgos del contrato de construcción con algunos modelos estandarizados internacionales", en BAHAMONDES, Claudia *et. al* (Coord.), *Estudios de Derecho Civil XIII* (Santiago, Chile, Thomson Reuters), pp. 455-482.
- SERPELL, Alfredo; y ALARCÓN, Luis (2017): *Planificación y control de proyectos* (Santiago, Chile, Ediciones UC, cuarta edición), 264 p.
- SAN MARTÍN, Lilian (2016): "Contrato para la confección de obra material. Naturaleza jurídica y otros problemas dogmáticos", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 23 - N° 2, pp. 145-179.
- SOUTHERLAND, Thomas (2014): "Condiciones imprevistas en los contratos de construcción a suma alzada y su aplicación al sitio de las obras", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22, pp. 161-195.

- UFF, John (2013): *Construction Law* (London, U.K., Sweet & Maxwell, eleventh edition) 548 p.
- VIAL, Felipe y MACKENNA, Juan (2005): *Dificultades que se presentan comúnmente en la etapa de licitación y durante la construcción* (Santiago, Chile, Instituto del Cemento y del Hormigón de Chile) 24 pp. (documento no publicado en poder de la autora).
- WAGEMANN, Alex y MEREMINSKAYA, Elina (2017): “La formación del consentimiento en el contrato de construcción de obra privada. El rol de las aclaraciones y respuestas a consultas”, en FIGUEROA, Juan Eduardo (Coord.), *Derecho de Construcción. Análisis dogmático y práctico* (Santiago, Chile, Der Ediciones), pp. 7-24.

Normas citadas

CÓDIGO CIVIL DE CHILE.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE CHILE.

DECRETO Supremo 75, REGLAMENTO PARA CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS (RCOP), publicado el 1 de diciembre de 2004.

DECRETO Supremo 1093, REGLAMENTO DE MONTOS DE CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS, publicado el 29 de noviembre de 2003.

DECRETO Supremo 236, Bases generales reglamentarias para contratos de ejecución de obras [de edificación y urbanización] de los Servicios de Vivienda y Urbanización [del Estado], publicado el 1 de julio de 2003.

DECRETO Supremo 48, Reglamento para la contratación de trabajos de consultoría del Ministerio de Obras Públicas, publicado el 28 de febrero de 1994.

DECRETO con Fuerza de Ley 458, Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), publicado el 13 de abril de 1976.

DECRETO Ley 825, Ley sobre impuesto a las ventas y servicios (IVA), publicado el 31 de diciembre de 1974.

DECRETO Supremo 55, Reglamento de la ley del IVA, publicado el 2 de febrero de 1977.

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721 (Fecha de consulta: 18 de enero de 2018) (traducción no oficial).

Jurisprudencia citada

CORTE Suprema de Chile (Tercera Sala), sentencia de 30 de agosto de 2016, rol 33634-2015.

CORTE Suprema de Chile, sentencia de 8 de octubre de 2015, rol 32.960-14.

CORTE Suprema de Chile (Tercera Sala), sentencia de 21 de abril de 2014, rol 2274-2013.

CORTE Suprema (Tercera Sala), sentencia de 26 de septiembre de 2013, rol 375-2013.

CORTE Suprema de Chile (Tercera Sala), sentencia de 7 de junio de 2017, rol 52960-2016.

CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN (CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO), sentencia de 29 de junio de 2010, rol 1087-2009 (Andrés Cuneo Macchiavello). Disponible en: http://www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral_2011/1087.pdf (Fecha de consulta: 29 de diciembre de 2017).

CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN (CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO), sentencia de 8 de marzo de 2006, rol 461-2006 (Blas Belollo). Disponible en: http://www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral_2011/461.pdf (Fecha de consulta: 29 de diciembre de 2017).

CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN (CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO), sentencia de 18 de julio de 2005, rol 444-2005 (Claudio Illanes). Disponible en: http://www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral_2011/444.pdf (Fecha de consulta: 29 de diciembre de 2017).

CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN (CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO), sentencia de 22 de noviembre de 2004, rol 364-2004 (Luis Óscar Herrera). Disponible en: http://www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral_2011/364.pdf (Fecha de consulta: 29 de diciembre de 2017).

Garantía convencional y garantía legal: una jerarquía dispersa y temperada

*Íñigo de la Maza Gazmuri**

RESUMEN

Este trabajo intentará encontrar una forma de organizar la espinosa convivencia que existe en la Ley N° 19.496 entre la garantía legal y las garantías de los proveedores. Esta forma consiste en establecer una cierta jerarquía y determinar bajo qué condiciones debiese funcionar.

Garantía legal – garantía convencional – disconformidad material

*Legal and conventional warranty:
dispersed and tempered hierarchy*

ABSTRACT

This article intends to figure out a way to organize the thorny coexistence of legal and commercial warranties within consumers law in Chile. The suggested way consists in setting out a hierarchy between them and determine under which conditions should work.

Legal warranty – commercial warranty – lack of conformity

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesor Investigador Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Chile. Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl.

Este artículo se enmarca en el Proyecto Fondecyt regular N° 1171251. Agradezco la colaboración en tareas de investigación de Felipe Fernández Ortega y Nicolás Montes Serrano, cuyo trabajo demuestra que cualquier esfuerzo en formar ayudantes es un esfuerzo que vale la pena.

Artículo recibido el 16.07.2019 y aceptado para su publicación el 11.12.2019.

INTRODUCCIÓN

En el ámbito nacional existen dos extremos de los que conviene mantenerse alejado cuando se discute acerca de la tutela de los consumidores frente a ciertos supuestos de disconformidad material. El primero de ellos consiste en afirmar que el consumidor siempre puede optar por cualquiera de los remedios que dispone el artículo 20° de la Ley N° 19.496. El segundo extremo consiste en señalar, sin las debidas cualificaciones, que, si existe una garantía convencional, el consumidor siempre debe agotar las posibilidades que esta ofrece antes de acudir a la garantía legal.

Ninguna de las dos afirmaciones es correcta, o al menos eso es lo que intenta demostrar este trabajo. En primer lugar, resulta perfectamente plausible en términos jurídicos que se limite la posibilidad del consumidor de exigir la resolución del contrato y se le exija, en primer lugar, solicitar la reparación o sustitución. En segundo lugar, parece completamente absurdo que se exija al consumidor agotar las posibilidades de la póliza cuando estas no son razonables.

Algún sector especialmente autorizado de la doctrina ha estimado que la triple opción que concede el artículo 20° a los consumidores siempre se encontraría disponible, no obstante la existencia de una garantía convencional. Por otra parte, el inciso 9° del artículo 21° exige al consumidor agotar las posibilidades de la póliza antes de acudir a la garantía legal. Sin embargo, ambas afirmaciones deben matizarse.

La primera de ellas porque los argumentos que se utilizan para justificar que la triple opción siempre está disponible para el consumidor no son, en mi opinión al menos, suficientemente persuasivos. La segunda, porque resulta completamente evidente que no cualquier término en una póliza resulta aceptable, particularmente teniendo en cuenta el carácter tutelar de la Ley N° 19.496.

El propósito de este trabajo, entonces, es doble. De una parte, se trata de demostrar que la garantía convencional puede primar sobre la garantía legal en términos de no permitir al consumidor servirse inmediatamente de la terminación del contrato, sino que deberá solicitar la reparación o sustitución del producto. De otra parte, se trata de advertir que esto no significa que cualquier garantía convencional produzca este efecto.

El orden en que procedo es el siguiente. En primer lugar, intento advertir en qué consiste la discusión que me interesa. A continuación, presento los argumentos que se han dado para justificar la primacía del derecho de opción que confiere la garantía legal: irrenunciabilidad, el absurdo que supondría que la garantía convencional protegiera menos que la legal y las dificultades prácticas que esto entrañaría. En tercer lugar, muestro que la irrenunciabilidad no debe entenderse como una limitación a la primacía convencional. En cuarto, sugiero que, si se mira como un régimen especial de tutela del consumidor, no necesariamente resulta ser absurda la primacía. En fin, en quinto lugar muestro que las dificultades prácticas más bien aconsejan establecer límites a las garantías convencionales.

En definitiva, lo que intento demostrar es que el juego de los dos tipos de garantías permite advertir una cierta jerarquía de los remedios del consumidor frente a determinados supuestos de disconformidad material. Se trataría de una jerarquía cuya disciplina

se encuentra dispersa entre las normas de la garantía legal y convencional y, a la vez, se vería temperada por las limitaciones que se imponen a los proveedores al momento de establecer sus garantías convencionales.

I. LA PREGUNTA Y LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA

1. *Dos sentencias y una pregunta*

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 15 de abril de 2009¹ se pronuncia acerca de la convivencia entre la garantía legal y la garantía convencional en los siguientes términos:

“Tratándose de productos respecto de los cuales se haya dado una póliza de garantía voluntaria por el fabricante o proveedor, el derecho del consumidor a exigir algunos de los derechos conferidos por el artículo 20 de la Ley ya mencionada, puede ejercerse cuando ya se haya hecho uso, al menos una vez, de los mecanismos que contemple la póliza para solucionar la deficiencia y estos no hayan dado resultado satisfactorio o se presenten nuevas fallas.

En otras palabras, en caso de existir una garantía voluntaria, el consumidor antes de ejercer los derechos descritos en el artículo 20 de la Ley N° 19.496, debe hacer exigible esta garantía voluntaria ante quien corresponda y agotar las posibilidades que ofrece, todo ello conforme a los términos establecidos en la misma póliza entregada por el proveedor.

6. Que es necesario tener presente que la regla establecida en el artículo 21 inciso 6° de la Ley N° 19.496, significa que la garantía legal y la garantía convencional son compatibles, pero en tal caso el consumidor, antes de ejercer alguno de los derechos que le confiere el artículo 20, deberá hacerla ante quien corresponda y agotar las posibilidades que ofrece, conforme a los términos de la póliza.

Lo anterior implica, que respecto de los artículos defectuosos vendidos con una garantía voluntaria, el consumidor no puede ejercer los derechos conferidos por el artículo 20 de la ley citada precedentemente, sin previo ejercicio de la garantía del proveedor”.

Por su parte, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en una sentencia de 3 de febrero de 2017² y conociendo acerca de la misma cuestión que la sentencia anterior, en los siguientes términos:

¹ Corte de Apelaciones de Concepción, 15.04.2009, rol 254-2008.

² Corte de Apelaciones de Valparaíso, 03.02.2017, rol 568-2016.

“Undécimo: Que de acuerdo a lo expuesto precedentemente, a juicio de estos sentenciadores, con la actuación de la querellante, se salvaguardó, debidamente, la disposición del artículo 21 de la ley mencionada, atendido a que no puede pedírsele al consumidor que agote en todos sus grados la garantía convencional que lo favorece, pues si así fuere estaría claramente en desventaja frente a la garantía legal, la que sin lugar a dudas le ofrece un rango mucho mayor de indemnización frente a un contrato, en que claramente el consumidor suele estar en disminución ante el ente asegurador.

Duodécimo: Que en virtud de esa actuación, y dada la reiteración en hacer uso por parte de la querellante de la garantía convencional de la que era beneficiaría, a la actora en ese estado de cosas, le cabía claramente la posibilidad de invocar, como lo hizo, la garantía legal y pedir la reposición o devolución del precio, como lo faculta el artículo 20, en su letra e) de la ley en comento (...).”

Se trata de extractos extensos, sin embargo, cumplen con dos funciones importantes en este trabajo. La primera de ellas consiste en ilustrar la cuestión que lo ocupa. La segunda consiste en sugerir cuál es la tesis que defiende este trabajo.

Por lo que toca a lo primero. Como puede advertirse, ambas sentencias se refieren a un ángulo de la espinosa convivencia de la garantía legal y la convencional en la Ley Nº 19.496³. Se trata de determinar si –y bajo qué condiciones– la garantía convencional prefiere a la legal o bien si el derecho de opción que establece la garantía legal siempre está disponible, no obstante la existencia de una garantía convencional que establezca únicamente la reparación del producto o, con menor frecuencia, su sustitución.

La cuestión se plantea pues, como ha sugerido un autor, la regla general es que las pólizas de garantía se limiten a la reparación y, únicamente de manera excepcional, se extiendan al reemplazo del producto⁴, sin considerar, entonces, la devolución del

³ Señalo que se trata de un ángulo porque la convivencia de la garantía legal y convencional genera otros problemas que no voy a considerar en este trabajo, así, por ejemplo, cuestiones relativas al carácter vinculante de la opción para el consumidor, ver Corte de Apelaciones de La Serena, 09.02.2016, rol 103-2015, resolviendo que una vez ejercida la opción por la convencional no se puede modificar, las limitaciones a los bienes usados por ejemplo la sentencia de la Corte de Apelación de Concepción, 29.05.2013, rol 359-2012 o la suspensión de la prescripción, ver, Corte de Apelaciones de Santiago, 21.07.2010, rol 11857-2009.

⁴ Ver CORRAL, 2011, p. 415. No obstante, existen casos de esta manera en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, 22.11.2011, rol 93-2011, donde la Corte considera que no se burla el derecho que confiere a los consumidores el artículo 20º de la Ley Nº 19.496 mediante pólizas que permitan el reemplazo de piezas defectuosas. En palabras de la Corte:

“Que la posibilidad de que se burla el derecho de los consumidores mediante el expediente de la existencia de pólizas de garantía que impidan optar derechamente por la devolución del producto, no existe ni en general ni en el caso particular. Lo primero, porque si una vez reparado no resulta el bien enteramente funcional, tal como debe serlo uno nuevo, opera el derecho general del señalado artículo 20 de la Ley de Protección al Consumidor y, en cuanto a lo particular de este caso, aquí de lo que se ofrecía era reemplazar una pieza por otra original, y no arreglar simplemente la defectuosa, de suerte tal que con aquel reemplazo el refrigerador venía a resultar equivalente por entero a uno nuevo y sin uso, de manera que ha sido la propia cliente, al negarse a esa solución, probadamente ofrecida por su vendedor, la que ha impedido tanto el co-

precio⁵. De esta manera, la discusión puede formularse en términos más sencillos: existiendo una garantía convencional ¿debe el consumidor acudir a ella en primer lugar —específicamente a la reparación del producto o su reemplazo— o, en cambio, sin hacerlo, puede optar por alguno de los otros remedios que le franquea la garantía legal, específicamente la restitución del precio?

Como se verá, en el ámbito nacional, la respuesta no ha sido pacífica y, en general, la doctrina más autorizada parece estimar que la garantía legal prefiere a la convencional en términos que el consumidor siempre tiene derecho a la opción que le confiere la garantía legal. Respecto de los tribunales, parece existir una cierta tendencia a preferir la garantía convencional por sobre la legal.⁶

La tesis que se defiende en este trabajo es que, en la medida en que la garantía convencional permita al proveedor, bajo condiciones razonables, la reparación o la sustitución, esta prefiere a la opción de devolución del precio a que se refiere el artículo 20º.

La segunda sentencia permite intuir algo como eso, pues, si bien es cierto que se permite a la compradora acceder a la garantía legal, esto tiene lugar una vez que intentó la reparación disciplinada por la garantía convencional.

Pues bien, una mirada a la Ley N° 19.496 muestra que la garantía convencional que interesa a este trabajo alude a un cierto acuerdo entre el proveedor y el consumidor, en virtud de ello, el primero concede al segundo ciertos remedios frente a supuestos de disconformidad cualitativas. Lo más frecuente será que el remedio corresponda a la reparación del producto. Asimismo, la garantía legal corresponde a un régimen de tutela del consumidor frente a la presencia del mismo tipo de anomalías, sin embargo, esta vez se concede al consumidor el derecho de optar, junto con la indemnización de perjuicios, por la reparación, la sustitución de la cosa o la devolución del precio.

recto funcionamiento del bien que adquirió, como su reemplazo o la restitución del precio, si la reparación no hubiere resuelto el problema”.

⁵ Ver CORRAL, 2011, p. 415 y BARRIENTOS, 2016, p. 241-242.

⁶ Ver, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, 19.05.2016, rol 272-2016, Corte de Apelaciones de Santiago, 6.10.2015, rol 1059-2015. En ésta se lee:

“Que, en la especie, el vehículo antes indicado, estaba amparado por la garantía de compra, la que fue ofrecida en reiteradas oportunidades, lo que no fue aceptado por el consumidor, por lo que, la norma legal antes indicada, le impide al consumidor ejercer los otros derechos, sin antes hacer efectiva la garantía que goza el producto”.

En el mismo sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, 2.12.2012, rol 106-2010:

“Que, por otra parte, si bien el artículo 20 de la Ley N° 19.496, dispone que sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados, el consumidor podrá optar entre la reparación gratuita del bien o previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada”; ello en los casos señalados entre otros, en la letra c) cuando cualquier producto por diferencias de fabricación, elaboración, piezas, estructura, calidad, no sea enteramente apto para el uso al que está destinado; no es menos cierto que el artículo 21 de la Ley mencionada en su inciso noveno precisa “Que tratándose de bienes amparados por una garantía otorgada por el proveedor, el consumidor antes de ejercer alguno de los derechos que le confiere el artículo 20, deberá hacerla efectiva ante quien corresponda y agotar las posibilidades que ofrece conforme a los términos de la póliza”.

Ver también Corte de Apelaciones de La Serena, 9.02.2016, rol 103-2015, y Corte de Apelaciones de Valdivia, 8.06.2011, rol 64-2011.

2. *La discusión*

Como ya ha quedado dicho la respuesta frente a la pregunta acerca de si la garantía convencional prefiere la opción que le confiere la legal o si el consumidor siempre tiene derecho a optar no ha sido pacífica. Antes de exponer las distintas opiniones convendrá precisar por qué la pregunta ha resultado desafiante. Y conviene hacerlo porque, a primera vista al menos, la respuesta parecería clara.

Para advertirlo es necesario prestar atención al texto del inciso primero del artículo 20⁷, su letra e)⁸ y luego el inciso noveno del artículo 21⁹, todos ellos de la Ley Nº 19.496.

Al combinar estas reglas, aparece que la convivencia entre ambas garantías funciona en términos tales que (1) si existe una garantía otorgada por el proveedor (2) el consumidor deberá agotarla antes de acudir a la garantía legal. (3) El agotamiento de la garantía, sin embargo, no es algo que determine el proveedor a su arbitrio; luego de haberse hecho efectiva la garantía y prestado el servicio técnico, el consumidor puede servirse de la garantía legal para solicitar la restitución del precio si aún subsisten las deficiencias o surgen otras.

Según me parece, a primera vista al menos, lo que indica la lectura conjunta de las normas es que la garantía convencional prefiere a la legal. Por lo mismo resulta más útil explorar la posición de quienes estiman que la garantía legal prefiere a la convencional que la de quienes siguen el tenor literal de las normas. Por lo demás, en los primeros existe un valioso intento de argumentación; los segundos, en cambio, se limitan más bien a reproducir las reglas sin añadir mucho más¹⁰.

La defensa más decidida acerca de la primacía de la garantía legal ha corrido por cuenta del profesor Hernán Corral¹¹. Sus argumentos, según yo los entiendo, son los siguientes. En primer lugar, señala que existiría una contradicción en la Ley Nº 19.496 si, por una parte, se reconociera al consumidor la facultad de optar (art. 20^o) y, por otra

⁷ “En los casos que a continuación se señalan, sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados, el consumidor podrá optar entre la reparación gratuita del bien o, previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada”.

⁸ “Cuando después de la primera vez de haberse hecho efectiva la garantía y prestado el servicio técnico correspondiente, subsistieren las deficiencias que hagan al bien inapto para el uso o consumo a que se refiere la letra c). Este derecho subsistirá para el evento de presentarse una deficiencia distinta a la que fue objeto del servicio técnico, o volviere a presentarse la misma, dentro de los plazos a que se refiere el artículo siguiente”.

⁹ “Tratándose de bienes amparados por una garantía otorgada por el proveedor, el consumidor, antes de ejercer alguno de los derechos que le confiere el artículo 20, deberá hacerla efectiva ante quien corresponda y agotar las posibilidades que ofrece, conforme a los términos de la póliza”.

¹⁰ Ver, por ejemplo, AIMONE, 2013, p. 48. SANDOVAL, 2016, p. 54, FERNÁNDEZ, 2003, p. 38. Una conspicua excepción, sin embargo, es el trabajo del profesor Jaime Lorenzini, quien señala tres razones para preferir la garantía convencional: la primera de ellas consistiría en que el legislador incentivó a los proveedores a ofrecer garantías convencionales, la segunda es el propio tenor del artículo 21 inc. 9; en fin, la tercera razón es que el legislador juró algunos de los riesgos que entraña la preferencia de la garantía convencional en términos que el consumidor únicamente debe proceder una vez al servicio técnico (LORENZINI, 2015, pp. 700-701).

¹¹ CORRAL, 2011, pp. 415-421.

(art. 21º) se restringiera. Añade que, el artículo 4º de la Ley Nº 19.496 establece que los derechos que reconoce al consumidor son irrenunciables e indica que:

“La irrenunciabilidad del artículo 4º se estaría vulnerando, ya que, el consumidor, al aceptar la garantía que le concede mayor abundancia el proveedor, estaría renunciando tácita o incluso fictamente al derecho de opción que le confiere expresamente la ley: ‘el consumidor podrá optar (...)’”¹².

A este argumento que en ocasiones han acogido los tribunales¹³, agrega que sería absurdo que el consumidor quedara menos protegido por una garantía convencional que por la legal y la presencia de numerosas dificultades prácticas:

“muchas veces el consumidor quedará atrapado en un servicio técnico ineficiente, que demora en ir a revisar el bien o a retirarlo y que luego retrasa la reparación, justamente porque el bien no tiene fácil arreglo”.

En tercer lugar, estima el profesor Corral que de la historia de la ley no puede inferirse el significado del artículo 20 inciso 9º a que pareciera conducir su tenor literal¹⁴. Indica que no hay mayores antecedentes que expliquen la introducción de esta regla, que no se encontraba en el Mensaje del Poder Ejecutivo y fue incorporada por la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados. En esa instancia, la norma habría sido pensada para los casos en que el consumidor optara por la reparación y no lo privaría de los demás medios de tutela propios de la garantía legal¹⁵.

Finalmente, en cuarto lugar, estima que existirían dificultades prácticas; señala el profesor Corral lo siguiente:

“A todas estas incongruencias normativas, deben añadirse evidentes dificultades prácticas: muchas veces el consumidor quedará atrapado en un servicio técnico ineficiente, que demora en ir a revisar el bien o a retirarlo y que luego retrasa la reparación, justamente porque el bien no tiene fácil arreglo.

El consumidor se ve indefenso ya que solo podría reclamar judicialmente cuando se hayan ‘agotado las posibilidades que ofrece la garantía’. Esta será necesario acreditarlo en juicio, para luego tener que demandar la elección de la reposición o la devolución. Aunque se permita la acumulación de acciones, deberá acreditarse el agotamiento de las posibilidades, para que pueda el juez considerar la segunda acción que invoca la garantía legal”¹⁶.

¹² CORRAL, 2011, pp. 416-417.

¹³ Así, por ejemplo, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 5.10.2012, rol 967-2012.

¹⁴ CORRAL, 2011, p. 417-421.

¹⁵ CORRAL, 2011, p. 419-420.

¹⁶ CORRAL, 2011, p. 417.

¿Cómo entiende, entonces, el profesor Corral el inciso 9º del artículo 21? De la siguiente manera:

“La norma lógicamente se pone en el caso de que el consumidor haya sido provisto de una garantía voluntaria. De este modo señala que ‘antes de ejercer alguno de los derechos que le confiere el artículo 20’ (la garantía legal), puede hacer valer la garantía voluntaria, caso en el cual ‘deberá hacerla efectiva ante quien corresponda’, es decir, ante el proveedor directo o ante el fabricante que la haya otorgado, y luego deberá agotar las posibilidades que ofrece conforme a los términos de la póliza. Es decir, el ‘deberá’ no apunta a la opción de la reparación, sino a que, si opta por la reparación no puede revocarla sino que debe agotar sus posibilidades, en los términos estipulados en la póliza.

Esta intelección de la norma pone a salvo el derecho del consumidor, aun en presencia de una garantía, de pedir al vendedor la reposición o la devolución del precio. Si opta por la reparación debe invocar, no la garantía legal, sino la voluntaria y agotar sus posibilidades. Si aun así subsisten las deficiencias o el bien tiene una falla distinta, nuevamente se abrirá para él la opción de pedir reposición o la devolución del precio conforme a la letra e) del artículo 20 LPC”¹⁷.

La segunda opinión que conviene tener en cuenta es la de la profesora Francisca Barrientos. Señala esta autora que:

“no resulta posible justificar desde la óptica de la legislación protectora del consumidor la interpretación que restrinja los derechos emanados de la garantía legal cuando se ha suscrito una póliza convencional (o del fabricante)”.¹⁸

Añade que si existe una cláusula que los restrinja, esta sería abusiva. En segundo lugar, cita a Corral en el texto que aquí ya se ha examinado. A continuación se refiere a la legislación española, italiana y colombiana para señalar que, en estas, la garantía convencional es más bien suplementaria de la legal. En fin, en cuarto lugar, señala que existen algunas sentencias en las que se dispone que el consumidor no debería agotar todas las medidas a que se refiera la garantía convencional, sino que se aplicaría el artículo 20º letra e).¹⁹

La conclusión de esta autora es la siguiente:

“En definitiva, la forma de compatibilizar la garantía legal con la ofrecida por el vendedor garante estará dada por la suspensión de la primera mientras está vigente la segunda, y por la recta interpretación de la expresión agotar los términos que

¹⁷ CORRAL, 2011, p. 421.

¹⁸ BARRIENTOS, 2016, p. 248-249.

¹⁹ BARRIENTOS, 2016, p. 249-250.

ofrece. La debida interpretación debe ser la propuesta por la doctrina, es decir, debe ejercerse una vez un derecho de la póliza convencional, idea que sería coherente con la solución judicial al confrontarlo con el artículo 20 letra e)”²⁰.

Sin embargo, algunas páginas antes de esa conclusión, Barrientos señala que:

“(…) Si existe una cláusula que los restrinja o limite, la garantía debería calificar como nula por lo dispuesto en el artículo 16 letra g). En este sentido, los derechos de la garantía legal son normas de orden público irrenunciables para el consumidor (artículo 4º)”²¹.

Entonces, habría que entender que la profesora Barrientos entiende que la cláusula de una garantía convencional que impida la devolución del precio –uno de los remedios de la garantía legal– estableciendo la reparación sería abusiva.

Pues bien, una mirada a las opiniones del profesor Corral y de la profesora Barrientos muestran que el primer argumento que justificaría que la garantía legal preferiría a la convencional en términos de que la opción que consagra la primera siempre estaría disponible se relaciona estrechamente con la irrenunciabilidad de los derechos que reconoce la LPC a los consumidores.

Como ya se ha visto, ambos sugieren que se vulneraría la irrenunciabilidad pues al aceptar la garantía convencional el consumidor estaría renunciando al derecho de opción que le confiere el artículo 4º²².

En segundo lugar, el profesor Corral considera que la lectura que da preferencia a la garantía convencional llevaría a un absurdo y señala que:

“La ley se contradeciría a si misma al establecer que, en los casos del artículo 20, el consumidor podrá optar entre reparación, reposición o devolución, para enseguida negarle ese derecho cuando haya aceptado, sin saber que con ella quedaba menos protegido, que se le entregaba una garantía voluntaria”²³.

En fin, como ya ha quedado dicho, el profesor Corral se refiere a ciertas dificultades prácticas que entrañaría esta interpretación, según esta, la garantía convencional preferiría a la legal.

²⁰ BARRIENTOS, 2016, p. 252.

²¹ BARRIENTOS, 2016, p. 249.

²² CORRAL, 2011, p. 416-417.

²³ CORRAL, 2011, p. 416.

II. UNA CIERTA JERARQUÍA

Los tres argumentos –la irrenunciabilidad, el absurdo y las dificultades prácticas– que se pueden extraer de las opiniones del profesor Corral y de la profesora Barrientos resultan, a primera vista, muy persuasivos²⁴. Sin embargo, según me parece, los tres admiten una segunda mirada.

Al darles esa segunda mirada confío, a la vez, mostrar que resulta plausible sostener que (1) existe una cierta jerarquía en la Ley N° 19.496 respecto de los remedios que reconoce al consumidor frente a determinados supuestos de disconformidad material; (2) que esa jerarquía, por así decirlo, se encuentra dispersa entre la garantía legal y la convencional y (3) que se trata de una jerarquía temperada por las limitaciones de la garantía convencional. Estas cuestiones deberían aparecer al reconsiderar el argumento del absurdo y el de las dificultades prácticas. Sin embargo, antes de llegar a ellos resulta necesario, preliminarmente, considerar la cuestión de la irrenunciabilidad.

1. *El argumento de la irrenunciabilidad*

Para calibrar adecuadamente el argumento de la irrenunciabilidad de los derechos del consumidor ex artículo 4° de la Ley N° 19.496 convendrá comenzar advirtiendo que el hecho de que un derecho sea irrenunciable depende de dos circunstancias. La primera es que el ordenamiento jurídico reconozca la existencia de ese derecho, la segunda es que declare que no puede ser, digamos, abandonado mediante actos de autonomía privada.

A continuación, parece útil advertir que, para precisar el sentido en el que un derecho es irrenunciable, resulta imprescindible determinar la forma en que el ordenamiento jurídico reconoce ese derecho.

Así, por ejemplo, el artículo 153 dispone que: “La mujer no podrá renunciar en las capitulaciones matrimoniales la facultad de pedir la separación de bienes a que le dan derecho las leyes”. Se trataría de una irrenunciabilidad sin cualificaciones; el legislador la establece sin ningún tipo de restricción.

Sin embargo, en ocasiones, la irrenunciabilidad opera con ciertas cualificaciones. Así lo muestra, en lo que aquí interesa, la LPC. Ya se ha visto que los derechos que reconoce esta ley a los consumidores son irrenunciables. Uno de esos derechos, según lo dispone el artículo 3° letra e) es: “El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de

²⁴ No considero la historia de la ley pues me parece que resulta poco concluyente. El profesor Corral, argumenta agudamente aquí (CORRAL, 2011, pp. 419-420), sin embargo, al consultar la historia de la Ley, lo cierto es que allí queda de manifiesto es que se cambió la expresión “podrá” por “deberá”. Por otra parte, si bien fue iniciativa de la Cámara y no de la Comisión del Senado, lo cierto es que esta última lo mantuvo. En tercer lugar, que no se haya explicitado que aquí había un cambio de fondo es, en abstracto, un buen argumento, pero la calidad del proceso legislativo chileno, señaladamente con la LPC, impide desprender indubitablemente esa consecuencia. En fin, la opinión del senador Lavandero es un buen argumento, sin embargo, reconoce que la garantía legal es complementaria y supletoria de la convencional, no que la prefiere.

las obligaciones contraídas por el proveedor”. Por su parte, el artículo 16 letra e) de la misma ley dispone que: “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

e) Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a este de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio”.

Lo que permite advertir este ejemplo es que el derecho a una reparación e indemnización adecuada de todos los daños materiales y morales es parcialmente renunciabile. La razón es la siguiente. El artículo 16 letra b) declara abusivas ciertas cláusulas limitativas de responsabilidad²⁵, por lo mismo, habrá que concluir que otras cláusulas limitativas son perfectamente válidas. Por definición una cláusula limitativa determina que no todos los perjuicios sufridos serán reparados, esa es precisamente su función.

Como puede verse, la técnica de establecer la irrenunciabilidad de un derecho y luego cualificarla no es desconocida para la regulación de las relaciones de consumo.

Según mi opinión esto es, precisamente, lo que hace el inciso 9º del artículo 21, cualificar el derecho a opción del consumidor establecido en el artículo 20 de la Ley N° 19.496 determinando que la irrenunciabilidad de dicha opción quede cualificada por la existencia de una garantía convencional. Se trata, por lo demás, de una idea que ya había defendido el profesor Jaime Lorenzini²⁶.

Si esto resulta ser correcto, entonces correcto ha de ser también que el argumento de la irrenunciabilidad no impide considerar una cierta primacía de la garantía convencional por sobre la legal.

2. *El argumento del absurdo y la mirada a las garantías como componentes de un régimen de tutela del consumidor*

Luego de considerar la cuestión de la irrenunciabilidad, el profesor Corral agrega:

“A todo ello hay que añadir el absurdo de que el consumidor resulte perjudicado cuando la intención de las partes, tanto la del proveedor como la del consumidor, ha sido la de brindar y obtener mayor protección. El absurdo llega al máximo si se considera la llamada garantía extendida en la que el consumidor paga una suma adicional para gozar de sus supuestos beneficios”.

Se trata de un argumento intuitivamente poderoso. Pero no solo eso; si se mira un derecho como el español que ha resultado relevante en el diseño de la Ley N° 19.496, se

²⁵ Con una técnica absolutamente lamentable, como se han ocupado de advertirlo los profesores TAPIA Y VALDIVIA, 2002, p. 70, pero ese no es el tema aquí.

²⁶ LORENZINI, 2015, p. 699.

descubre que el artículo 125 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), bajo el título “garantía comercial adicional” se encuentra alineado con la opinión del profesor Corral. De esta manera en la letra c) de dicho artículo se exige que: “la garantía no afecta a los derechos legales del consumidor y usuario ante la falta de conformidad de los productos con el contrato”.

Algo semejante sucede con la doctrina española. Así, por ejemplo, Avilés García ha sugerido que se trata de una garantía cuyo objeto consiste en mejorar el nivel de protección que reconoce la garantía legal del producto adquirido²⁷. En el mismo sentido, Torrelles Torrea:

“En todo caso, esta garantía ha de implicar una mejora y ampliación de la protección que se le dispensa al consumidor a través del régimen de responsabilidad por la falta de conformidad, ya sea un mayor contenido de derechos (por ejemplo, conceder al consumidor la posibilidad de solicitar la rebaja del precio o la resolución como primeros remedios además de la reparación o sustitución), un alargamiento de plazos, que el garante sea una persona distinta a la del vendedor, etc.”²⁸.

Por su parte, la profesora Francisca Barrientos, afirma lo siguiente:

“Las legislaciones extranjeras han previsto de forma expresa que las pólizas convencionales o del fabricante no pueden imponer limitaciones a la garantía legal. En España, el TRLGDCU en el artículo 125 c) prohíbe que la garantía comercial afecte a los derechos legales del consumidor frente a la falta de conformidad”²⁹.

De esta manera, parece estar en lo cierto el profesor Corral cuando advierte que no resulta intuitivo que la garantía convencional reduzca la protección que dispensa la garantía legal; el argumento resulta particularmente persuasivo si se trata de una garantía extendida por la que se cobra ¿Cómo podría entenderse que alguien pagara por menor protección? El profesor Corral tiene razón: resultaría “absurdo”³⁰.

Sin embargo, acaso de manera algo sorprendente, sea el mismo derecho español –y, en general el europeo basado en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (Directiva 99/44)– el que permita descubrir por qué, no obstante encontrarse plasmada con una técnica legislativa lamentable, la primacía de la garantía convencional respecto de la legal en la LPC no necesariamente conduzca a un absurdo.

²⁷ AVILÉS GARCÍA, 2009, p. 14.

²⁸ TORRELLES, 2011, p. 1129. Añade ÁLVAREZ MORENO, 2006, p. 181 que la garantía legal únicamente alcanza a defectos coetáneos mientras la convencional podría cubrir los sobrevenidos.

²⁹ BARRIENTOS, 2016, p. 250.

³⁰ CORRAL, 2011, p. 417.

En otras palabras, efectivamente, el TRLGDCU y la Directiva 99/44 impiden que la póliza convencional o del fabricante establezca limitaciones a la garantía legal. Sin embargo, de allí no se sigue, necesariamente, un argumento que preste utilidad para defender la primacía de la opción propia de la garantía legal por sobre la convencional bajo cualquier circunstancia en la LPC. En realidad –esto es lo que quiero defender– puede seguirse algo diverso y, hasta cierto punto contradictorio. La situación española –y europea en general– puede utilizarse para sostener que, con una torpeza digna de mejor causa, el legislador chileno intentó establecer una cierta jerarquía de remedios. Sin embargo, a diferencia del legislador español, no lo hizo, por así decirlo, al interior de la garantía legal, sino que la distribuyó entre esta y la garantía convencional.

Desenvolver esta idea aconseja comenzar con una breve consideración a la responsabilidad del vendedor y los derechos del consumidor y usuario del TRLGDCU que viene a trasponer a este respecto el artículo 3 de la Directiva 99/44³¹. Se trata de un artículo cuya extensión desaconseja transcribirlo, sin embargo, conviene prestar atención a lo que enseña su lectura, no solo acerca del derecho español de compraventa de consumo, sino acerca de todo el derecho europeo en este ámbito; y eso que enseña ha de resultar útil para planterarse la administración de la convivencia entre la garantía legal y la convencional en el ámbito nacional.

Lo primero que enseña el precepto es que existe una jerarquía entre los remedios que se ponen a disposición del consumidor frente a una falta de conformidad, en términos tales que, frente a una falta de conformidad, el consumidor debe acudir primero a los remedios que permiten corregir dicha falta, es decir, a la reparación o la sustitución³². El artículo 119 del TRLGDCU dispone, en lo que aquí interesa, las cosas de la siguiente manera:

“1. Si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada. Desde el momento en que el consumidor y usuario comunique al vendedor la opción elegida, ambas partes habrán de atenerse a ella. Esta decisión del consumidor y usuario se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente para los supuestos en que la reparación o la sustitución no logren poner el producto en conformidad con el contrato”.

Se trata de los “remedios de primer grado” ante una falta de conformidad³³. En este supuesto, el consumidor puede optar por cualquiera de ellos. La finalidad de esta opción limitada es de conservar el contrato. Como sugiere Torrelles: “en este punto el

³¹ Antecedentes de la historia del precepto en FENOY, 2009, pp. 236-240.

³² Esta jerarquía también puede notarse en el artículo 4:205 de los Principles of European Law Sales. Ver Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code, Sales (PEL S), prepared by Hondius/Heutger/Jeloschek/Sivesand/Wiewiorowska, 2008.

³³ Ver TORRELLES, 2011, p. 1091.

legislador ha hecho prevalecer la seguridad de las transacciones (*favor contractus*) por encima de la confianza del consumidor en el mercado”³⁴.

Los siguientes artículos del TRLGDCU –el 120– desarrolla el régimen jurídico de la reparación o sustitución del producto. Por su parte, el artículo 121 se refiere a la reducción del precio y la resolución en los siguientes términos:

“La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando este no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que estas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia”.

¿Qué conclusión se sigue del juego de todos estos artículos? La respuesta es que en el ámbito español –en general en el europeo– la garantía convencional no puede limitar los derechos que reconoce la garantía legal al consumidor. Eso es perfectamente correcto, sin embargo, al considerar las normas pertinentes se descubre que, en el derecho español, la garantía legal se encuentra estructurada jerárquicamente, en términos que, por regla general, el consumidor únicamente puede optar por la reparación o sustitución del producto y, excepcionalmente, cuando estas sean objetivamente imposibles, económicamente desproporcionadas o no se hubieran llevado a cabo dentro de un plazo razonable o hayan existido inconvenientes podrá optar por la resolución o la rebaja del precio.

Pues bien, al observar estas normas se descubre, según me parece, que no necesariamente resulta absurdo que, en el ámbito nacional, la garantía convencional pueda limitar la opción que le confiere al consumidor la garantía legal. Y no resulta absurdo porque, si bien podría estimarse que eso debilita la posición del consumidor y, a la vez, se considera que la Ley Nº 19.496 aspira a tutelar los derechos de los consumidores, lo cierto es que no procura hacerlo a cualquier costo. Bien podría afirmarse que, como sucede en el ámbito europeo, la tutela del consumidor a este respecto debe conjugarse con una cierta consideración a la posición del proveedor. Por lo mismo, sería el caso que se reconozca a este último la posibilidad de reparar el producto o reemplazarlo.

³⁴ TORRELLES, 2011, p. 1091. Como apunta FENOY, 2009, p. 236, a propósito de algún trabajo preparatorio de la Directiva 99/44: “se constata que se intenta conseguir un equilibrio entre la salvaguarda de la protección del consumidor y la no imposición para el vendedor de buena fe de una carga excesiva”. Fenoy se refiere al Libro verde acerca de las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa de 15 de noviembre de 1993 (COM (93) 509 final, 15.11.1993). En la página 92 de este se lee lo siguiente:

“Los efectos tradicionales de la garantía legal son el derecho del comprador a anular el contrato o a obtener una reducción del precio [para el Derecho español, piénsese en el saneamiento por vicios ocultos, añadido]. En las modernas relaciones de consumo, estos medios son a la vez demasiado rígidos y demasiado insuficientes. A menudo corren el peligro de no satisfacer ni al consumidor ni al vendedor. Por ello, ciertos sistemas jurídicos se han decidido por fin a introducir, de uno u otro modo, en el marco de la garantía legal, los medios tradicionales de la garantía comercial, a saber, la sustitución o la reparación del bien. Cuando sea posible, debería preferirse la sustitución o la reparación frente a las otras posibles soluciones y esto significaría el contrapunto de una visión más amplia del concepto de ‘defecto’. Se trata de esta manera de salvaguardar la protección del consumidor, sin imponer al vendedor de buena fe una carga excesiva”.

Cuestión que podría justificarse, además, en términos económicos.³⁵ Por otra parte, aludiendo, en cambio, a cierta exigencia de justicia, Picatoste justifica la primacía de la reparación señalando que:

“(…) parece justo que al vendedor se le dé la oportunidad de corregir las faltas de conformidad del producto, más aún cuando en la mayor parte de los casos tienen su origen en hechos que, por lo general, están fuera de la esfera de su control”³⁶.

Finalmente, como se ha visto respecto del ámbito español, lo cierto es que una virtud de los remedios de primer grado (reparación y sustitución) respecto de la resolución es que tienden a mantener el contrato³⁷.

Como se ha visto, en el ámbito europeo la posibilidad de reparar o reemplazar se encuentra reconocida al proveedor en los términos expuestos a propósito de la garantía legal. En el ámbito chileno, en cambio, el legislador ha sido más severo y le ha impuesto al proveedor la carga de establecerlo en la garantía convencional. La jerarquía de los remedios, entonces, se encuentra, por así decirlo, dispersa entre la garantía legal y la convencional.

En el ámbito nacional, entonces, las cosas funcionarían de la siguiente manera. Si no existe garantía convencional, el consumidor dispone de los remedios de la garantía legal, pudiendo optar por cualquiera de ellos en la medida en que se satisfagan sus requisitos particulares³⁸. Si existe una garantía convencional, entonces, antes de acudir a la garantía legal, el consumidor debe hacerla efectiva ante quien corresponde y agotar las posibilidades que ofrece conforme a los términos de la póliza.

Por supuesto, es posible discutir si resulta social o económicamente adecuado o justo preferir al proveedor que al consumidor³⁹, pero esa no es la discusión que me interesa ahora. Mi ánimo es más modesto, simplemente quería mostrar que el resultado a que conduce una cierta primacía de la garantía convencional sobre la legal no necesariamente es absurdo.

³⁵ Así, por ejemplo, GÓMEZ POMAR, 2001, p. 20, señala lo siguiente:

“(…) la prioridad otorgada a la reparación y la sustitución parece razonable. Esto permite a los vendedores explotar economías de escala en reparación (inversión en costosos equipos de reparación, especialización en el trabajo de reparación, grandes stocks de piezas de recambio) y, hasta cierto punto, también en sustitución (grandes stocks de productos). Esto puede contribuir a reducir el coste que supone la garantía para el vendedor y, en consecuencia, beneficiar en último término a los compradores”.

³⁶ PICATOSTE, 2011, p. 206.

³⁷ En el ámbito chileno lo ha señalado respecto de la reparación BARRIENTOS, 2016, p. 171.

³⁸ Así, por ejemplo, para optar por la devolución de la cantidad pagada que, en realidad, corresponde a la resolución del contrato (ver PEÑAILILLO, 2003, p. 395), deberá tratarse de un incumplimiento grave. Ver BARRIENTOS, 2016, pp. 202-207.

³⁹ Así, por ejemplo, HOWELLS Y WEATHERHILL, 2005, p. 199, refiriéndose a la Directiva 99/44 señalan que las razones para abandonar la libre elección del consumidor por los remedios y favorecer la reparación y sustitución, señalan que se debería a razones más políticas que jurídicas. Como sea que fuere, el hecho es que en Europa parece estar consolidado y, al decir de VAQUER, 2003, p. 550 “ya no cabe esperar demasiadas novedades”. Con todo, habrá que advertir que en el caso portugués, el artículo 4.5 del Decreto

Antes de abandonar este apartado, conviene explicitar alguna prevención. Su objetivo ha consistido únicamente en mostrar que la comprensión que propongo de la convivencia entre la garantía legal y convencional no necesariamente es absurda y que así lo muestra el derecho europeo. Lo que no pretendo afirmar es que la Directiva 99/44 y el TRLGDCU hayan influido en el legislador chileno en esta materia, pues ambas son posteriores. Mi argumento es, sencillamente, que la interpretación que sustento puede ser razonable si se mira el derecho europeo⁴⁰.

3. *La presencia de dificultades prácticas y los límites de la garantía convencional*

Aún si se acepta que la lectura literal del inciso 9° del artículo 21 no arroja un resultado absurdo, resta hacerse cargo del argumento en relación con las dificultades prácticas que advierte el profesor Corral respecto de la primacía de la garantía convencional⁴¹.

En términos más generales, resta hacerse cargo de la afirmación de que se acepte la primacía de la garantía convencional sobre la legal no se sigue que se acepte la primacía de cualquier garantía convencional; aceptarlo de esa manera sacrificaría irreversiblemente la tutela del interés de los consumidores.

Sin embargo, no sucede así, pues, por así decirlo, la jerarquía entre la cláusula convencional y la legal se encontraría temperada por las limitaciones que se establecen a la primera.

Para desarrollar esta idea convendrá comenzar advirtiendo que, no obstante el hecho de que la garantía convencional se encuentre en el contrato que disciplina la adquisición del producto o en un documento separado, su carácter es contractual⁴² y se trata de un contrato de adhesión.

Esta sencilla constatación produce consecuencias extremadamente relevantes respecto de lo que aquí interesa. La primera de ellas es que, como cualquier contrato, para que vincule a las partes ha de ser el caso que estas hayan aceptado sus términos y, para que algo así suceda, ha de ser el caso que el consumidor haya sido suficientemente informado acerca de la existencia de la garantía convencional⁴³. Esto no ofrecerá problemas cuando

Lei N° 67/2003 establece que el consumidor podrá ejercitar la acción que más le convenga, estableciendo como límites la posibilidad y el abuso del derecho.

La primacía de la reparación también se presenta en algunos países de Latinoamérica. BARRIENTOS, 2016, p. 222 informa que tanto en Argentina como en Colombia prima la reparación y que en el Código de consumo brasileño prima la sustitución de piezas defectuosas.

⁴⁰ Con todo, según mi comprensión, el régimen de garantía que establecía el artículo 11 de la Ley General de Consumidores y Usuarios española de 1984 permite defender que el titular de la garantía tenía derecho a la reparación gratuita y, solo en el caso de que la reparación no fuere satisfactoria, a la sustitución o a la devolución del precio pagado. Pues bien, algo como eso, aunque de manera más torpe, es lo que, en mi opinión dispondría la LPC, distribuido entre la regulación de la garantía legal y la convencional.

⁴¹ CORRAL, 2011, p. 417.

⁴² Como apunta CORRAL, 2011, p. 412 esto no resulta evidente en el caso de las garantías del fabricante, distribuidor o fabricante, pero, como ya ha quedado dicho, en este trabajo mi interés se limita a las garantías del vendedor.

⁴³ Acerca de los deberes de información en la Ley N° 19.496 ver DE LA MAZA, 2010b.

se trate de una garantía extendida por la que el consumidor pague, pero sí podría suscitarse si se trata de una garantía ofrecida sin necesidad de pago.

Por otra parte, aun cuando se suministre información acerca de la garantía convencional, puede ser que esta no sea suficientemente transparente pues no haga suficientemente explícita información que para el consumidor resulta relevante, por ejemplo, que el único remedio es la reparación⁴⁴.

En segundo lugar –y superados los controles de inclusión y transparencia⁴⁵– resta examinar si los términos de la garantía resultan o no abusivos según lo dispuesto en el artículo 16° de la Ley N° 19.496.

Como ya ha quedado dicho, en Chile, el problema parece suscitarse, generalmente al menos, porque el consumidor desea la resolución del contrato y la garantía le exige que intente la reparación de la cosa o, con menor frecuencia, su reemplazo⁴⁶. De esta manera, habrá que formularse dos preguntas diversas. La primera es si puede considerarse como abusivo que la garantía le exija la reparación o reemplazo de la cosa. En el evento de que la respuesta a esta pregunta sea negativa, será necesario cuestionarse acerca de en qué condiciones debe ofrecerse la reparación.

Frente a la primera pregunta, la respuesta, en mi opinión, es no. No puede considerarse como abusivo algo que la misma Ley N° 19.496 le permite al proveedor. Por supuesto, la corrección de esta respuesta depende de la corrección de la idea de que no existe un derecho irrenunciable a la triple opción que concede la garantía legal que ya he defendido. Si esa defensa cae, también lo hace esta respuesta.

La siguiente pregunta es más interesante ¿bajo qué condiciones debe ofrecer la reparación la garantía convencional? La respuesta que ofrezco es que no puede ser bajo condiciones inferiores a las que la garantía legal ofrece este remedio.

La razón es lo siguiente. No resulta dudoso que el consumidor tiene un derecho a que le reparen la cosa y que ese derecho es irrenunciable. Tampoco debería dudarse que esa irrenunciabilidad no se encuentra cualificada por el artículo 21 inciso 9°. De esta manera, parece correcto afirmar que ofrecer en la garantía convencional la reparación en términos inferiores a los que se establecen a propósito de la garantía legal equivale a una renuncia parcial al derecho de reparación⁴⁷.

De esta manera, preguntarse acerca de las condiciones bajo las que se debe ofrecer la reparación en una garantía convencional (y, por tanto, cuáles son sus límites) exige considerar en qué condiciones debe proceder cuando se trata de la garantía convencional.

⁴⁴ Quizás esto podría explicar la paradoja que, correctamente advierte el profesor CORRAL, 2011, p. 417 que una persona pague por una garantía extendida que, en definitiva, disminuye su protección. Probablemente, esas cláusulas se expliquen por su falta de transparencia y, por lo mismo, no vinculan al consumidor.

⁴⁵ Acerca del requisito de la transparencia puede consultarse, en general, LOOS, 2015, pp. 180.

⁴⁶ Así, por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, 22.11.2011, rol 93-2011.

⁴⁷ Cuestión, por supuesto, distinta es que el ejercicio de ese derecho esté sujeto a ciertos límites. Referente al punto ver BARRIENTOS, 2016, pp. 179-185.

De este tema se ha ocupado con acierto, según me parece, la profesora Francisca Barrientos, por tanto, en general, se pueden seguir sus ideas⁴⁸. De esta manera, su ejercicio es extrajudicial, por otra parte, como lo dispone el artículo 20 de la Ley Nº 19.496 la reparación deberá ser gratuita. En tercer lugar, esta vez se trata del inciso sexto del artículo 21 el, remedio se reclama en el mismo local donde se efectuó la venta o en las oficinas o locales en que habitualmente atiende a sus clientes, no pudiendo condicionar el ejercicio de los referidos derechos a efectuarse en otros lugares⁴⁹. El mismo inciso establece una cuarta condición y es que la reparación no puede ofrecerse en condiciones menos cómodas para el consumidor que las que se le ofreció para efectuar la venta, salvo que este consienta en ello. En quinto, debe ser dentro de un plazo razonable. Si bien la Ley Nº 19.496 no explicita este requisito, así lo ha entendido la doctrina⁵⁰ y los tribunales⁵¹. Respecto de cómo determinar si el plazo es razonable parece útil prestar

⁴⁸ BARRIENTOS, 2016, pp. 174-185.

⁴⁹ Respecto de la gratuidad y el lugar en que se deben efectuar las reparaciones, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 9 de junio de 2015 (Gaete Avilés con Comercial [2015]) conoce de la venta de un motor fuera de borda defectuoso respecto del cual el consumidor intentó hacer efectiva la garantía. Sin embargo, se le quiso cobrar y enviar el motor desde Concepción a Santiago. La Corte estimó lo siguiente:

“Que por otra parte, y conforme al artículo 21 de la Ley referida, el consumidor se encuentra dentro del plazo que lo ampara la garantía del producto y agotó las posibilidades que le otorga el proveedor y el servicio técnico designado por aquél, puesto que como ya se dijo, ellos rechazaron la reparación gratuita en razón de la mencionada garantía del producto.

Sobre este particular, ha de considerarse, asimismo, que además de no realizar una reparación gratuita conforme a las condiciones propias de una garantía, la misma tampoco fue efectuada dentro de un plazo razonable que resguardara los derechos del consumidor, a fin de que éste hiciera uso y goce del bien que adquirió, plazo que no se encuentra establecido en el propio texto legal, lo que hacía necesario recurrir a las cláusulas contenidas en la póliza de garantía propia de la operación de compra de una especie como la señalada, la que no se acompañó por ninguna de las partes, correspondiendo al proveedor acreditar y probar que dio respuesta oportuna y cabal a los requerimientos efectuados por el denunciante, lo que en definitiva no hizo.)

Que al respecto, y en todo caso, valga considerar que tratándose de la compra de un motor nuevo y sin uso, resulta atentatorio a las normas que regulan la protección a los derechos de los consumidores, considerar que el cliente deba aceptar pagar la reparación de las piezas dañadas viajar a la ciudad de Concepción y a Santiago para poder obtener dicha reparación, debiendo soportar que se le privara del uso del motor, que además constituye su fuente de trabajo, mientras durara su reparación, siendo plausible suponer que tales conductas igualmente vulneran el derecho de la querellante contenido en el artículo 3° de la Ley del Consumidor y la obligación contenida en el artículo 23 inciso 1° de la misma norma legal”.

⁵⁰ BARRIENTOS, 2016, pp. 181-182.

⁵¹ Así, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Concepción, 5.11.2013, rol 206-2013, conociendo de la venta de un vehículo con desperfectos, consideró que:

“Al respecto, y en todo caso, valga considerar que tratándose de la compra de un vehículo nuevo y sin uso resulta atentatorio a las normas que regulan la protección a los derechos de los consumidores, considerar que el cliente deba aceptar la reparación de una pieza dañada, lo que incluso importaba desmontar el motor entero; que debiera esperar por espacio de un mes que llegara el repuesto desde Corea o que debiera soportar que se le privara del uso del vehículo mientras durara su reparación, siendo plausible suponer que, teniendo la falla su origen en las dependencias del proveedor o en la fabricación del producto, tales conductas igualmente vulneran el derecho de la querellante contenido en el artículo 3° de la Ley del Consumidor y la obligación contenida en el artículo 23 inciso 1° de la misma norma legal”.

atención a lo dispuesto en el artículo 120 letra b) del TRLGDCU, según este, la reparación o sustitución del producto:

“Deberán llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario, habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario”.

En séptimo lugar, únicamente puede exigirse al consumidor que solicite una vez la reparación y si subsistieren las deficiencias o bien se presentaran nuevas, entonces quedará a su disposición la triple opción que confiere la garantía legal. Esa es, al menos, mi comprensión de lo dispuesto en el artículo 20 letra e) de la Ley N° 19.496.⁵² Por tanto, el agotamiento de la póliza al que alude el inciso 9° del artículo 21° se cumple de esa manera. Creo que, a todo esto, aún podría agregarse que no puede establecer limitaciones al derecho a obtener una indemnización más allá de lo que permiten dichas limitaciones el sorprendente artículo 16 la letra e) de la Ley N° 19.496⁵³.

Pues bien, si la garantía convencional se encuentra redactada en términos abusivos el consumidor podrá solicitar su nulidad y quedarán a su completa disposición todos los remedios de la garantía legal.

La segunda situación que puede tener lugar –y que parece darse con cierta frecuencia– es que si bien los términos de la garantía no se encuentren redactados de manera abusiva, su ejercicio por parte del proveedor sí lo sea, reservándose, por ejemplo, largos plazos para la reparación. En un escenario como ese parece razonable pensar que también debe estimarse que el consumidor agotó los términos de la garantía convencional y puede acudir a la legal. Y resulta razonable pensarlo de esta manera porque en la lectura que he ofrecido la jerarquía de la garantía convencional protege al proveedor, pero, si este la ejerce de manera incorrecta, por así decirlo, se hace indigno de dicha protección⁵⁴.

⁵² En ocasiones los tribunales lo han entendido de esta manera, advirtiendo que el consumidor puede acudir a la garantía legal luego de que llevando la cosa a reparación al servicio técnico los desperfectos se han mantenido. En este sentido puede consultarse la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, 29.08.2008, rol 23-2008. En el mismo sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 14.05.2013, rol 264-2012, respecto de una persona que llevó su automóvil al servicio técnico ejerciendo la garantía legal, sin embargo, las deficiencias subsistieron. La opinión de la Corte fue la siguiente:

“Que acreditado que el denunciado ha actuado con negligencia al entregar un vehículo no apto para su uso normal, sin inconvenientes y que luego de hacerse efectiva la garantía los defectos se mantuvieron, solo cabe concluir que en la especie se configuraron las situaciones previstas en las letras c) y e) del artículo 20 de la Ley del Consumidor, pues la camioneta ha presentado deficiencias de fabricación, de partes y piezas, que hicieron que no fuera enteramente apta para el uso a la que estaba destinada, asimismo, después de la primera vez de haberse hecho efectiva la garantía y prestado el servicio técnico correspondiente, subsistieren las deficiencias que hacían al bien inapto para el uso ya referido, por lo que nace para el comprador el derecho a optar entre la reparación gratuita del bien o, previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada, sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados”.

En el mismo sentido ver sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 20.03.2013, rol 251-2012.

⁵³ Una crítica al literal en TAPIA Y VALDIVIA, 2002, pp. 80-91.

⁵⁴ *Mutatis mutandis* esta es la solución a la que llega el artículo 121 del TRLGDCU.

Quizás esa sea una posible lectura de una sentencia que la profesora Barrientos⁵⁵ y el profesor Corral⁵⁶ citan para apoyar la primacía de la garantía legal sobre la convencional. Se trata de la sentencia de la Corte Suprema de 23 de marzo de 2010⁵⁷.

CONCLUSIONES

En primer lugar no parece sensato aceptar ni que el consumidor siempre tiene a su disposición la opción por cualquiera de los remedios que le reconoce la garantía legal ni que siempre la existencia de una garantía convencional lo prive de los remedios de segundo orden, es decir, la reducción del precio y, sobre todo, la resolución del contrato.

En segundo lugar, los argumentos que parecen justificar la primacía de la garantía legal no parecen completamente persuasivos. Respecto de la irrenunciabilidad, la primacía de la garantía convencional.

En tercer lugar, al prestar atención al argumento del absurdo y al de las dificultades prácticas se descubren un par de cuestiones que vale la pena recordar. La primera de ellas es que resulta posible una lectura de que la primacía de la cláusula convencional por sobre la legal no es absurda. Según esta lectura, al considerar en conjunto la cláusula legal y la convencional se descubre una cierta jerarquía de remedios que, al menos en el ámbito europeo, se ha considerado razonable. Cuestión distinta es, por supuesto, que en el ámbito nacional el legislador haya plasmado esa jerarquía de una forma tan peculiar. En tercer lugar, revisitando el argumento de las dificultades prácticas es posible constatar que el profesor Corral lleva razón en que existen dificultades prácticas. Pero la presencia de esas dificultades no constituye, en mi opinión al menos, un buen argumento para justificar la primacía de la garantía legal en términos de que la opción siempre se encuentre disponible para el consumidor. Es un buen argumento, en cambio, para justificar la vigencia de importantes limitaciones a los términos de la garantía convencional.

BIBLIOGRAFÍA

- AIMONE, Enrique, 2013, *Protección de Derechos del Consumidor*, Thomson Reuters, Santiago.
- ÁLVAREZ, María Teresa, 2006, "La garantía comercial", en S. Díaz Alabart (coord.), *Garantía en la venta de bienes de consumo* (Ley 23/2003, de 10 de julio), Edisofer, Madrid,
- AVILÉS GARCÍA, JAVIER, 2009, "Contratos, información, garantías y prácticas comerciales desleales", en *Revista de Derecho Privado*, 93-3.
- BARRIENTOS, Francisca, 2016, *La garantía legal*, Thomson Reuters, Santiago.

⁵⁵ BARRIENTOS, 2016, p. 251.

⁵⁶ CORRAL, 2011, p. 424.

⁵⁷ Corte Suprema, 23.03.2010, rol 9357-2010.

- CORRAL, Hernán, 2011, "Relaciones entre la 'garantía legal' y la garantía voluntaria del proveedor en la Ley de protección de los Derechos del Consumidor", en F. Elorriaga de Bonis (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, pp. 409-425.
- DE LA MAZA, Íñigo, 2012, "El régimen de los cumplimientos defectuosos en la compraventa", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39 N° 3, pp. 629-663.
- DE LA MAZA, Íñigo 2010a, *Los límites del deber precontractual de informar*, Thomson Reuters, Cizúr Menor (Navarra).
- DE LA MAZA, Íñigo 2010b, "El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información". *RDUCN*, 2010, Vol. 17, N° 2, pp. 21-52.
- EHMANN, Horst y SUTSCHET, Holger, 2006, *La reforma del BGB modernización del Derecho alemán de obligaciones*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.
- FENOY, Nives, 2009, *El sistema de protección del comprador*, Fundación Registral, Madrid.
- FERNÁNDEZ, Francisco, 2003, *Manual del Derecho Chileno de protección al consumidor*, Thomson Reuters, Santiago.
- FERRANTE, Alfredo, 2018, "Una revisión de los remedios del consumidor chileno en la compraventa con disconformidad a partir de la diferencia entre obligación y garantía". *Revista de Derecho Privado*. 35, Bogotá.
- GÓMEZ, Fernando, 2001, "Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica", en *InDret* 2001.
- HOWELLS, Geraint y WEATHERHILL, Stephen, 2005, *Consumer Protection Law*, Ashgate, UK.
- LOOS, Marco, 2015, "Transparency of standard terms under the Unfair Contract Terms Directive and the proposal for a common European sales law". *European Review of Private Law*, 23 (2): 179-193. Disponible en [HTTP://BIT.LY/2xKYUm4](http://bit.ly/2xKYUm4).
- LORENZINI BARRÍA, JAIME (2015), "Aspectos relevantes de la garantía legal en la ley de protección al consumidor", en *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago.
- PEÑAILILLO, Daniel, 2003, *Las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- PICATOSTE, Victoria, 2011, *La protección de los consumidores en la compraventa de vehículos automóviles*, Thomson Reuters, Cizúr Menor, Navarra.
- SANDOVAL, Ricardo, 2016, *Derecho Comercial*, Tomo V, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- TAPIA, Mauricio, VALDIVIA, José Miguel, 2002, *Contratos por Adhesión Ley N° 19.496*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- TORRELLES, Esther, 2011, "Comentario artículo 118", "Comentario artículo 119", "Comentario artículo 120" y "Comentario artículo 125", en S. Cámara Lapuente (ed.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid.
- VAQUER, Antoni, 2003, "Incumplimiento del contrato y remedios", en S. Cámara Lapuente (coord.), *AA.VV. Derecho privado europeo*, Colex, Madrid.

¿Alimentos retroactivos o daños? Mecanismos para rectificar los efectos de una sentencia injusta

Hugo Cárdenas Villarreal*
Bárbara Sepúlveda San Martín**

RESUMEN

El siguiente artículo estudia los efectos del incumplimiento del deber de transparencia patrimonial contenido en el artículo 5° inciso primero de la Ley N° 14.908, lo que provoca la dictación de una sentencia de alimentos injusta. Se sostiene que, ante esta situación, el alimentario presenta a su disposición, además de la acción para corregir el monto de las pensiones alimenticias a futuro, una acción para resarcir el monto de las pensiones alimenticias defraudadas junto con la consecuente indemnización por daños extrapatrimoniales que se puedan vincular con su defraudación.

Transparencia patrimonial – alimentos – responsabilidad civil

Retroactive maintenance or damages? Mechanisms to rectify the effects of an unfair judgement

ABSTRACT

The following article analyses the effects of the breach of the obligation of the non custodial parent to reveal in court and under oath his assets, duty contained in article 5 of the chilean family act N° 14.908, and the unfairness that causes this breach in the issuance of judicial judgement. It is argued that, in this situation, the custodial parent has a legal action available to correct the amount of child support and cause for suit to compensate the lesser amount of child support paid by the non custodial parent, through non-pecuniary damages”.

Obligation to reveal – child support – non contractual damages

* Licenciado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España. Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Chile. Correo electrónico: hcardenas@derecho.uchile.cl

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Correo electrónico: barbarasepulvedasm@gmail.com

Artículo recibido el 15.8.2019 y aceptado para su publicación el 10.1.2020.

INTRODUCCIÓN

De todas las acciones que conocen los Tribunales de Familia, aquellas que buscan la fijación de alimentos son las más numerosas¹. Lamentablemente, en la práctica, existe la percepción de que la suma que se obtiene en dichos juicios es insuficiente para satisfacer las necesidades de los alimentarios, y menor a la que corresponde a la situación económica del demandado². Ello se debe, entre otras razones, a la dificultad probatoria que enfrenta el alimentario al tener que demostrar la efectiva capacidad patrimonial del alimentante.

Es cierto que el ordenamiento jurídico le da al alimentario vías para proteger sus intereses cuando el alimentante esconde o se desprende de sus bienes como, por ejemplo, la acción pauliana especial contenida en el artículo 5° inciso 7° de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. Sin embargo, la falta de una información veraz y completa respecto del patrimonio del alimentante normalmente tiene como resultado una sentencia injusta, al no permitirle activar las diversas vías que contempla el ordenamiento para proteger sus intereses.

Ante tal eventualidad, y firme la sentencia de alimentos, el ordenamiento jurídico chileno no contempla ningún recurso procesal que permita corregir dicha sentencia. La solución que se pone a disposición de los alimentarios defraudados es la posibilidad de pedir que se adecuen los alimentos (cosa juzgada formal). Pero esta vía solo tendrá efectos hacia el futuro y, por lo mismo, la diferencia entre los alimentos que se fijaron y los que se debieron haber fijado durante el tiempo que tarda en descubrirse el engaño, simplemente la pierde el alimentario.

En el contexto descrito, el presente trabajo tiene como objetivo explorar una vía de acción que permita suprimir los efectos perniciosos de una sentencia de alimentos injusta³, más allá de la posibilidad de aumentar la pensión alimenticia, cuando se descubra la verdadera capacidad patrimonial del alimentante. Defenderemos como tesis que el alimentario dispone –además de una acción para adecuar la pensión alimenticia hacia el futuro– de una acción para recuperar los alimentos defraudados, así como para que se le indemnicen todos los otros perjuicios que se puedan vincular causalmente con esa defraudación.

Estructuralmente, este trabajo se encuentra dividido en dos partes: en la primera se analiza el contenido y el alcance del deber de transparencia patrimonial; y en la segunda se analizará la eficiencia de la acción de aumento de alimentos en orden a eliminar los efectos de una sentencia injustamente emitida, así como la viabilidad de una acción de

¹ Según los últimos informes del Instituto Nacional de Estadística (INE), el promedio anual de ingreso en materias de alimentos fue de 200.000 causas, lo que corresponde aproximadamente al 25% del total ante los tribunales de familia. INE, 2015, 2016 y 2017.

² VALENZUELA, 2019.

³ Se hace presente que el objetivo de este trabajo es abordar exclusivamente los efectos de la sentencia definitiva de alimentos y no los alimentos provisorios.

perjuicios que persiga la reparación integral de todos los daños que se puedan vincular con la referida sentencia.

I. CONTENIDO Y ALCANCE DEL DEBER DE TRANSPARENCIA PATRIMONIAL

El que en adelante llamaremos deber de transparencia patrimonial⁴ se encuentra consignado en el numeral 1° del artículo 5° de la Ley N° 14.908 en los siguientes términos:

“El juez, al proveer la demanda, ordenará que el demandado acompañe, en la audiencia preparatoria, las liquidaciones de sueldo, copia de la declaración de impuesto a la renta del año precedente y de las boletas de honorarios emitidas durante el año en curso y demás antecedentes que sirvan para determinar su patrimonio y capacidad económica. En el evento de que no disponga de tales documentos, acompañará, o extenderá en la propia audiencia, una declaración jurada, en la cual dejará constancia de su patrimonio y capacidad económica. La declaración de patrimonio deberá señalar el monto aproximado de sus ingresos ordinarios y extraordinarios, individualizando lo más completamente posible, si los tuviere, sus activos, tales como bienes inmuebles, vehículos, valores, derechos en comunidades o sociedades”.

La interpretación de esta norma no ha sido uniforme en la más bien escasa doctrina que se ha ocupado de ella. Algunos autores han sostenido que se trata de una presunción legal⁵, por medio de ella se presumirá cierta la capacidad económica del alimentante considerada en la demanda por el demandante/alimentario. Otros han visto en la norma una manifestación de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba⁶, en tanto que la misma se trasladaría del demandante al demandado. Un tercer grupo de autores simplemente la consideran una obligación de naturaleza procesal⁷. Dentro de este último grupo, Meneses ha señalado que la norma contiene un deber de esclarecimiento de los hechos que recaería sobre el demandado⁸.

⁴ Según PÉREZ RAGONE y SILVA ÁLVAREZ, la norma referida constituye la principal y más decidida novedad en materia de transparencia patrimonial desde la perspectiva procesal. PÉREZ y SILVA, 2009, pp. 111 y 112.

⁵ LEPIN le da continuidad al criterio rector de la historia de la Ley N° 20.152, en la que los parlamentarios pretendían lograr que los hechos relativos a la capacidad patrimonial del alimentante, contenidos en la demanda deducida por el alimentario, fuesen presumidos como ciertos. LEPIN, 2014, pp. 6-7. Por su parte, BARRIENTOS, 2015, p. 681, afirma que *la carga de la prueba en lo tocante a las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas pesa sobre el mismo deudor*.

⁶ GONZÁLEZ, 2012, pp. 379-383 y GONZÁLEZ, 2013 p. 145.

⁷ NÚÑEZ y CORTÉS, 2012, pp. 455-459.

⁸ MENESES, 2008, pp. 226-227 y 239-240. Según el autor, el eje principal de la reforma de la Ley N° 20.152 ha sido la llamada “tutela judicial efectiva”, que entre sus variantes de aplicación en el proceso exige que los litigantes realicen las actividades necesarias para que el sentenciador alcance el conocimiento pleno acerca de los hechos relevantes del juicio. En un proceso de alimentos, se traduce en la legítima expectativa tanto del juez como del alimentario de conocer la capacidad patrimonial del alimentante, de forma

En nuestra opinión la norma contenida en el artículo 5 inciso 1° puede ser entendida como una obligación legal que tiene varios destinatarios: en primer lugar, obliga al juez a ordenar al demandado que acompañe elementos que le permitan identificar la entidad de su patrimonio; y, en segundo lugar, obliga al demandado a cumplir con la orden acompañando la referida documentación o emitiendo una declaración jurada, en caso de no disponer de los documentos necesarios para estos efectos. En consecuencia, al equiparar el acto de acompañar los documentos con el acto de emitir una declaración jurada, es posible concluir que la norma contempla una obligación de información. Específicamente, obliga al alimentante a aportar información veraz que permita conocer su situación patrimonial.

Los autores que ven en la norma una presunción contra el alimentante demandado parecen razonar acerca de la idea de que, si no aporta elementos de juicio tendientes a develar su capacidad patrimonial, se tendrá por cierto lo que se afirma en la demanda respecto de la misma, así como se propuso en la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.152. Sin embargo, de la simple lectura del artículo 5 inciso 1° de la Ley N° 14.908, es posible desprender que la norma no conmina al demandado a probar su situación patrimonial bajo sanción de tener por acreditados los hechos indicados en la demanda en el juicio de alimentos, como ocurriría si se tratara efectivamente de una presunción como la que se propuso en la discusión parlamentaria referida. Así, no se observa sustento razonable para inclinarse por esta interpretación⁹.

Tampoco es posible aceptar que se trate de una manifestación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en tanto que la forma de operar de cualquier versión de dicha teoría produce una alteración del *onus probandi*, y ese efecto no se observa en esta hipótesis¹⁰. Lo anterior porque, como ya señalamos, el demandado satisface su obligación simplemente aportando documentos o acompañando una declaración jurada, y el incumplimiento de esta obligación no trae aparejado como resultado la acreditación de ningún hecho. A mayor abundamiento, una vez aportados los documentos referidos o la declaración jurada, será carga del demandante diligente ofrecerlos en la audiencia preparatoria e incorporarlo posteriormente en la audiencia de juicio, como prueba documental, o utilizarlos como prueba sobre prueba¹¹.

Por todo lo anterior, sencillamente estamos ante una obligación legal cuya infracción acarrea importantes consecuencias civiles y penales, según lo dispone la misma

tal que su configuración normativa excede con creces el clásico principio dispositivo procesal, en la fórmula de cargas probatorias u alteración del *onus probandi*.

⁹ GOLDSCHMIDT, quien colaboró con la doctrina procesal introduciendo el concepto de cargas procesales, indica que en los procedimientos donde impera el principio inquisitivo y corresponde al juez ser partícipe del descubrimiento de la verdad, no existen cargas sino deberes, sosteniendo: *La obligación de comparecer en los procesos sobre matrimonio y estado familiar, que están dominados por el principio inquisitivo, afecta a las partes como medio de prueba, y también en ellos puede ser decretada la conducción ante el Tribunal*. GOLDSCHMIDT, 1936, p. 202.

¹⁰ Una posición muy crítica de la teoría de las cargas probatorias dinámicas puede verse en NIEVA *et al.*, 2019, pp. 53 y ss.

¹¹ ALVEAR, 2015, p. 40.

norma (*cf.* incisos 4º, 5º, 6º y 7º)¹². Se trataría, en definitiva, de un mandato de orden público¹³ que entendido desde el principio de buena fe procesal¹⁴, tiene por objeto proteger al alimentario obligando al demandado alimentante a aportar los documentos necesarios (o jurar) para esclarecer su situación patrimonial¹⁵.

No obstante que el tema que aquí se trata ha sido poco abordado por la jurisprudencia de los tribunales, comienzan a verse algunos pronunciamientos al respecto. Así, la Corte de Apelaciones de Chillán ha sostenido que la prueba de las facultades económicas del alimentante/demandado:

“[L]e concierne a él, considerando especialmente lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley N° 14.908 en virtud del cual el juez, al proveer la demanda, debe ordenar al demandado, acompañar, en la audiencia preparatoria, todos los antecedentes que sirvan para determinar tanto su patrimonio cuanto su capacidad económica, por lo que es el demandado quien tiene la obligación procesal de agregar toda la documentación que permita visualizar sus facultades económicas y circunstancias domésticas y cuyo incumplimiento doloso, incluso, puede acarrearle sanciones penales; todo lo cual, por cierto, podrá impugnar, el demandante”¹⁶.

Con independencia de la calificación teórica¹⁷, es claro que para esta jurisprudencia se trata de una norma que, *prima facie*, compele al alimentante a aportar información que sacrificará el interés propio en beneficio del interés del alimentario. La excepción al principio de que nadie está obligado a actuar contra su propio interés que contiene esta norma¹⁸, tiene como fundamento la especialidad de los procedimientos de familia. En efecto, existe acuerdo respecto de que, en aquellos procedimientos como los de familia en los que el litigio versa acerca de derechos indisponibles o prima un interés general, el principio de buena fe actúa morigerando la supremacía del principio dispositivo¹⁹. Desde otra perspectiva, se puede decir que desde el orden público familiar son positivamente valoradas las normas que obligan a una de las partes a aportar información, no obstante que ello pueda afectar su interés individual²⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, debido al objetivo que guía este trabajo, lo que importa es determinar, en los términos más concretos posibles, cuándo y cómo se transgrede la

¹² GARRIDO, 2014, pp. 200-220.

¹³ DAVIS, 1997, pp. 365-366.

¹⁴ PICÓ, 2013, p. 51.

¹⁵ CARRETTA, 2008, p. 111.

¹⁶ CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN, 24.05.2015, rol 9-2015. En el mismo sentido: CORTE SUPREMA, 15.12.2014, rol 18924-2014.

¹⁷ Respecto de la distinción entre obligaciones procesales y deberes, y acerca de la distinción de sus efectos puede verse: CARRETTA, 2008, pp. 101 y ss.

¹⁸ Una crítica a la introducción de deberes basados en la buena fe procesal en el procedimiento civil puede verse en: HUNTER, 2008, pp. 165-167.

¹⁹ De los deberes de colaboración puede verse en la doctrina nacional: AGUIRREZABAL, 2015, p. 306.

²⁰ HUNTER, 2007, pp. 213 y ss.

norma de referencia. En el contexto que venimos describiendo, nos parece que dos son las conductas que deben ser realizadas, si no se quiere transgredir el deber de transparencia patrimonial.

1. *Transgresión al deber de transparencia patrimonial I: incumplimiento del deber de veracidad y completitud*

La primera de las conductas que debe realizar el demandado es cumplir con el deber de veracidad y completitud. En efecto, la obligación de transparencia patrimonial contenida en el artículo 5° inciso 1° de la Ley N° 14.908 obliga al alimentante demandado a mostrar toda su capacidad económica²¹. Por tanto, no solo impone el deber de no mentir sino la conducta activa de decir toda la verdad²².

La oportunidad para cumplir con este deber es la audiencia preparatoria²³. El alimentante debe concurrir a la audiencia y aportar los documentos o hacer la declaración jurada, si no quiere sufrir las sanciones conminatorias de los incisos 2°, 4°, 5°, 6° y 7° del propio artículo 5 de la Ley N° 14.908²⁴.

Cualquier forma de contravención del deber de veracidad y completitud podría tener un reflejo negativo (generar un yerro) en la determinación del *quantum* de los alimentos. Y si de ese yerro resulta en una resolución no ajustada a lo que en derecho corresponde, la acción puede ser constitutiva de un fraude²⁵ o de una estafa procesal²⁶.

Como la obligación de transparencia patrimonial del deudor tiene consecuencias probatorias para la parte contraria como para el juez²⁷, su efecto alcanza tanto a los equivalentes jurisdiccionales (conciliación o la transacción) como a la sentencia definitiva,

²¹ También se ha discutido el alcance de esta obligación de transparencia. Así, según NÚÑEZ Y CORTÉS, basta con que el demandado acredite su activo y, aunque nada impide que muestre el pasivo, ha de tenerse presente que esta posibilidad no está contenida en la norma. NÚÑEZ Y CORTÉS, 2012, p. 456. Nosotros creemos que sí se encuentra contemplado en la norma, ya que el demandado debe acreditar completamente su patrimonio y capacidad económica. Como se sabe, la existencia de pasivo es un buen indicador del activo y la capacidad crediticia de las personas. Así como ha señalado la jurisprudencia: *{...} la circunstancia que un demandado de alimentos acredite la existencia de deudas bancarias solo prueba su capacidad de crédito, y no una mala situación económica {...}*. CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, 12.08.2015, rol 111-2015.

²² GORIGOITÍA, 2008, pp. 151-153.

²³ Su omisión por parte del juez permite a la parte afectada interponer recurso de casación: Corte de Apelaciones de Concepción, 08.09.2011, rol 444-2011.

²⁴ El requerimiento que puede hacer el juez en la audiencia preparatoria respecto del cumplimiento de esta obligación de aclaración del patrimonio, responde a la facultad directiva, privativa y discrecional que posee este en la audiencia. En este sentido, resolviendo de un Recurso de Amparo, la Corte de Valparaíso sostuvo: *{...} que en uso de las facultades que la ley le confiere al juez de esta causa, éste, dirigiendo la audiencia, advirtió a los demandados sobre las posibles consecuencias de su incumplimiento –que se encuentran contenidas en la ley– y de las medidas que podría adoptar*. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 08.09.2011, rol 247-2015. Véase también: SÁNCHEZ, 2019, pp. 53-64.

²⁵ FERRER, 1966, pp. 5-11.

²⁶ HERNÁNDEZ, 2010, pp. 215-218.

²⁷ CONDORELLI, 1986, pp. 205-206.

provocando así la consumación de la estafa procesal²⁸. Frente a ello, la lógica procesal civil lleva a pensar que la parte afectada se encontraría legitimada para interponer un recurso de revisión ante la Corte Suprema, según lo dispone los numerales 1° y 3° del artículo 810 del Código de Procedimiento Civil con el apoyo de parte de la doctrina²⁹. No obstante lo anterior, la Corte Suprema ha rechazado recursos de revisión en contra de las sentencias que fijan alimentos, en atención al carácter esencialmente modificable (cosa juzgada formal) que poseen estas sentencias³⁰.

Al hacer referencia al carácter esencialmente modificable de la sentencia de alimentos, la Corte Suprema parece avalar la tesis de que la vía idónea para solventar los efectos de una sentencia injusta es el juicio de adecuación. Como veremos un poco más adelante, esta solución resuelve una parte del problema, pero no es suficiente para dejar indemne al alimentario.

2. *Transgresión al deber de transparencia patrimonial II: incumplimiento del deber de coherencia*

La segunda de las conductas que debe realizar el alimentante demandado es mantener la integridad del patrimonio declarado, es decir, cumplir con el deber de coherencia. Y es que, para que la norma que impone el deber de transparencia patrimonial sea eficaz, debe entenderse implícito un efecto normativo que vinculará al alimentante durante todo el procedimiento: no deberá realizar actos que disminuyan sensiblemente el patrimonio declarado. De esta manera, avanzamos desde un deber de veracidad y completitud, a un deber de acción coherente con la declaración patrimonial³¹. El fundamento último de este nuevo deber, es la protección de la confianza depositada en el alimentante por el sistema jurídico³².

Así las cosas, por medio del referido deber, la obligación de transparencia patrimonial tendrá una importante repercusión en la etapa de juicio que va entre la audiencia preparatoria y la dictación del fallo, así como en la etapa de cumplimiento de los alimentos.

Con posterioridad a la audiencia preparatoria del juicio de alimentos, el incumplimiento de la obligación del alimentante en relación con su deber de transparencia patrimonial puede presentar múltiples formas en virtud del deber de coherencia. Así, por ejemplo, puede ocurrir que en el período de cumplimiento de los alimentos el

²⁸ Durante la tramitación del proyecto de Ley N° 20.152 se refirió como un hecho habitual que los alimentantes contumaces evaden el pago de sus obligaciones por medios fraudulentos, tales como esconder bienes, negar ingresos y otros artificios, como fraude y simulación. Finalmente, en la tramitación del proyecto se deshechó la creación de tipos penales nuevos en atención a que la conducta ya se encuentra penada en forma general, y a la dificultad probatoria de los elementos subjetivos del tipo y, sobre todo, porque la tipificación de estas conductas haría que los tribunales de familia debiesen inhibirse de seguir conociendo esta materia, derivando el problema al sistema penal.

²⁹ MATURANA Y MOSQUERA, 2010, p. 575.

³⁰ Corte Suprema, 10.08.2011, rol 7322-2011.

³¹ CARRETTA, 2008, p. 123.

³² PADILLA, 2013, pp. 138-144.

deudor enajena bienes y le ocasiona un perjuicio al alimentario pues se encontrará en la imposibilidad de presentar bienes sobre los cuales dirigir la acción ejecutiva o el cumplimiento incidental³³. Otra forma de infracción al deber de coherencia puede ocurrir en el período que va entre la audiencia preparatoria y la sentencia. A modo ilustrativo, el juez podría otorgar a favor del alimentario un usufructo de un bien raíz declarado por el alimentante, pero este puede enajenarlo con anterioridad a la dictación de la sentencia definitiva, haciendo que esta se torne absolutamente inoficiosa³⁴.

Para solucionar los supuestos descritos, el legislador incorporó una acción pauliana especial que contempla, entre otras ventajas respecto de su analogía civil, una presunción de mala fe tanto del alimentante como del tercer adquirente. Sin embargo, y no obstante su innegable utilidad, estas herramientas no serán suficientes para reparar todas las consecuencias de las conductas defraudatorias que se pueden verificar.

II. ALGUNAS VÍAS DE SOLUCIÓN PARA LOS EFECTOS DE UNA SENTENCIA DE ALIMENTOS INJUSTA

Ya hemos visto que la Corte Suprema estima que no cabe recurso de revisión en contra de la sentencia que fija los alimentos. Por lo mismo, corresponde explorar otras vías para rectificar los efectos patrimoniales de una sentencia firme que, en el mejor de los casos, debe ser calificada como defectuosa.

1. *La acción para aumentar los alimentos: una solución insuficiente*

En caso de que el alimentario descubra que la situación patrimonial del alimentante que se tuvo a la vista al momento de fijar los alimentos (ya sea por sentencia o por acuerdo judicial) no guardaba relación con la realidad, es admisible preguntarse por las condiciones que se deben dar para que proceda la acción de adecuación de los alimentos en atención a esa realidad que ahora se descubre. La pregunta interesa porque el juicio de adecuación requiere un cambio en las circunstancias económicas del alimentante (o en las necesidades del alimentario) y, en el caso que tratamos, no existe propiamente hablando una modificación de las circunstancias del alimentante. Se trata más bien de que, en el primer juicio, la decisión se fundó en una falsa representación de sus circunstancias económicas.

Al respecto, el artículo 332 del Código Civil establece que *{l}os alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda*. Según la doctrina que se ha referido a esta disposición, siempre que se produzca una modificación de las circunstancias económicas de las partes de una relación de alimentos, se podrá pedir la modificación de la pensión de alimentos³⁵.

³³ PÉREZ Y SILVA, 2015, pp. 111-112.

³⁴ Caso paradigmático: Tribunal de Familia de Ovalle, 18.04.2011, rol C-631-2010; revocada por Corte de Apelaciones de La Serena, 05.08.2011, rol 63-2011.

³⁵ RAMOS, 2010, pp. 558-559.

Pensamos que la solución es la misma, tanto si efectivamente se produce una variación en las circunstancias económicas del alimentante; como si se descubre que las circunstancias económicas que se tuvieron a la vista no se correspondían con la realidad. La socialización del proceso de alimentos³⁶ y la introducción del deber de esclarecimiento patrimonial, que importa los deberes de veracidad, completitud y coherencia, impiden admitir la divergencia en el proceso de alimentos entre una verdad material y una formal³⁷.

Una posición negativa respecto de la posibilidad de adecuar los alimentos implicaría cargar al alimentario con todos los costos de la falta de información en un proceso en que, según la ley, el deber de aportar dicha información recae, de manera importante, en el alimentante. Por lo demás, en tanto materia de orden público, no puede avalarse una interpretación del derecho y del proceso (social y ya no garantista)³⁸, que implique una renuncia de alimentos futuros por el alimentario al momento de mediar, transigir o conciliar.

Al respecto, resulta esclarecedor un fallo de la Corte Suprema que confirmando lo sentenciado por la Corte de Apelaciones de Concepción, razona acerca de la idea de que para ejercer la acción de aumento de alimentos existiría otra causal distinta a la variación de las circunstancias económicas, esto es, el ocultamiento de patrimonio en el primer juicio de alimentos y que debe hacerse valer como punto de prueba. En lo que aquí interesa, la Corte Suprema sostuvo:

“Que, [...] el punto central propuesto en la demanda es la obtención del aumento de los alimentos fijados, no en función de un cambio de circunstancias, sino que, justificado por la falta de investigación del patrimonio del demandado, [...] Indica que los sentenciadores, no obstante aquello, fallaron considerando como causa de pedir la variación de las circunstancias de las partes, lo que no fue el objeto del juicio, infringiendo las normas señaladas”³⁹.

Por todo lo anterior, se puede sostener que procederá la acción de aumento de alimentos si se demuestra que hay una diferencia entre el patrimonio declarado en el primer juicio y el actual, con independencia de la razón por la que se produce esa diferencia.

No obstante lo anterior, puede considerarse que la acción para aumentar los alimentos es una solución útil, pero no completa. Ello, en tanto que si bien se trata de una acción que servirá para corregir el defecto de la sentencia de alimentos hacia el futuro, no es una solución para la defraudación que ha operado en el tiempo que media entre la fecha en que se dictó la sentencia injusta y la fecha que se dicte la sentencia que aumente los alimentos.

³⁶ MONTERO, 2006, pp. 294-356.

³⁷ GORIGOITÍA, 2008, p. 152.

³⁸ MONTERO, 2006, pp. 294-356.

³⁹ Corte Suprema, 16.08.2016, rol 44994-2016, el que confirma sentencia de: Corte de Apelaciones de Concepción, 30.06.2016, rol 297-2016.

2. *La acción de daños entre familiares: un complemento necesario*

El ámbito del derecho familiar es uno de los últimos reductos donde se ha discutido utilidad y aplicabilidad del instituto de la responsabilidad civil. Se ha observado que el resarcimiento de daños en el ámbito familiar ha sido la síntesis *de una larga y compleja evolución de una multiplicidad de factores condicionantes de índole jurídica, sociológica, cultural e ideológica*⁴⁰. Por esta razón, la recepción de esta idea exhibe en el derecho comparado un desarrollo un tanto dispar⁴¹.

Tan solo por citar algunos ejemplos, en países como España o Italia, se ha explicado el fenómeno referido apelando a una transformación de lo que entendemos por familia y a una revaloración de la idea de persona⁴². En esta nueva comprensión, la familia se ve como una estructura al servicio del desarrollo y protección de los derechos del individuo⁴³. En el derecho francés, que contempla un régimen especial para los daños con ocasión del divorcio, se debate intensamente si se aplica el régimen general del Código Civil o el régimen especial cuando se producen daños durante el matrimonio⁴⁴. Por su parte, en países de nuestro entorno cultural como Uruguay⁴⁵ y Argentina⁴⁶, la existencia de un vínculo familiar no ha impedido el desarrollo de la acción de perjuicios entre familiares.

En Chile, el debate se ha reproducido con gran intensidad en los últimos años y, salvo la indemnización por incumplimiento de deberes conyugales⁴⁷, se observa una tendencia en la doctrina contemporánea a aceptar la aplicación del derecho de daños en el ámbito de la familia⁴⁸. En la jurisprudencia, algunos fallos se han mostrado proclives a aceptar la aplicación de la responsabilidad entre familiares, no obstante que a la fecha son muy pocos los casos en los que efectivamente se ha obtenido una condena⁴⁹.

⁴⁰ VIVANCO, 2018, pp. 13-14.

⁴¹ Un muy buen análisis de los diferentes supuestos que se indemnizan en VIVANCO, 2018, pp. 181 y ss.

⁴² En el derecho español puede verse a: ROCA, 1999, p. 86; MARTÍN-CASALS Y RIBOT, 2011, pp. 544-545 y en el derecho italiano puede verse: PATTI, 1984, p. 32.

⁴³ ROCA, 2000, p. 540.

⁴⁴ TAPIA, 2018, pp. 89-115.

⁴⁵ HOWARD, 2016, pp. 171-173.

⁴⁶ MEDINA, 2015, p. 21; TANZI Y PAPILLÚ, 2011, pp. 150-153; DUTTO, 2007, pp. 35-36; FERRER I RIBA, 2001, pp. 16-17.

⁴⁷ A favor de la indemnización de los daños en el ámbito familiar, incluso entre cónyuges: VARGAS, 2015, p. 81. De la tendencia general a aceptar la utilización del derecho de daños en el ámbito de familia con exclusión de los deberes conyugales: HERNÁNDEZ, 2016, pp. 96 y ss.; y TAPIA, 2018, pp. 69-70. Un análisis de la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil entre cónyuges en VARAS, 2016, pp. 248 y ss.; y TURNER, 2017, pp. 557-665.

⁴⁸ Un análisis de la discusión y de los supuestos de responsabilidad civil entre familiares más allá de los deberes conyugales en Lepin, 2017, p. 507; una completa monografía de la responsabilidad civil entre familiares en Vivanco, 2019; un completo análisis de los argumentos que excluyen la responsabilidad civil y su superación en el ámbito familiar en Álvarez, 2019, pp. 37 y ss.

⁴⁹ Hasta la fecha solo tenemos conocimiento de que se ha acogido una acción de perjuicios entre familiares en un caso de violencia intrafamiliar entre cónyuges: Corte Suprema, 30.12.2014, rol 10622-2014. En otro tipo de casos como, por ejemplo, el contagio de enfermedades de transmisión sexual, la jurisprudencia

Aunque no podemos detenernos a revisar cada uno de los argumentos que se han opuesto a la utilización de la institución de la responsabilidad en el ámbito de la familia, nos parece que, en términos generales (con exclusión de los deberes conyugales), su utilización se justifica a base de dos grandes razones que dicen relación con: i) operación del principio de igualdad en la relaciones de familia; y ii) con el hecho de que la legislación positiva chilena regula hipótesis de daños entre familiares.

Respecto de la primera razón, la idea de relaciones de igualdad entre los miembros de la familia y la valoración de los derechos fundamentales de sus integrantes por sobre el interés familiar, posibilita en términos conceptuales la operación del principio *alterum non laedere*. La perspectiva de la igualdad entre familiares excluye los argumentos que historicamente se utilizaron para evitar la aplicación del derecho de daños en este ámbito, como la inmunidad familiar o la estabilidad y paz dentro de la familia⁵⁰.

Respecto de la segunda razón referida, el hecho de que el derecho positivo cada vez regule más hipótesis de indemnizaciones entre familiares, es un argumento que apoya la posición que sostiene la existencia de un principio general de aplicación de la acción de daños. Entre los supuestos que se encuentran regulados de manera explícita en la legislación positiva, encontramos: i) la responsabilidad del padre o madre que administra los bienes del hijo (artículo 256 del Código Civil); ii) la responsabilidad civil por hurtos entre parientes contemplado en el artículo 489 del Código Penal; y iii) la responsabilidad por daños regulada en el artículo 11 de la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar. Nos parece que las razones expuestas impiden excluir, en términos generales, la aplicación del derecho de daños en el ordenamiento jurídico chileno. Por lo mismo, corresponde ahora analizar si, a la luz de las características propias de la obligación alimenticia, podemos agregar nuevas razones justificativas.

2.a) Responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación alimenticia

En nuestro medio la obligación alimentaria esta recogida positivamente en el artículo 323 del Código Civil, y ha sido definida doctrinariamente como aquella por la que una persona debe proporcionar a otra *{lo} que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social y que debe cubrir, a lo menos, el sustento, la habitación, vestidos, salud, movilización, enseñanza básica y media, aprendizaje de alguna profesión u oficio*⁵¹. Como se desprende de la definición, se trata de una obligación que tiene un indiscutible contenido patrimonial y, por lo mismo, todas las objeciones a la aplicación del derecho de daños que se basan en la concepción ética de los deberes de familia, difícilmente pueden ser atendidas respecto del incumplimiento de esta obligación. Por el contrario, su carácter

se ha mostrado proclive a aplicar el instituto de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, aunque en el caso concreto se haya rechazado la demanda porque no se pudo probar alguno de los requisitos de la responsabilidad: Corte de Apelaciones de Talca, 30.08.2012, rol 133-2012. Una relación de los distintos fallos que han abardado la materia puede verse en TAPIA, 2018, pp. 29-49.

⁵⁰ LEPIN, 2014, p. 437.

⁵¹ RAMOS, 2010, p. 543.

patrimonial permite que se pueda cuantificar y ejecutar en el patrimonio del deudor, sin que se afecte significativamente la libertad personal del mismo⁵².

Aparte de lo referido, y de algún apoyo doctrinal indirecto⁵³, otras razones que sirven para fundamentar las indemnizaciones por la transgresión de esta obligación dicen relación con: i) el carácter de derecho fundamental que revisten los alimentos; ii) el hecho de que el Código Civil regula una hipótesis de daños respecto de los alimentos en el artículo 328; iii) el hecho de que no solo se deben alimentos entre familiares; y iv) el hecho de que los daños derivados del incumplimiento de esta obligación son indemnizados en ordenamientos similares al nuestro.

Respecto del carácter fundamental del derecho se puede afirmar, pese a que la Constitución no lo consagra en términos explícitos, que el derecho de alimentos debe entenderse incorporado al bloque de constitucionalidad desde que ha sido consagrado en Convenciones Internacionales suscritas y ratificadas por Chile⁵⁴. En lo que aquí interesa, el carácter fundamental del derecho de alimentos fuerza una interpretación de las normas legales que permitan su plena protección. De allí que, ante la disyuntiva de aplicar las normas del sistema que tienen por finalidad la reparación de los daños o no hacerlo, deba elegirse la vía que más proteja aquellos aspectos que hemos considerado fundamentales de la persona⁵⁵.

Otro argumento que sirve para justificar la responsabilidad civil en este ámbito dice relación con la norma contenida en el artículo 328 del Código Civil en los siguientes términos: *En el caso de dolo para obtener alimentos, serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos los que han participado en el dolo*. Como se ve, es el propio Código Civil el que regula un supuesto de indemnización de perjuicios que se relaciona con la obligación alimentaria. Al respecto, podría objetarse que se trata de un supuesto en que el dolo justifica la aplicación de las reglas de responsabilidad, sin embargo, no puede desconocerse que el legislador no excluyó de manera absoluta las normas de responsabilidad de los alimentos y, como veremos en el siguiente apartado, se pueden imaginar otros supuesto de dolo en la fijación de alimentos a los que habría que aplicarles la misma *ratio*.

A mayor abundamiento, el Código Civil regula supuestos de alimentos entre personas que no tienen vínculos familiares entre sí (artículo 321). En ese caso no se alcanza a ver la razón por la que no pudiese utilizarse la acción de perjuicios por los daños que ocasione el incumplimiento de esta obligación. Por lo anterior, si se quisiese excluir

⁵² TAPIA, 2014, p. 360.

⁵³ A propósito de la responsabilidad por el no reconocimiento del hijo, Pizarro se ha mostrado a favor de otorgar una indemnización por falta de alimentos en concepto de “pérdida de la chance”. PIZARRO, 2014, p. 289 y ss.

⁵⁴ El derecho de alimentos aparece recogido en Convención de Nueva York de 20 de junio de 1956 en los siguientes términos: *son de orden público internacional las disposiciones que establecen el deber de prestar alimentos, su cuantía, reducción y aumentos, la oportunidad en que se deben y la forma de su pago, así como las que prohíben renunciar y ceder ese derecho*.

⁵⁵ Del derecho de alimentos como derecho humano puede verse en extenso: SCHMIDT, 2008; y GREEVEN, 2018.

la utilización de la acción de perjuicios entre familiares, la única vía para hacerlo sería anteponiendo un eventual interés del grupo familiar por sobre el individuo. Como ya se analizó, esa perspectiva está siendo superada en el derecho familiar contemporáneo.

Por último, conviene tener presente que en el derecho comparado la indemnización por los daños ocasionados por el incumplimiento de la obligación alimentaria prácticamente no es discutida⁵⁶. En conclusión, no se observa ninguna razón atendible para oponerse a la reparación de los daños derivados de la violación de esta obligación. Habiendo llegado a este punto solo nos queda revisar, si del análisis de la forma específica de incumplimiento de la obligación alimentaria que tiene por objeto este trabajo (infracción al deber de transparencia patrimonial), pueden extraerse otras razones que apoyen la utilización de la institución de la responsabilidad civil en este ámbito.

2.b) La responsabilidad civil por el incumplimiento de la obligación alimentaria derivada de la infracción del deber de transparencia patrimonial

Cuando pensamos en los argumentos que pueden apoyar la utilización de la acción de perjuicios en el ámbito específico de la transgresión del deber de transparencia patrimonial, son dos los que se nos vienen a la mente: i) la interpretación analógica que se puede hacer de la regla contenida en el artículo 328 del Código Civil; y ii) el hecho de que la acción de perjuicios es la única herramienta que permite garantizar la indemnidad del alimentario en la hipótesis que aquí tratamos.

Respecto del primer argumento, ya hemos visto cómo el artículo 328 del Código Civil regula un supuesto de dolo para obtener alimentos, dándole una acción de perjuicios al defraudado contra todos los que han participado en el dolo. Pues bien, aun cuando podría sostenerse que se trata de una norma especial y que, por lo mismo, no serviría para apoyar (en términos generales) la acción indemnizatoria por el incumplimiento de la obligación alimentaria, no podrá negarse que la razón de su especialidad es la concurrencia de dolo en la fijación fraudulenta de alimentos. Si se acepta lo anterior, y se repara en el hecho de que la transgresión del deber de transparencia patrimonial adopta una forma dolosa, resultará razonable aceptar la procedencia de una indemnización que repare los daños que se conecten causalmente con la infracción del deber de transparencia patrimonial.

Respecto del segundo argumento referido, debe recordarse que una de las principales hipótesis de daño que tiene por objeto este trabajo consistente en la diferencia que media entre la pensión que injustamente se fijó y la que se debió haber fijado en la sentencia de alimentos, multiplicado por el tiempo que transcurra hasta que se descubra la verdadera situación patrimonial del alimentante y se adecuen los alimentos.

⁵⁶ En Argentina, la falta de asistencia familiar es merecedora de sanción penal aparejada de multa e indemnizaciones civiles: GHERSI, 2011, pp. 40-42; FAMÁ, 2014, p. 6. En países con sólida seguridad social como España, la existencia de fondos de garantía del pago de alimentos pueden explicar la falta de desarrollo de la hipótesis de responsabilidad, pero en términos teóricos no se ven inconvenientes para que proceda. De este punto puede verse: SAAVEDRA, 2019, p. 62.

Si se toma en consideración que los efectos de una eventual sentencia de adecuación de alimentos⁵⁷ solo corrigen hacia el futuro la diferencia del monto de la pensión que constituye el daño, y que la Corte Suprema considera que no procede el recurso de revisión contra sentencias que fijen alimentos, se entenderá que la vía de la acción de perjuicios es el único mecanismo de que dispone el ordenamiento jurídico chileno para dejar indemne al alimentario en la hipótesis que aquí tratamos.

Debido al carácter fundamental de derecho de alimentos, nos parece que el recién expuesto es un poderoso argumento para justificar la utilización de la responsabilidad para reparar los daños que se deriven de la infracción al deber de transparencia patrimonial. Pensamos que los dos argumentos expuestos en este apartado, junto con los otros que se han esgrimido para apoyar la procedencia de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones de familia y el ámbito más restringido de la obligación de alimentos, justifican suficientemente la procedencia de la acción de perjuicios como una vía idónea para reparar los daños que se puedan vincular con la transgresión del deber de transparencia patrimonial.

2.b.1) Requisitos de la acción de perjuicios I: el problema del régimen aplicable

Cuando nos preguntamos por los requisitos de la acción de perjuicios, el primer problema que hay que despejar, en aquellos ordenamientos (como el chileno) que regulan de forma diferenciada el régimen contractual y el extracontractual, es el del régimen aplicable. Como la hipótesis que aquí tratamos se basa en el incumplimiento de una obligación legal, en línea de principio se debería aplicar el régimen extracontractual en tanto que, salvo el caso de los alimentos entre cónyuges y de los que debe el donatario (art. 321 CC.), no es discutible el carácter extracontractual de la relación entre alimentario y alimentante⁵⁸.

Si se estima que la relación es contractual y que la obligación legal de alimentos integra el contrato, debería aplicarse el régimen contractual. Sin embargo, si se tiene presente que el incumplimiento del deber de transparencia patrimonial está tipificado penalmente⁵⁹, y que el derecho chileno reconoce la posibilidad de optar por la acción extracontractual en casos en que la conducta sea un delito penal⁶⁰, habrá que aceptar que la acción delictual estará a disposición del alimentante en todos los casos.

⁵⁷ Recuérdese que no en todos los casos el demandante seguirá siendo alimentario al momento de la demanda de daños.

⁵⁸ En el problema del régimen aplicable a los daños derivados del incumplimiento de una obligación legal: BARROS, 2006, pp. 1067 y ss. Específicamente en el ámbito del incumplimiento de deberes procesales se pronuncian por el régimen extracontractual: CACHÓN, 2006, pp. 18-20; CACHÓN y PICÓ, 2008, pp. 49-50; PICÓ, 2013, p. 131.

⁵⁹ La conducta está prescrita en art. 5 Ley Nº 14.908. Una aplicación reciente del tipo penal en Juzgado de Garantía de Cauquenes, 02.08.2019, rit 667-2018.

⁶⁰ Por todos: ALESSANDRI, 1943, pp. 84 y 91; y BARROS, 2006, p. 1059.

No obstante lo referido, para sortear los inevitables problemas teóricos que produce la dualidad de regímenes, si se decide interponer una acción contractual sería recomendable interponer una acción extracontractual en subsidio.

2.b.2) Requisitos de la acción de perjuicios II: la conducta antijurídica y el supuesto dañoso

Aunque no podemos realizar aquí un análisis exhaustivo de cada uno de los requisitos de la acción de perjuicios, en lo que sigue realizaremos algunas observaciones acerca de las conductas proscritas y de las condiciones fácticas que se deben dar para que el incumplimiento de la obligación de transparencia patrimonial genere un daño indemnizable. Ello se hace necesario a efectos de perfilar con mayor precisión el supuesto de hecho de la acción de perjuicios.

Respecto de las conductas proscritas, para que se configure el supuesto que venimos dibujando (infracción al deber de transparencia patrimonial), basta con que se mienta u omita información al realizar la declaración patrimonial. La antijuridicidad en este supuesto está fuera de toda discusión, en tanto que, incluso, ha sido tipificada penalmente. En efecto, en una reciente resolución que tuvo la oportunidad de analizar las condiciones para la aplicación del tipo penal contenido en esta regulación, consideró que se trata de un delito de peligro abstracto, toda vez que *{...} la conducta castigada se estima peligrosa como tal, sin exigirse que en el caso concreto se haya producido un resultado de puesta en peligro efectivo*⁶¹.

Sin embargo, desde el punto de vista civil, puede entenderse que otras conductas suponen una infracción al deber de transparencia. En efecto, como ya se analizó en este escrito, no tendría sentido que luego de la declaración patrimonial, el alimentante hiciera actos que tornaran inoficiosa la sentencia. De ahí que, basados en el principio de coherencia, se puede sostener que también actuará antijurídicamente a efectos de la acción de perjuicios el demandado que, habiendo declarado conforme a la realidad de su patrimonio, enajene los bienes con los que debía cumplir la totalidad o parte de su obligación alimenticia⁶².

En lo que dice relación con el supuesto dañoso, debe tenerse muy presente que el solo hecho de que se fije una pensión alimenticia por debajo de lo que se debió haber fijado, no constituye un daño indemnizable. Lo anterior, porque aún en el supuesto descrito, se pueden dar dos situaciones diferenciables desde el punto de vista del alimentario.

En efecto, una primera situación supone la ausencia de un daño reparable, a pesar de que no haya duda acerca del incumplimiento del deber de transparencia patrimonial. Pensamos en el supuesto en que la totalidad o parte de los alimentos sean cubiertos por el padre que ya aporta, los alimentantes subsidiarios contemplados por el artículo 326

⁶¹ Juzgado de Garantía de Cauquenes, 02.08.2019, rit 667-2018.

⁶² Referencia al apartado tratamiento del deber de coherencia.

CC., o un tercero ajeno (piénsese, p. e., en la nueva pareja del padre que sí aporta). En estos casos, tomando en consideración que los alimentos han sido efectivamente provistos al alimentario, no puede propiamente decirse que ha sufrido un daño y, por lo mismo, nada podrá reclamar a este título.

Si la totalidad o parte de los alimentos que le corresponde pagar a uno de los alimentantes es asumida por una tercera persona, se estará pagando una deuda ajena. Como se sabe, las reglas del pago prescriben que el que paga por otro tiene acción para cobrar lo pagado según el pago se haya hecho con consentimiento, sin conocimiento, o en contra de la voluntad del obligado⁶³.

La segunda situación que puede darse, sí conlleva daños indemnizables. Se trata del caso en que la totalidad o parte de los alimentos que se le deban al alimentario, no sean cubiertos por ninguna otra persona. En este supuesto, y por el tiempo que no se tengan esos alimentos, el alimentario verá lesionado su legítimo interés a recibir ciertos bienes que, a su vez, le supondrán perjuicios que deberán ser indemnizados según las reglas generales del derecho que regula los daños.

Por otra parte, cuando estemos en la hipótesis de fijación fraudulenta del monto de la pensión alimenticia, ya que el alimentario dispondrá de la acción de adecuación de alimentos y de la acción de perjuicios, es posible preguntarse si estas deberán ejercitarse conjuntamente. En nuestra opinión, estas acciones no deberán necesariamente interponerse emparejadas porque se trata de acciones concurrentes que persiguen distintas finalidades; y, además, porque puede darse la situación de que persistan daños indemnizables aún cuando ya no se tenga la calidad de alimentario. Ahora bien, siempre que el demandante conserve su calidad de alimentario y se entienda que la competencia para fallar la acción de perjuicios es del juez civil⁶⁴, sería recomendable que primero se obtuviese el aumento de los alimentos. Y es que, en la práctica, una acción por daños a la que no se le acompañe como antecedente una sentencia de familia que haya aumentado los alimentos, tendrá muy pocas posibilidades de prosperar.

Cuando estamos en la hipótesis de infracción al deber de coherencia (se declaran bienes y luego se enajenan o gravan, haciendo inoficiosa la sentencia)⁶⁵, la pregunta por la forma de ejercicio de las acciones ya no vinculará a la acción indemnizatoria con la acción de adecuación, sino con la acción pauliana de familia. Por cierto que en este último supuesto, ambas acciones se podrán ejercer conjuntamente pero, para ajustar los efectos de la acción de perjuicios, habrá que tener en consideración el resultado de la acción pauliana. Como se comprenderá fácilmente, son diferentes los daños indemnizables

⁶³ Debe considerarse aquí, las normas de reembolso contempladas en los artículos 240 y 241 del Código Civil.

⁶⁴ Aunque no podemos extendernos en este punto por razones de espacio, nos parece que existen buenos argumentos para defender la competencia de los tribunales de familiar para fallar la acción civil. Esperamos volver a este punto en un próximo trabajo.

⁶⁵ Piénsese, p. e., en el caso mencionado en nota 34, en que se estableció un usufructo de una casa que luego fue enajenada en el período referido. Un caso de este tipo: Tribunal de Familia de Ovalle, 18.04.2011, rol C-631-2010; Revocada por Corte de Apelaciones de La Serena, 05.08.2011, rol 63-2011.

si la acción pauliana no tiene éxito; a lo que se producirán si, por el contrario, prospera, se reintegran los bienes al patrimonio del alimentante y se puede ejecutar la sentencia de alimentos.

Para finalizar, simplemente queremos hacer presente que la propuesta que aquí hacemos deja pendiente el análisis particular de los tipos de daños que serían indemnizables en cada hipótesis. Pero, además, nos fuerza a afrontar problemas que tienen que ver, entre otros aspectos, con la prescripción de la acción indemnizatoria, con la identificación de los hechos que se deben acreditar (p. e., efectividad del patrimonio que realmente se tenía cuando se hizo la declaración), o con el tribunal competente. Ya habrá tiempo para analizar cada uno de esos desafíos, pero no tenemos dudas de que todos esos problemas deberán sortearse con relativa celeridad, si se comparte la idea de que el principio de indemnidad debe ser especialmente garantizado cuando se trata de alimentos.

III. CONCLUSIONES

1. En el ordenamiento jurídico chileno se introdujo una particular disposición normativa (art. 5° inciso primero de la Ley N° 14.908) que obliga al alimentante a transparentar su capacidad económica, mediante la demostración documental o una declaración jurada, en la audiencia preparatoria del juicio de alimentos.
2. Una interpretación sistemática de la referida norma con los principios generales del proceso (p. e., buena fe) y otras normas específicas (p. e., las normas que regulan las declaraciones juradas), nos permite afirmar la existencia de deberes (veracidad, completitud y coherencia) que el alimentante deberá observar durante todo el proceso de alimentos.
3. Si el alimentante infringe la obligación o los deberes referidos, y esa infracción tiene como consecuencia la fijación injusta de los alimentos o una sentencia justa que luego deviene en inoficiosa, debe responder civilmente de los daños que se vinculen causalmente con su conducta antijurídica.
4. En caso de que la disminución de los alimentos necesarios no sea suplida por una tercera persona, el alimentante deberá resarcir la diferencia entre los alimentos efectivamente fijados y los que se debieron haber fijado si no se hubiese producido la falsedad, multiplicada por el período de tiempo que va desde la dictación de la sentencia injusta y la sentencia que adecue los alimentos.
5. En caso de que la conducta posterior a la declaración del alimentante torne la sentencia en inoficiosa, infringiendo así el deber de coherencia, el alimentario contará a su disposición con la acción pauliana y con la acción de perjuicios, las que se podrán ejercer conjuntamente ajustando esta última en consideración al resultado de la primera.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRÉZVAL G., Maite, 2015: “El deber de colaboración y la conducta procesal de las partes”, *Revista chilena de derecho privado de derecho de familia*, Nº 25, pp. 303-312.
- ALESSANDRI R., Arturo, 1943: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago, Imprenta Universitaria.
- ÁLVAREZ E., Rommy, 2019: *Daños en las relaciones familiares y el derecho a la identidad en la filiación*. Santiago, Editorial Thomson Reuters.
- ALVEAR H., Cristián, 2015: “La declaración de patrimonio del artículo 5º de la Ley Nº 14.908. Una institución subvalorada”, *Revista de derecho de familia*, Nº 5, vol. 1, pp. 37-46.
- BARRIENTOS G., Javier, 2015: *El código de la familia: normativa y jurisprudencia sistematizada, concordada y comentada de derecho de familia* (4ª edición), Santiago, Editorial Thomson Reuters.
- BARROS B., Enrique, 2006: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CACHÓN C., Manuel, 2006: “La buena fe en el proceso civil”, *Revista de derecho procesal*, Nº 1-2 febrero, pp. 7-44.
- CACHÓN C., Manuel y PICÓ, Joan, 2008: *Ejecución civil: Problemas actuales*, Barcelona, Editorial Atelier Libros Jurídicos.
- CARRETTA M., Francisco, 2008: “Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: Referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Nº 1, vol. XXI, pp. 101-127.
- CONDORELLI, Epifanio, 1986: *Del abuso y de la mala fe dentro del proceso*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot.
- DAVIS E., Hernando, 1997: *Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos* (3ª edición), Buenos Aires, Editorial Universidad.
- DUTTO A., Ricardo, 2007: *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi.
- FAMÁ, María Victoria, 2014: “Jurisprudencia española. Daños y perjuicios en el derecho de familia”, *Revista de derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, Nº 65, pp. 2-24.
- FERRER I RIBA, Josep, 2001: “Relaciones familiares y límites al derecho de daños”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Nº 4, octubre, s/p.
- FERRER S., Antonio, 1996: “La estafa procesal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Sección Doctrinal, pp. 5-12.
- GARRIDO C., Carlos, 2014: *Derecho de Alimentos. Análisis actualizado y formularios*, Santiago, Editorial Metropolitana.
- GHERSI, Carlos, 2011: “Daños derivados de las relaciones internas del derecho de familia”, *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, Nº 10, año 13, pp. 35-54.
- GOLDSCHMIDT, James, 1936: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Editorial Labor S.A.
- GONZÁLEZ C., María, 2012: “La carga dinámica de la prueba”, *Revista de derecho procesal*, Nº 22, pp. 363-396.
- GONZÁLEZ C., María, 2013: *La carga dinámica de la prueba y sus límites*, Chile, Editorial Thomson Reuters.
- GORIGOITÍA A., Felipe, 2008, “La buena fe en el proceso civil chileno”, *Revista Nomos, Universidad de Viña del Mar*, Nº 2, pp. 133-159.
- GREEVEN B., Nell, 2018, *Derecho de alimentos como derecho humano y apremios para obtener el cumplimiento*. Santiago, Editorial Librotecnia.

- HERNÁNDEZ B., Héctor, 2010: "La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal", *Revista de derecho universidad austral de Chile*, N° 1, vol. XXIII, julio, pp. 201-231.
- HERNÁNDEZ P., Gabriel, 2016: "Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización", *Revista chilena de derecho privado*, N° 27, pp. 95-139.
- HOWARD, Walter, 2016: "Panorama jurisprudencial de la responsabilidad en el derecho de familia", *Revista de derecho de la Universidad de Montevideo*, N° 30, pp. 171-188.
- HUNTER A., Iván, 2007: "Poderes del juez civil: algunas consideraciones a propósito del juez de familia", *Revista de Derecho*, N° 1, vol. 20, pp. 205-229.
- HUNTER A., Iván, 2008: "No hay buena fe sin interés: La buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración", *Revista de Derecho*, N° 2, vol. 21, pp. 151-182.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, 2016: *Informe anual de justicia*, año 2015, Santiago, Instituto Nacional de Estadísticas.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, 2015: *Informe anual de justicia*, año 2014, Santiago, Instituto Nacional de Estadísticas.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, 2014: *Informe anual de justicia*, año 2013, Santiago, Instituto Nacional de Estadísticas.
- LEPÍN M., Cristián, 2014: "Incumplimiento de la obligación alimenticia", *Revista la semana jurídica*, N° 341, semana del 21 al 27 de mayo.
- LEPÍN M., Cristián, 2017: *Derecho familiar chileno*, Santiago, Editorial Thomson Reuters.
- MARTÍN-CASALS, Miquel y RIBOT, Jordi, 2011: "Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *Anuario de derecho civil*, N° 2, volumen 64, pp. 503-560.
- MATURANA M., Cristián y MOSQUERA R., Mario, 2010: *Los recursos procesales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- MEDINA, Graciela, 2015: "Daños en el derecho de familia en el código civil y comercial unificado", *Revista de derecho de familia y sucesiones*, N° 5, septiembre, pp. 15-46.
- MENESES P., Claudio, 2008: "Aspectos procesales de la Ley N° 20.152; que incorpora modificaciones relativas a los juicios de alimentos", *Revista de estudios de la justicia*, N° 10, pp. 221-249.
- MONTERO A., Juan, 2006: "Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal", en Juan Montero A. (coord.), *Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
- NIEVA F., Jordi, FERRER B., Jordi y GIANNINI, Leando, 2019: *Contra la carga de la prueba*, Madrid, Editorial Marcial Pons.
- NÚÑEZ A., Rene y CORTÉS R., Mauricio, 2012: *Derecho procesal de familia. La primera reforma procesal civil en Chile*, Santiago, Editorial Thomson Reuters.
- PATTI, Salvatore, 1984: *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore.
- PADILLA P., Ricardo, 2013: "Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20 (julio), pp. 135-183.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro y SILVA ÁLVAREZ, Oscar, 2009: "El imperativo de transparencia patrimonial del deudor como requisito funcional para una ejecución civil eficiente", *Revista Ius et Praxis (Talca)*, vol. 15, N° 2, pp. 79-115.
- PICÓ I JUNOY, Joan, 2013: *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, Editorial J.M. Bosch Editor.
- PIZARRO W., Carlos, 2014: "Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial", en Cristián Lepin M. (dir.) y David Vargas A. (coord.), *Responsabilidad civil y familia*, Santiago, Editorial Thomson Reuters.
- RAMOS P., René, 2010: *Derecho de familia* (7ª edición), tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ROCA T., Encarna, 1999: *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Madrid, Editorial Cuadernos Civitas.

- ROCA T., Encarna, 2000, “La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Juan Antonio Moreno Martínez (coord.), Madrid, Editorial Dykinson.
- SCHMIDT H., Claudia, 2008: *Del derecho alimentario familiar en la filiación*, Santiago, Editorial Puntotex.
- SAAVEDRA S., Geraldine, 2019: *Incumplimiento de la pensión de alimentos. El arresto y otras sanciones*, Chile, Rubicón Editores.
- SÁNCHEZ, G., Carlos, 2019: *El juez de familia y sus facultades*, Chile, Rubicón Editores.
- TAPIA R., Mauricio, 2014, “Principios, reglas y sanciones del derecho de las familias”, en Lepin M., Cristián (dir.) y Vargas A., David (coord.), *Responsabilidad civil y familia*, Santiago, Thomson Reuters.
- TAPIA R., Mauricio, 2018: *Divorcio y responsabilidad civil*, Chile, Rubicón Editores.
- TANZI, Silvia Y. y PAPILLÚ, Juan M., 2011: “Daños y perjuicios derivados del divorcio (Doctrina y jurisprudencia en Argentina)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, julio, pp. 135-161.
- TURNER, Susan, 2017: “El daño en la jurisprudencia nacional sobre responsabilidad civil entre cónyuges”, en CORRAL, Hernán y MANTEROLA, Pablo (editores), *Estudios de derecho civil XII, XIV Jornadas nacionales de derecho civil*, 2016, Santiago, Thomson Reuters, pp. 557-665.
- VALENZUELA, Pepa, 2019: *Un tormento llamado pensión alimenticia*, Recuperado el 17.12.2019, de TheClinic.cl: [HTTPS://WWW.THECLINIC.CL/2019/06/13/UN-TORMENTO-LLAMADO-PENSION-ALIMENTICIA/](https://www.theclinic.cl/2019/06/13/UN-TORMENTO-LLAMADO-PENSION-ALIMENTICIA/)
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, 2016: “Corazón roto: ¿daño indemnizable?”, en *Estudios de derecho civil XI, XIII Jornadas nacionales de derecho civil*, 2015, Santiago, Thomson Reuters, pp. 139-148.
- VARGAS A., David, 2015: “Del resarcimiento en Chile de los daños causados en el matrimonio”, *Revista Ius et Praxis Universidad de Talca*, N° 21, año 21, pp. 57-100.
- VIVANCO L., Pablo, 2018: *Responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia*, Santiago, Editorial Thomson Reuters.

Normas jurídicas citadas

- LEY N° 14.908, Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, publicada el 30 de mayo de 2000.
- LEY N° 19.968, Crea los Tribunales de Familia, publicada el 30 de agosto de 2004.

Jurisprudencia citada

- CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN, sentencia de 24 de mayo de 2015, rol 9-2015.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de 08 de septiembre de 2011, rol 444-2011.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de 30 de junio de 2016, rol 297-2016.
- CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, sentencia de 12 de agosto de 2015, rol 111-2015.
- CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, sentencia de 05 de agosto de 2011, rol 63-2011.
- CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, sentencia de 08 de septiembre de 2011, rol 247-2015.
- CORTE DE APELACIONES DE TALCA, sentencia de 30 de agosto de 2012, rol 133-2012.
- CORTE SUPREMA, sentencia de 10 de agosto de 2011, rol 7322-2011.
- CORTE SUPREMA, sentencia de 15 de diciembre 12 de 2014, rol 18924-2014.

CORTE SUPREMA, sentencia de 16 de agosto de 2016, rol 44994-2016.

CORTE SUPREMA, sentencia de 30 de diciembre de 2014, rol 10622-2014.

JUZGADO DE GARANTÍA DE CAUQUENES, sentencia de 02 de agosto de 2019, rit 667-2018.

TRIBUNAL DE FAMILIA DE OVALLE, sentencia de 18 de abril de 2011, rol C-631-2010.

Los instrumentos jurídicos ante la discriminación remunerativa entre mujeres y hombres en Chile

*Irene Rojas Miño**

RESUMEN

A partir del reconocimiento del principio de igualdad, en particular el de la remuneración entre mujeres y hombres y de las obligaciones internacionales que el Estado de Chile ha contraído al efecto, en este artículo se pretende dar cuenta del estado actual en Chile de los instrumentos jurídicos que operan frente a esta específica discriminación, y de las limitaciones que ellos plantean para la eficacia del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor entre mujeres y hombres.

Mujer – discriminación – remuneración

Legal instruments in the face of remuneration discrimination between women and men in Chile

ABSTRACT

Based on the recognition of the principle of equality, in particular that of remuneration between women and men, and the international obligations that the Chilean State has contracted to this purpose, this article intends to account for the current status in Chile of the legal instruments that operate presence of this specific discrimination, and the limitations they present to the effectiveness of the principle of equal remuneration for equal value work between women and men.

Woman – discrimination – remuneration

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Valencia, España. Profesora de Derecho del Trabajo, Universidad de Talca, Chile. Correo electrónico: irojas@utalca.cl

Este artículo forma parte del Proyecto de Investigación Fondecyt Regular N° 1191000, “Definición de los instrumentos que garantizan la igualdad de remuneraciones entre mujeres y hombres”.

Artículo recibido el 14.1.2020 y aceptado para su publicación el 18.6.2020.

INTRODUCCIÓN

El principio de igualdad está reconocido internacionalmente y, a la vez, por los diversos Estados, lo que significa la prohibición universal de la discriminación. Ciertamente que el principio de igualdad comprende el ámbito de las relaciones laborales y, entre sus múltiples dimensiones, el derecho de igual remuneración por trabajo de igual valor.

Sin embargo, un dato cierto es el de la existencia de la brecha salarial –entendiendo por tal “la diferencia entre los ingresos medios de hombres y mujeres como porcentaje de los ingresos de los hombres”¹–, la que se plantea en los diversos países², y que en el caso de Chile ello se reitera³; así al año 2018 tal brecha medida en ingresos medios alcanza al 27,2%⁴. Aunque este concepto debe ser observado, en cuanto se presentan diversas formas de medir tal diferencia; no obstante, todas las cifras muestran una diferencia en perjuicio de la mujer⁵.

En todo caso, es cierto que la brecha salarial plantea dos componentes: una “parte explicada”, fundamentada principalmente en los supuestos “atributos del mercado del trabajo”⁶, y una “parte no explicada”, que corresponde a las diferencias de remuneración sin fundamento alguno, es decir, la parte discriminatoria⁷. No obstante, estas categorías deben relativizarse, en cuanto algunos atributos del mercado del trabajo pueden constituir un supuesto discriminatorio al encubrir menores remuneraciones a las labores desarrolladas principalmente por mujeres, en razón de estereotipos que desvalorizan sus trabajos. Además, como ha planteado un sector de la doctrina laboralista, la brecha salarial en su conjunto no es sino la manifestación más evidente de la discriminación de la mujer en el mundo del trabajo, y su superación, por consiguiente, requiere de “políticas antidiscriminatorias generales, globales y transversales...”⁸.

Sin embargo, este trabajo limita el análisis de los instrumentos jurídicos ante la discriminación remunerativa en el sistema chileno⁹, considerando en todo caso tanto la discriminación manifiesta como la encubierta.

¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT, 2013, p. 14.

² OIT, 2019, pp. 19-48.

³ Véase por todos, COMUNIDAD MUJER, 2015, pp. 1-12.

⁴ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, INE, 2019, p. 4.

⁵ El índice más utilizado es la comparación basada en la hora de trabajo, sin embargo, el tema es mucho más complejo. Al respecto, véase OIT, 2019, pp. 22-30.

⁶ OIT, 2019, pp. 19-21.

⁷ La que también se reitera en el caso chileno. Así, un estudio efectuado a base de la Encuesta Casen de 2013 plantea que esta componente significaría “un salario 17,2% menor que el de los hombres solo por el hecho de ser mujer” (Brega *et al.*, 2015, p. 27).

⁸ BALLESTER, 2018a, pp. 10-11.

⁹ Esto, a causa de la necesaria delimitación del objeto de estudio, aunque coincido plenamente con la doctrina que sostiene que la brecha salarial no es sino la manifestación de la discriminación de la mujer en el mundo del trabajo.

Para este fin, el punto de partida lo constituye el derecho de igual remuneración entre mujeres y hombres por trabajo de igual valor, considerando, en primer lugar, el reconocimiento de este derecho por parte de la comunidad internacional, así como lo plantean diversos tratados internacionales, algunos de estos han sido ratificados por el Estado de Chile, y, en segundo lugar, la obligación de los Estados de definir los instrumentos que garanticen efectivamente este derecho, como lo establecen los mismos tratados internacionales.

A partir de dicha fundamentación, este trabajo plantea los objetivos de evaluar el nivel de cumplimiento de dichos compromisos internacionales, junto con identificar los instrumentos jurídicos existentes en el sistema chileno frente a esta específica discriminación y, además, las limitaciones que ellos presentan en la finalidad de garantizar eficazmente el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor entre mujeres y hombres.

En definitiva, de una parte, se analizan la fundamentación jurídica del derecho de no discriminación y el contenido del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor y, de la otra, se identifican y analizan los instrumentos jurídicos que existen en el sistema jurídico de relaciones laborales chileno relacionados con la discriminación salarial. Además, se presenta un apartado final de conclusiones.

I. EL DERECHO DE NO DISCRIMINACIÓN REMUNERATIVA EN RAZÓN DEL GÉNERO: SU FUNDAMENTACIÓN, SU CONTENIDO Y SU EFICACIA

1. *Su fundamentación*

Del derecho de igual remuneración por trabajo de igual valor. Si bien el derecho de no discriminación remunerativa se fundamenta en el principio general de igualdad ante la ley, debe recordarse que no será hasta el siglo XX que se reconozca la plena igualdad de hombres y mujeres, “tanto ante la ley –o en la aplicación de la ley– como en la ley –o en el contenido de la ley–”¹⁰. Precisamente, será la igualdad ante la ley el fundamento teórico de la prohibición de trato diferenciado, configurándose así el principio de no discriminación y, en el marco del ámbito laboral, el de igual remuneración por trabajo de igual valor.

Al efecto, el principio de igualdad y el consiguiente derecho de no discriminación han sido reconocidos como derechos fundamentales en los diversos tratados internacionales, así como se plantea en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, la que también reconoce expresamente el derecho a la igualdad de salario pero lo limita al “trabajo igual” (Artículo 23.2). No será hasta 1970 que Naciones Unidas, mediante el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, reconozca en el derecho a *un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor* (Artículo 7.a.i).

¹⁰ LOUSADA, 2014, p. 41.

Sin embargo, han sido instrumentos internacionales específicos los que han explicitado el principio de igual remuneración al incorporar la trascendental referencia al trabajo de igual valor entre mujeres y hombres, como lo hace la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por su sigla en inglés), de Naciones Unidas (1979), la que lo incorporó en la sección laboral: “El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo” (Artículo 11, letra d). Se debe resaltar que tal convención dio origen a un órgano de seguimiento y control, el CEDAW (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer), del que ha emanado una importante doctrina acerca de la aplicación de este principio.

Desde el Derecho Internacional del Trabajo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha reconocido el principio general de igualdad en materia laboral, como se plantea en general en el Convenio 111 (1958), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Aunque acerca del derecho de no discriminación retributiva es más preciso el Convenio Nº 100 (1951), precisamente referido “a la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor”. Es este último texto normativo el que establece la obligación de “... garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” (Artículo 2.1).

Además, tratados internacionales de ámbito regional han reconocido expresamente el derecho de igual remuneración por trabajo de igual valor, como sucede en Europa con la Carta Social Europea de 1961¹¹. Con posterioridad, la Unión Europea ha sido fuente de una extensa normativa que reconoce y desarrolla la garantía de igual retribución entre mujeres y hombres, junto con establecer las garantías para su efectividad¹², normativa que también se manifiesta en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). En la actualidad está vigente la Directiva 2006/54, referida a la Igualdad de Oportunidades e Igualdad de Trato entre Hombres y Mujeres, la que dedica el Capítulo 1 a la igualdad de retribución, requiriendo a los Estados la efectividad de los instrumentos de desarrollo de tales mandatos. Asimismo, en la garantía de estos derechos es de particular importancia la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014, la que, junto con insistir en la eficacia de tales garantías, reclama la necesaria transparencia de las remuneraciones.

En la perspectiva de las normas internacionales de carácter regional en el ámbito latinoamericano, es admisible hacer notar la falta de un expreso reconocimiento del derecho de no discriminación entre hombres y mujeres y de retribución por trabajo de igual valor. Por consiguiente, en este ámbito las fuentes internacionales directas del

¹¹ La que expresamente reconoce en su artículo 4, 3. “...el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor” (ver Consejo de Europa).

¹² De la materia, véase, entre otros, BALLESTER, 2018b, CABEZAS, 2012 (pp. 79-98) y LOUSADA, 2014.

derecho de igual remuneración por trabajo de igual valor las constituyen los convenios de la OIT, en especial el número 100, y la CEDAW, de la ONU.

2. *Su contenido*

Como se ha señalado, en una perspectiva universal el principio de igualdad prohíbe la discriminación de remuneración por trabajo de igual valor entre mujeres y hombres. Por consiguiente, son tres los conceptos que incorpora y que deben ser analizados a este respecto: el de remuneración, el de no discriminación y el de trabajo de igual valor.

(a) En primer lugar, el concepto de comparación en este derecho es el de “remuneración” –o de “retribución”, como se lo denomina en sistemas jurídicos específicos–, el que corresponde a todas las contraprestaciones por el trabajo y, como señala la OIT, “comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último” (Art. 1 a). Por consiguiente, se abandona el criterio anterior que limitaba la comparación a la remuneración base, como es el salario.

(b) En segundo lugar, el derecho a la no discriminación es el derecho de igualdad de trato. Así, desde el Derecho Internacional la discriminación plantea “una diferencia de trato que no es razonable ni objetiva”¹³ y, desde la perspectiva del Derecho del trabajo, “toda exclusión o menoscabo en el trabajo, fundado en criterios distintos de la capacidad o idoneidad del trabajador...”¹⁴. La particularidad laboral de la discriminación remunerativa de género es que, además de su masividad en los distintos sistemas de relaciones laborales, presenta diversas manifestaciones.

En todo caso, estas expresiones de discriminación remunerativa se enmarcan en categorías generales que ya habían sido definidas por la disciplina del Derecho Antidiscriminatorio¹⁵, así como son las de discriminación directa e indirecta¹⁶. La discriminación es directa si se efectúa a base del criterio que define a la persona que es discriminada, mientras que la discriminación es indirecta cuando *se usa un criterio no definitorio que, sin embargo, tiene el efecto de desfavorecer al grupo en cuestión*¹⁷. Así, la vulneración al principio de igualdad de remuneración comprende tanto la discriminación directa como indirecta, como lo establecen las normas internacionales aplicables, especialmente el CEDAW y el Convenio 100 de la OIT.

A su vez, respecto de las dos categorías que se presentan en la discriminación remunerativa, se plantean al interior de cada una de ellas diversas manifestaciones, todas

¹³ DÍAZ, 2013, pp. 637-638.

¹⁴ CAAMAÑO, 2003, pp. 25-26.

¹⁵ Como señala MUÑOZ (2018, p. 176), el Derecho Antidiscriminatorio se ha “... constituido plenamente como una rama relativamente específica del saber jurídico y de la práctica jurisprudencial...”.

¹⁶ BARRERE, 1996 y SÁEZ, 1994.

¹⁷ Si bien el concepto de “discriminación indirecta” nace en el Derecho Antidiscriminatorio de Estados Unidos, el mismo ha sido desarrollado en el Derecho Europeo, particularmente por el TJUE, a partir de pronunciamientos acerca de discriminación de mujeres contratadas a tiempo parcial (CAAMAÑO, 2001, pp. 67-81).

necesarias a considerar al momento de definir los instrumentos jurídicos para la restauración del principio de igualdad.

La discriminación directa plantea remuneraciones distintas en razón del sexo, aun cuando se realice el mismo trabajo, por lo que el criterio de diferenciación es el sexo del trabajador: una mayor cuantía si es hombre, un menor monto si es mujer.

Si bien es claro el alcance general de esta categoría de discriminación, las manifestaciones que plantea son diversas. Estas son: primero, la discriminación de remuneración por trabajos iguales y que tienen la misma denominación; al respecto, se ha sostenido en sistemas comparados que este supuesto es el de menor envergadura por su evidente vulneración jurídica¹⁸. Segundo, la discriminación de remuneración por trabajos iguales a los que se les otorga diversa denominación según cuál sea el sexo de quien los ejecute, y, “normalmente, los trabajos designados con nombres femeninos están peor pagados que los designados con nombres masculinos”¹⁹. Y, tercero, la discriminación remunerativa con ocasión de la maternidad, la que plantea dos supuestos: uno de ellos es la discriminación con ocasión del ejercicio de los derechos de maternidad, particularmente el de permisos y descansos²⁰; y, si bien esta materia se relaciona en parte con la seguridad social, es necesario efectuar el análisis desde la perspectiva de la verificación de un tratamiento diverso. El otro supuesto es el de la “penalización” de las trabajadoras por ser madres²¹, que muestra una brecha salarial entre las que son y las que no son madres.

La discriminación indirecta, por su parte, es la que afecta a un colectivo de personas, en este caso las trabajadoras, a base de la aplicación de un criterio supuestamente neutral. Esta discriminación incorpora dos supuestos: (a) El primero es la infravaloración de los trabajos realizados mayoritariamente por mujeres, en cuanto se muestra una segregación horizontal de las mujeres en el trabajo, que confina a un gran número de las mujeres a determinados sectores de producción y servicios y, a la vez, a actividades o profesiones específicas²². (b) El segundo es la menor remuneración por exclusión de determinadas formas de retribución a puestos de trabajos que atienden a alguna modalidad especial de contratación, en circunstancias de que dichas modalidades son utilizadas principalmente por mujeres, como es el contrato a jornada parcial.

Debe advertirse que los diversos estudios constatan la prevalencia de discriminación indirecta, en cuanto devalúa el trabajo que desempeñan mayoritariamente las mujeres²³ y que así se mantiene en la actualidad²⁴. Además, en los distintos casos de discriminación se debe atender a los mecanismos requeridos para identificarla y definirla, para ello se acude a la comparación, pero no solo de trabajos similares, sino que también a base de

¹⁸ BALLESTER, 2018a, p. 19.

¹⁹ OIT, 2013, p. 23.

²⁰ BALLESTER, 2018a, pp. 28-36.

²¹ OIT, 2019, pp. 102-103.

²² LOUSADA *et al.*, 2018, pp. 77-78.

²³ CABEZAS, 2012, pp. 81-82.

²⁴ OIT, 2019, pp. 100-103.

un comparador flexible o un comparador hipotético, como lo ha establecido el Derecho Comunitario²⁵.

(c) En tercer lugar, la explicitación del derecho de no discriminación por “trabajo de igual valor” responde a una de las manifestaciones de discriminación indirecta: los trabajos feminizados han sido y son evaluados en razón de estereotipos negativos, lo que lleva a otorgarles una consideración social inferior y, por ello, una remuneración menor²⁶.

Entonces, se requiere revalorizar el trabajo; es decir, definir su valía para determinar su remuneración²⁷ pero ahora a base de criterios objetivos, como señalan los diversos instrumentos internacionales²⁸. Esta exigencia ya había sido establecida por el Convenio 100 de la OIT, el que en su artículo 3 prescribió la adopción de “... medidas para promover la evaluación objetiva del empleo tomando como base los trabajos que este entrañe...”. Precisamente, la OIT ha generado una guía acerca de la promoción de la igualdad salarial, la que incorpora métodos para “comparar trabajos y determinar el valor igual”²⁹.

3. *Su eficacia (o la necesaria adopción de medidas que garanticen el derecho de igualdad en las remuneraciones)*

El derecho de igual remuneración por trabajo de igual valor no se garantiza con el solo reconocimiento jurídico. En efecto, la discriminación que se verifica tiene raíces en una cultura global que minusvalora a la mujer y, en este caso, a las trabajadoras, reproduciéndose condiciones inequitativas en el mundo del trabajo.

Es por ello la necesidad de establecer los instrumentos necesarios, tanto jurídicos como de políticas públicas, con el fin de garantizar condiciones de equidad en el trabajo. En el ámbito remunerativo han sido los mismos tratados internacionales los que establecen tal obligación respecto de los Estados. Así, el CEDAW plantea el compromiso de los Estados de “adoptar las medidas adecuadas para eliminar las discriminaciones que afectan a la mujer en el empleo” y asegurar el derecho de igual remuneración respecto de un trabajo de igual valor (Art. 11, letra d). La OIT, por su parte, establece en el Convenio 100 la obligación de cada Estado de “promover (...) y garantizar (...) la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” (Artículo 2.1); además, la Resolución del Consejo de Administración de la OIT del 2004 convocó a los respectivos gobiernos a la contribución activa para que *eliminen las diferencias de remuneración basadas en el género* (Artículo 1.v.).

²⁵ Así, la Directiva 2006/54 de la Unión Europea.

²⁶ LOUSADA *et al.*, 2018, p. 88.

²⁷ OIT, 2013, p. 42.

²⁸ En este sentido, es clara la Recomendación del 2014 de la UE: “El valor del trabajo deberá evaluarse y compararse utilizando criterios objetivos, tales como requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión”.

²⁹ OIT, 2013, pp. 41-53.

A los efectos de la promoción establecida, se presentan diversos instrumentos. En una perspectiva de aproximación, en razón de los que han definido e implementado los sistemas comparados³⁰, se pueden establecer las siguientes categorías de instrumentos:

En primer lugar, el establecimiento de los conceptos requeridos en la configuración de la discriminación, de la igualdad de remuneración y, particularmente, de trabajo de igual valor, junto con las vías administrativas y judiciales encargadas de conocer los reclamos y acciones por vulneraciones al principio de igualdad.

En segundo lugar, la definición de “modelos proactivos”³¹ que se establecen en el sistema de relaciones laborales para el logro del objetivo indicado. Es importante señalar que estos modelos son diversos, definiéndose en razón de las particularidades de cada sistema; sin embargo, no es inocua la adopción de uno u otro mecanismo. Al efecto, se plantea un estudio comparativo entre diversos modelos³², en el que uno impone la obligación a los empleadores de efectuar el ejercicio de equidad remunerativa (Canadá y Suecia), otro es de fomento de la equidad mediante la participación voluntaria de los empleadores (Reino Unido y Países Bajos) y el último plantea instrumentos normativos por medio de la ley (Francia y Suiza), concluyendo que el que ha obtenido mejores resultados es el primero.

En tercer lugar, el establecimiento de entidades que colaboren con la implementación de las políticas definidas y, a la vez, permitan el seguimiento de estas políticas, como sucede en Canadá y Suecia.

No obstante, las medidas efectuadas hasta ahora son insuficientes para superar la discriminación remunerativa, la que se mantiene en diversos sistemas. A partir de ello se definen a nivel internacional tanto instrumentos generales³³ o específicos, como es la necesaria “transparencia salarial”, como lo establece la Recomendación de la Comisión de la Unión Europea del 2014³⁴, o la necesaria evaluación no sexista de los empleos que formula la OIT a efectos de asistencia técnica a los mismos Estados³⁵.

II. LOS INSTRUMENTOS VIGENTES EN CHILE Y SU EFICACIA

1. *El derecho de no discriminación*

En el sistema jurídico chileno diversas fuentes normativas reconocen expresamente el principio de igualdad y, consiguientemente, el derecho de no discriminación. Así,

³⁰ Para este fin, se efectuó un estudio preliminar de la normativa en sistemas de Derecho Comparado, el que consultó los diversos países que han definido políticas públicas en materia de discriminación salarial: “Gesetz zur Auskunft über Gehalt” (Alemania, 2017), “Employment Equity Act” (Canadá, 1998), “Employment Equality Act” (Irlanda, 1998), “Equality Act” (Reino Unido, 2010) y “Discrimination Act” (Suecia, 2008).

³¹ En la denominación utilizada por Chicha y OIT, 2006.

³² CHICHA y OIT, 2006, pp. 8-27.

³³ Entre otros documentos, la Directiva Comunitaria 2006/54 referida a “... la aplicación de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación”.

³⁴ UNIÓN EUROPEA, 2014.

³⁵ OIT, 2008, pp. 1-6.

la Constitución Política vigente reconoce la igualdad de todas las personas como base institucional, garantizándose “la igualdad ante la ley” (Art. 19, n. 2 inciso 1.ro), por lo que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias (Art. 19, n. 2 inciso 2.do). En el ámbito laboral de las garantías constitucionales, “se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal...”³⁶ (Art. 19, n. 16, inciso 3.ro), prohibición que se ha interpretado como manifestación del principio general de igualdad³⁷.

La ley laboral, por su parte, ha desarrollado el contenido de este derecho en el ámbito de las relaciones de trabajo, toda vez que el Código del Trabajo (en adelante, CT) reconoce que “son contrarios a las leyes laborales los actos de discriminación”. Pero un mecanismo idóneo de protección solo se estableció mediante la acción de tutela de derechos fundamentales del trabajo en el 2008, la que si bien limitó los derechos fundamentales amparados, el de no discriminación sí está cubierto por esta acción, aunque con alguna exclusión³⁸. De otra parte, la misma ley laboral ha reconocido dos derechos específicos de no discriminación de sexo, estos son por embarazo para acceder, permanecer o promover un puesto de trabajo (Artículo 194, inciso final, CT)³⁹ y el de igual remuneración por igual trabajo (Artículo 62 bis del CT).

En este contexto, el derecho de igual remuneración por trabajo de igual valor debería entenderse incorporado al ordenamiento jurídico, toda vez que el Estado de Chile ha ratificado los dos tratados universales que expresamente lo reconocen: el Convenio 100 de la OIT y la CEDAW, de ONU; sin embargo, este reconocimiento no se reitera en una fuente interna.

Precisamente, la interrogante se plantea respecto del reconocimiento y garantías en el sistema jurídico chileno del derecho de no discriminación remunerativa por trabajo de igual valor, para ello debe distinguirse entre el específico instrumento establecido para garantizar este derecho y las demás vías que comprende el ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos laborales.

En todo caso, el concepto jurídico de remuneración sí da cuenta de los diversos elementos que la integran (Art. 41 CT), lo que coincide con la exigencia establecida por OIT.

2. *La limitada garantía del “derecho de igualdad de remuneraciones”, Ley N° 20.348*

En el 2009 se dictó y entró en vigencia la Ley N° 20.348, la que “resguarda el derecho a la igualdad de las remuneraciones”, para esto estableció la obligación general

³⁶ Aunque se agrega que ello es ... *sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.*

³⁷ CAAMAÑO, 2003, p. 29.

³⁸ Como prescribe el inciso segundo del Art. 485 del CT: *También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.* Estos últimos son los referidos a trato diferenciado por obligaciones financieras.

³⁹ Ley N° 19.591, de 1998.

del empleador a “...dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten el mismo trabajo”.

Junto con el establecimiento de este derecho laboral se estableció una regulación para su ejercicio y garantía: (a) Un derecho a reclamo ante la misma empresa, la que debe establecer un procedimiento al efecto. (b) Se condicionó la acción judicial por lesión a derechos fundamentales al reclamo previo ante la empresa. (c) Se estableció la obligación de las grandes empresas (de 200 o más trabajadores) de establecer un registro que “consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales”. (d) Se definió un incentivo para el cumplimiento de no discriminación salarial mediante la rebaja de multas de otras infracciones laborales; sin embargo, dicho estímulo se cambió por una posterior modificación legal⁴⁰. (e) Finalmente, se estableció una obligación similar en un área de la administración pública, respecto de los trabajadores a contrata.

Ciertamente que el reconocimiento del derecho de igualdad fue limitado—el derecho se restringió a la igual remuneración por igual trabajo, para ello se estableció un derecho a reclamo al interior de las empresas, vía que condicionó incluso la acción judicial de tutela del derecho, además de definirse un registro de los puestos de trabajo pero solo en la gran empresa— y la interrogante que se plantea es por qué el reconocimiento de este derecho se dio en estos términos.

Junto con considerar la tardanza en esta modificación legal, la que se explica por el tardío reconocimiento en Chile de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales⁴¹, como también del establecimiento de instrumentos ante la discriminación de género, lo cierto es que podría estimarse que la propuesta inicial del reconocimiento expreso de este derecho y de sus garantías ya era limitada, pero ella habría podido tener algún impacto en el sistema de relaciones laborales. Sin embargo, en la discusión al interior del Congreso Nacional se efectuó un vaciamiento de su contenido.

El origen del Proyecto de Ley fue una Moción presentada por un grupo de diputados⁴², la que, fundada en el principio de igualdad y en el derecho de no discriminación, planteó establecer “un dispositivo jurídico de protección ante la discriminación de remuneración”, para lo que se hace una propuesta bastante escueta referida a su establecimiento explícito, planteándose incorporar como norma laboral el que en materia de remuneraciones debería aplicarse el principio de igualdad por un servicio de igual valor. Para ello se estableció un instrumento específico: el establecimiento de un registro de cargo en toda empresa con más de cinco trabajadores, que consignara *los diversos cargos o funciones ejercidos por sus trabajadores, designando el número de personas que los desempeñan y señalando los nombres de quienes actualmente los ejercen*. Este registro sería público, en cuanto estaría a disposición de cualquiera de sus trabajadores y del inspector del trabajo. Sin embargo, en la discusión legislativa de este Proyecto se incorporaron drásticas

⁴⁰ Ley Nº 20.416, de 2010, que sustituyó dicho criterio.

⁴¹ Lo que ocurre únicamente a fines de la década de los noventa del siglo XX.

⁴² BCN, 2009, pp. 3-7.

modificaciones, particularmente las que tuvieron su origen en el Senado, por lo que debe distinguirse entre ambas cámaras⁴³.

En la discusión que se planteó en su Cámara de origen (de Diputados) se adoptaron medidas específicas, algunas de estas relativizaron el alcance de las modificaciones⁴⁴. Pero fue en el Senado, específicamente en la Comisión de Trabajo, donde se incorporaron las radicales modificaciones a la propuesta planteada: (a) La limitación de la garantía a trabajos iguales en vez de trabajos de igual valor. (b) La exclusión de la garantía en razón de las diferencias objetivas, capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad. (c) El aumento del umbral de la obligación de registro de los puestos de trabajos solo a la gran empresa, es decir de 200 y más trabajadores. (d) El condicionamiento de la acción de tutela de derechos fundamentales al reclamo previo dentro de la empresa. (e) La limitación de la garantía en la administración pública a los cargos de contrata.

Para entender los motivos para tal modificación de la propuesta inicial, es necesario analizar el contenido de la discusión en la Comisión de Trabajo del Senado.

(a) Respecto de la restricción de la garantía a trabajos iguales en vez de trabajos de igual valor, fue a partir de un cuestionamiento al objeto del derecho de igualdad (“un servicio de igual valor”) y de la presión de cambiarlo por “un trabajo de igual productividad” que se acordó limitar su contenido a la no discriminación en la remuneración por igual trabajo. En efecto, por dudas acerca del concepto de “servicio de igual valor”⁴⁵, como también de su contenido, alcance y cuál entidad sería la que decidiría por tal materia⁴⁶, y porque además dichas interrogantes fueron en parte respondidas por la presentación del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM)⁴⁷, dos senadores proponen limitar tal principio “al trabajo de igual productividad”⁴⁸. Frente a ello, el Ejecutivo plantea una nueva Indicación en que elimina el trabajo por igual valor y lo sujeta a igual trabajo⁴⁹, propuesta que es aprobada.

(b) En cuanto a la exclusión de la garantía a “las diferencias de remuneración basadas en capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”, esta fue nuevamente una solución de consenso frente a las objeciones que entonces se plantearon

⁴³ El Poder Legislativo en Chile plantea dos Cámaras: la de Diputados y la de Senadores, y la tramitación de una ley contempla su discusión en ambas.

⁴⁴ Véase Oficio de Cámara de Origen a Cámara Revisora, de 10 de abril de 2008, Biblioteca del Congreso Nacional, BCN, 2009, pp. 89-90: (a) se identificó al titular de la obligación: el empleador; (b) se aumentó el umbral de las empresas que tendrían tal obligación (solo las de más de cincuenta trabajadores), todo ello con el fundamento de que tal exigencia “podría entorpecer el funcionamiento de las micro y pequeñas empresas”; (c) se definió la procedencia del reclamo ante la misma empresa; (d) se estableció el incentivo para las empresas por cumplimiento de tales normas, y (e) se incorporó al sector de la administración pública la misma obligación de igual remuneración por trabajo de igual valor.

⁴⁵ Así lo plantea el senador Pizarro (BCN, 2009, p. 103).

⁴⁶ Como lo planteó la entonces senadora Matthei (BCN, 2009, p. 102).

⁴⁷ El actual Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, al 2008 era solo un servicio, el SERNAM.

⁴⁸ Estos fueron los senadores Allamand y Pérez Varela (BCN, 2009, p. 115).

⁴⁹ BCN, 2009, p. 122.

a la propuesta de la Cámara de Diputados. Debido a esto se propuso que existirían "... distinciones en función de otras circunstancias objetivas y válidas, tales como la capacidad, la calificación, la responsabilidad o el rendimiento de las personas"⁵⁰. Si bien se discutió y objetó tal premisa en razón de que la consagración legal de la prohibición de discriminación ya consideraba como tal "la exclusión o preferencia definida en las calificaciones" (artículo 4, inciso 5.to, CT), se aprobó una nueva indicación que planteó la directora del SERNAM por la que se incorporan tales criterios⁵¹.

(c) El aumento del umbral de la obligación de registro de los puestos de trabajo solo a la gran empresa, por su parte, tuvo su origen en una indicación cuyo fundamento fue el que la mediana empresa no podría cumplir tal exigencia o que ello constituía una gran dificultad⁵², en cuanto que "... las empresas cambian su estructura y organización constantemente, porque están en permanente movimiento, con lo cual llevar un registro (...) es una labor engorrosa..."⁵³. Si bien tal argumento fue reiterado, no fue objeto de grandes objeciones, en circunstancias de que se está rechazando la base del sistema de clasificación profesional y de puestos de trabajo, los que sí existen en la mediana y gran empresa y que están institucionalizados en diversos sistemas comparados e, inclusive, remitidos su definición por medio de la autonomía colectiva.

Otro argumento que se planteó para rechazar el registro de los cargos y funciones fue la dificultad de establecerlos por la incidencia en ellos de los cambios estructurales de las empresas, "por cuanto difícilmente podrá llevarse al día la descripción de tales funciones, toda vez que estas se encuentran en constante evolución"⁵⁴. Ciertamente que en este argumento se expone una confusión entre la organización estructural de las empresas y las actividades que ella realiza, en cuanto si bien hay una relación ello en caso alguno impide tal definición de los puestos de trabajo.

Un tercer argumento de rechazo fue el que la multiplicidad de funciones que realizan o deben realizar los trabajadores, a causa de la polifuncionalidad impuesta por las empresas –lo que está autorizado en el sistema chileno–⁵⁵, dificulta la confección del registro y encarece o hace más compleja la gestión de la empresa⁵⁶.

Si bien los representantes del SERNAM y también un senador de la Comisión rechazaron tal aumento del umbral de posición, en la Cámara de Trabajo del Senado fue aprobada por mayoría dicha indicación⁵⁷.

(d) El condicionamiento de la acción de tutela de derechos fundamentales al reclamo previo dentro de la empresa se estableció al interior de la Comisión de Trabajo del Senado, la que, en el marco de la próxima entrada en vigencia de la acción de tutela de

⁵⁰ Como lo planteó el senador Allamand (BCN, 2009, p. 126).

⁵¹ BCN, 2009, p. 131.

⁵² BCN, 2009, p. 133.

⁵³ BCN, 2009, p. 133.

⁵⁴ Planteado por la entonces senadora Matthei (BCN, 2009, p. 135).

⁵⁵ Incorporada por la Ley Nº 19.759, de 2001, en artículo 10. n. 3, CT.

⁵⁶ Senador Pizarro (BCN, 2009, pp. 135-136).

⁵⁷ Por 3 votos contra 2.

derechos laborales del ámbito laboral⁵⁸, planteó el condicionamiento de esta acción al reclamo previo dentro de la empresa⁵⁹, propuesta que fue aceptada de inmediato y se adopta como acuerdo de dicha Comisión.

(e) Por último, se limitó la garantía en la administración pública a los cargos de contrata, en el entendido de que esa fue la premisa sostenida en la Cámara de Diputados⁶⁰. Asimismo, de igual manera que la garantía general, se elimina la referencia al trabajo de igual valor y se incorporó la referencia al grado y la calificación.

La totalidad de estas modificaciones fueron acogidas sin mayor discusión en la Sala del Senado, salvo la referida a la limitación de las empresas obligadas a establecer el registro de los puestos de trabajo, materia que fue llevada a votación y se impuso la propuesta de la Comisión de Trabajo⁶¹.

Si bien posteriormente, en la Cámara de origen de este proyecto, fueron objetadas varias de las modificaciones introducidas, y catalogadas en algunos casos como “escollo a la igualdad de género”, estas modificaciones fueron aceptadas con el fin de evitar una Comisión Mixta que las volviera a ver, debido a un temor de mayor retroceso⁶².

3. *La nula eficacia de la Ley N° 20.348*

Esta ley entró en vigencia en junio de 2009 y sus preceptos más relevantes fueron incorporados como artículo 62 bis del CT. Sin embargo, rápidamente fueron señaladas sus deficiencias y finalmente su ineficacia frente al desafío de garantizar la igualdad de remuneraciones entre mujeres y hombres.

Así, los dos organismos internacionales respecto de los que el Estado de Chile tenía compromisos en la materia plantearon las serias deficiencias de esta ley. Por su parte, el CEDAW, en el Informe del 2012, planteó su “preocupación” entre otras materias por la exclusión del “... principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor” y recomendó al Estado de Chile, que “... considere la posibilidad de modificar su legislación para incluir el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor”⁶³.

Un reproche similar planteó la OIT en un Informe de la Comisión de Expertos⁶⁴, el que, además de cuestionar la explicación del gobierno de Chile frente a la sola

⁵⁸ Esto es en el 2008.

⁵⁹ Fue el asesor legislativo del Ministerio del Trabajo quien planteó dicha propuesta (BCN, 2009 p. 139). Esto no deja de llamar la atención, porque el gobierno de entonces era uno de posiciones políticas de centroizquierda, por lo que podría haberse analizado el efecto perverso de este condicionamiento de la acción judicial.

⁶⁰ Así lo plantea la Historia de la Ley N° 20.348 al interior del debate de la Comisión del Trabajo en la Cámara (BCN, 2009, p. 59).

⁶¹ En efecto, se aprobó la propuesta de la Comisión del Trabajo en esta materia por 16 votos contra 9 (BCN, 2009, p. 159).

⁶² Así lo plantea la diputada Saa (BCN, 2009, p. 168).

⁶³ CEDAW. 2012, pp. 8 y 9.

⁶⁴ OIT, 2012, pp. 536 y 537.

garantía de no discriminación para igual trabajo⁶⁵, señala: "... la Comisión estima que el sistema establecido contribuye a la persistencia de la brecha de remuneración y de la segregación ocupacional por motivo de sexo..."⁶⁶, por lo que solicita la revisión del citado Art. 62 bis del CT.

Más drástico fue el Informe elaborado al interior de la Cámara de Diputados en "Evaluación de la Ley Nº 20.348"⁶⁷. Tras un profundo análisis, este Informe concluyó en la ineficacia de la normativa establecida por dicha ley, particularmente por la dificultad de efectuar las denuncias, toda vez que no es posible obtener información acerca de las remuneraciones de sus compañeros y, además, por el temor a ser despedido al efectuar un reclamo ante la empresa⁶⁸. Asimismo, el Informe concluye en que los resultados adversos podrían indicar que la fórmula de igualdad de remuneraciones por un "mismo trabajo" no da cuenta de la realidad de la segregación laboral.

Los diversos estudios son coincidentes en las críticas a esta ley por su falta de eficacia⁶⁹, sin perjuicio de manifestar que las carencias de esta ley han visibilizado "la situación de discriminación salarial existente y explícita el derecho a no discriminación de género".

Además, una clara evidencia de esta ineficacia de la Ley Nº 20.348 es que pasados pocos años se han presentado nuevos proyectos de ley pertinentes a la materia⁷⁰, los que plantean algunas medidas respecto del derecho de no discriminación remunerativa entre mujeres y varones, aunque es discutible que dichas propuestas sean suficientes para garantizar este derecho, toda vez que se limitan al mero reconocimiento del derecho.

4. *Los demás instrumentos jurídicos de tutela al derecho de igual remuneración*

Este derecho plantearía varias vías jurídicas para su garantía, las que se definirían en razón de la categoría laboral del mismo derecho. En el ámbito de la disciplina del Derecho del Trabajo en el sistema chileno, los instrumentos que podrían actuar al objetivo señalado serían los siguientes: (a) la fiscalización administrativa, (b) la tutela judicial, (c) la negociación colectiva formal e informal (d) la iniciativa empresarial.

⁶⁵ En cuanto señala que la Comisión toma nota de que el gobierno indica que la legislación chilena se refiere al principio de "el mismo trabajo", ya que el mercado laboral está fuertemente segregado por sexo y que por lo general las mujeres no desempeñan los mismos trabajos que los hombres. El gobierno añade que durante la discusión parlamentaria de la ley se manifestaron reticencias en cuanto a la expresión "trabajo de igual valor", ya que la misma no sería del todo clara para su interpretación. Por ello, se optó por la expresión "mismo trabajo" (OIT, 2012, p. 536).

⁶⁶ OIT, 2012, pp. 536-537.

⁶⁷ Cámara, 2013, pp. 56-60.

⁶⁸ Debido a que, como se señala "... la precaria situación en que se encuentra el o la trabajador(a) para denunciar a su empleador constituye un riesgo de perder su empleo o, al menos, ser considerado como conflictivo..." (Cámara, 2013, p. 57).

⁶⁹ Por todos, DÍAZ, 2015.

⁷⁰ Así, por todos, el proyecto pertinente a la materia que registra un mayor avance a la fecha es el presentado en el Senado en el 2014 (Boletín 9322-13).

(a) En el caso chileno, la fiscalización administrativa del cumplimiento de las normas laborales está entregada a la Dirección del Trabajo y a las entidades que de ella dependen para el cumplimiento de esta materia; esto es, las Inspecciones del Trabajo. Sin embargo, a base de la información disponible, pareciera que la fiscalización de estas normas se ha reconducido a la actuación de la Inspección del Trabajo ante el reclamo específico⁷¹, el que, en conformidad con la interpretación efectuada por tal organismo, solo se puede plantear una vez que esté agotado el procedimiento interno de la empresa⁷². A la vez, el número de reclamos ha sido excesivamente bajo, como plantea el CEDAW y reitera un estudio de la misma Dirección del Trabajo⁷³, en cuanto al 2014 solo había 21 denuncias efectivas; es decir, que corresponden a la materia y que se han efectuado los procesos e informes de fiscalización⁷⁴.

(b) Respecto de la tutela judicial, hasta ahora son escasos los pronunciamientos de los tribunales acerca de igualdad de remuneraciones en razón de sexo, y las causas están en las dificultades para accionar judicialmente, debido a la exigencia del reclamo previo al interior de las empresas. Los casos en que ha habido pronunciamiento judicial están referidos a supuestos de discriminación directa por realización de igual trabajo, con o sin la misma denominación, y lo que se discute es la configuración de la discriminación en razón de la concurrencia o no de los pretendidos supuestos que permiten una remuneración desigual.

Más allá de los distintos resultados que se obtienen en estos casos judiciales⁷⁵, la normativa de la Ley N° 20.348 plantea un espacio particular: en las sentencias de los diversos casos judiciales la fundamentación del derecho de no discriminación por remuneración se plantea a base de las normas internacionales, constitucionales y específicas del Derecho del Trabajo en materia de no discriminación general, y la norma específica incorporada por la Ley N° 20.348 está es el Art. 62 bis del CT se presenta como fundamento de los diferencias remunerativas que no configuran discriminación.

Por consiguiente, podría concluirse que la normativa referida (Ley N° 20.348), más que establecer una garantía al derecho de no discriminación remunerativa, abrió los supuestos de no configuración de tal discriminación, pues la acción de tutela ya estaba consagrada jurídicamente con las normas de la reforma procesal laboral.

(c) Por su parte, la negociación colectiva podría constituirse en instrumento de garantía del derecho de no discriminación, pero ello únicamente se plantea en términos potenciales, por las particularidades del sistema chileno de negociación colectiva. De una parte está la negociación colectiva formal, que es la realizada en conformidad al modelo jurídico laboral del Código del Trabajo, la que plantea una escasa cobertura

⁷¹ Sin perjuicio de la interpretación acerca de las normas referidas efectuada por la misma Dirección del Trabajo, por todas, véase Dictamen 1187/18, de 10 de marzo de 2010.

⁷² Si bien sería posible sostener que la fiscalización de la Inspección puede ser inmediata, la interpretación efectuada por la Dirección del Trabajo parece ser otra, como plantea el estudio de Estrella Díaz (2015, p. 73).

⁷³ Díaz, 2015, p. 116.

⁷⁴ Díaz, 2015, p. 74.

⁷⁵ Los casos son de los Juzgados del Trabajo de Viña del Mar, 02.09.2013, Rol T.55-2013; de Valparaíso, 06.12.2013, Rol T.108-2013, y Primero de Santiago, 04.06.2017, Rol T.478-2017.

tanto cuantitativamente –toda vez que las tasas tradicionales no han superado el 12% de la población laboral asalariada⁷⁶– como en términos cualitativos, en cuanto solo se ha referido a materias de remuneraciones como beneficios específicos. No obstante, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.940, de 2016, se plantean visiones más optimistas en cuanto al potencial de este instrumento como vía de garantía ante la discriminación laboral de género, a causa de la explícita referencia a la posibilidad de que las medidas de equidad de género sean objeto de la negociación colectiva (Art. 306, inciso 2.do, CT)⁷⁷ o el acceso que tendrán las organizaciones sindicales a la información respecto de remuneraciones con ocasión del ejercicio de la negociación colectiva⁷⁸.

Por otra parte, la negociación colectiva informal, que es la que se realiza al margen de las estrictas normas laborales⁷⁹, también tendría el potencial para establecer este instrumento de garantía. Precisamente, la manifestación más acabada de garantía de igual remuneración por trabajo de igual valor que se ha logrado hasta ahora es fruto del acuerdo entre la Asociación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF) y el gobierno, de julio de 2015, referido a la “evaluación de los puestos de trabajo con perspectiva de género, para la disminución de brechas salariales en el Estado”⁸⁰ y que se implementó en una repartición, el Instituto de Salud Laboral (ISL)⁸¹.

(d) La iniciativa empresarial. Ciertamente es que, además de los instrumentos de origen estatal y de los que provienen de la autonomía colectiva, está la propia iniciativa de las empresas para obligarse en materia de resguardo de la igualdad de remuneraciones.

La vía institucional hasta ahora establecida es la certificación en Norma ISO respecto de la materia, que corresponde a la Norma Chilena (NCh) 3262-2012, referida a un Sistema de Gestión de Igualdad de género y conciliación de la vida laboral, familiar y personal, la que establece normas de igualdad de compensaciones. La certificación de las empresas es voluntaria y hasta la fecha, noviembre de 2019, se han registrado 14 entidades⁸² en el Servicio Nacional de la Mujer y de Equidad de Género (SERNAMEG)⁸³.

De otra parte, existen otras posibilidades, como es la Iniciativa de Paridad de Género (IPG), la que, de acuerdo con su definición, constituye una “alianza público-privada promovida por el Banco Interamericano de Desarrollo y el Foro Económico Mundial, que tiene como propósito reducir las brechas de género y aumentar la participación económica y el progreso de las mujeres en el mercado laboral en nuestro país”⁸⁴.

⁷⁶ Aunque por un cambio de medición se ha planteado un aumento que la OCDE cifra en 18,9 %, igualmente se objetan estas cifras por un cambio de la metodología que no daría cuenta de la real cobertura. Al respecto, véase Durán y Gamonal, 2019, pp. 7-9.

⁷⁷ CAAMAÑO, 2018, pp. 63-70.

⁷⁸ GÁLVEZ y DÍAZ, 2017, p. 45.

⁷⁹ ROJAS, 2014, pp. 125-129.

⁸⁰ Gobierno de Chile, ANEF y OIT, 2018, p. 64.

⁸¹ BENTANCOR y URETA, 2018, p. 38.

⁸² De acuerdo con correo del pasado 29 de noviembre de 2019, emitido por el SERNAMEG, por información solicitada por medio de Ley de Acceso a la Información Pública.

⁸³ Véase nota 49.

⁸⁴ IPG: 2019a.

Al efecto, dicha iniciativa ha dispuesto 10 medidas y una de ellas está referida a la *Medición y corrección de brechas salariales de género en el sector público y privado*⁸⁵. Si bien a la fecha se indica que hay 170 empresas adheridas, no se tienen estudios a disposición que den cuenta de las medidas concretas dispuestas en estas empresas ante la brecha salarial.

CONCLUSIONES

De acuerdo con los imperativos de las normas internacionales, en este trabajo se han planteado los objetivos de identificar los instrumentos jurídicos existentes en el sistema chileno que permitan garantizar el derecho de no discriminación remunerativa entre mujeres y hombres, como también analizar la eficacia de los mismos. A continuación se presentan las conclusiones o, más bien, las constataciones que arroja este trabajo.

En primer término, se destaca el desconocimiento del contenido del derecho fundamental de no discriminación remunerativa entre mujeres y hombres, y que es el de igual remuneración por trabajo de igual valor, y que se manifiesta tanto en la comunidad jurídica como política, ignorando por consiguiente múltiples manifestaciones de la discriminación remunerativa, tanto directa como indirecta. Y ello en circunstancias de que el Estado de Chile está vinculado por tratados que ha ratificado, por los que no solo tiene la obligación de reconocer este derecho en la dimensión indicada, sino que también está obligado a su promoción, como lo establecen el Convenio 100 de OIT y la CEDAW de la ONU.

En segundo término, los instrumentos para tutelar el derecho de no discriminación remunerativa han sido ineficaces en el objetivo de garantizar el derecho de no discriminación remunerativa, inclusive en la dimensión limitada al “trabajo igual”.

En efecto, el instrumento de la obligación general del empleador de “dar cumplimiento al principio de igual remuneración por igual trabajo”, que fue establecido por la Ley N° 20.348, de 2009, es insuficiente en cuanto solo reiteró una obligación que ya establecía el ordenamiento jurídico, debido a la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales; y su único instrumento de promoción, el registro de puestos de trabajo, lo circunscribió a la gran empresa.

Además, este instrumento limitó los de carácter general, como son el reclamo administrativo y la acción judicial: de una parte, por la adición especial de supuestos que no configurarían la discriminación y, de la otra, requiriendo el reclamo previo al interior de la empresa, inhibiendo, por consiguiente, dichas gestiones.

Es cierto que el origen de estas limitaciones que se impusieron al instrumento de la Ley N° 20.348 fue la Comisión del Trabajo del Senado, cuya discusión y argumentación requiere un examen por la falta de consideración de los antecedentes del sistema de relaciones laborales, tanto del chileno como de los comparados, y ello más allá del

⁸⁵ IPG, 2019b.

necesario análisis político con el fin de explicar los acuerdos que desconocen dimensiones esenciales del derecho en cuestión, específicamente del trabajo de igual valor.

Otros instrumentos son los de carácter general que operan en el ámbito del ordenamiento jurídico laboral. Sin embargo, ellos tienen escasa posibilidad de actuar como mecanismo de promoción y de garantía del derecho de no discriminación laboral. En efecto, el reclamo administrativo y la acción judicial están supeditados al reclamo previo al interior de las empresas y, debe observarse que, aunque no estuviesen condicionados estos mecanismos son insuficientes. Asimismo, la negociación colectiva en Chile está escasamente desarrollada, por lo que en su estado actual impide constituir una vía de garantía de este derecho. No obstante, sí existe una experiencia de negociación colectiva informal en la que se implementó un mecanismo de tutela, mediante la valoración de los puestos de trabajo sin sesgo de género; empero esta fue una experiencia aislada, en un contexto especial que la promovió. Por lo demás, las vías de iniciativa empresarial, tanto la NCh 3262-2012 como la Iniciativa de Paridad de Género, por muy loables que sean, tienen un alcance limitado que no es apto para garantizar un derecho fundamental, así como es el de no discriminación remunerativa.

En tercer término, una dimensión que atraviesa el análisis de las garantías para el derecho de no discriminación retributiva es la del sistema de relaciones laborales, tanto en relación con cualquier sistema jurídico como respecto del chileno. Más allá de las particularidades de nuestro sistema que han sido explicitadas, como es la escasa negociación colectiva, hay otras como es la desregulación de la gestión de las empresas en materia laboral y la falta de participación de la organización de los trabajadores en dichas materias, sujetando dicha organización a lo que decida la dirección de cada empresa, como es, a vía de ejemplo, la falta de clasificación empresarial y de los puestos de trabajo, en circunstancias de que ello está definido en diversos sistemas e, inclusive, constituye materia de negociación colectiva.

Ciertamente que el establecimiento de diversos instrumentos de garantía del derecho de no discriminación remunerativa pasan o pueden pasar por lo que es la organización de la gestión laboral y, por consiguiente, cualquier medida que se establezca deberá considerar y modificar el sistema de gestión laboral existente hasta ahora.

Asimismo, debe reiterarse la constatación efectuada de la casi inexistencia de instrumentos jurídicos que garanticen el derecho de no discriminación remunerativa en nuestro sistema jurídico. Es cierto que el sistema de relaciones laborales chileno conoce el problema de la brecha salarial, pero la labor de construir un sistema de garantías a este derecho está en sus inicios. Por último, falta reflexión como también consideración de los sistemas comparados⁸⁶ que en los últimos decenios y, particularmente, en los últimos años elaboran y revisan los instrumentos para la garantía de una real igualdad de mujeres y varones, en especial en el mundo del trabajo.

⁸⁶ Véanse los señalados en nota 30.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER, Amparo: 2018a, *La discriminación retributiva por razón de sexo*, Albacete: Bomarzo.
- BALLESTER, Amparo: 2018 b, “La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea”, *Revista Documentación Laboral* N. 115, Volumen 3.
- BARRERE, Ángeles: 1996, *Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y Acción Positiva en favor de las Mujeres*, Madrid: Civitas.
- BENTANCOR, Andrea y Ureta, Camila: 2018, *Promoviendo el Diálogo Social en Chile: Evaluación de los puestos de trabajo con perspectiva de género, para la disminución de brechas salariales en el Estado*, Dirección de Presupuestos, Ministerio de Hacienda.
- BIBLIOTECA del Congreso Nacional, BCN: 2009, *Historia de la Ley N° 20.348*. Disponible en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Historia%20de%20la%20Ley%2020348.pdf> (fecha de consulta: 28 de marzo de 2018).
- BREGA, Carla; Durán, Gonzalo y Sáez, Benjamín: 2015, “Mujeres trabajando. Una exploración al valor del trabajo y la calidad del empleo en Chile”, *Fundación Sol*. Disponible en: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2015/03/Estudio-Mujeres-Trabajando-2015.pdf> (fecha de consulta: 28 de marzo de 2018).
- CAAMAÑO, Eduardo: 2018, “La negociación colectiva como vía para promoción de la conciliación de trabajo y vida familiar”, en Arellano, Pablo (editor) *La Discriminación en la legislación social chilena*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- CAAMAÑO, Eduardo: 2003, “La tutela al derecho de no discriminación por razón de sexo durante la vigencia de la relación laboral”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Volumen XIV, N° 1.
- CAAMAÑO, Eduardo: 2001, “La discriminación laboral indirecta”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Volumen XII.
- CABEZAS, Jaime: 2012: “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, *Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales de la Universidad del País Vasco*, N° 25.
- CÁMARA de Diputados: 2013, Departamento de la Evaluación de la Ley, “Evaluación de la Ley N° 20.348. Resguarda el derecho a la igualdad de remuneraciones”, junio de 2013, 64 páginas. Disponible en http://www.evaluaciondelaley.cl/foro_ciudadano/site/artic/20130325/asocfile/20130325153119/informe_ley_nro_20348.pdf (fecha de consulta: 6 de julio de 2018).
- CEDAW, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: 2012, Informe “Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile”. Disponible en: file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Proyecto%202019/Informes%20Internacionales/CEDAW/CEDAW.OBSERVACIONES_FINALS_COMITE_5y6_-INF.pdf (fecha de consulta: 11 de julio de 2019).
- CHICHA, Marie-Therese y OIT: 2006, “A comparative analysis of promoting pay equity: models and Impacts”, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- COMUNIDAD Mujer: 2015. “Mujer y trabajo: Brecha salarial, la gran deuda con las trabajadoras en Chile”, Serie n. 32.
- CONSEJO de Europa, 1961, Carta Social Europea.
- DÍAZ, Estrella: 2015, *La desigualdad salarial entre hombres y mujeres. Alcances y limitaciones de la Ley N° 20.348 para avanzar en justicia de género*, Santiago, Dirección del Trabajo.
- DÍAZ, Iván: 2013, “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 40 N° 2.
- DURÁN, Gonzalo y Gamonal, Sergio: 2019, “La opacidad de las cifras: la cobertura de negociación colectiva en Chile, aceptada en *Revista Derecho y Crítica Social*. Disponible en: <https://derechocriticasocial.com/about/informacion-general/>

- GÁLVEZ, Thelma y Díaz, Estrella: 2017, *Mismo pago por trabajo de igual valor: Avance efectivo hacia la superación de la brecha salarial entre mujeres y hombres*, Santiago, Dirección del Trabajo, Departamentos de Estudios, Dirección del Trabajo.
- GOBIERNO de Chile, ANEF y OIT, 2018. Memoria de los puestos de trabajo con perspectiva de Género, para la disminución de brechas salariales en el Estado”, marzo de 2018, 64 páginas.
- INE: 2019, *Encuesta Suplementaria de Ingresos, ESI, 2018*, p. 4. Disponible en: https://www.ine.cl/docs/default-source/encuesta-suplementaria-de-ingresos/publicaciones-y-anuarios/s%C3%ADntesis-de-resultados/2018/sintesis_nacional_esi_2018.pdf?sfvrsn=eed2fa51_3 (fecha de consulta: 2 de noviembre de 2019).
- IPG: 2019a, *Iniciativa de Paridad de Género*. Disponible en: <https://iniciativaparidadgenero.cl/> (fecha de consulta: 21 de noviembre de 2019).
- IPG: 2019b, *Iniciativa de Paridad de Género*, “Diez Medidas”. Disponible en: <https://iniciativaparidadgenero.cl/10-medidas/> (fecha de consulta: 21 de noviembre de 2019).
- LOUSADA, José: 2014, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LOUSADA, José; Cabezas, Jaime y Núñez-Cortez, Pilar: 2018, *Curso de Igualdad y Diversidad en las Relaciones Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ, Fernando: 2018, “La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción contra la discriminación”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Volumen 31, Nº 2.
- OIT: 2019, *Informe Mundial sobre Salarios 2018/19. ¿Qué hay detrás de la brecha salarial de género?*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT: 2013, *Igualdad Salarial. Guía Introductoria*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT: 2012. “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª. reunión, 2012”, *Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones*. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174831.pdf (fecha de consulta: 11 de julio de 2019).
- OIT: 2008, *Promoción de la Igualdad Salarial por medio de la evaluación no sexista de los empleos*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo,
- ROJAS, Irene: 2014, “La negociación colectiva en Chile: La legal y la general”, en Rojas Miño, Irene (coordinadora), *La negociación colectiva en Chile*, Santiago: Librotecnia.
- SÁEZ, Carmen: 1994, *Mujeres y Mercado del Trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid: Consejo Económico y Social.
- UNIÓN EUROPEA: 2006, Directiva Comunitaria 2006/54, Diario Oficial de la Unión Europea, 26.7.2006.
- UNIÓN EUROPEA: 2014, Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014. Diario Oficial de la Unión Europea, 8.3.2014.

Normas jurídicas citadas

- ONU, Declaración Universal sobre Derechos Humanos, adoptada con fecha 10 de diciembre de 1948.
- OIT, Convenio 100, sobre Igualdad de Remuneraciones, adoptado con fecha 29 de junio de 1951. Publicado en Chile el 20 de septiembre de 1971.
- OIT, Convenio 111, sobre Discriminación de empleo y ocupación, adoptado con fecha 25 de junio de 1958. Publicado en Chile el 20 de septiembre de 1971.
- CEDAW, Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979. Publicada en Chile el 9 de diciembre de 1989.

- LEY N° 19.759 que modifica el Código del Trabajo, publicada con fecha 8 de noviembre de 1998.
- LEY N° 19.591, Modifica el Código del trabajo en materia de protección a la maternidad, publicada con fecha 8 de noviembre de 1998.
- CT, Código del Trabajo, 2003, D.F.L. N° 1, “Fija el texto refundido coordinado y sistematizado del Código del Trabajo”.
- OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 2004, Resolución relativa a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, a la igualdad de la remuneración y a la protección de la maternidad, Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/meetingdocument/wcms_100570.pdf (fecha de consulta: 19 de noviembre de 2019).
- LEY N° 20.260, modifica el Libro V del Código del Trabajo, publicada el 29 de marzo de 2008.
- LEY N° 20.348, que resguarda el derecho a la igualdad de las remuneraciones, publicada el 19 de junio de 2009.
- LEY N° 20.416 que fija normas especiales para empresas de menor tamaño, publicada el 3 de febrero de 2010.
- DICTAMEN DIRECCIÓN DEL TRABAJO, 1187/18, sobre igualdad de remuneraciones, de 10 de marzo de 2010.
- PROYECTO DE LEY que establece medidas en materia de discriminación e igualdad de remuneraciones de hombres y mujeres. Boletín 9322-13.

Jurisprudencia citada

- PRIMER JUZGADO DEL TRABAJO DE SANTIAGO, sentencia de 4 de junio de 2017, T.478-2017.
- JUZGADO DEL TRABAJO DE VIÑA DEL MAR, sentencia de fecha 02 de septiembre de 2013, T.55-2013.
- JUZGADO DEL TRABAJO DE VALPARAÍSO, sentencia de fecha 6 de diciembre de 2013, T-108-2013.
- PRIMER JUZGADO DEL TRABAJO DE SANTIAGO, sentencia de 2 de diciembre de 2019, T-57-2009.

Los actos unilaterales de los Estados como fuente formal del derecho internacional público

*Francisco Peña Silva**

RESUMEN

El trabajo tiene por finalidad realizar una delimitación conceptual de los actos unilaterales de los Estados como fuente del derecho internacional público, a partir de la evolución histórica de su tratamiento por la doctrina y jurisprudencia internacional. A partir de ello, el autor realiza un estudio acerca de sus requisitos de validez y efectos.

Fuentes del derecho internacional público – actos unilaterales de los Estados
– aquiescencia

The unilateral acts of States as a formal sources of public international law

ABSTRACT

The purpose of the work is to make a conceptual delimitation of unilateral acts of States as a source of public international law, based on the historical evolution of its treatment by international doctrine and jurisprudence. From this, the autor make a study about their validity requirements and effects.

Sources of public international law – unilateral acts of States
– acquiescence

* Licenciado en Derecho, Universidad Marítima, Chile. Magíster en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Internacional Público, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: francisco.pena@pucv.cl.

Todas las traducciones son del autor. Agradezco los comentarios de los profesores Eduardo Aldunate, Octavio Ansaldi y María Soledad Pardo, y del Sr. Sebastián Chandía.

Artículo recibido el 28.4.2019 y aceptado para su publicación el 6.3.2020.

INTRODUCCIÓN

El objeto de la investigación es realizar un análisis del estado actual de la teoría general de los actos unilaterales en el derecho internacional público y determinar específicamente las hipótesis en que estos pueden producir efectos jurídicos y considerarse como una fuente formal del derecho internacional público. Se trata de un tema que en la doctrina internacional presenta varias controversias, incluso respecto de su función normativa, debido a la existencia de una diversidad en las formas en que dichos actos se manifiestan en el ámbito internacional. Por su parte, la doctrina nacional no se ha hecho cargo del tema con la profundidad necesaria¹, lo que se refleja en la falta de consideración de la teoría general de los actos unilaterales en la praxis de los órganos internos del Estado de Chile. En efecto, la determinación de las condiciones en que los comportamientos de los órganos nacionales son idóneos para construir una regla de derecho internacional, pasa por el análisis del tema objeto de la investigación.

Frente a la diversidad de formas, y de posturas existentes respecto del tema, el presente artículo demostrará que es posible establecer criterios que permitan determinar bajo qué condiciones los actos unilaterales de carácter estatal producen efectos jurídicos, y por tanto, pueden ser considerados como fuente formal del derecho internacional público. La elaboración de dichos criterios tomará en cuenta, cuando ello sea pertinente, determinadas situaciones que han tenido alguna vinculación con la actividad unilateral de la República de Chile.

Con miras a dicho objetivo el trabajo se divide en dos partes. En primer lugar existe un acápite relativo a las nociones generales del tema, el que se encuentra constituido por un estudio acerca de la evolución histórica del tratamiento que han dado la doctrina, jurisprudencia e institucionalidad internacional acerca de los actos unilaterales de los Estados, y por una delimitación de su concepto. La segunda parte del trabajo se aboca al estudio de los requisitos de validez y efectos de los actos unilaterales.

I. NOCIONES GENERALES

1. *Evolución histórica del tratamiento de los actos unilaterales en el derecho internacional público*

La doctrina clásica se ocupó del tema de los actos unilaterales de los Estados a partir de la figura de la promesa, negando su carácter obligatorio en cuanto acto unilateral². Esta posición doctrinal resulta muy curiosa, sobre todo teniendo en cuenta que el elemento material de la costumbre internacional se forma a partir de la repetición de

¹ Una monografía que versa exclusivamente referente al tema corresponde a ROSSEL, 2007, pp. 589-608. Un tratamiento muy general del tema en BENADAVA, 2004, pp. 73-76; LLANOS, 2009, pp. 587-595; VARGAS, 2017, pp. 108-112.

² SICAULT, 1979, p. 636.

actos de carácter unilateral. En efecto, la costumbre ha tenido un rol considerable en la formación del derecho internacional, ya que este nace en el momento de la aparición de las primeras reglas consuetudinarias en el ámbito de las relaciones diplomáticas, de la guerra y de la navegación³.

La situación descrita se debió a tres motivos: en primer lugar, por el hecho que para gran parte de la doctrina de la época el acto unilateral era propio del derecho interno de los Estados, a diferencia de lo que ocurre con el acto convencional que es propio del ámbito internacional. Por tanto, la doctrina internacionalista no tenía interés en su estudio. En segundo lugar, la mayoría de los supuestos actos unilaterales de los Estados se encuentran vinculados a procedimientos de carácter convencional. Y, en tercer lugar, porque los Estados al no ejercer, en principio, autoridad los unos sobre los otros, no pueden crear efectos jurídicos con sus actos⁴.

Recién en 1933 es posible encontrar el primer hito jurisprudencial respecto de los actos unilaterales, específicamente el fallo del “estatuto jurídico de Groenlandia Oriental” de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). Este caso se resuelve fundamentalmente a partir de la declaración realizada en 1919 por el ministro de Relaciones Exteriores de Noruega, Ihlen, en relación con la cuestión de la soberanía danesa sobre Groenlandia. En dicha declaración, el funcionario noruego expresa que su gobierno no opondría ningún obstáculo concerniente a ese asunto, a partir de una consulta realizada por el gobierno de Dinamarca.

La cuestión comienza en 1931 con un requerimiento interpuesto por el reino de Dinamarca en contra del reino de Noruega, debido a que este ocupó ciertos territorios de Groenlandia Oriental. La CPJI, tomando como base la declaración Ihlen señaló que “considera como indiscutible que tal respuesta a una gestión de un representante diplomático de una potencia extranjera, hecha por el ministro de Relaciones Exteriores a nombre de su gobierno, en un asunto que es de su resorte, vincula al país del que él es ministro”⁵, concluyendo que “en razón del compromiso implicado en la declaración Ihlen de 22 de julio de 1919, Noruega se encuentra en la obligación de no disputar la soberanía danesa en toda Groenlandia y, con mayor razón, abstenerse de ocupar una parte de Groenlandia”⁶.

En el fallo se puede observar que la CPJI califica la declaración Ihlen como un compromiso que constituye una respuesta a una gestión de un representante diplomático de Dinamarca. En este sentido, parte de la doctrina constata que la obligatoriedad del acto unilateral no se funda en la sola manifestación de voluntad de Noruega, sino que se funda en un acuerdo de voluntades no escrito, es decir, se trataría de un acto unilateral no autónomo o interdependiente de otro acto debido a las circunstancias de hecho en que se realizó, consistentes en que la declaración noruega se dio en una conversación en

³ DAILLIER, *et al.*, 2009, p. 373.

⁴ SICAUT, 1979, p. 637.

⁵ CPJI, *Dinamarca con Noruega*, 5.10. 1933, p. 71.

⁶ *Ibid.*, p. 73.

que el ministro danés manifestó que su gobierno nada tenía que oponer a la extensión de la soberanía noruega a Spitzberg⁷. A partir de lo expuesto, la doctrina posterior a la sentencia funda el carácter obligatorio de los actos unilaterales en el consentimiento presunto del beneficiario, así como lo expresó Brierly ante la Comisión de Derecho Internacional (CDI)⁸.

En 1957 es posible encontrar otro hito: la declaración de Egipto acerca del Canal de Suez. Dicho año, Egipto publicó la declaración del Canal de Suez, en la que después de su nacionalización daba seguridad respecto de su uso por los demás Estados. Sin embargo, al igual como ocurrió con la declaración Ihlen, para un sector de la doctrina dicho acto no es autónomo, ya que el gobierno egipcio en la declaración reafirmaba su sujeción a las obligaciones impuestas por el Convenio de Constantinopla de 1888, relativa a la libre navegación por el Canal de Suez⁹. Sin embargo, esto resulta impreciso, ya que la declaración a pesar de reafirmar obligaciones preexistentes también contiene nuevas obligaciones, como la obligación de garantizar que el Canal se mantenga y desarrolle de acuerdo con las exigencias de la navegación moderna y que una autoridad autónoma operaría el Canal¹⁰.

Las opiniones doctrinales respecto del fallo acerca del estatuto jurídico de Groenlandia Oriental y de la declaración de Egipto por el Canal de Suez, manifiestan la relevancia del carácter autónomo del acto para determinar su unilateralidad. Sin embargo, dicho concepto no es unívoco, lo que tiene consecuencias respecto del objeto de estudio.

En la década de los años sesenta del siglo XX la doctrina no estaba conteste en admitir la obligatoriedad de los actos unilaterales; es más, el tema no fue tratado de manera sistemática hasta esa época. Así por ejemplo, Kiss al momento de describir la práctica francesa de esos años concerniente al tema, afirma que “[e]l principio fundamental que rige los actos unilaterales es que no comprometen ni al Estado del que ellos emanan, ni, con mayor razón, a los otros Estados”¹¹. Una actitud contraria es la elegida por Suy, quien señala que “nosotros sostenemos la tesis que la promesa puramente unilateral existe en el derecho de gentes y que ella tiene un carácter obligatorio”¹². Sin embargo, estima que, si bien “las promesas unilaterales existen en el derecho internacional, ellas son muy raras. Esta rareza se explica fácilmente puesto que ningún Estado se presta voluntariamente a hacer concesiones espontáneas y gratuitas. La detección de esas promesas puramente unilaterales exige un esfuerzo de investigación minuciosa para determinar si, detrás de la fachada de la unilateralidad formal de una declaración de voluntad, no se oculta una bilateralidad de fondo”¹³. A partir de ello, es posible afirmar que la resistencia de la doctrina internacionalista para reconocer el carácter obligatorio de la promesa unilateral

⁷ BONDIA, 2004, p. 23.

⁸ CDI, A/CN.4/SER.A/1950/Add.1, 9.4.1957, p. 227, párr. 20.

⁹ BONDIA, 2004, p. 24.

¹⁰ KASSOTI, 2015, p. 165.

¹¹ KISS, 1961, p. 317.

¹² SICAULT, 1979, p. 637.

¹³ SICAULT, 1979, p. 638.

se debe fundamentalmente a la concepción contractual del derecho internacional, cuyo fundamento último es el principio *pacta sunt servanda*¹⁴.

Hasta la década de los setenta no existe consenso en la doctrina respecto de la obligatoriedad de los actos unilaterales. Sin embargo, esta situación se modifica en 1974, a partir de los fallos de la CIJ por los denominados “asuntos de los ensayos nucleares”. Precisamente, en 1973, Australia y Nueva Zelanda presentaron demandas en contra de Francia, solicitando a la CIJ que declarara que la continuación de las pruebas nucleares atmosféricas francesas en el Pacífico Sur eran incompatibles con el derecho internacional vigente y que ordenase a dicho Estado el cese de tales pruebas. A partir de ello, la CIJ analizó varias declaraciones realizadas por las autoridades francesas durante los meses de junio a octubre de 1974, específicamente del Presidente de la República, ministro de Defensa y ministro de Asuntos Exteriores, concluyendo que esas declaraciones unilaterales vinculan jurídicamente al Estado francés, el que tiene la obligación de no continuar con las pruebas nucleares.

En los fallos, la CIJ arriba a la conclusión señalada a partir de cuatro criterios, que son muy relevantes para la concepción contemporánea de este tipo de actos: un acto unilateral vinculará jurídicamente al Estado autor del mismo, cuando en dicho acto se exprese una específica voluntad de obligarse, afirmando de manera expresa el carácter estrictamente unilateral de los actos y de las obligaciones que se derivan de ellos¹⁵; los actos unilaterales pueden ser realizados en forma verbal o escrita¹⁶; la CIJ excluye tajantemente consideraciones de carácter contractual para explicar la obligación jurídica que nace del acto, afirmando incluso que dichas obligaciones tienen un carácter absoluto o *erga omnes* en relación con la comunidad internacional¹⁷; y que el fundamento de la obligatoriedad de los actos unilaterales, expresando que dicho carácter se basa en la buena fe¹⁸.

La buena fe a que se refiere la CIJ, es la buena fe objetiva¹⁹, entendiendo por tal un principio general del derecho que tiene por objeto la protección de las expectativas legítimas y de los objetivos enraizados en el interés colectivo²⁰. Por tanto, es posible concluir que aun cuando se predique la autonomía del acto unilateral como una de sus características esenciales, se podría entender que su obligatoriedad depende de la confianza que el acto genera para su destinatario, es decir, de su reacción y expectativas frente al acto unilateral. Ello ha sido reafirmado por la CDI en el principio tercero del texto “Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas” (principios rectores)²¹, en que se contempla la reacción

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ CIJ, *Australia con Francia y Nueva Zelanda con Francia*, 20. 12. 1974, párr. 43 y 46, respectivamente.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 45 y 48, respectivamente.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 50 y 52, respectivamente.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 46 y 49, respectivamente.

¹⁹ SICAULT, 1979, p. 637; BONDIA, 2004, p. 65.

²⁰ KOLB, 2000, pp. 143 y 144.

²¹ AG, A/CN.4/569, 6.4. 2006.

del destinatario del acto como una circunstancia para determinar los efectos jurídicos de una declaración unilateral.

En sentido contrario opina Kassoti, para quien la reacción del destinatario del acto no debe ser tomada en cuenta como una circunstancia que permita determinar el carácter vinculante de los actos unilaterales. En este sentido, ella señala que si bien dicha circunstancia se encuentra contemplada en el principio tercero del texto de los principios rectores, el fundamento que se tuvo en vista para su incorporación no tiene asidero en la realidad, debido a que en los fallos que se citan para justificarla, la CIJ no prestó particular atención a la reacción del destinatario para tomar su decisión. Ello se pone de manifiesto en el caso de los fallos de los “asuntos de los ensayos nucleares”, donde Australia y Nueva Zelanda, destinatarios primitivos de las declaraciones de las autoridades francesas, “expresamente rechazaron la obligatoriedad de esas declaraciones”²².

Si bien lo expresado por Kassoti respecto de los fallos en comento puede considerarse acertado, ello no desvirtúa que mediante el principio de la buena objetiva se pueda concluir que una de las circunstancias para determinar el carácter vinculante de un acto unilateral sea la reacción del destinatario. Es más, cuando ella se refiere a la buena fe como base de la fuerza vinculante del acto unilateral señala que en su virtud el “derecho internacional atribuye efectos vinculantes a los actos unilaterales con el fin de proteger a otros Estados que pueden haber depositado razonablemente confianza en una manifestación expresa de voluntad”²³. Dicho de otro modo, pone de manifiesto que la confianza del destinatario del acto es relevante para determinar la fuerza vinculante del acto unilateral.

Por último, es necesario mencionar los trabajos que ha realizado la CDI al respecto. En 1996 la CDI se abocó al estudio del tema, encontrando muchas dificultades en el desarrollo de su trabajo, especialmente por sus constantes cambios metodológicos y los problemas para hallar la práctica internacional respecto de la materia. Es por dichas razones que las discusiones en su seno se prolongaron por una década. Precisamente, el 2006, la Comisión redactó el texto de los principios rectores; el que no se trata de una convención con una regulación detallada, sino que buscan establecer criterios mínimos en relación con este tipo de actos²⁴. El texto final de los principios rectores elabora un concepto de acto unilateral y reconoce su carácter obligatorio; establece principios de interpretación; reconoce requisitos de validez; y regula su revocación. No obstante ello, ha sido objeto de críticas, ya que asimila los actos unilaterales solo a declaraciones formales²⁵.

A partir de lo analizado hasta ahora, podría concluirse que en la actualidad no habría discusión acerca de la idoneidad de los actos unilaterales de los Estados para producir efectos jurídicos. Sin embargo, ello no es así, ya que un sector de la doctrina

²² ²¹ KASSOTI, 2015, p. 167.

²³ *Ibid.*, p. 173.

²⁴ TORRES, 2010, p. 167.

²⁵ ²⁵ *Ibid.*, pp. 161-182.

contemporánea todavía niega dicho carácter. Así por ejemplo, Thirlway estima que los actos unilaterales son tratados en formación, y es por ello que estos deben ser incorporados dentro del listado del artículo 38 del Estatuto de la CIJ “como una subdivisión de los ‘tratados y convenciones’, o un caso especial relacionado con ellos”²⁶. El fundamento de ello se basa en la importancia que este autor otorga a la aceptación por parte de otro Estado, ya que si un acto unilateral no provoca ninguna reacción en el ámbito de las relaciones internacionales, este carece de relevancia o importancia jurídica²⁷.

La crítica que se puede hacer al pensamiento de Thirlway, es que si el acto unilateral requiere de la aceptación de otro Estado para producir efectos jurídicos, la misma lógica se debería aplicar respecto de la costumbre internacional, ya que su elemento material está constituido por actos y comportamientos unilaterales, y por esta razón, el derecho consuetudinario no sería aplicable a los Estados que no han prestado su consentimiento pertinente al mismo. Precisamente, en este punto radica la inconsistencia de la tesis de Thirlway, porque al tratar el tema de la institución del objetor persistente, señala expresamente que una vez que una regla general de derecho consuetudinario se ha establecido “no hay posibilidad de convertirse tardíamente en un objetor persistente”²⁸, lo que implica que la aceptación de la práctica unilateral no juega rol alguno en la producción de efectos jurídicos.

A partir de lo expuesto en este acápite, es posible constatar que la obligatoriedad de los actos unilaterales es sostenida por la jurisprudencia y gran parte de la doctrina internacionalista. Sin embargo, muchos de sus aspectos son objeto de discusión debido a que no existe una regulación general y obligatoria respecto del tema, por lo que no es posible afirmar aún la existencia de un régimen jurídico general aplicable a este tipo de actos.

2. *Delimitación conceptual*

Desde un punto de vista empírico, es posible apreciar que en el ámbito internacional existen distintos tipos de actos unilaterales realizados por los Estados, y que estos pueden adoptar diversas formas. A partir de ello, es necesario entregar un concepto de acto unilateral y analizar sus elementos más relevantes.

Para efectos de esta investigación se entiende por acto unilateral un comportamiento unilateral, independiente de un régimen convencional especial, realizado por un Estado y que es idóneo para producir efectos jurídicos en el ámbito internacional. Los elementos más discutidos del concepto son la autonomía del acto unilateral y su idoneidad para producir efectos jurídicos.

En relación con el tema de la autonomía de los actos unilaterales, es posible encontrar dos sentidos perfectamente distinguibles²⁹. La primera estima que la autonomía del acto

²⁶ THIRLWAY, 2014, p. 44.

²⁷ THIRLWAY, 2014, pp. 20 y 21.

²⁸ *Ibid.*, p. 88.

²⁹ BONDIA, 2004, pp. 42-52; TORRES, 2010, pp. 69 y 70.

implica que para producir sus efectos jurídicos no requiere de la reacción o consentimiento de otros Estados, es decir, su carácter obligatorio se construye con independencia de la conducta de otro sujeto respecto del acto. Por dicha razón, existe discusión acerca del carácter de acto unilateral de la declaración Ihlen, ya que un sector de la doctrina estima que sería un acuerdo no escrito de carácter verbal, debido a que constituiría una respuesta a la declaración realizada por el ministro danés respecto de la voluntad de su gobierno de no oponerse a la extensión de la soberanía noruega a Spitzberg. Se puede estimar que la acepción en comentario es lo que constituye la noción de acto unilateral en un sentido más estricto.

La segunda acepción del término se vincula con el hecho que el acto unilateral se realiza con independencia de una prescripción convencional o consuetudinaria. Por tanto, se dejaría fuera del concepto de acto unilateral, todos aquellos actos que tengan por objeto formar o aplicar el derecho convencional como, por ejemplo, es el caso de la ratificación de un tratado, la formulación de una reserva o la delimitación de un espacio marítimo o terrestre regulado en un tratado bilateral o multilateral; o aquellos actos que dan lugar o se aplican con ocasión de la ejecución de normas de carácter consuetudinario. Por tanto, en este sentido la autonomía se vincula con la existencia o no de un determinado marco jurídico regulatorio del acto.

Este tema se discutió también en la CDI. En un primer momento, el relator especial Rodríguez, concibió la autonomía en el sentido de la primera acepción explicada en este trabajo, entendiendo que el compromiso se contrae sin ninguna otra contrapartida o elemento de reciprocidad³⁰. Sin embargo, esta postura no fue aceptada por los demás integrantes de la CDI. Por ejemplo, Pellet estima que la concepción de autonomía propuesta por el relator especial debe ser rechazada, porque tiene un carácter muy restringido, y por dicha razón, carece de ejemplos basados en la práctica internacional. Precisamente, el autor francés señala que “[p]ara atenerse estrictamente a esta idea de la autonomía de los actos en los que está interesado, el Relator Especial se priva de describir una práctica, ya que esta práctica existe sobre todo respecto de lo que el Relator Especial considera actos no autónomos”³¹.

Para los efectos de esta investigación, la primera acepción del concepto de autonomía no será tomada en cuenta, debido a que ella confunde la reciprocidad existente en el ámbito convencional con la reacción que pudiese producir el acto en los hechos, y que no tiene que ver con el valor jurídico del mismo; en otras palabras, confunde la autonomía jurídica con la autonomía fáctica del acto. Un ejemplo de lo expresado es la incomprensión que parte de la doctrina tiene acerca de la declaración Ihlen, en el sentido que esta se trataría de un acuerdo de carácter verbal, ya que se produjo con posterioridad a la declaración del ministro danés respecto de Spitzberg. Sin embargo, eso solo fue una cuestión de hecho que no afecta la autonomía de dicho acto en la producción de efectos jurídicos, ya que cumple con los requisitos de validez de un acto unilateral. Además,

³⁰ CDI, A/CN.4/SER.A/1998, p. 44, párr. 90.

³¹ *Ibid.*, p. 209, párr. 13.

esta concepción de autonomía no es conciliable con el método de interpretación de los actos unilaterales, contemplado en el principio tercero del texto de los principios rectores, en que se contempla que para determinar los efectos jurídicos de una declaración unilateral, se debe tomar en cuenta la reacción que suscitó.

La segunda acepción de autonomía será aplicada de manera restringida, en el sentido de excluir dentro de la noción de acto unilateral solo a aquellos actos sujetos a regímenes convencionales especiales, como es el caso de las reservas de los tratados, la forma de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado o las declaraciones de la aceptación de la jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional. Para llegar a esta conclusión se sigue a Pellet, para quien no existe ninguna razón válida para eliminar, por ejemplo, los actos adoptados en aplicación de una regla consuetudinaria, como sería el caso de los actos unilaterales en virtud de los cuales los Estados definen la anchura de sus distintos espacios marítimos. Pertinente a este punto, el jurista francés se pregunta “si no puede considerarse que todos los actos unilaterales se fundan en una norma consuetudinaria, empezando por la que permite a los Estados a obligarse”³². Tomando en cuenta lo señalado, la noción de autonomía que se describe no excluye como acto unilateral a aquellos actos que forman o aplican el derecho consuetudinario.

Como consecuencia de lo anterior, la noción de acto unilateral adoptada en este trabajo incluye el silencio cualificado o aquiescencia, es decir, los denominados actos unilaterales presuntos o tácitos. En efecto, si bien no parecen existir dudas que el silencio o aquiescencia en determinadas circunstancias puede producir consecuencias jurídicas, como es el caso que frente a una determinada situación es necesario realizar una protesta y ella no se lleva a cabo³³, no existe consenso acerca de su inclusión dentro del concepto de acto unilateral. La principal justificación para su exclusión se basa en que el silencio o aquiescencia no constituye una manifestación de voluntad de carácter autónoma.

Lo señalado se pone de manifiesto en el fallo de la “delimitación de la frontera marítima en la región del golfo de Maine”, en que la CIJ expresa que la aquiescencia es “un reconocimiento tácito manifestado mediante un comportamiento unilateral que la otra parte puede interpretar como un consentimiento”³⁴. Dicha situación ya fue advertida por Sicault en la década de los sesenta del siglo pasado, cuando sostuvo que “el silencio, como no puede producir efectos jurídicos de manera autónoma y tiene necesidad para ello de otro acto, no entra en la definición de compromiso unilateral”³⁵. En este mismo sentido se pronuncian Jiménez³⁶ y Torres³⁷.

En relación con el tema es necesario realizar dos comentarios. El primero se vincula con la naturaleza del silencio cualificado o aquiescencia. Para los efectos de este trabajo el silencio no constituye una manifestación de voluntad, a diferencia de lo que postula

³² CDI, A/CN.4/SER.A/1998, p. 44, párr. 13.

³³ BARALE, 1965, pp. 400-406; KOLB, 2000, pp. 342-352; MARTÍNEZ, 2011, pp. 56-72.

³⁴ CIJ, *Canadá con Estados Unidos de Norteamérica*, 12.10.1984, párr. 130.

³⁵ SICAULT, 1979, p. 673.

³⁶ JIMÉNEZ, 2002, p. 92.

³⁷ TORRES, 2010, p. 102.

la escuela voluntarista, debido a lo expuesto arriba, en el sentido que solo es una ficción que produce efectos jurídicos en circunstancias excepcionales, para proteger las expectativas legítimas de un tercero. Ello pone de manifiesto que en el derecho internacional la voluntad no es la única vía para producir efectos jurídicos o crear derecho³⁸.

El segundo, dice relación con la calificación del silencio cualificado o aquiescencia como acto unilateral. Como se puede apreciar de las citas realizadas, la doctrina que rechaza la aquiescencia como acto unilateral se basa en que esta no tendría un carácter autónomo, en el sentido de depender su fuerza jurídica del elemento de la reciprocidad. Sin embargo, y como se dejó en claro cuando se analizó la autonomía como característica del acto unilateral, el hecho que se tome en cuenta la reacción o expectativas del destinatario no convierte el acto en convencional. Es más, si no se toman en cuenta dichos elementos se estaría negando el fundamento del carácter obligatorio de los actos unilaterales, la buena fe objetiva.

En resumen, la aquiescencia o silencio cualificado es un comportamiento unilateral que produce efectos jurídicos en determinadas circunstancias, por lo que nada obstaría a que fuese calificado como acto unilateral³⁹. Dicho de otra manera, en esta investigación se estima que el concepto de acto unilateral es más amplio que una declaración de voluntad, ya que su concepto estriba en la producción de efectos jurídicos producto de un comportamiento imputable a un solo Estado.

El segundo elemento del concepto dice relación con la distinción entre actos unilaterales de carácter jurídico y aquellos que tienen un carácter político. En efecto, este trabajo abordará el estudio de los actos unilaterales que tienen por objeto producir efectos jurídicos. Sin embargo, el problema de esta distinción radica en el hecho que no existen criterios generales para determinar de manera precisa cuando se está en presencia de unos y otros, sobre todo si se tiene en cuenta que los actos unilaterales de los Estados en el ámbito internacional siempre tienen un valor político.

La distinción entre actos unilaterales de carácter jurídico y de carácter político puede encontrarse en el voto disidente del juez Castro en los fallos de los “asuntos de los ensayos nucleares”⁴⁰, en donde se limita a expresar la existencia de una distinción entre actos que producen obligaciones jurídicas y aquellos que producen una obligación que denomina “moral”, sin indicar criterios que permitan efectuar esa diferenciación.

Kassoti propone algunos criterios para determinar el carácter jurídico de un acto unilateral, que para ella se manifiesta en la determinación de la intención de obligarse⁴¹. Para estos efectos propone los siguientes criterios: el contenido del acto; la publicidad del acto; el lugar o circunstancia en que se realizó el acto; el autor del acto; y el hecho que el acto haya sido registrado de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas⁴². Además, y de acuerdo con lo señalado arriba, también debería

³⁸ BENTZ, 1963, pp. 45-54.

³⁹ MARIE, 2018, pp. 42-46.

⁴⁰ CIJ, Declaración del juez De Castro *Australia con Francia*, 20.12.1974, párr. 3.

⁴¹ KASSOTI, 2015, pp. 143-146.

⁴² *Ibid.*, pp. 149-166.

agregarse la reacción del destinatario del acto como una de las circunstancias a tener en cuenta, y que Kassoti niega por los motivos expuestos anteriormente.

Este elemento fue determinante para que la CIJ en el asunto de “la obligación de negociar un acceso al océano Pacífico”, rechazara el carácter jurídico de las declaraciones y actos unilaterales formulados por Chile, y que fueron esgrimidos por Bolivia para demandar a este último. Precisamente, Bolivia mencionó ciertas declaraciones y actos unilaterales de Chile que, consideradas individualmente o en su conjunto, establecerían una obligación jurídica de negociar⁴³. En la sentencia del caso en comento, la CIJ señaló que “[e]n cuanto a las circunstancias que rodearon las diferentes declaraciones del demandado, la Corte observa que no existe ninguna prueba de una intención, de parte de este, de asumir una obligación de negociar”⁴⁴. Para comprender lo señalado por el tribunal, es necesario tener en cuenta que la pretensión boliviana se fundaba en declaraciones y comportamientos que, al menos en el estado actual de la doctrina, no tienen la idoneidad de producir efectos jurídicos. Precisamente, un acto unilateral no puede generar obligaciones si tiene por objeto la proposición de realizar un proceso político de negociación que tiene por finalidad la celebración de un acuerdo internacional, ya que ello implica afirmar que una oferta de carácter político destinada a negociar una obligación jurídica de tipo convencional, sea a su vez una fuente de derecho. Ello podría explicar lo expresado por la CIJ al señalar “que las declaraciones y otros actos unilaterales de Chile invocados por el solicitante no denotan que una obligación jurídica haya sido suscrita por el demandado, sino que este último estaba dispuesto a iniciar negociaciones sobre la cuestión del acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico”⁴⁵.

II. REQUISITOS DE VALIDEZ Y EFECTOS DE LOS ACTOS UNILATERALES

1. *Requisitos de validez*

A partir de lo señalado en los principios primero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo de los principios rectores de la CDI, y las consideraciones realizadas en el acápite anterior, es posible colegir tres requisitos, a saber: el acto unilateral debe ser realizado por un órgano del Estado competente para obligarlo internacionalmente; la existencia de un comportamiento respecto del que se pueda interpretar una intención de producir efectos jurídicos; y que el acto unilateral no puede ser contrario a una norma imperativa

⁴³ Las declaraciones y actos unilaterales realizadas por Chile, y que fundan la demanda boliviana son, el memorándum de 9 de septiembre de 2019; la declaración de 28 de septiembre de 1921 ante la Sociedad de las Naciones; la nota diplomática de 6 de febrero de 1923; la declaración presidencial de 29 de marzo de 1951; la declaración presidencial de 11 de septiembre de 1975; la nota diplomática de 19 de diciembre de 1975; la declaración de 31 de octubre de 1979 ante la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos; el discurso de 21 de abril de 1987. CIJ, *Bolivia con Chile*, 1.10.2018, párr. 142 y 143.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 148.

⁴⁵ CIJ, *Bolivia con Chile*, 1.10.2018, párr. 147.

de derecho internacional general o dictado con la finalidad de eludir el cumplimiento de una obligación internacional. A continuación se examinarán los requisitos señalados.

- a) El acto unilateral debe ser realizado por un órgano del Estado competente para obligarlo internacionalmente

A diferencia de lo que ocurre en el derecho de los tratados, en el ámbito de los actos unilaterales no existe una regulación general y obligatoria al respecto. Por tanto, el cumplimiento de este requisito dependerá de los criterios que al efecto establezca la jurisprudencia, y las recomendaciones contenidas en los principios rectores.

Una primera aproximación al tema permite constatar que es un criterio establecido en la jurisprudencia internacional estimar que por el mero hecho de ejercer sus funciones, los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de Relaciones Exteriores representan a los Estados a que pertenecen⁴⁶. También es posible apreciar como una práctica jurisprudencial instaurado, que se reconoce que personas que representan a un Estado en determinados ámbitos sean autorizadas por este para obligarlo mediante sus declaraciones en las materias de su competencia, como es el caso de los titulares de carteras ministeriales técnicas u otros funcionarios⁴⁷.

De los criterios citados se puede concluir la necesidad que los Estados logren una unidad de acción en sus asuntos exteriores, en el ámbito de su actuación unilateral. De lo contrario, es posible que el Estado pueda ser comprometido internacionalmente por un acto o declaración unilateral realizado por un funcionario distinto al jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de Relaciones Exteriores. En efecto, a partir de la práctica jurisprudencial en comento, surge la interrogante de determinar qué funcionarios son los que pueden comprometer unilateralmente al Estado. La respuesta a la pregunta no es trivial, ya que las relaciones internacionales en la actualidad son muy complejas, y abarcan múltiples esferas de competencia que incluso pueden exceder a las que usualmente se entienden atribuidas al poder ejecutivo, estructura de la organización estatal a la que normalmente se atribuyen competencias relativas a la conducción de las relaciones internacionales o para realizar actuaciones con efectos en el ámbito internacional.

En el sentido expuesto, se pueden dar como ejemplos las actuaciones o declaraciones de parlamentarios o incluso sentencias de tribunales superiores de justicia de un Estado determinado, que tengan un efecto en el ámbito internacional. Acerca de esta última hipótesis, y en el caso específico de Chile, si se adopta una concepción amplia de este requisito, se podría llegar a sostener que los criterios establecidos por la Corte Suprema (CS) en la sentencia de protección de 18 de noviembre de 2015, pronunciada en contra de Venezuela, podrían haber obligado en próximas ocasiones al Estado de Chile en reconocer la jurisdicción de un tribunal extranjero respecto de hechos ocurridos en Chile

⁴⁶ CIJ, Decisión sobre excepción preliminar *República Democrática del Congo con Ruanda*, 3.2.2006, párr. 46.

⁴⁷ CIJ, *Francia con Reino Unido*, 17.11.1953, p. 28; CIJ, *Nicaragua con Estados Unidos de Norteamérica*, 27.6.1986, párr. 64; CIJ, Decisión sobre excepción preliminar *República Democrática del Congo con Ruanda*, 3.2.2006, párr. 47.

por materias que exceden el ámbito de aplicación acotado de la jurisdicción universal, y respecto de los que carece de competencia⁴⁸. Precisamente, en dicha sentencia la Corte Suprema conociendo en segunda instancia de una acción de protección interpuesta en contra de la República Bolivariana de Venezuela a favor de dos venezolanos, acoge la acción, fallando una controversia relativa a extranjeros por hechos ocurridos fuera de Chile, tomando como base una discutida jurisdicción protectora de los derechos humanos, instruyendo al Ministerio de Relaciones Exteriores que le solicite a la Comisión Interamericana que visite Venezuela y que efectúe un informe⁴⁹. Sin perjuicio de las críticas que se pueden realizar al fallo por la construcción de las nociones de *ius cogens* y de jurisdicción universal⁵⁰, surge la interrogante si dicha actuación unilateral podría obligar a Chile en próximas ocasiones, tomando en cuenta lo señalado arriba.

A juicio de quien suscribe estas líneas, la respuesta a la interrogante debe ser restrictiva, en el sentido que se debe tomar en cuenta la competencia acerca de asuntos internacionales asignada por el derecho interno. En efecto, si se toma en cuenta que la jurisprudencia ha ampliado la capacidad de obligar internacionalmente a un Estado a funcionarios estatales distintos del jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de Relaciones Exteriores, la única manera que exista una unidad de acción del Estado en asuntos internacionales es a partir de la presencia de una relación de carácter vicarial en este ámbito. Por tanto, si se le otorga capacidad de comprometer internacionalmente al Estado, a órganos que se encuentran fuera de dicha relación vicarial, la unidad de acción estatal en el ámbito internacional sería imposible de alcanzar. Sin embargo, es necesario expresar que, si la actuación de dichos órganos es convalidada por los órganos competentes para ello, según lo establecido en el derecho interno, se debería comprometer unilateralmente al Estado. Por ejemplo, ello habría ocurrido en el caso de la sentencia de la Corte Suprema mencionada arriba, si el Ministerio de Relaciones Exteriores hubiese dado cumplimiento a lo ordenado por dicha resolución⁵¹.

- b) La existencia de un comportamiento respecto del que se pueda interpretar una intención de producir efectos jurídicos

El acto unilateral puede consistir tanto en una manifestación de voluntad como en un reconocimiento tácito manifestado en un comportamiento unilateral. Es por ello que a continuación se realizará un análisis de las exigencias necesarias para que cada una de

⁴⁸ Las materias que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la jurisdicción universal son la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio, el *apartheid* y la tortura. LÓPEZ, 2016, p. 580.

⁴⁹ CS, 18.12. 2015, rol N° 17.393, cons. 10°.

⁵⁰ LÓPEZ, 2016, pp. 575-590.

⁵¹ Se debe recordar que en el caso en comento, el Consejo de Defensa del Estado interpuso una acción de nulidad procesal de todo lo obrado en la causa, y en su virtud, la Corte Suprema modificó la sentencia de protección ordenando que sea ella misma y no el Ministerio de Relaciones Exteriores quien efectúe el requerimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

ellas pueda generar una obligación jurídica, para luego revisar la forma de interpretar dichos comportamientos.

Respecto de los actos unilaterales que consisten en una manifestación de voluntad, la jurisprudencia de la CIJ ha establecido que ella puede ser realizada de manera oral o escrita⁵². Ello también se encuentra recogido en el principio quinto del texto de los principios rectores de la CDI. Además, se exige que la declaración sea realizada de manera pública, ya sea que se dirija a la comunidad internacional en su conjunto o a uno o varios Estados o a otras entidades, utilizando como medio de publicidad la notificación o la declaración pública, según sea el caso⁵³.

Por su parte, en lo que respecta a la aquiescencia, las condiciones con las que produce efectos jurídicos son las siguientes: el transcurso de un determinado tiempo, el conocimiento de los hechos o la situación por parte del sujeto al que se le imputa el silencio, y lo que se denomina la cualificación del silencio o la constatación de que el sujeto que guardó silencio pudo y debió actuar⁵⁴. A continuación se analizarán cada uno de estos requisitos.

Respecto del transcurso del tiempo no existe un plazo determinado a partir de cuándo la aquiescencia producirá efectos jurídicos, sino que dependerá de las circunstancias del caso. Lo que sí se tiene claro, es que este requisito no se puede cumplir de manera instantánea, ya que se requieren diversos comportamientos que conforman un comportamiento global⁵⁵. Por tanto, existe una relatividad acerca del factor temporal, lo que se ve reflejado en la jurisprudencia internacional. Así por ejemplo, en la sentencia de las “Pesquerías anglo noruegas”, la CIJ estableció que la aquiescencia del Reino Unido se constituyó por su falta de reacción durante más de sesenta años⁵⁶, y en el caso del fallo en el asunto del “Laudo arbitral del Rey de España”, el mismo tribunal estimó que la pérdida del derecho de Nicaragua, para impugnar la validez de la sentencia arbitral por una designación irregular del árbitro, se verificó después de una tolerancia de seis años⁵⁷.

En cuanto al segundo requisito, la doctrina es conteste en determinar que es una condición esencial para la producción de efectos jurídicos del silencio o aquiescencia, ya que no sería posible considerar que el comportamiento tácito de un sujeto produzca aquiescencia en una situación que ignora, o dicho de otra manera, si se estima que la aquiescencia constituye una ausencia de protesta debiendo hacerla, esta no podría realizarse si el sujeto no conoce la situación que la amerita⁵⁸. Por tanto, para que el silencio sea imputable al sujeto es necesario que este haya debido conocer los hechos según el estándar de diligencia razonable, es decir, su desconocimiento debe aparecer como

⁵² CIJ, *Australia con Francia y Nueva Zelanda con Francia*, 20. 12.1974, párr. 49 y 51, respectivamente.

⁵³ SICAULT, 1979, p. 670; BARSALOU, 2006, pp. 414.

⁵⁴ BARALE, 1965, pp. 400-406; KOLB, 2000, pp. 342-352; MARTÍNEZ, 2011, pp. 56-72.

⁵⁵ BARALE, 1965, p. 393; KOLB, 2000, p. 343.

⁵⁶ CIJ, *Reino Unido con Noruega*, 18.12.1951, p. 26.

⁵⁷ CIJ, *Honduras con Nicaragua*, 18.11.1960, p. 15.

⁵⁸ BARALE, 1965, p. 401.

culpable⁵⁹. Así lo estimó la CIJ en el caso de las “Pesquerías anglo noruegas”, donde estableció que el Reino Unido no pudo ignorar el sistema de líneas de bases establecidos por el reino de Noruega, tomando en cuenta su carácter de potencia marítima tradicionalmente cuidadosa del derecho del mar y la defensa de la libertad de los mares⁶⁰. Otro ejemplo es la sentencia de la CIJ respecto del asunto del “Templo de Preah Vihear”, en que no se consideró como una circunstancia que excluye la aquiescencia, la ignorancia de Tailandia respecto de las inexactitudes del mapa que delimita la frontera con Camboya, ya que el mapa fue conocido por funcionarios tailandeses subalternos, por lo que, tomando en cuenta sus cualidades y competencias es difícil que hubiese podido invocar la existencia de un error, ya que contribuyó a su producción⁶¹.

Respecto del tercer requisito, es necesario dejar en claro que no todo silencio que cumple con las dos condiciones señaladas arriba constituye aquiescencia, sino que solo aquel que tiene el carácter de cualificado, es decir, debe constatarse la existencia de un deber jurídico de oponerse a una pretensión de otro sujeto, mediante la realización de una protesta⁶². La CIJ se refirió a este requisito en la sentencia acerca del asunto de “la obligación de negociar un acceso al océano Pacífico”, ya que Bolivia sostuvo que el silencio de Chile a la declaración boliviana de 27 de noviembre de 1984, realizada luego de haber firmado la Convención sobre el derecho del mar, en que expresó la existencia de negociaciones en vistas a restablecer su acceso al Pacífico, constituía aquiescencia⁶³. El tribunal rechazó la pretensión boliviana fundada en la aquiescencia de Chile, ya que “Bolivia no mencionó ninguna declaración que hubiera exigido una respuesta o reacción de Chile para impedir que una obligación surja”⁶⁴, lo que viene a reafirmar lo señalado en esta investigación, en el sentido que no existe una obligación general de protestar⁶⁵.

Como último tema a tratar en este acápite, se encuentra lo relacionado con la interpretación de los comportamientos analizados, en el sentido de establecer qué forma de interpretación se utilizará para determinar que estos producirán efectos jurídicos. A modo de prevención, es necesario señalar que independiente del sistema de interpretación que se utilice, los actos unilaterales deben ser interpretados de manera restrictiva. Así

⁵⁹ KOLB, 2000, p. 346.

⁶⁰ CIJ, *Reino Unido con Noruega*, 18.12.1951 p. 27.

⁶¹ CIJ, *Camboya con Tailandia*, 15.6. 1962, p. 25.

⁶² KOLB, 2000, pp. 347-352.

⁶³ CIJ, *Bolivia con Chile*, 1.10.2018, párr. 150.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 152.

⁶⁵ Sin perjuicio de ello, hay autores que sostienen que el principio general de la buena objetiva puede servir como parámetro que permita colegir determinados factores en virtud de los cuales una parte podría tener confianza en que la otra tiene el deber de actuar, como por ejemplo: los comportamientos pasados; la naturaleza de la relación y su necesidad de estabilidad o de seguridad jurídica; el grado de vinculación entre las partes; la importancia de los intereses en juego; y, la hipótesis en que un comportamiento o pretensión afecte directamente los intereses, los derechos y la esfera protegida de un sujeto de derecho internacional. KOLB, 2000, p. 349.

lo señala el principio séptimo del texto de los principios rectores y la jurisprudencia de la CIJ⁶⁶.

Existen muchos métodos, sistemas o criterios de interpretación de los actos unilaterales, a saber: el sistema de la voluntad declarada; el método de la interpretación teleológica; el método que toma en cuenta la reacción de los destinatarios del acto; y el método que toma en cuenta las circunstancias que rodean el acto o comportamiento⁶⁷. En la práctica internacional se utilizan de manera conjunta los métodos o criterios de la reacción y de las circunstancias para determinar los efectos jurídicos del acto⁶⁸. Ello se manifiesta en los principios tercero y séptimo del texto de los principios rectores de la CDI y en la jurisprudencia de la CIJ⁶⁹.

- c) El acto unilateral no puede ser contrario a una norma imperativa de derecho internacional general o dictado con la finalidad de eludir el cumplimiento de una obligación internacional.

El requisito consta de dos partes perfectamente distinguibles y que responden a dos situaciones distintas. Precisamente, que el acto unilateral no pueda ser contrario a una norma imperativa de derecho internacional general, se refiere a la licitud del objeto del acto; en cambio, que el acto no pueda ser dictado con la finalidad de eludir el cumplimiento de una obligación internacional, alude a la licitud de la finalidad del acto unilateral. Así como señala Sicault, “[l]a licitud del objeto del compromiso internacional no es suficiente; ella debe ser igualmente acompañada por la licitud de la finalidad. Las dos nociones deben ser, en efecto, bien distinguidas, el objeto se confunde con la norma creada mientras que la finalidad se puede definir como el resultado buscado en la emisión del acto”⁷⁰. A continuación se analizarán ambos casos.

En cuanto a la licitud del objeto, esta se traduce en la “imposibilidad de contradecir una norma de *ius cogens*”⁷¹, lo que implica que esta no puede ser derogada por un acto unilateral de un Estado. Las normas imperativas de derecho internacional general o normas de *ius cogens* constituyen una manifestación de la estructura comunitaria de la sociedad internacional y del derecho internacional público, que tienen por objeto limitar la voluntad de los Estados para proteger intereses colectivos de la comunidad internacional⁷².

⁶⁶ CIJ, *Australia con Francia y Nueva Zelanda con Francia*, 20. 12.1974, párr. 44 y 47, respectivamente; CIJ, *Burkina Faso con República de Mali*, 22.12.1986, párr. 39.

⁶⁷ BARSALOU, 2006, pp. 407-414.

⁶⁸ Incluso no es erróneo estimar que la reacción del o los destinatarios del acto constituyan una circunstancia más del acto unilateral.

⁶⁹ CIJ, *Australia con Francia y Nueva Zelanda con Francia*, 20. 12.1974 párr. 49 y 51, respectivamente; CIJ, *Burkina Faso con República de Mali*, 22.12.1986, párr. 40; CIJ, Decisión sobre excepción preliminar *República Democrática del Congo con Ruanda*, 3.2.2006, párr. 49.

⁷⁰ SICAULT, 1979, p. 664.

⁷¹ BONDIA, 2004, p. 120.

⁷² DIEZ DE VELASCO, 2015, p. 83; DÍAZ, 2014, pp. 555 y 556.

La primera manifestación positiva del *ius cogens*, y que tiene incidencia para el objeto de este trabajo, es la de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena acerca del derecho de los tratados, en que se establece la nulidad y terminación de los tratados contrarios a este tipo de normas. Precisamente, a partir de este reconocimiento positivo en el ámbito de los tratados internacionales, la doctrina internacionalista comenzó a predicar la aplicación de una regla similar en el ámbito de los actos unilaterales, lo que tiene lógica tomando en cuenta que los actos unilaterales pueden producir efectos que contravienen los intereses colectivos esenciales de la comunidad internacional.

En cuanto a la licitud de la finalidad del acto, autores como Sicault y Bondia entienden que este requisito se cumple si el acto no busca eludir una obligación internacional⁷³. Si bien ello no se encuentra recogido en los principios rectores, se hace necesario explicarlo, ya que no es posible entenderlo incorporado, en el estado actual de la cuestión, como una infracción a una norma imperativa de derecho internacional general, sobre todo si se toma en cuenta que el principio *acta sunt servanda* no ha sido calificado como norma de *ius cogens*. Efectivamente, sin esta consideración sería posible sostener que un acto unilateral que tiene por finalidad eludir una obligación internacional emanada de otro acto unilateral, es válido.

2. Efectos de los actos unilaterales

Con el objeto de estudiar este tema, se realizará un análisis de los efectos jurídicos de los actos unilaterales respecto del Estado autor y respecto de terceros Estados.

La regla general del tema en comento, es que los actos unilaterales son jurídicamente vinculantes para su autor, siempre que dicho acto cumpla con los requisitos de validez analizados anteriormente en este trabajo. Precisamente, la oponibilidad de los actos unilaterales a su autor se explica a partir de la figura del *estoppel*. El *estoppel* no es una creación propia del derecho internacional público, sino que es una institución que nace en el derecho privado anglosajón, y que es semejante a la idea presente en el sistema europeo continental de la doctrina de los actos propios. Precisamente, uno de los trabajos más completos respecto del origen, naturaleza, requisitos y tipos de *estoppel*, se encuentra presente en la investigación realizada por Díez-Picazo acerca de dicha doctrina⁷⁴. En este trabajo, su autor señala que la eficacia del *estoppel* es puramente procesal, ya que “significa que dentro de un proceso una persona no puede hacer una alegación en contradicción con el sentido objetivo de su anterior conducta”⁷⁵. Por tanto, es posible apreciar que el *estoppel* “imposibilita una determinada alegación y hace que se le considere inadmisibles”⁷⁶.

⁷³ SICAULT, 1979, p. 664; BONDIA, 2004, p. 122.

⁷⁴ DÍEZ-PICAZO (1963), pp. 61-85.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 67.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 68.

La recepción del *estoppel* en el derecho internacional público se puede explicar a partir del rol que juega la voluntad y comportamiento de los Estados en esta rama del derecho, donde la libertad y posibilidades de actuación de los Estados es muy amplia⁷⁷. Lo señalado precedentemente se manifiesta en los elementos esenciales del *estoppel*. De acuerdo con lo expresado por la doctrina⁷⁸ y la jurisprudencia⁷⁹, los requisitos para que se configure el *estoppel* son tres. En primer lugar, una situación creada por una actitud de una parte; en segundo lugar, una conducta seguida por la otra parte, y basada directamente en la primera actitud, ya sea en su perjuicio o en beneficio de la parte que realizó la conducta primaria; y en tercer lugar, una imposibilidad por parte del que adoptó la primera actitud de alegar contra ella o manifestarse en sentido contrario. Por tanto, la conducta del Estado manifestada en el acto unilateral lo vincula a seguir comportándose de la misma manera, especialmente si ello crea en terceros de buena fe una expectativa que la conducta seguirá realizándose de acuerdo con los mismos parámetros.

A partir de los requisitos indicados en el párrafo precedente, la CIJ rechazó la pretensión boliviana que se basaba en la figura del *estoppel* para fundar la supuesta obligación de Chile para negociar un acceso soberano al mar. Precisamente, el tribunal indicó que, en relación con las actuaciones de Chile, “Bolivia no acreditó que ella haya modificado su posición en su perjuicio o en beneficio de Chile fundándose en las posiciones tomadas por este”⁸⁰.

Como consecuencia de lo expresado, el Estado autor de un acto unilateral no lo puede revocar arbitrariamente. Ello fue recogido en el principio décimo del texto de los principios rectores, que señala que una de las cuestiones a tener en cuenta para determinar si una revocación es o no arbitraria, es la medida en que los sujetos a quienes se deba el cumplimiento de las obligaciones se hayan basado en ellas, esto es, que no se haya generado alguna expectativa en el destinatario del acto o que este haya actuado a base de la misma. En este mismo sentido, la CIJ en la sentencia por competencia y admisibilidad en el “asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua”⁸¹.

Referente a los efectos de los actos unilaterales respecto de terceros, la doctrina estima que los actos unilaterales solo atribuyen derechos a terceros y no obligaciones⁸². Sin embargo, de ello no se debe deducir que un acto unilateral no originarían algunas situaciones que serían oponibles a terceros Estados, ya que estos pueden consentir en vincularse a los efectos jurídicos emanados del acto unilateral. Por tanto, se desprende que la oponibilidad del acto unilateral frente a terceros no se origina del acto mismo, sino que de un acto posterior.

⁷⁷ PECOURT (1962), p. 102.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 103.

⁷⁹ CIJ, *Bolivia con Chile*, 1.10.2018, párr. 153.

⁸⁰ CIJ, *Bolivia con Chile*, 1.10.2018, párr. 159.

⁸¹ CIJ, Decisión sobre excepción preliminar *Nicaragua con Estados Unidos de Norteamérica*, 26.11.1984, párr. 51.

⁸² MIAJA DE LA MUELA, 1967, p. 447; DIEZ DE VELASCO, 2015, p. 153.

Los actos unilaterales tienen un efecto general cuando originan una práctica consuetudinaria en terceros Estados⁸³. Un ejemplo de ello es lo ocurrido con la denominada Proclamación Truman de 1945, en que Estados Unidos de Norteamérica se propuso limitar los derechos de terceros Estados en su plataforma continental. En poco tiempo, la regla contenida en la Proclamación fue aceptada generalmente por otros Estados, e incluso fue considerada por la CDI al elaborar los proyectos de convenciones del derecho del mar.

En definitiva, el acto unilateral como origen o fuente de una norma internacional general se materializa mediante una práctica que constituye costumbre y que se impone frente a terceros Estados. Dicha imposición se puede manifestar por medio de un acto expreso, de un acto presunto o del consentimiento tácito.

III. CONCLUSIONES

El trabajo estableció las hipótesis bajo las cuales un acto unilateral de carácter estatal puede producir efectos jurídicos en el ámbito internacional. Ello se realizó fundamentalmente a partir de una delimitación conceptual y el establecimiento de los requisitos que un acto unilateral debe cumplir para que sea idóneo para producir efectos jurídicos en el ámbito internacional. Acerca de ello hay que realizar dos precisiones. En primer lugar, se constató que la noción de acto unilateral no se identifica solamente con una declaración de voluntad expresa, sino que también puede consistir en un reconocimiento tácito manifestado en un comportamiento unilateral, como es el caso de la aquiescencia. Ello implica que para la configuración de un acto unilateral debe existir un comportamiento respecto del que se pueda interpretar una intención de obligarse, independiente de que exista una manifestación de voluntad de su autor en dicho sentido.

En segundo lugar, se estableció que la diferencia entre un acto jurídico unilateral y un acto unilateral de carácter político se basa fundamentalmente en las circunstancias de su realización. En efecto, la determinación de los efectos jurídicos de un acto unilateral se debe realizar a partir del examen de aspectos circunstanciales, tales como, su contenido, publicidad, el lugar en que fue realizado, el autor del acto y la reacción de su destinatario.

Por último, es menester señalar que los criterios establecidos en el trabajo sirven de parámetro para evaluar la producción de efectos jurídicos en el ámbito internacional de los comportamientos de los órganos nacionales que no tienen a su cargo las relaciones internacionales del Estado de Chile, como por ejemplo, actuaciones de las Cámaras del Congreso Nacional, del Poder Judicial o demás órganos autónomos existentes. Precisamente, así como lo puso de manifiesto el análisis realizado en este trabajo a la sentencia de protección de la Corte Suprema de 18 de noviembre de 2015, pronunciada en contra de Venezuela, no existe conciencia, por parte de aquellos órganos estatales que no tienen a su cargo las relaciones internacionales, que sus actuaciones también pueden ser

⁸³ DIEZ DE VELASCO, 2015, pp. 153 y 154.

idóneos para producir efectos jurídicos en el ámbito internacional, y que por esta razón, en determinadas circunstancias, podrían servir de base para la construcción de una regla de derecho internacional y generar obligaciones jurídicas para la República de Chile.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- BARALE, J., 1965: "L'acquiescement dans la jurisprudence internationale", *Annuaire Française de Droit International*, vol. 11, Nº 1.
- BARSALOU, O., 2006: "Les actes unilatéraux étatiques en droit international public: observations sur quelques incertitudes théoriques et pratiques", *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 54.
- BENADAVA, S., 2004: *Derecho Internacional Público* (8ª edición), Santiago, Lexis Nexis.
- BENTZ, J., 1963: "Le silence comme manifestation de volonté en droit international public", *Revue Générale de Droit International Public*, Nº 1.
- BONDIA, D., 2004: *Régimen Jurídico de los Actos Unilaterales de los Estados*, Barcelona, J.M. Bosch Editor.
- DAILLIER, P.; FORTEAU, M.; PELLET, A., 2009: *Droit international public* (8ª edición), París, Lextenso éditions.
- DÍAZ, R., 2014: "El reconocimiento del *ius cogens* en el ordenamiento jurídico chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, Nº 2.
- DIEZ DE VELASCO, M., 2015: *Instituciones de Derecho Internacional Público* (18ª edición), Madrid, Tecnos.
- DÍEZ-PICAZO, L., 1963: *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, Bosch.
- JIMÉNEZ, F., 2002: *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional. A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima*, Madrid, Editorial Dilex.
- KASSOTI, E., 2015: *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, Leiden, Brill-Nijhoff.
- KISS, A., 1961: "Les actes unilatéraux dans la pratique française du droit international", *Revue Générale de Droit International Public*, Nº 2.
- KOLB, R., 2000: *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, París, Presses Universitaires de France.
- LLANOS, H., 2009: *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público. Introducción y Fuentes. Tomo I* (4ª edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- LÓPEZ ESCARCENA, S., 2016: "¿Jurisdicción universal protectora de los derechos humanos? El caso de los opositores venezolanos ante la Corte Suprema chilena", *Anuario de Derecho Público 2016 Universidad Diego Portales*.
- MARIE, A., 2018: *Le silence de l'Etat comme manifestation de sa volonté*, París, Editions A. Pendone.
- MARTÍNEZ, A., 2011: *Actos unilaterales, promesa, silencio y nomogénesis en el derecho internacional*, Santiago de Compostela, Andavira Editorial.
- MIAJA DE LA MUELA, A., 1967: "Los actos unilaterales en las relaciones internacionales", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 20, Nº 3.
- PECOURT, E., 1962: "El principio del *estoppel* en derecho internacional público", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 15, Nº 1-2.

- ROSSEL, M., 2007: "Los actos unilaterales como fuentes del derecho internacional contemporáneo, XXXVII *Jornadas Chilenas de Derecho Público*, vol. II.
- SICAULT, J., 1979: "Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 83, N° 3.
- THIRLWAY, H., 2014: *The Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- TORRES, M., 2010: *Los actos unilaterales de los Estados*, Madrid, Tecnos.
- VARGAS, E., 2017: *Derecho Internacional Público* (2ª edición actualizada), Santiago, El Jurista.

Documentos de órganos internacionales

- CDI, "Yearbook of International Law Commission 1950, Vol. II", A/CN.4/SER.A/1950/Add. 1, 9.4. 1957.
- CDI, "Primer informe sobre los actos unilaterales de los Estados del Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial", A/CN.4/486, 5.3.1998.
- CDI, "Anuario Comisión de Derecho Internacional 1998, Vol. I", A/CN.4/SER.A/1998.
- AG, "Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas", A/CN.4/569, 6.4.2006.

Jurisprudencia

- CPJI, *Dinamarca con Noruega*, 5.10.1933.
- CIJ, *Reino Unido con Noruega*, 18.12.1951.
- CIJ, *Francia con Reino Unido*, 17.11.1953.
- CIJ, *Honduras con Nicaragua*, 18.11.1960.
- CIJ, *Camboya con Tailandia*, 15.6.1962.
- CIJ, *Australia con Francia*, 20.12.1974.
- CIJ, *Nueva Zelanda con Francia*, 20.12. 1974.
- CIJ, Declaración del juez Federico de Castro *Australia con Francia*, 20.12.1974.
- CIJ, *Canadá con Estados Unidos de Norteamérica*, 12.10.1984.
- CIJ, Decisión sobre excepción preliminar *Nicaragua con Estados Unidos de Norteamérica*, 26.11.1984.
- CIJ, *Nicaragua con Estados Unidos de Norteamérica*, 27.6.1986.
- CIJ, *Burkina Faso con República de Mali*, 22.12.1986.
- CIJ, Decisión sobre excepción preliminar *República Democrática del Congo con Ruanda*, 3.2.2006.
- CIJ, *Bolivia con Chile*, 1.10.2018.
- CS, 18.11.2015, rol N° 17.393.

El antagonismo de la doctrina de la nulidad y de la responsabilidad administrativa: ¿mito o realidad?

*Pedro Harris Moya**

RESUMEN

Si la divergencia de la doctrina es un fenómeno común a otros ámbitos jurídicos, en el contencioso administrativo ella impone dificultades particulares, al afectar a la garantía de la legalidad y de la seguridad jurídica, componentes esenciales de un Estado de Derecho. La división de la doctrina administrativa, sin embargo, puede reconciliarse en ciertos contenciosos administrativos mediante una relectura de las posiciones tradicionalmente confrontadas, así como de la apreciación de su influencia recíproca. En el marco de las acciones jurisdiccionales generales, las teorías de la nulidad administrativa y de la responsabilidad de la Administración así lo demuestran.

Doctrina – fuentes del derecho – derecho administrativo

The antagonism of the doctrine of nullity and administrative responsibility: Myth or reality?

ABSTRACT

While the divergence of the doctrine is a phenomenon common to other legal areas, within administrative litigation it imposes particular difficulties, as it affects the guarantee of legality and legal certainty, essential components of a State of Law. The division of the administrative doctrine, however, can be reconciled through re-reading of the traditionally confronted positions, as well as appreciation of their reciprocal influence. Within the framework of general jurisdictional actions, the theories of administrative nullity and the responsibility of the administration prove it.

Doctrina – sources of law – administrative law

* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Doctor en Derecho Público, Universidad de París 1, Panthéon-Sorbonne, Francia. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: pedro.harris@uautonoma.cl

Artículo recibido el 29.4.2019 y aceptado para su publicación el 3.9.2019.

INTRODUCCIÓN

“La doctrina, junto con la jurisprudencia, ha sido aceptada en general como fuente de carácter ‘aclaratorio’ del derecho legislado en tanto y en cuanto contribuye a orientar sobre el verdadero sentido y alcance de las normas”¹. Se trata de una fuente indirecta, cuya importancia en el Derecho administrativo ha sido calificada incluso como superior a aquella propia del Derecho privado². La doctrina, como fuente racional del derecho, ha estado presente en la formación de la disciplina³ y es ella, en gran medida, quien explica su desarrollo progresivo. No obstante, la vigencia de esta apreciación parece discutible a primera vista respecto del Derecho administrativo actual. La doctrina nacional ha excedido su función aclaratoria, y lo ha hecho bajo una perpetua división⁴.

Si bien homogénea luego de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1980, la constatación general de la doctrina administrativa en nuestros días es la de una fuente conformada por posiciones irreconciliables. Se trata de tesis que atraviesan los distintos sectores del contencioso. Desde las acciones jurisdiccionales destinadas al control de la legalidad de la Administración, hasta aquellas que permiten la reparación de los perjuicios que esta hubiere causado. Aunque teóricamente las opciones en cada uno de estos sectores pueden ser múltiples, en la práctica la divergencia opera bajo dos bibliotecas⁵ *prima facie* divergentes. La una, fundada en la conservación de posiciones aceptadas luego de la vigencia de la Constitución; la otra destinada a subvertirlas⁶.

A primera vista, la doctrina de las dos bibliotecas en el Derecho administrativo puede ser útil al ofrecer diferentes lecturas que permitan una adecuación de las soluciones a un caso específico⁷. Sin embargo, este beneficio es menor en relación con sus inconvenientes. La heterogeneidad de las opiniones en el Derecho administrativo afecta a la inteligibilidad de sus fuentes directas y, particularmente, a la legalidad y a la seguridad jurídica. La afectación opera también respecto de las fuentes indirectas. Este no solo es el caso de la jurisprudencia, sino también de la propia doctrina. Aunque conveniente a corto término, las dos bibliotecas son inconvenientes a largo plazo, al limitar las funciones que esta fuente posee en el ámbito de la Administración y su importancia.

Cierto, una separación en estos términos podría difícilmente permitir una labor de unificación destinada a superar las dificultades que la división en dos bloques de los autores conlleva. Sin embargo, una lectura atenta de las diferentes posiciones bien podría mostrar la unidad que subyace a ellas. La unificación de las dos bibliotecas parece obedecer a las influencias recíprocas de cada una de estas. Inicialmente divergente, la doctrina

¹ PÉREZ HUALDE, 2015, p. 97.

² SILVA CIMMA, 1992, p. 290.

³ CERDA-GUZMÁN, 2007, p. 328.

⁴ CERDA-GUZMÁN, 2007, p. 321.

⁵ PÉREZ HUALDE, 2015, p. 105 y ss.

⁶ CONCHA MACHUCA, 2013, p. 105.

⁷ PÉREZ HUALDE, 2015, p. 109.

aparece hoy como una fuente potencialmente convergente, debido a la funcionalidad sustitutiva que proporcionan la mayor parte de las teorías en oposición. Las posiciones relativas a la nulidad (I) y a la responsabilidad (II) lo demuestran.

I. LA INTEGRACIÓN DE LAS DOCTRINAS EN LA NULIDAD ADMINISTRATIVA

El antagonismo de la doctrina se manifestaría, primero, en el ámbito de la legalidad, mediante las diferentes teorías acerca de la nulidad de los actos administrativos. Las posiciones son ampliamente conocidas: o la Constitución consagraría un régimen propio del Derecho público⁸, insaneable⁹; o la ley lo desarrollaría permitiendo su saneabilidad por la aplicación del Derecho privado¹⁰. Pese a las apariencias, ambas teorías han influido una sobre otra, debido a los aspectos inacabados de su formulación. Hoy, puede afirmarse la saneabilidad de la nulidad de Derecho público (1) —en rigor, insaneable—, y la insaneabilidad de la nulidad de Derecho privado (2) —en rigor, saneable—.

1. *La saneabilidad de la nulidad “insaneable”*

La perturbación de la seguridad jurídica frente a las sanciones radicales en el ámbito del Derecho público ha sido una de las principales críticas a la aplicación de nulidades de pleno derecho en materia administrativa¹¹. Este es precisamente el caso de la sanción aplicable a las infracciones a la legalidad bajo la teoría de la nulidad de derecho público. La formulación tradicional de esta teoría, sin embargo, ha respondido a dichas críticas señalando dos limitaciones a su formulación, las que permitirían su compatibilidad con las exigencias de la seguridad: la protección de los terceros de buena fe y, asimismo, una aplicación limitada en la dictación de actos de carácter favorable¹².

No es necesario ir muy lejos para comprender que las exigencias de la seguridad permitirían, eventualmente, excluir uno de los atributos más característicos de esta posición, a saber: la insaneabilidad del vicio. Pese a ser concebido como excepciones a

⁸ SOTO KLOSS, 1990, p. 11 y ss. SOTO KLOSS, 2012, p. 505 y ss. SOTO KLOSS, 2001, pp. 282-283. FIAMMA, 1986, p. 345 y ss. BOCKSANG HOLA, 2012, p. 299 y ss. BOCKSANG HOLA, 2013, p. 85 y ss.

⁹ SOTO KLOSS, 2012, p. 513: “Se sana o valida o ratifica algo que ya tiene existencia, pero irregular, algo que es pero de un modo imperfecto; pero lo que no existe no es y lo que no es, es la nada: *nullus, nullitas*, ausencia de ser, y la nada no cabe que sea objeto de saneamiento”.

¹⁰ BERMÚDEZ SOTO, 2008. BERMÚDEZ SOTO, 2010, p. 122. Los intentos de limitar la nulidad de derecho público tienen larga data: PIERRY ARRAU, 1993-1994, p. 79 y ss. Algunos se oponen a ella, sin afirmar una remisión al derecho privado: CORDERO QUINZACARA, 2013, p. 204.

¹¹ REYES RIVEROS, 1993, p. 91 y ss. Paradojalmente, el autor formula dicha crítica para limitar la aplicación de la nulidad absoluta del derecho civil. El paralelo con la nulidad de derecho público, no obstante, ubica a esta sanción como un régimen de moderación, entre otras razones, debido a su saneabilidad por el transcurso del tiempo.

¹² SOTO KLOSS, 1991-1992, p. 424. SOTO KLOSS, 1989, p. 480.

la regla de la insaneabilidad, cada uno de estos límites posee por sí mismo un carácter amplio. Dicha amplitud bien puede traer como resultado la inversión de la sanción aplicable a las infracciones de la legalidad. Paradojalmente, la doctrina favorable a esta posición ha colaborado con ello, al ignorar una definición precisa de los terceros de buena fe (a) y al ampliar desmesuradamente la noción de propiedad (b).

a) La imprecisión de los terceros de buena fe

La doctrina de la nulidad de derecho público no siempre es precisa en el empleo de la categoría de terceros. En un primer sentido esta noción ha sido empleada para aludir al beneficiario del acto¹³. En teoría, la noción de tercero-beneficiario permitiría limitar la saneabilidad a aquellos actos que poseen un destinatario específico, como es el caso de aquellos individuales. No obstante, la desprotección que esta lectura supondría frente a los reglamentos no pareciera permitir excluirlos. Paradojalmente, el destinatario del acto reglamentario no se encuentra precisado de antemano, por lo que bastará la buena fe de uno o más administrados para que este vicio sea saneable.

En un segundo sentido, la noción de tercero excluiría al beneficiario, y se referiría únicamente a aquellos distintos a él¹⁴. Bajo esta perspectiva tercero sería todo aquel que no es destinatario del acto en cuestión. Se tratarán de terceros relativos o absolutos. Mientras que la protección del tercero relativo limitaría la saneabilidad (debido a la necesidad que la protección recaiga en una persona que esté o llegara a estar en relación con el acto impugnado), la protección del tercero absoluto permitirá extenderla (pues, dentro de dicha noción, quedará comprendida toda persona distinta al destinatario, con independencia que esté o llegara a estar en relación con el acto)¹⁵.

La condición que el tercero –sea interpretado como destinatario o como tercero en un sentido estricto– se encuentre de buena fe, no parece modificar substancialmente la saneabilidad del acto viciado. Pese a las reticencias generales acerca de la aplicación del derecho privado, la nulidad de derecho público parece aplicar en este ámbito la presunción de buena fe inspirada en el art. 707 del Código Civil¹⁶. Si la buena fe del administrado se presume, la saneabilidad del acto también, razón por la que la

¹³ REYES RIVEROS, 1993, p. 91 y ss. El autor reconoce diferentes excepciones a la aplicación de la teoría. “Especial connotación adquiere la cuestión cuando sobre la base de un acto que adolece de vicio se constituyen o consolidan derechos por terceros de buena fe”.

¹⁴ FLORES RIVAS, 2017, p. 210. A propósito de la competencia de revocación, el autor reconoce la necesidad de protección. Así, “incluso los [actos] no declarativos de derechos pueden producir perjuicios a los propios destinatarios o a terceros, perjuicios que deben ser protegibles, igual que los considerados como favorables o declarativos de derecho”.

¹⁵ En fin, una tercera noción de tercero incorpora, tanto al destinatario como al tercero en sentido estricto. Tercero sería, para estos efectos, toda persona ajena a la organización administrativa. Véase: SOTO KLOSS, 1989, p. 478. El autor crítica la jurisprudencia administrativa favorable a la invalidación (anterior a la dictación de la Ley N° 19.880), “ya que implicaba desconocer lisa y llanamente (...) la buena fe de los terceros, enteramente ajenos a los errores de la administración”.

¹⁶ SOTO KLOSS, 2012, p. 475.

insaneabilidad del vicio quedará largamente restringida por el traspaso de la carga de la prueba a la Administración, más aún debido a la dificultad tradicional de probar estas condiciones subjetivas.

b) La ampliación de la propiedad

La segunda razón que permite afirmar la saneabilidad por regla general de la nulidad de derecho público es la ampliación de los derechos que pueden ser objeto de propiedad. En gran medida, la garantía del acceso a la propiedad (art. 19 N° 23 CPR) tiene un rol fundamental en este sentido. Sin embargo, su extensión principal viene dada por el contenido de la propiedad (art. 19 N° 24 CPR) y, asimismo, por la extensión de la noción de acto administrativo del art. 3 de la Ley N° 19.880, bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Cada uno de estos aspectos permiten afirmar la excepcionalidad de este carácter.

Volver a la teoría de la propietarización¹⁷ de los derechos parece hoy un aspecto innecesario. Pese a las críticas de la doctrina, esta posición ha sido dominante en tribunales tanto por la extensión general de la noción de cosa incorporal como por su aplicación en particular a los actos administrativos¹⁸. Hoy, la generalidad de los derechos contenidos en los actos de la Administración son susceptibles de ser propietarizados, con independencia que ellos puedan ser objeto de una apreciación pecuniaria. Una vez que esto ocurra, la teoría de la nulidad de derecho público permitirá limitar el carácter insaneable de la misma, debido a la protección otorgada al destinatario.

La Ley N° 19.880 bien pudo, por la vía interpretativa, limitar este efecto, por medio de una consagración restrictiva del concepto de acto administrativo. El resultado, sin embargo, parece ser el opuesto. La extensión de la noción de acto administrativo del art. 3 de la legislación de bases del procedimiento administrativo permite afirmar que toda decisión escrita de la Administración (y todo acto homologable a ella) puede servir de base para un derecho patrimonializable por parte de un administrado, siendo sus vicios por esta razón saneables, con independencia que la adquisición del derecho sea directa, o solo se limite a reconocerla, por un acto relativo a su constancia o conocimiento¹⁹.

2. *La insaneabilidad de la nulidad “saneable”*

A la inversa, ¿la aplicabilidad del Derecho privado impone necesariamente la saneabilidad de la nulidad? Recordemos que la aplicación del Código Civil en este ámbito solo se alcanza por la remisión eventual del artículo 7 de la Constitución Política al art. 1462

¹⁷ VERGARA BLANCO, 1991-1992, p. 281 y ss.

¹⁸ SOTO KLOSS, 2012, p. 500.

¹⁹ Art. 3 inc. 6° de la Ley N° 19.880, 2003: “Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias”.

del Código Civil²⁰, en lo relativo a los requisitos de fondo del acto administrativo²¹. De esta forma, mientras que los vicios de forma del acto se regirían por el Derecho público (siendo “insanables”), los de fondo se regirían por el Derecho privado, en aplicación de las reglas de la nulidad absoluta, lo que permitiría el saneamiento del vicio luego de diez años de su dictación, por efecto de la sanción relativa al objeto ilícito²².

Aparentemente, la saneabilidad del vicio por el transcurso del tiempo sería solo un efecto colateral de esta doctrina, cuyo objetivo principal es evitar que las ilegalidades de fondo del acto administrativo queden exentas de control judicial²³. Sin embargo, este efecto secundario corresponde a una diferencia esencial entre la teoría monista y dualista de la nulidad administrativa²⁴, al permitir conservar ciertos actos ilegales. Pese a ello, ambas posiciones pueden aproximarse por la ilegalidad reglamentaria. La invalidación del reglamento genera efectos en los actos de aplicación, cualquiera sea el tiempo transcurrido (a), abriendo también un nuevo plazo de impugnación (b).

a) La declaración del reglamento ilegal

La integración de los reglamentos en la Ley N° 19.880 ha sido un aspecto debatido entre los autores. Un sector de la doctrina parece interpretar aun hoy la exclusión de tales actos del régimen de la ley, el que sería solo aplicable a los actos individuales²⁵. Otra posición, por el contrario, interpreta su integración dentro de la legislación de bases, sin perjuicio de conciliar algunas de sus reglas²⁶. Una doctrina y otra no están exentas de consecuencias relativas a la saneabilidad. Pese a las apariencias, la aplicación de la legislación de bases de los procedimientos administrativos consagra ciertas herramientas que permiten cuestionar la saneabilidad de la nulidad absoluta.

²⁰ Conforme con esta disposición: “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno”.

²¹ BERMÚDEZ SOTO, 2010, p. 122: “la solución está en el mismo art. 7 inc. 3° CPR, que remite la sanción a la ley, la que en este momento no es otra que el Código Civil, específicamente en su art. 1462”.

²² Art. 1683 del Código Civil. Esta disposición consagra una multiplicidad de aspectos tradicionalmente afirmados por la posición favorable a la nulidad de derecho público. Así, debe ser declarada de oficio por el juez, puede alegarse por todo aquel que tenga interés y no puede ser objeto de conversión, ni tampoco ser alegada por quien debió conocer del vicio.

²³ Esta posición ha sido afirmada luego de la Sentencia de Corte Suprema del 28 de junio de 2006, rol: 3132-2005, Camacho Santibáñez. Pese a las críticas (BOCKSANG HOLA, 2012, p. 299 y ss.) esta posición no parece haber sido abandonada por la doctrina: CONCHA MACHUCA, 2013, p. 106. BERMÚDEZ SOTO, 2011, p. 439. Según este último autor, la jurisprudencia al parecer conservaría dicho criterio: Sentencia de Corte Suprema del 30 de agosto de 2007, rol: 3689-2006, INP con Cuello; Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago del 5 de julio de 2007, rol: 7830-2006, Abrego Diamantti.

²⁴ BOCKSANG HOLA, 2012, p. 302.

²⁵ BERMÚDEZ SOTO, 2011, p. 156.

²⁶ PIERRY ARRAU, 2005.

Una de las herramientas corresponde a la invalidación. Pese a su enunciación en la Ley N° 19.880²⁷, la invalidación del reglamento es una obligación de la Administración que afecta la validez del acto reglamentario, pero que también puede acarrear el decaimiento de múltiples actos individuales dictados en su aplicación (respecto de los que podría interpretarse la saneabilidad de ciertos vicios). Podrá objetarse en contra de esta interpretación que la potestad invalidatoria solo puede ejercerse de oficio dentro del plazo de dos años desde la publicación del acto en cuestión²⁸. No obstante, esta limitación puede subsanarse por diferentes mecanismos, que permiten su extensión.

Primero, debido a que el plazo de dos años solo es aplicable respecto de ilegalidades ocurridas *ab initio*, esto es, desde el momento de la dictación del acto, sin considerar aquellas sobrevenidas durante su vigencia. Segundo, ya que bastará la actualización del reglamento para que este plazo se interrumpa. Y, tercero, debido a que nada obsta a que la Administración invoque dicha pretensión ante tribunales luego de expirado el plazo de dos años desde la publicación del reglamento. Se trataría de un recurso de invalidación impropia, carente de plazo de interposición a favor de la legalidad. Esta posibilidad ha sido afirmada, permitiendo así evitar la conservación del acto ilegal²⁹.

b) La aplicación del reglamento ilegal

El saneamiento del vicio de fondo por el transcurso del tiempo es la principal consecuencia de la aplicación del art. 1462 del Código Civil en materia administrativa. Dicho saneamiento es, en principio, excluido de la teoría de la nulidad de derecho público, caracterizada por una aplicación general, cualquiera sea el elemento del acto administrativo viciado. No obstante, esta saneabilidad es cuestionable si la Administración aplica en la especie un reglamento ilegal. Al menos, considerando que la aplicación de este deberá abrir un nuevo plazo de reclamación en contra del acto de aplicación, en el que podrá impugnarse la ilegalidad del reglamento que le sirve de base³⁰.

Este mecanismo –de excepción de ilegalidad– ha sido conocido en el Derecho nacional, en el “contexto de la debilidad histórica del sistema chileno de control jurisdiccional de los actos de la administración”³¹. Su principal característica, para estos efectos, es hacer inaplicación de la saneabilidad del vicio. Cualquiera sea el tiempo en que la Administración hubiere dictado un reglamento ilegal, su aplicación abrirá un nuevo término de impugnación en contra del acto administrativo que origina. Poco importa así que el vicio reglamentario sea de forma o de fondo y que, por esta razón, en este caso resulte aplicable o no la nulidad absoluta del Código Civil, saneable por el tiempo.

²⁷ Conforme con artículo 53 de la Ley N° 19.880 de 2003, la Administración “podrá” invalidar los actos contrarios a derecho.

²⁸ Artículo 53 de la Ley N° 19.880 de 2003.

²⁹ BERMÚDEZ SOTO, 2005, p. 83 y ss.

³⁰ HUMERES GUAJARDO, 2017, p. 157 y ss.

³¹ HUMERES GUAJARDO, 2017, p. 170. La técnica resulta asimilable para estos efectos a una excepción al principio de inderogabilidad singular.

La comunicabilidad del vicio del acto reglamentario al acto individual que lo aplica permite así un resultado de insaneabilidad, cualquiera sea el fundamento que se siga en la materia. El resultado de insaneabilidad será evidente si este fundamento corresponde a la aplicación del Derecho público, bajo la teoría unitaria de la nulidad de los actos administrativos. Sin embargo, el resultado de insaneabilidad también tendrá lugar si este fundamento corresponde a la aplicación del Derecho privado, bajo la teoría dualista de dicha nulidad. La saneabilidad del vicio de ilegalidad de fondo del reglamento, en aplicación del art. 1462 del Código Civil, deviene así en un vicio insaneable.

La unificación de las dos bibliotecas en el contencioso administrativo sería solo parcial si se limitara a la legalidad administrativa. La unificación se alcanza, por tanto, debido a que ella se extiende también, y sobre todo, a la asimilación de las doctrinas en la responsabilidad administrativa.

II. LA ASIMILACIÓN DE LAS DOCTRINAS EN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

El antagonismo de la doctrina se manifestaría, en segundo término, en el ámbito de la responsabilidad. La discusión ha sido ampliamente analizada³²: o bien se trataría en una responsabilidad objetiva, por aplicación de la Constitución³³, o bien consistiría en un régimen subjetivo, por aplicación de reglas especiales (basadas en la falta de servicio)³⁴ y supletorias (propias del Código Civil)³⁵. Si la discusión aparece formulada por los autores bajo posiciones en apariencia irreconciliables, es porque la doctrina omite la evolución independiente de cada régimen³⁶. La subjetivación no parece hoy completamente ajena a la responsabilidad objetiva (1). Tampoco lo es el empleo de ciertas técnicas que permiten objetivar la responsabilidad subjetiva (2).

³² *V.gr.*: ROMÁN CORDERO, 2009, p. 449 y ss.

³³ HERRERA VALVERDE, 2009, p. 914. SOTO KLOSS, 2012, p. 909 y ss. SOTO KLOSS, 2001, p. 284. No obstante, ciertos autores se refieren a la integración de una responsabilidad objetivada: PANTOJA BAUZÁ, 1987, pp. 42-43, citado en CORDERO VEGA, 2015, p. 657 y ss. Véase también: ROMÁN CORDERO, 2012, p. 35.

³⁴ Art. 42 de la Ley N° 18.575, 1986: "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio". Art. 152 de la Ley N° 18.695, 1988: "Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio". Véase en este sentido: BERMÚDEZ SOTO, 2011, p. 502. BERMÚDEZ SOTO, 2002, p. 253 y ss. PIERRY ARRAU, 2003, p. 9 y ss. En ciertos casos los autores sustituyen el régimen de responsabilidad por falta de servicio a favor de otros, que poseen igualmente un carácter o naturaleza subjetiva: BERMÚDEZ SOTO, 1999, p. 246.

³⁵ En particular, artículos 2314 y 2329 del Código Civil. PIERRY ARRAU, 2009, p. 60. BARROS BOURIE, 2006, p. 31 y ss. En otros casos, se propone la aplicación del art. 2320 del Código Civil, relativo a la responsabilidad por el hecho ajeno. No obstante, es importante considerar que esta aplicación podría suponer una regresión al sistema anterior a la Ley N° 18.575.

³⁶ En materia de responsabilidad, un intento de aproximar el régimen privado y público ha sido planteado en el derecho nacional. Véase: CORRAL TALCIANI, 2003, p. 32. "Se trata de procesos que marcan una fuerte proximidad entre el Derecho público y el Derecho privado, hasta alcanzar zonas de franca confluencia (...). Esta cercanía se revela también al explorar de la responsabilidad del Derecho público y la del Derecho privado".

1. *La subjetivación de la responsabilidad "objetiva"*

Como toda responsabilidad objetiva, la responsabilidad sin falta hace excepción de la culpa y el dolo. Por regla general, la prueba de estos elementos será la principal diferencia entre el régimen de Derecho privado y de Derecho público. Si en el primer caso la responsabilidad impondría la culpa o el dolo del autor de los perjuicios, en el segundo bastaría que la víctima acreditara el hecho, el perjuicio y su causalidad. La supresión de los elementos subjetivos se explicaría en términos de funciones. A diferencia de la funcionalidad sancionadora del régimen subjetivo³⁷, el régimen de la responsabilidad objetiva respondería a una funcionalidad aseguradora³⁸.

Afirmar que la responsabilidad es objetiva significa liberar al demandante de la prueba de la culpa o de la intencionalidad, impidiendo también que la Administración pueda exonerarse de responsabilidad a base del estándar de servicio. No obstante, dentro de las exigencias de la responsabilidad objetiva se encuentra, desde sus orígenes, un requisito adicional –mayoritariamente desatendido por sus críticos–: la prueba de la antijuridicidad del perjuicio³⁹. Este requisito permite acercar los regímenes. En efecto, mientras que la acreditación de la antijuridicidad puede asimilarse a la prueba de la falta (a), la prueba de la juridicidad puede aproximarse a la acreditación de la diligencia (b).

a) La prueba de la falta por la antijuridicidad del perjuicio

La antijuridicidad en análisis no se asocia a cualquier elemento de la responsabilidad, sino únicamente a los perjuicios. La noción de perjuicio debe distinguirse del concepto de daño. Mientras que el primero ocurre en el ámbito del derecho, el segundo tiene lugar en la esfera de los hechos⁴⁰. El perjuicio es una consecuencia del daño, susceptible de lesionar los derechos de la víctima. Sin embargo, no todo perjuicio debe repararse. Para que esto ocurra deberá tratarse de un perjuicio antijurídico, definido por la ausencia del deber jurídico de soportar estos efectos⁴¹. Según la doctrina, esta condición requiere una apreciación objetiva y directa del daño, en función de su extensión⁴².

Si la antijuridicidad del perjuicio es definida por la ausencia del deber jurídico de soportar el mismo, no será difícil apreciar una idea de falta al interior de esta responsabilidad

³⁷ La responsabilidad subjetiva es siempre sancionadora, debido a la exigencia de culpa o dolo. Esta caracterización es sin perjuicio de la indiferencia eventual acerca de la concurrencia de uno u otro, para efectos de la reparación de los perjuicios.

³⁸ LOCHAK, 1993, p. 275 y ss.

³⁹ Este requisito –incorporado por la influencia de la doctrina española– ha sido afirmado tradicionalmente: OELCKERS CAMUS, 1987, p. 69: “La lesión la entendemos como un perjuicio antijurídico en sí mismo, perjuicio que el administrado, titular de un patrimonio no tiene el deber jurídico de soportar, aunque la organización y el agente que lo ocasiona obre con toda licitud”.

⁴⁰ SOUSSE, 1994, p. 374.

⁴¹ OELCKERS, 1989, p. 447: “La antijuridicidad se traduce así en la inexistencia del deber de soportar el daño por parte de la víctima”.

⁴² PINILLA RODRÍGUEZ, 2005, p. 83 y ss.

“objetiva”. En el Derecho administrativo y civil, la falta es definida mayoritariamente como el incumplimiento de una obligación preexistente⁴³. Si la Administración tiene la obligación de actuar en un sentido, entonces, los administrados deberán soportar en principio los perjuicios de estos actos o actuaciones. La referencia a una obligación preexistente se encontraría implícita en la noción de antijuridicidad del perjuicio, que aplica el mismo elemento, enunciado en términos de un deber del administrado.

Paralelamente, si la antijuridicidad requiere apreciar la extensión de los perjuicios, es porque su análisis suele coincidir con el de la falta. En efecto, la verificación de la antijuridicidad puede asimilarse a la apreciación de la falta, ya que ambos elementos se relacionan con la extensión del perjuicio causado. A mayor extensión del mismo, antijuridicidad y falta serán fácilmente apreciables, cuestión que no siempre sucederá ante perjuicios de escasa intensidad. No sería difícil afirmar que el elemento de antijuridicidad permite comprender los daños causados por una falta virtual, caso en la que la doctrina exonera a la víctima de la carga de la prueba, por su carácter manifiesto⁴⁴.

b) La prueba de la diligencia por la juridicidad del perjuicio

El requisito de antijuridicidad no solo permite integrar un análisis propio de la responsabilidad subjetiva al interior de los elementos que determinan el surgimiento de esta responsabilidad “objetiva”. También permite que este análisis se integre al interior de las causales que permiten limitar su aplicación. Decir que la Administración es responsable por el perjuicio antijurídico significa decir, *a contrario*, que ella será irresponsable si el mismo es jurídico ¿No se opone esta posibilidad a la funcionalidad de un régimen de responsabilidad objetiva, cuya característica principal es impedir toda limitación de la responsabilidad fundada en el actuar del órgano?

La limitación de la responsabilidad podrá traducirse, primero, en la aplicación de una causal de justificación. Este podrá ser el caso de los perjuicios ocasionados producto de un caso fortuito o de un supuesto de fuerza mayor, hipótesis donde la responsabilidad objetiva no admite, en principio, exclusión. Sin embargo, se trataría también de los casos en los que la Administración causa un perjuicio de manera lícita. La antijuridicidad del perjuicio parece, en este caso, oponerse a otros títulos de imputación del actuar de la Administración. Los casos de rupturas de la igualdad ante las cargas públicas, de sacrificio especial y de traición a la confianza legítima son algunos ejemplos.

La limitación de la responsabilidad podrá traducirse también en la limitación de la reparación. Esto podrá ocurrir bajo supuestos en los que la víctima hubiera incurrido en un actuar culposos. Podría pensarse que la culpabilidad del administrado es un elemento intrascendente en un régimen sin culpa, debido al carácter objetivo de la responsabilidad del autor. El requisito de antijuridicidad del perjuicio causado permitirá la reapreciación de este carácter objetivo. En efecto, este elemento podría, en tal supuesto, ocultar una

⁴³ PLANIOL, 1923, p. 281.

⁴⁴ PALMER, 1987, p. 829.

verdadera compensación de culpas entre el administrado y la Administración⁴⁵, debido al incumplimiento recíproco de los deberes impuestos a cada uno.

2. *La objetivación de la responsabilidad “subjetiva”*

El Derecho privado ha criticado tradicionalmente la imposición de la acreditación de condiciones subjetivas, bajo ciertas hipótesis, para efectos de obtener reparación. Esto explica que dicha prueba haya sido limitada por el empleo de distintas técnicas. En rigor, todas ellas tienen un efecto común: permitir que el autor del daño tenga un rol secundario, asumiendo un papel principal la víctima de los perjuicios. Se trata de una evolución interna al campo del Derecho privado que, sin embargo, genera consecuencias relevantes en su aplicación en el ámbito del Derecho público ¿No es en rigor esta la razón fundamental para excluir en este ámbito la aplicación del Derecho civil?⁴⁶

Los avances de los autores privatistas en materia de responsabilidad contrastan así con el inmovilismo de los publicistas. Mientras que la doctrina privatista ha mostrado una evolución favorable a la apreciación del riesgo en sus diferentes regímenes⁴⁷, las posiciones de los publicistas permanecen divididas. La posición favorable a la aplicación del Derecho privado a la responsabilidad administrativa no puede ser ajena a esta evolución. El Derecho privado ha limitado la importancia del dolo y de la culpa en el surgimiento de la responsabilidad (a). Paralelamente, la doctrina más tradicional nos recuerda que estos elementos se equiparan de cara al contenido de la reparación (b).

a) La limitación del dolo o la culpa en la responsabilidad civil

Si la responsabilidad subjetiva se asimila a la responsabilidad por culpa o dolo, el carácter más o menos subjetivo del régimen será condicionado al grado de la culpa exigible⁴⁸. Los autores del Derecho privado carecen de una posición homogénea. Mientras que algunos exigen la culpa leve⁴⁹, otros remarcan la diferencia entre la culpa contractual y extracontractual. Según esta última posición, solo en el ámbito contractual la culpa admitiría una división tripartita. En el régimen civil extracontractual, en cambio, toda

⁴⁵ Art. 2330 del Código Civil: “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. A favor de esta aplicación en materia de responsabilidad administrativa: CORRAL TALCIANI, 2003, p. 42.

⁴⁶ SOTO KLOSS, 1980, p. 133.

⁴⁷ CORRAL TALCIANI, 2003, p. 32.

⁴⁸ En efecto, podría afirmarse una relación directamente proporcional entre el carácter subjetivo de la responsabilidad y el grado de la culpa exigible. Así, a mayor grado de culpa exigible, más lejana será la idea de una responsabilidad objetiva. Como se verá, el que cualquier grado de culpa comprometa la responsabilidad permite, a la inversa, un acercamiento.

⁴⁹ MEZA BARROS, 2008, p. 123.

culpa podría permitir comprometer la responsabilidad⁵⁰. La aplicación de la culpa levisísima acercaría las soluciones del Código Civil a la responsabilidad objetiva⁵¹.

La limitación de esta prueba puede obedecer a otros factores que permiten invertir la acreditación del elemento subjetivo. La presunción de culpa en materia de riesgos tiene un rol principal en este ámbito. Si la doctrina del Derecho privado se limitaba a prescindir de esta exigencia en las materias enumeradas en el art. 2329 del Código Civil⁵², la jurisprudencia actual infiere un principio implícito a sus disposiciones⁵³. La aplicación del art. 2329 del Código Civil ha sido afirmada por un sector de los autores de Derecho administrativo⁵⁴. Si lo anterior tiene lugar, la reinterpretación de esta regla por parte de los autores de Derecho privado permitirá aproximar las teorías⁵⁵.

Un último acercamiento entre la responsabilidad subjetiva y objetiva operará en todos los casos en que la Administración incurre en una ilegalidad. Este sería el resultado de aplicar en el Derecho público la regla de la culpa contra la legalidad tradicional del Derecho privado⁵⁶. La culpa contra la legalidad encuentra en el Derecho administrativo un ámbito propicio para su desarrollo, especialmente si se consideran los factores que llevan a su aplicación. Estos vienen dados no solo por la multiplicación de reglas aplicables a los órganos administrativos⁵⁷, sino también por la aparición de nociones que limitan el ejercicio de sus competencias, calificadas hoy de funcionales⁵⁸.

b) La limitación del dolo o la culpa en la reparación civil

Si la función aseguradora de la responsabilidad es tradicionalmente asociada a la responsabilidad objetiva, la responsabilidad subjetiva puede cumplir una función equivalente o superior en ciertos casos. Esta es la consecuencia de aplicar ciertas disposiciones del Código Civil a la Administración en materia de concursos de intervinientes. Si bien la legislación administrativa carece de una solución expresa en la materia, ella es suplida por la aplicación del art. 2317 del Código Civil. Conforme a ella: "Si un delito

⁵⁰ ABELIUK MANASEVICH, 2001, pp. 202-203.

⁵¹ HARRIS MOYA, 2018, p. 253.

⁵² SCHIELE y TOCORNAL, 2010, p. 124: Pese a las limitaciones jurisprudenciales, los autores afirman que "se da a este artículo una interpretación más amplia que lo literal de la disposición, sosteniendo una presunción de culpa y de relación causal por hechos propios. En la época del autor referido [Arturo Alessandri Rodríguez] su doctrina constituía una opinión aislada; hoy, sin embargo, se encuentra más acompañado".

⁵³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005, p. 215. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, 2014, pp. 175-176. En otros casos, si bien se afirma la existencia de una presunción general, se interpreta una aplicación de manera restrictiva: AEDO BARRENA, 2014, p. 723.

⁵⁴ PIERRY ARRAU, 2009, p. 60.

⁵⁵ HARRIS MOYA, 2018, p. 258.

⁵⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005, p. 128 y ss. AEDO BARRENA, 2014, p. 707. BARROS BOURIE, 2006, p. 938.

⁵⁷ La doctrina así lo ha constatado en ciertos ámbitos de la responsabilidad administrativa: BERMÚDEZ SOTO, 2014, p. 398.

⁵⁸ GÓMEZ PUENTE, 2011, p. 101. ROMÁN CORDERO, 2005, p. 411.

o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito”⁵⁹.

La solidaridad en materia de responsabilidad administrativa ha sido cuestionada en ciertos casos. Este es el supuesto relativo a la generación de perjuicios causados entre la Administración y un administrado, debido a la desresponsabilización usual de este en favor de aquella. La aplicación de tal regla, sin embargo, parece menos cuestionable en la medida que el perjuicio hubiera sido causado por la intervención conjunta de dos o más administraciones. La aplicación de la solidaridad en tal caso responde a la inspiración esencial del régimen objetivo, centrando su rol en la función reparadora del perjuicio, haciendo abstracción de las condiciones en las que ellos hubieran sido causados.

En fin, es posible considerar que la regla de la solidaridad del art. 2317 del Código Civil objetiviza no solo al régimen de la falta de servicio, sino también a otros elementos concurrentes. Este es el caso de la causalidad. A diferencia de las obligaciones mancomunadas –inspiradas en una causalidad adecuada–, las obligaciones solidarias admiten por regla general una causalidad equivalente⁶⁰. La equivalencia de condiciones permitirá que la Administración responda por todo el perjuicio, sea que ella concorra con otras personas públicas o privadas al hecho generador del mismo. Todo ello parece extender no solo el surgimiento de la responsabilidad, sino que también sus efectos.

III. CONCLUSIONES

La doctrina administrativa ha perdido la homogeneidad adquirida luego de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1980. Esta pérdida no solo ha supuesto la diversificación de las posiciones, sino también su integración en dos bibliotecas *prima facie* divergentes. La primera orientada a conservar la homogeneidad inicial. La segunda destinada a subvertir el orden ya adquirido.

La heterogeneidad de las opiniones de los autores no es ajena a otros ámbitos jurídicos. Sin embargo, en el contencioso administrativo ella adquiere ribetes característicos. Las opiniones de los autores operan en este sector de manera antagónica –y en apariencia, irreconciliable– en sus planos más esenciales, afectando a la legalidad y a la seguridad jurídica, esenciales en todo Estado de derecho.

Este estado de cosas puede ser superado, tanto por una relectura de los autores en este ámbito como por la apreciación de las influencias recíprocas de las diferentes posiciones encontradas. Estos elementos revelan la funcionalidad substitutiva que las diferentes tesis poseen. Estas operan tanto en el ámbito de la legalidad administrativa como de la responsabilidad de la Administración.

En el ámbito de la legalidad administrativa, la tesis de la nulidad de Derecho público, en principio insaneable, puede ser restringida debido al carácter amplio de los

⁵⁹ HARRIS MOYA, 2017, p. 197 y ss.

⁶⁰ BRIMO, 2010, p. 2494. PREVOT, 2010, p. 164: “Aplicando la teoría de la equivalencia de condiciones es imposible alcanzar conclusión alguna acerca de la relevancia sobre la participación causal de cada uno de los integrantes de la colectividad”.

límites que la posición postula. La aplicación de la nulidad de Derecho privado, por su parte, no excluye la insaneabilidad del vicio, si se consideran las formas particulares en que la legalidad opera respecto de los actos reglamentarios.

En el ámbito de la responsabilidad, la posición favorable a la responsabilidad objetiva no ignora la antijuridicidad del perjuicio causado, cuyo análisis puede asimilarse en ciertos casos a la apreciación de la falta. La tesis de la responsabilidad subjetiva, asimismo, no debe ignorar la evolución del régimen de responsabilidad civil extracontractual, cuya objetivación ha sido progresiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René, 2001: *Las obligaciones* (4ª edición), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- AEDO BARRENA, Cristián, 2014: “El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos: un análisis jurisprudencial”, *Revista chilena de derecho*, volumen XLI, Nº 2.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, 2005: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno: Título 35 del Libro IV del Código Civil*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos, 2014: *Derecho civil y medio ambiente: un estudio de la teoría de las inmisiones y su aplicabilidad en el derecho chileno*, Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- BARROS BOURIE, Enrique, 2006: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, 1999: “Roles del consejo de defensa del estado en la protección del medio ambiente: acción ambiental y recurso de protección en materia ambiental”, *Revista de derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 20.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, 2002: “La responsabilidad extracontractual de la administración del estado por falta de servicio y por el daño ambiental”, *Revista de derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 23.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, 2005: “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”, *Revista de derecho (Valdivia)*, volumen XVIII, Nº 2.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, 2010: “Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos: ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?”, *Revista de derecho (Valdivia)*, volumen XXIII, Nº 1.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, 2011: *Derecho administrativo general* (3ª edición), Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, 2014: *Fundamentos de derecho ambiental* (2ª edición), Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel, 2012: “La ampliación de las causales de nulidad de derecho público por la Corte Suprema”, en José Arturo Fermandois y Francisco García (editores), *Sentencias destacadas: Anuario de jurisprudencia: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, Santiago: Ediciones LYD.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel, 2013: “El ámbito de aplicación de la nulidad de derecho público”, *Revista Ius Publicum*, Nº 30.
- BRIMO, Sara, 2014: “La responsabilité administrative, dernière victime du Mediator?” *Revista AJDA*.
- CERDA-GUZMÁN, Carolina, 2007: “Importation d’objets juridiques et cohérence de l’ordre juridique administratif chilien”, *Revue internationale de droit comparé*, volumen LIX, Nº 2.

- CONCHA MACHUCA, Ricardo, 2013: "El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de derecho público", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVI, N° 2.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2013: "La nulidad de los actos administrativos y sus causales", en Juan Carlos Ferrada Bórquez (editor), *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno - IX Jornadas de Derecho administrativo*, Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- CORDERO VEGA, Luis, 2015: *Lecciones de derecho administrativo*, Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, 2003: "La responsabilidad de los órganos del Estado ¿Régimen constitucional o régimen civil?", en Jorge Baraona (editor), *Responsabilidad civil de entidades corporativas*, Santiago: Universidad de los Andes.
- FIAMMA, Gustavo, 1986: "La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al derecho procesal administrativo", *Revista de derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 10.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos, 2017: "La potestad revocatoria de los actos administrativos", *Revista de derecho de la Universidad Católica del Norte*, volumen XXIV, N° 1.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos, 2011: *La inactividad de la Administración* (3ª edición), España: Aranzandi.
- HARRIS MOYA, Pedro, 2017: "Las funciones de la responsabilidad de la administración por la carencia de vigilancia ambiental – A propósito de la Sentencia de Corte Suprema del 5 de enero de 2016, Fisco de Chile con I. Municipalidad de lo Barnechea", *Revista de derecho ambiental*, N° 7.
- HARRIS MOYA, Pedro, 2018: L'obligation de prendre des mesures de police initiale dans le contentieux administratif de l'environnement. Tesis para optar al grado de doctor en derecho, leída ante la comisión universitaria de la Universidad de París 1, *Pantbéon Sorbonne*.
- HERRERA VALVERDE, Javier, 2009: "La naturaleza objetiva de la responsabilidad del Estado-Administrador en el derecho", en Flores, Juan Carlos *et al.* (editores), *La primacía de la persona humana: Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- HUMERES GUAJARDO, Nicolás, 2017: "La potestad reglamentaria y su control judicial: recurso de protección e inaplicación de normas administrativas", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 24.
- LOCHAK, Danièle, 1993: "Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative", en: *Les mutations du droit administratif*, Francia: PUF.
- MEZA BARROS, Manuel, 2007: *Manual de derecho civil - De las obligaciones* (10 edición), Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo, 1987: "Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado", *Revista de derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 11.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo, 1989: "La responsabilidad extracontractual estado administrador en las leyes orgánicas constitucionales de administración del Estado y de municipalidades", *Revista chilena de derecho*, volumen XVI, N° 2.
- PALMER, Vernon, 1987: "Trois principes de la responsabilité sans faute", *Revue internationale de droit comparé*, volumen XXXIX, N° 4.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando, 1987: *Bases Generales de la Administración del Estado*, Santiago: Cono Sur.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, 2015: "La doctrina ¿Fuente "poco confiable" en el derecho administrativo?", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, N° 19.
- PIERRY ARRAU, Pedro, 1993-1994: "Nulidad en el Derecho administrativo", *Revista de derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 15.

- PIERRY ARRAU, Pedro, 2003: "Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado - Situación actual en la jurisprudencia de la Corte Suprema", *Revista de derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Nº 10.
- PIERRY ARRAU, Pedro, 2005: "Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo - El reglamento. dictámenes de la Contraloría General de la República", *Revista de derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Nº 13.
- PIERRY ARRAU, Pedro, 2009: "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", en Cecilia Latorre Florido (editor), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Santiago: Metropolitana.
- PINILLA RODRÍGUEZ, Francisco, 2005: "La antijuridicidad en el régimen general de responsabilidad patrimonial de la administración en España - Características esenciales y su función en la lesión resarcible", *Revista de derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Nº 13.
- PLANIOL, Marcel, 1923: *Traité élémentaire de droit civil* (9ª edición), Paris: LGDJ.
- PREVOT, Juan Manuel, 2010: "El problema de la relación de causalidad en el Derecho de la Responsabilidad Civil", *Revista chilena de derecho privado*, Nº 15.
- REYES RIVEROS, Jorge, 1993: "Reflexiones acerca de la Nulidad de Derecho Público", *Revista de derecho (Valdivia)*, volumen IV.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, 2005: "Inactividad administrativa y responsabilidad del Estado", *Revista de Derecho Público*, Nº 67.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, 2012: "Responsabilidad patrimonial de la administración por falta de servicio (= responsabilidad objetivada)", *Derecho público iberoamericano*, Nº 1.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, 2009: "Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile: 150 años de doctrina", en Rolando Pantoja (editor), *Derecho administrativo: 150 años de doctrina*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SCHIELE, Carolina y TOCORNAL, Josefina, 2010: "Artículo 2329 del código civil: La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia", *Revista chilena de derecho*, volumen XXXVII, Nº 1.
- SILVA CIMMA, Enrique, 1992: *Derecho administrativo chileno y comparado - Introducción y Fuentes*, Tomo I (4ª edición), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1980: "La responsabilidad pública (Un retorno a la idea clásica de restitución)", *Revista de Derecho Público*, Nº 27.
- SOTO KLOSS, Eduardo 1989: "Invalidación de los actos administrativos", *Revista chilena de derecho*, volumen XVI, Nº 2.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1990: "La nulidad de derecho público en el derecho chileno", *Revista de derecho público*, Nº 47-48.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1991-1992: "La nulidad de derecho público referida a los actos de la administración", *Revista de derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 14.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 2001: "La protección de los derechos de las personas frente a la administración en la Constitución de 1980", *Revista chilena de derecho*, volumen XXVIII, Nº 2.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 2012: *Derecho administrativo: temas fundamentales* (3ª edición), Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- SOUSSE, Marcel, 1994: *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Paris: LGDJ.
- VERGARA BLANCO, Alejandro 1991-1992: "La propietarización de los derechos", *Revista de derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 14.

La problemática de adicciones en pueblos indígenas de Colombia y la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*

Angélica María Gutiérrez Ramos**

RESUMEN

El incremento del consumo de sustancias psicoactivas entre los pueblos indígenas de Colombia es un problema en ascenso. El ordenamiento jurídico colombiano ha reconocido la adicción como enfermedad mental, ha elevado el derecho a la salud mental a la categoría de derecho fundamental, y ha incorporado normas para garantizar el derecho a la salud de los pueblos indígenas. Sin embargo, todavía existe en esta materia una brecha entre las normas y su aplicación. Este artículo sostiene que una de las principales razones detrás de esa desconexión entre las normas y la realidad está ligada a las limitaciones de los modelos acerca de la naturaleza de la adicción que han permeado el ordenamiento colombiano, y argumenta que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el instrumento normativo que permite comprender mejor el fenómeno de las adicciones. Esto por cuanto dicho instrumento permite ver la adicción como el resultado de vulnerabilidades socialmente causadas, que confluyen para socavar –mas no extinguir– la autonomía del individuo. Por esta razón, analizar la adicción desde la óptica de este tratado, es el primer paso para acuñar soluciones encaminadas a combatir esas vulnerabilidades, y brindarle tratamiento al adicto sin negarle su carácter de agente moral.

Adicciones en pueblos indígenas – salud mental – discapacidad

The issue of addiction in Colombia's indigenous people and the un convention on the rights of persons with disabilities

ABSTRACT

The increase in substance use among Colombian indigenous people is currently a public health issue. Colombian Law has recognized that addiction is a mental health disorder, it has elevated mental health to the category of a fundamental right and has incorporated multiple norms to ensure the right to health for indigenous people. However, there is still in this regard a disconnect between what the law states and how it is being implemented. This article holds that one of the

* Este artículo toca algunos de los puntos que abordé en mi tesis de maestría y profundiza en ellos.

** Abogada, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Colombia. Máster en Salud Mental, Ética y Derecho, King's College London, Reino Unido. Profesora de Introducción al Derecho y Derecho de Familia, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Colombia. Correo electrónico: angelicam.gutierrez@urosario.edu.co

Artículo recibido el 22.2.2020 y aceptado para su publicación el 7.7.2020.

main reasons behind this disconnect is associated to the limitations of the models explaining the nature of addiction that have permeated Colombian Law. It also argues that the Convention on the Rights of Persons with Disabilities is the legal norm which enables the best understanding of the phenomenon of addiction, since it allows to see addiction as the result of a series of socially-caused vulnerabilities that erode –but do not extinguish– autonomy, and as such it fosters the adoption of solutions that seek the elimination of those vulnerabilities and the implementation of treatments that do not deny the addicts' agency.

Addictions in indigenous people – mental health – disability

I. INTRODUCCIÓN

Varios estudios han demostrado que hay una mayor prevalencia del consumo de sustancias psicoactivas¹ entre los pueblos indígenas que entre la población general². Este fenómeno se ha atribuido al trauma histórico que han padecido estos pueblos debido a la opresión colonial, la discriminación y la pérdida de territorio; trauma que ha contribuido al deterioro de su salud mental y ha fomentado el abuso de sustancias psicoactivas³. Esta situación no le es ajena a Colombia, donde la historia de opresión y violencia hacia la población indígena ha impactado negativamente en su salud mental.

El ordenamiento jurídico colombiano, que antes propendía por la penalización del consumo de estas sustancias, ha calificado la adicción como enfermedad mental y ha elevado el derecho a la salud mental a la categoría de derecho fundamental. Dicho ordenamiento ha incorporado además distintas normas tendientes a garantizar el derecho a la salud de los indígenas. Sin embargo, pese a esos esfuerzos normativos, la situación de adicciones en los pueblos indígenas de Colombia es apremiante; la brecha entre el contenido de las normas y su aplicación práctica es evidente. Este artículo sostiene que una de las principales razones detrás de esa brecha está asociada a las limitaciones de los modelos acuñados para explicar la naturaleza de la adicción, y arguye que de los instrumentos normativos relevantes en esta materia, es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) el que permite comprender mejor el fenómeno de las adicciones.

Para ese efecto la argumentación se dividirá en cinco acápite: en el primero haremos una breve exposición acerca del fenómeno de las adicciones en los pueblos indígenas de Colombia. En segundo lugar, presentaremos el panorama normativo que resulta relevante en este contexto, para concluir que pese a la profusa normatividad que

¹ Las sustancias psicoactivas a las que hace referencia este artículo no son las sustancias tradicionales, sino las sustancias comunes ajenas a la cosmovisión ancestral de los pueblos indígenas.

² UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA Y ORGANIZACIÓN INDÍGENA DE ANTIOQUIA, 2006, p. 132, FRENCH, 2004, p. 81 y SZLEMKO *et al.*, 2006, p. 435.

³ UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA Y ORGANIZACIÓN INDÍGENA DE ANTIOQUIA, 2006, pp. 132-133.

respecto del particular existe, ella tiene pocas repercusiones prácticas. En tercer lugar, presentaremos los dos principales modelos que se han acuñado para explicar la naturaleza de la adicción –y que han tenido un claro impacto en nuestras normas jurídicas–, para concluir que ambos se quedan cortos en la consecución del propósito que persiguen. En cuarto lugar, expondremos la alternativa conceptual que consideramos más adecuada para entender la adicción y que, de ser acogida, permitiría avanzar en la consecución de soluciones para la situación de adicciones en pueblos indígenas de Colombia. Y por último, argüiremos que, de las normas mencionadas en el acápite respecto del panorama normativo, la CDPD es el instrumento que más se acopla a la manera de entender la adicción expuesta en este artículo.

II. LAS ADICCIONES EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE COLOMBIA

Estudios de salud mental en los pueblos indígenas de las Américas han encontrado que el alcoholismo es una de las enfermedades crónicas más prevalentes en esa población⁴. La evidencia apunta a la existencia de un elevado patrón de consumo de alcohol y sustancias psicoactivas entre los pueblos indígenas, superior al patrón de consumo de la población general⁵. Ante esta alarmante realidad es apenas lógico preguntarse por las causas que han motivado este fenómeno. Un sector de la literatura ha identificado como posibles precursores de este estado de cosas, el trauma histórico que durante siglos han padecido los pueblos indígenas a causa de las políticas coloniales, la pérdida de territorio y los procesos de aculturación⁶. Estas circunstancias se han convertido en el caldo de cultivo de diversos trastornos y problemas de salud mental como la depresión, el suicidio y el abuso de sustancias⁷.

En consonancia con lo anterior, la Organización Panamericana de la Salud ha afirmado que distintos factores como el influjo del pasado colonial, los altos niveles de pobreza y el acceso limitado a servicios de educación y salud, hacen que la población indígena de las Américas sea especialmente vulnerable al consumo excesivo de alcohol⁸. Infortunadamente, se ha demostrado que ciertos trastornos psiquiátricos son más comunes en grupos sociales más desventajados, y no es poco usual que, ante el racismo institucional, ciertas minorías étnicas –como los indígenas– estén en los niveles socioeconómicos más bajos y, en consecuencia, tengan una salud mental deficiente⁹. Ante

⁴ UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA Y ORGANIZACIÓN INDÍGENA DE ANTIOQUIA, 2006, p. 60 y SZLEMKO *et al.*, 2006, p. 435.

⁵ UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA Y ORGANIZACIÓN INDÍGENA DE ANTIOQUIA, 2006, p. 132 y FRENCH, 2004, p. 81.

⁶ UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA Y ORGANIZACIÓN INDÍGENA DE ANTIOQUIA, 2006, pp. 132-133 y WESLEY-ESQUIMAUX Y SMOLEWSKI, 2004, p. 64.

⁷ UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA Y ORGANIZACIÓN INDÍGENA DE ANTIOQUIA, 2006, pp. 132-133.

⁸ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, 2011, p. 1.

⁹ MCGEORGE Y BHUGRA, 2013, pp. 8-9.

esta realidad, la prevalencia del consumo elevado de sustancias psicoactivas en pueblos indígenas resulta todo menos sorprendente.

Esta situación no es extraña para Colombia, donde los indígenas no solamente están expuestos a los factores ya referidos –influjo del pasado colonial, altos niveles de pobreza y acceso limitado a servicios–, sino que además han tenido que vivir en carne propia la pérdida de identidad cultural y el desarraigo ocasionados por las cruentas luchas entre los actores armados ilegales que, motivados por el lucrativo negocio del narcotráfico, se han enfrentado durante décadas por el control territorial y han desplazado a los indígenas de sus territorios¹⁰. Esto resulta especialmente problemático debido al vínculo estrecho que existe entre la salud mental de las comunidades indígenas y la posibilidad que ellas tienen de habitar sus territorios¹¹; vínculo que ha sido reconocido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) al señalar el papel que tienen las tierras de los pueblos indígenas en su salud¹².

Todos estos factores han contribuido al deterioro de la salud mental de los indígenas en Colombia. No es fortuito que la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) haya manifestado su preocupación por el incremento en el suicidio y el uso de sustancias en sus comunidades¹³. Varios pueblos indígenas en los departamentos de Chocó, Cauca y Vaupés, entre otros, están presentando un alza en las tasas de suicidio¹⁴. Las autoridades del Vaupés han establecido que la mayoría de casos de suicidio en ese departamento están asociados al consumo de alcohol y drogas¹⁵, y las autoridades tradicionales del pueblo Nasa en el departamento del Cauca han llamado la atención por el aumento en el consumo de sustancias, particularmente entre niños y jóvenes¹⁶. Esto es consecuente con la literatura pertinente a conducta suicida en pueblos indígenas, que ha señalado que la tasa de suicidios en dicha población es superior a la que se observa en la población general, y ha identificado como principal problema asociado al suicidio, el uso de sustancias¹⁷.

Ahora bien, la adicción a sustancias psicoactivas generalmente trae consigo consecuencias perjudiciales. A nivel social fomenta la destrucción de la familia, la violencia intrafamiliar y el aumento de la criminalidad, lo que a su turno incrementa la morbilidad, la discapacidad y la mortalidad¹⁸. Igualmente favorece el desarrollo de problemas de salud que van desde la cirrosis, el cáncer y el síndrome de alcoholismo fetal, hasta la depresión y el suicidio¹⁹. Además, las adicciones tienden a ser causa o efecto de otras

¹⁰ UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA Y ORGANIZACIÓN INDÍGENA DE ANTIOQUIA, 2006, pp. 137.

¹¹ FUNDACIÓN SALDARRIAGA CONCHA, 2019, p. 90.

¹² DONDEERS, 2015, p. 188.

¹³ ONIC, 2016.

¹⁴ INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, 2014, p. 16.

¹⁵ DEPARTAMENTO DE VAUPÉS, 2015, p. 23.

¹⁶ CRIC, 2013.

¹⁷ VARGAS-ESPÍNDOLA *et al.*, 2017, p. 131.

¹⁸ CARTER Y HALL, 2013, p. 2.

¹⁹ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, 2011, p. 1.

enfermedades mentales: la comorbilidad entre las adicciones y otros trastornos como la depresión, la ansiedad y la psicosis no es inusual (el adicto consume sustancias como mecanismo para aliviar los síntomas asociados a esos otros trastornos²⁰); asimismo, el uso crónico de sustancias puede propiciar el desarrollo de nuevas enfermedades psiquiátricas²¹.

La literatura concerniente a adicciones nos demuestra así que el incremento en el consumo de alcohol y sustancias psicoactivas representa una amenaza latente para el derecho a la salud y, particularmente, a la salud mental de los pueblos indígenas de Colombia. A continuación examinaremos entonces las normas que resultan relevantes en este contexto, para luego analizar hasta qué punto ellas responden adecuadamente a la situación de adicciones en los indígenas de Colombia.

III. LA RESPUESTA DEL ORDEN JURÍDICO: ¿ENTRE LA ABUNDANCIA NORMATIVA Y LA APLICACIÓN DEFICIENTE?

1. *Del prohibicionismo a la adicción como asunto de salud mental*

Desde que las organizaciones internacionales empezaron a formular la política anti-drogas, ella se estructuró bajo un enfoque que pretendía disuadir el consumo mediante la penalización²². En consonancia con lo anterior, Colombia penalizó no solamente el tráfico, sino también el consumo de sustancias psicoactivas, y de allí que instrumentos como la Ley 30 de 1986 buscaran desincentivar el consumo mediante sanciones penales al consumidor²³, que incluían el internamiento en establecimientos psiquiátricos por el tiempo necesario para la recuperación²⁴.

El modelo prohibicionista empezó a cambiar en Colombia gracias a la Corte Constitucional, que le dio a la drogadicción el calificativo de enfermedad psiquiátrica que afecta la autodeterminación del adicto²⁵, y señaló que las adicciones están estrechamente relacionadas con la salud mental²⁶ y que es responsabilidad del Estado prestar a los farmacodependientes –a quienes califica como sujetos de especial protección– tratamientos de rehabilitación²⁷. De acuerdo con esta jurisprudencia, el Acto legislativo 02 de 2009 estableció que el Estado prestaría especial atención al “enfermo dependiente o adicto” y propendería por su recuperación²⁸. Asimismo, la Ley N° 1566 de 2012, acerca

²⁰ CARTER Y HALL, 2013, p. 2.

²¹ CARTER Y HALL, 2013, p. 2.

²² IREGUI-PARRA *et al.*, p. 6.

²³ IREGUI-PARRA *et al.*, p. 16.

²⁴ Ley 30, 1986.

²⁵ Corte Constitucional, 22.08.2002, T-684/02 y Corte Constitucional, 9.2.2012, T-057/12.

²⁶ Corte Constitucional, 4.2.2015, T-043/15.

²⁷ Corte Constitucional, 3.7.2009, T-438/09, Corte Constitucional, 22.5.2015, T-318/15 y Corte Constitucional, 16.9.2016, T-511/16.

²⁸ Acto legislativo 02, 2009.

de atención integral a consumidores de sustancias psicoactivas, estableció que “el abuso y la adicción deberán ser tratados como una enfermedad que requiere atención integral por parte del Estado”²⁹, y en el Plan Nacional para la Promoción de la Salud, Prevención y Atención del Consumo de Sustancias Psicoactivas 2014-2021, el Ministerio de Salud sostuvo que el problema de las drogas debía abordarse como un asunto de salud pública y no como si fuera un delito³⁰.

2. *El derecho fundamental a la salud mental*

Debido al estrecho vínculo que existe entre adicciones y salud mental, es posible preguntarse cómo ha abordado el ordenamiento colombiano lo concerniente a la última. La Corte Constitucional señaló en jurisprudencia reciente que para proteger el derecho fundamental a la salud es necesario garantizar la salud tanto física como mental³¹, y por esta razón ha elevado la salud mental a la categoría de derecho fundamental y ha establecido que las personas que padecen trastornos mentales son sujetos de especial protección constitucional³². El legislador también ha calificado la salud mental como un derecho fundamental y como tema prioritario de salud pública³³.

La Corte ha señalado incluso que la enfermedad mental puede constituir discapacidad³⁴. A nivel internacional se ha entendido lo mismo y de allí que ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se hayan solicitado medidas cautelares para proteger la vida e integridad de pacientes psiquiátricos invocando la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad³⁵. Fuera del Sistema Interamericano también se ha establecido un vínculo entre enfermedad mental y discapacidad, y por esta razón se ha utilizado la CDPD como instrumento de protección para las personas que padecen trastornos mentales; algunos han argumentado incluso que la CDPD es el instrumento internacional más poderoso para proteger a las personas con dichos trastornos de abusos y discriminación³⁶.

3. *El derecho a la salud mental de los indígenas*

Ahora bien, debido a la importancia del derecho fundamental a la salud mental, es preciso indagar si hay normas que protejan ese derecho específicamente para los indígenas. A nivel internacional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce en su artículo 12 el derecho al más alto nivel posible

²⁹ Ley N° 1566, 2012.

³⁰ MINISTERIO DE SALUD, 2017, p. 15.

³¹ Corte Constitucional, 9.2.2012, T-057/12.

³² Corte Constitucional, 3.7.2015, T-418/15.

³³ Ley N° 1438, 2011 y Ley N° 1616, 2013.

³⁴ Corte Constitucional, 7.7.2014, T-454/14.

³⁵ HILLMAN, 2005, p. 26.

³⁶ CALLARD *et al.*, 2012, p. 193.

de salud física y mental. El CDESC ha afirmado que ese derecho a la salud tiene una dimensión cultural³⁷ y ha reclamado una mayor participación de los indígenas en la toma de decisiones en materia de salud³⁸. Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) consagra en su artículo 5 la obligación de los Estados de garantizar igualdad ante la ley para todas las personas en el goce del derecho a la salud³⁹.

A su turno, el Convenio 169 de la OIT establece en su artículo 25 que los gobiernos deben velar porque se pongan a disposición de los pueblos indígenas servicios de salud adecuados, o proporcionarles “los medios que les permitan organizar y prestar esos servicios bajo su propia responsabilidad y control para que puedan gozar del más alto nivel de salud física y mental”⁴⁰. Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala en su artículo 24 que los indígenas “tienen derecho a disfrutar por igual del más alto nivel de salud física y mental”⁴¹ y en su artículo 23 que tienen derecho a participar en la elaboración de los programas de salud y, en lo posible, a administrarlos. Particularmente, en materia de salud mental, los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de la ONU señalan que “todo paciente tendrá derecho a un tratamiento adecuado a sus antecedentes culturales”^{42, 43}.

El ordenamiento colombiano ha incorporado varias normas encaminadas a cumplir con sus compromisos internacionales en esta materia. El Decreto 1811 de 1990 estableció que todo programa de salud dirigido a comunidades indígenas debía concertarse previamente con ellas. La Ley 691 de 2001 reglamentó la participación de los grupos étnicos en el Sistema General de Seguridad Social, entre otros, con el fin de garantizar su derecho a la salud. La Ley N° 1438 de 2011, que reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), incorporó como principio de ese sistema el enfoque diferencial, con el fin de reconocer que hay poblaciones que por sus características particulares –incluyendo etnia y raza– requieren garantías especiales para eliminar la discriminación.

En 2014, con el Decreto 1953, el Ministerio del Interior abrió paso al Sistema Indígena de Salud Propio Intercultural (SISPI), que se articularía con el SGSSS para “maximizar los logros en salud de los pueblos indígenas”. Según lo anterior, la Ley

³⁷ DONDERS, 2015, p. 181.

³⁸ MAZEL, 2016, p. 347.

³⁹ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965.

⁴⁰ Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989.

⁴¹ Resolución 61/295, 2007.

⁴² Resolución 46/119, 1991.

⁴³ El PIDESC, la CERD y el Convenio 169 hacen parte en Colombia del bloque de constitucionalidad, esto es, de aquellas normas que sin hacer parte del texto constitucional, tienen la misma fuerza y jerarquía de la Constitución. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, si bien no tiene la misma fuerza normativa de un tratado internacional, ha sido reconocida por la Corte Constitucional como fuente de derecho, entre otras, en sentencia T-011/19. Y los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental han sido utilizados por esa misma corporación como criterios interpretativos.

Estatutaria en Salud (1751 de 2015) incluye como elementos esenciales del derecho a la salud la interculturalidad y la protección a los pueblos indígenas, y posteriormente, en 2016, el Ministerio de Salud expediría las “Orientaciones técnicas con enfoque intercultural para la promoción de la salud mental, la prevención del consumo de sustancias psicoactivas y la conducta suicida en población indígena”, un documento de política pública que pretende servir de insumo para reglamentar el SISPI⁴⁴.

4. *La brecha entre el ordenamiento jurídico y su aplicación práctica*

Sin embargo, pese a la gran cantidad de normas que protegen el derecho a la salud mental de toda la población en general, y de los pueblos indígenas en particular, la salud de estos últimos –tanto física como mental– sigue siendo más deficiente que la del resto de la población colombiana. La Corte Constitucional advirtió desde 2009 que, debido al conflicto armado, numerosos pueblos indígenas estaban en peligro de exterminio cultural o físico, y que el desplazamiento causado por el conflicto los ha forzado a vivir en condiciones deplorables, lo que a su turno ha dado paso a la violación de numerosos derechos, entre ellos, el derecho a la salud⁴⁵. Anotó dicha corporación que ante esta crítica situación, las autoridades han respondido mediante la expedición de normas y políticas públicas que pese a tener valor, han tenido repercusiones prácticas precarias⁴⁶.

Desde entonces la situación no ha presentado mejoras significativas: en 2015, en fallo de tutela de segunda instancia, el Tribunal Superior de Arauca ordenó la protección de los derechos fundamentales de distintas comunidades indígenas víctimas de desplazamiento en ese departamento⁴⁷. En su decisión, el Tribunal ordenó a las Entidades Prestadoras de Salud que prestaran a las comunidades Sikuani y Makaguan un servicio de salud con enfoque diferencial⁴⁸. Asimismo, ante la grave situación de alcoholismo y drogadicción que padecen esas comunidades, les ordenó que ejecutaran un proceso de desintoxicación gradual encaminado a su total recuperación⁴⁹.

En 2016 la Contraloría de la República hizo seguimiento al cumplimiento del fallo, pero en su informe notó con preocupación que la situación de los indígenas adictos en situación de calle se había hecho aun peor y concluyó que las entidades accionadas no cumplieron las órdenes del Tribunal, pues todo lo que evidenció fue un “asistencialismo eventual, aislado, sin enfoque diferencial, sin política pública sostenible, carente de recursos económicos y humanos que no logra sacar adelante a estas comunidades de la problemática en la que están sumidas⁵⁰”.

⁴⁴ MINISTERIO DE SALUD, 2016, p. 7.

⁴⁵ Corte Constitucional, 26.1.2009, Auto 004 de 2009.

⁴⁶ Corte Constitucional, 26.1.2009, Auto 004 de 2009.

⁴⁷ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, 1.7.2015, Rad. 2014-00052-03.

⁴⁸ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, 1.7.2015, Rad. 2014-00052-03.

⁴⁹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, 1.7.2015, Rad. 2014-00052-03.

⁵⁰ Contraloría General de la República, 6.2016.

Ante a la alarmante situación de adicciones en pueblos indígenas de Colombia, nos encontramos entonces frente a una profusa normatividad que, no obstante, tiene pocas repercusiones prácticas, pues en la realidad –como ha sucedido en Arauca– las acciones adoptadas para afrontar esta problemática, o son escasas, o no pasan del simple “asistencialismo eventual” sin vocación de permanencia. Esta situación se explica por múltiples factores que merecen ser investigados a profundidad y que exceden el objeto del presente trabajo. En este artículo nos limitaremos a discutir uno de estos factores, que –según lo argumentaremos a continuación– está asociado a los modelos que se han construido en torno al concepto de adicción, y señalaremos cuál es el entendimiento que se le debería dar a ese concepto para empezar a estructurar soluciones efectivas frente a la problemática de alcoholismo y farmacodependencia en los pueblos indígenas de Colombia.

IV. EL MODELO MORAL DE ADICCIÓN VS. LA ADICCIÓN ENTENDIDA COMO ENFERMEDAD: PLANTEAMIENTOS Y LIMITACIONES

1. *Principales postulados y críticas a cada modelo*

El concepto de adicción ha sido ampliamente debatido en el ámbito ético. Estos debates han influido en el mundo jurídico y de allí que tanto el legislador colombiano como quienes elaboran políticas públicas hayan adoptado distintas posturas para abordar esta problemática. En la primera mitad del siglo XX, la postura ética imperante era la del modelo moral, que entiende el consumo de drogas como una elección –incluso para quienes padecen una adicción– y adopta una posición de reproche frente a esa decisión⁵¹. Bajo este modelo, el adicto es considerado como una persona egoísta que está dispuesta a perseguir el placer a toda costa; de allí que a la luz de esta postura, el adicto sea culpado por su decisión de consumir drogas y profundamente estigmatizado⁵².

Partiendo de esta aproximación, no resulta sorprendente que, por lo menos inicialmente, las normas y políticas públicas estuviesen imbuidas de una notoria desaprobación moral hacia el consumo de drogas⁵³. Sin embargo, las investigaciones demostraron que aun cuando el placer que experimenta quien consume sustancias psicoactivas tiende a disminuir con el correr del tiempo, ello no disuade al adicto de seguir consumiendo⁵⁴. Esto permitió evidenciar que podría haber otras razones, distintas al egoísmo y al hedonismo, que explicarían la naturaleza de las adicciones. Fue así como surgió el modelo de adicción como enfermedad.

Bajo el nuevo modelo se empezó a entender la adicción como una enfermedad neurológica crónica caracterizada por el consumo compulsivo de sustancias psicoactivas,

⁵¹ PICKARD, 2017, p. 170.

⁵² PICKARD, 2017, p. 170.

⁵³ CARTER Y HALL, 2013, pp. 1-2.

⁵⁴ KENNET *et al.*, 2013, p. 140.

pese a las consecuencias negativas que dicho consumo puede ocasionar⁵⁵. Según sus planteamientos, el uso recurrente de esas sustancias modifica el cerebro a tal punto que para el adicto el consumo se vuelve irresistible, y de allí que no se le pueda culpar por consumir, pues ello no es el producto de una elección sino de una enfermedad⁵⁶. Esta postura ha sido acogida, entre otras, por la Organización Mundial de la Salud, la Asociación Médica Británica y la Asociación Médica Americana⁵⁷. A tal punto ha llegado la aceptación de este modelo que el trastorno por consumo de sustancias está incluido en el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-5) de la Asociación Americana de Psiquiatría⁵⁸.

Así como quedó en evidencia en el acápite anterior, el ordenamiento jurídico colombiano ha transitado del modelo moral al modelo de adicción como enfermedad, y por tanto le ha reconocido al adicto el derecho a recibir tratamiento con miras a su rehabilitación. Esto sin duda constituye un importante avance respecto de la manera en que se abordaba la problemática de las adicciones cuando aún imperaban las normas inspiradas en el modelo moral, pues el nuevo modelo permitió dejar de lado el enfoque punitivo para dar paso a nuevas normas encaminadas a la protección de los derechos fundamentales del adicto y particularmente de su derecho a la salud.

El modelo de adicción como enfermedad, no obstante, ha sido blanco de críticas. Algunos autores sostienen que dicho modelo es contraproducente para el adicto, por cuanto no le permite reconocerse como agente de cambio en su propia recuperación, sino que le lleva a percibirse a sí mismo como dependiente de los profesionales de la salud⁵⁹. Por otra parte, aun cuando se ha demostrado que el abuso de sustancias produce cambios neuroplásticos que dan paso a síntomas de abstinencia, dolor y angustia⁶⁰, hay evidencia de adictos y consumidores habituales que, al alcanzar cierta edad en la que sus responsabilidades laborales o parentales incrementan, dejan de consumir espontáneamente y sin necesidad de tratamiento⁶¹. La evidencia parece así demostrar que los adictos no están sometidos a un deseo irresistible⁶², lo que llevaría a intuir que hay otras razones que explican la adicción.

Para explorar cuáles podrían ser esas razones, concedamos al modelo moral –*en gracia de discusión*– que el adicto consume, no por un deseo irresistible, sino por una decisión. Surgen entonces las siguientes preguntas que a continuación intentaremos responder: asumiendo que el adicto consume por una decisión suya ¿es esta una decisión autónoma que puede, por consiguiente, ser objeto de reproche moral? ¿Tiene el adicto

⁵⁵ PICKARD, 2017, p. 170.

⁵⁶ PICKARD, 2017, p. 170.

⁵⁷ PICKARD, 2016, p. 277.

⁵⁸ PICKARD, 2016, p. 277.

⁵⁹ PICKARD, 2017, p. 171.

⁶⁰ OUZIR Y ERRAMI, 2016, p. 60.

⁶¹ WAKEFIELD y SCHMITZ, 2015, p. 92 y PICKARD, 2018, p. 11.

⁶² PICKARD, 2018, p. 11.

la autonomía para dejar de consumir? Para dar respuesta a estos interrogantes debemos explorar primero el concepto de “autonomía”.

2. *El concepto de autonomía*

La autonomía puede entenderse desde la perspectiva del modelo liberal o desde el modelo de autonomía relacional. La autonomía del modelo liberal es eminentemente formal o procedimental, pues considera que el procedimiento mediante el cual una persona adopta una decisión es sumamente importante⁶³. Por ello, una decisión autónoma bajo este modelo es aquella donde el sujeto que toma la decisión es capaz de apreciar y entender las opciones disponibles y de manipularlas racionalmente sin interferencia alguna.

Por el contrario, el modelo de autonomía relacional reconoce que todos estamos expuestos a distintas fuerzas sociales en la toma de nuestras decisiones, y por ello autónomo no es quien toma decisiones racionales sin injerencia alguna, sino quien es capaz de responder a esas fuerzas de manera efectiva, sin convertirse en un receptáculo pasivo de las mismas⁶⁴. Una persona vulnerable, a su turno, sería aquella que no está en capacidad de contrarrestar las fuerzas sociales a las que se ve enfrentada y que, por tanto, no puede evitar los acontecimientos que afectan negativamente lo que considera importante⁶⁵. Siguiendo esa lógica, bajo el modelo de autonomía relacional, la vulnerabilidad sería una circunstancia o condición que afecta la capacidad de responder de manera efectiva a las fuerzas sociales y que, consiguientemente, puede socavar la autonomía.

3. *La autonomía en la adicción: ¿modelo liberal o relacional?*

Siguiendo los planteamientos teóricos que dan cuenta del concepto de autonomía, podríamos afirmar que si el modelo moral califica el consumo de sustancias como moralmente reprochable—incluso cuando el consumidor padece una adicción—, es porque considera la adicción como el producto de una decisión autónoma: la decisión de consumir habitualmente. Y si considera que tal decisión es autónoma, es porque la examina desde el modelo liberal de autonomía. En efecto, no es usual que las personas que desarrollan una adicción lo hagan porque un tercero las ha coaccionado para consumir, o porque carecían de capacidad de raciocinio al tomar la decisión de consumir⁶⁶, y de allí que, desde la perspectiva liberal, la adicción pueda verse como el producto de una decisión autónoma prácticamente en todos los casos.

Sin embargo, la decisión del adicto de consumir sustancias psicoactivas tiende a estar más asociada a factores contextuales (abuso, violencia, pobreza, etc.) que a una decisión racional sin injerencia alguna; en efecto, pertenecer a un estatus socioeconómico bajo,

⁶³ CHRISTMAN, 2015.

⁶⁴ BARCLAY, 2000, p. 55.

⁶⁵ ANDERSON, 2014, p. 3.

⁶⁶ Solo en eventos como estos consideraría el modelo liberal que la decisión de consumir no es autónoma.

la falta de integración familiar o haber estado expuesto a patrones de crianza deficiente, entre otros, son factores de riesgo que determinan que una persona sea más proclive a desarrollar adicciones⁶⁷. De allí que el modelo de autonomía relacional –que evalúa la influencia de las fuerzas sociales en la toma de decisiones– parezca más adecuado que el modelo liberal para dar respuesta a las preguntas planteadas en el numeral 1° del presente acápite. En los párrafos subsiguientes procuraremos responder a esas preguntas desde la óptica de la autonomía relacional, y para ello profundizaremos en el concepto de “vulnerabilidad”.

a) Autonomía relacional y vulnerabilidad

Al presentar el concepto de autonomía relacional, se planteó que la vulnerabilidad es una circunstancia que puede socavar la autonomía. Partiendo entonces de los distintos tipos de vulnerabilidad de que habla la profesora Jackie Scully, indagaremos cómo las vulnerabilidades pueden afectar la autonomía y, por consiguiente, hacer que ciertas personas sean más propensas a desarrollar adicciones.

Para Scully las vulnerabilidades pueden ser *inherentes* (cuando resultan de una deficiencia física o mental), *contingentes* (que son el resultado de las barreras sociales que deben enfrentar ciertos grupos, por ejemplo, producto de la discriminación) y *ontológicas* (que son las que enfrentamos todos como parte inevitable de la vida)⁶⁸.

Para entender mejor en qué consisten las vulnerabilidades ontológicas es preciso citar al profesor Joel Anderson, quien afirma que por vivir en sociedad, los seres humanos necesitamos ciertas competencias sociales para ser realmente autónomos; competencias que se desarrollan mediante relaciones intersubjetivas de reconocimiento recíproco⁶⁹. Sin embargo, debido a que nada garantiza que obtendremos ese reconocimiento –pues al entablar relaciones con otras personas podemos encontrarnos con actitudes denigrantes o irrespetuosas⁷⁰, todos somos ontológicamente vulnerables a la ausencia de reconocimiento. No significa esto que dicha vulnerabilidad ontológica socave siempre la autonomía; no obstante, si el riesgo de ausencia de reconocimiento se materializa, puede llegar a socavarla.

Veamos a continuación cómo pueden interactuar los distintos tipos de vulnerabilidad para hacer que determinados grupos sociales –como los indígenas en Colombia– sean especialmente vulnerables a desarrollar adicciones, y para ello tomemos como ejemplo el caso de los Sikuni en Arauca.

⁶⁷ TEESON *et al.*, 2012, p. 46.

⁶⁸ También habla de vulnerabilidades globales atribuidas que no es del caso discutir en el presente artículo (SCULLY, 2013, pp. 206-209).

⁶⁹ ANDERSON, 2014, pp. 5, 8.

⁷⁰ ANDERSON, 2014, pp. 9-10.

b) Vulnerabilidades y adicción: el caso de los Sikuni

Antes de la conquista española, los Sikuni —un grupo indígena de la familia Guahibo— eran nómadas y vivían de la caza, la recolección⁷¹ y el intercambio de bienes. Una vez que Colombia alcanzó la independencia, se inició un proceso espontáneo de colonización de los llanos orientales⁷². La invasión por parte de los llamados “colonos” afectó drásticamente la vida de los indígenas, no solo por los conflictos por el control territorial, sino por la transformación del medio ambiente y la dramática reducción de las especies salvajes que trajo consigo la ganadería extensiva introducida por ellos⁷³. Esto impactó negativamente la dieta de los indígenas, quienes en un intento de preservar su hábitat y encontrar nuevas fuentes de alimentación, empezaron a cazar el ganado, bien fuera para consumirlo o para evitar que siguiera alterando el equilibrio ecosistémico⁷⁴. En retaliación, los colonos y terratenientes iniciaron la caza sistemática de los indígenas, mediante una práctica conocida como “guahibidas” —que pronto alcanzaría aceptación entre la “sociedad civilizada”⁷⁵—, por considerar que los intentos de los Guahibos por detener los avances de la colonización eran un reflejo de su comportamiento ‘inmoral’ y “salvaje”⁷⁶.

Para evitar los conflictos entre colonos e indígenas, el gobierno creó resguardos, cuya área se redujo con las constantes migraciones desde el centro hacia el oriente del país, y de allí que para la década de los setenta fuese posible encontrar una sola propiedad de hasta 60.000 hectáreas, mientras que el área total de los resguardos indígenas únicamente alcanzaba las 14.000 hectáreas⁷⁷. Fue así como el pueblo Sikuni, que alguna vez fue nómada, se volvió sedentario a la fuerza.

La historia de violencia y abuso no termina allí. Con el descubrimiento del pozo petrolero de Caño Limón en Arauca en 1983, la región se volvió económicamente atractiva y se convirtió en escenario de nuevos conflictos entre grupos guerrilleros, paramilitares y el Estado⁷⁸, que llevaron a que el área de los resguardos se redujera aún más, y que expusieron a los indígenas al consumo de alcohol y sustancias psicoactivas. Hoy —como lo referimos en el tercer capítulo— el alcoholismo y la drogadicción representan un serio problema de salud pública para los Sikuni.

No es difícil observar cómo esta historia de colonización exacerbó las vulnerabilidades de los Sikuni y consiguientemente socavó su autonomía, creando el caldo de cultivo perfecto para la problemática de adicciones. Efectivamente, desde sus primeras interacciones con los españoles y posteriormente con los colonos, los Sikuni recibieron

⁷¹ GÓMEZ, 1998, p. 352.

⁷² GÓMEZ, 1991, p. 354.

⁷³ GÓMEZ, 1991, pp. 341-344.

⁷⁴ GÓMEZ, 1991, pp. 341-344.

⁷⁵ GÓMEZ, 1991, pp. 341-344 y GÓMEZ, 1998, p. 352.

⁷⁶ GÓMEZ, 1998, pp. 355.

⁷⁷ GÓMEZ, 1991, pp. 366-367.

⁷⁸ GIRALDO, 2006, p. 19.

un trato inhumano. De allí que las relaciones que entablaron con sus invasores no fuesen de reconocimiento recíproco; para los Sikuani *la vulnerabilidad ontológica* se materializó en una ausencia de reconocimiento que con el tiempo se volvió la regla. Los Sikuani se convirtieron en un grupo históricamente marginado que aún hoy experimenta *vulnerabilidades contingentes* asociadas a las barreras socioeconómicas que resultan de la discriminación.

Ahora bien, como lo referimos en el primer capítulo, es común que ciertas minorías étnicas, como los pueblos indígenas –y en este caso los Sikuani– estén en los niveles socioeconómicos más bajos, y ello ha llevado a que tengan una salud mental deficiente⁷⁹. El contexto socioeconómico es en sí mismo un factor de riesgo que puede contribuir al desarrollo de adicciones⁸⁰; sin embargo, la salud mental deficiente (potencialmente causada por las vulnerabilidades contingentes) es también un factor de riesgo, pues se ha demostrado que las enfermedades psiquiátricas hacen que el cerebro sea más susceptible a la adicción⁸¹ y, consiguientemente, quienes padecen dichas enfermedades son *inherentemente más vulnerables* a desarrollar adicciones.

El caso de los Sikuani es el de muchos otros pueblos indígenas de Colombia en los que las vulnerabilidades ontológicas, contingentes e inherentes confluyeron para socavar su autonomía y hacerlos más vulnerables a caer en la adicción. Este caso nos permite concluir que, aunque desde el modelo liberal de autonomía la adicción sea vista como el producto de una decisión autónoma que puede ser objeto de reproche moral, bajo la óptica de la autonomía relacional –más apropiada para este contexto– el adicto no llega a la adicción por una decisión plenamente autónoma, pues su decisión de consumir sustancias suele tener su origen en distintos tipos de vulnerabilidades que concurren para erosionar –*mas no extinguir*– su autonomía. Con esto damos respuesta a la primera pregunta planteada en el numeral 1° del presente acápite.

¿Y qué decir de la segunda? ¿Tiene el adicto la autonomía para dejar de consumir? Según la propuesta de la profesora Hana Pickard, aquellos para quienes las adicciones se convierten en un problema crónico, normalmente son personas de contextos socioeconómicos deprimidos (vulnerabilidad contingente) o que padecen otros trastornos mentales (vulnerabilidad inherente), para quienes el alcohol y las drogas ofrecen una alternativa menos onerosa para afrontar la aflicción y la miseria⁸². Para ellos estas sustancias cumplen una función psicológica⁸³. Si esto fuese así, únicamente si las vulnerabilidades que explican el origen de la adicción son superadas, podría el adicto alcanzar la autonomía necesaria para dejar de consumir. Es decir, que solo sería plenamente autónomo para salir de la adicción cuando tenga otras alternativas disponibles –distintas a la “automedicación”– para aliviar su sufrimiento.

Siguiendo el razonamiento así expuesto, parece ser que tanto el modelo moral como el modelo de adicción como enfermedad se quedan cortos: pues el consumo del adicto no

⁷⁹ MCGEORGE Y BHUGRA, 2013, pp. 8-9.

⁸⁰ TEESON *et al.*, 2012, p. 46.

⁸¹ OUZIR Y ERRAMI, 2016, p. 63.

⁸² PICKARD, 2018, p. 15.

⁸³ PICKARD, 2017, p. 8.

estaría motivado exclusivamente por un deseo compulsivo irresistible –como lo sugiere el modelo de adicción como enfermedad–, pero tampoco por una decisión plenamente autónoma y moralmente reprochable –como lo pretende el modelo moral–.

V. ¿CÓMO ENTENDER LA ADICCIÓN? EL PLANTEAMIENTO ÉTICO DE HANA PICKARD

Tomando como base la línea argumentativa expuesta, ¿cómo abordar entonces el problema de la adicción?, a continuación expondremos la que consideramos es la mejor alternativa conceptual para entender dicho fenómeno y la que –de ser acogida– permitiría avanzar en la consecución de soluciones para la situación de adicciones en pueblos indígenas de Colombia. Para el efecto partiremos del planteamiento ético de la profesora Hana Pickard, quien analiza la adicción desde el marco conceptual que denomina “responsabilidad sin reprobación”⁸⁴. Con ello busca abolir la censura hacia el adicto sin negarle su carácter de agente moral, destaca la importancia de asumir una actitud compasiva hacia quien padece una adicción, y propende por la justicia social, para así evitar que la injusticia se convierta en ambiente propicio para el desarrollo de adicciones.

El modelo de adicción como enfermedad ya había contribuido significativamente en la lucha contra la estigmatización del adicto, pues permitió reconocer que el consumo prolongado de sustancias desencadena un proceso patológico que afecta la capacidad de controlar dicho consumo⁸⁵. Con ello, el uso de sustancias dejó de verse como una decisión autónoma del adicto que podía ser objeto de reproche moral.

Ahora bien, como se planteó en el capítulo anterior, la autonomía del adicto en efecto puede verse reducida por la confluencia de distintas vulnerabilidades y por los cambios neuroplásticos que genera el consumo; sin embargo, reducción no significa extinción⁸⁶ y, por tanto, so pretexto de combatir el estigma, no se le puede negar al adicto su calidad de agente moral alegando que la adicción no es más que el producto de un deseo compulsivo irresistible.

No obstante, aun cuando al adicto no se le pueda negar su carácter de agente moral, si su autonomía se encuentra reducida, la decisión de consumir tampoco puede ser objeto de reproche moral, pues ello sería abiertamente injusto. Hemos dicho que el origen de la adicción se encuentra en gran parte en las circunstancias socioeconómicas y las oportunidades limitadas, y de allí que gran cantidad de adictos vengan de contextos deprimidos, grupos marginados y minorías étnicas⁸⁷. Si ello es así, la adicción deja de ser un problema exclusivo del adicto para convertirse en un problema social frente al cual tanto el Estado como la sociedad deben asumir responsabilidad, por haber tolerado

⁸⁴ *Responsibility without blame.*

⁸⁵ KENNETT, 2013, p. 3.

⁸⁶ PICKARD, 2017, p. 8.

⁸⁷ PICKARD, 2017, p. 10.

la existencia de un contexto socioeconómico que se ha convertido en caldo de cultivo de adicciones para ciertos grupos poblacionales, como los indígenas.

Así pues, la aproximación frente a la problemática de adicciones no puede ser ni el reproche del adicto –como lo sugiere el modelo moral–, ni el enfoque exclusivo en corregir una deficiencia intrínseca suya –como lo sugiere el modelo de adicción como enfermedad–, sino que las normas y políticas públicas respecto de esta materia deben apuntar a remediar las carencias y desigualdades socioeconómicas que contribuyen al surgimiento de la adicción, además de brindarle tratamiento al adicto sin negarle su carácter de agente moral capaz de gestar cambios en su propia vida.

Visto así, los dos modelos que hasta el momento han inspirado las normas jurídicas parecen ser una cómoda salida que nos permite cerrar los ojos frente a la responsabilidad que nos corresponde como sociedad frente al fenómeno de las adicciones⁸⁸, y de allí que sea este el momento de entender dicha problemática en su real dimensión y de reconocer la deuda que tenemos frente a ciertos grupos, como los pueblos indígenas. Un Estado capaz de entender la adicción de esta manera, tal vez pueda pasar del “asistencialismo eventual” y la normatividad sin repercusiones prácticas, a un escenario de acciones concretas con efectos palpables. Un Estado capaz de reconocerse como responsable –al menos parcialmente– de este fenómeno, tal vez pueda entender que brindarle asistencia a los indígenas adictos y adoptar medidas para mejorar su contexto socioeconómico no es un asunto de caridad sino de justicia social.

En el siguiente capítulo exploraremos las razones por las que consideramos que, de las normas referidas en el segundo capítulo, la CDPD es la que más se acopla a la manera de entender la adicción expuesta en el presente artículo y, por esta razón, la que ofrece el marco normativo más adecuado para comprender la problemática de adicciones en los pueblos indígenas de Colombia.

VI. LAS ADICCIONES EN PUEBLOS INDÍGENAS VISTAS DESDE LA ÓPTICA DE LA CDPD

La CDPD señala en su artículo 1° que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”⁸⁹. Teniendo en cuenta la definición de discapacidad implícita en este artículo, ¿puede la adicción subsumirse en esa definición?

En lo que a la deficiencia concierne, es cierto que el consumo prolongado de sustancias psicoactivas provoca cambios neuroplásticos que afectan la capacidad de controlar el uso de dichas sustancias. Esto ciertamente podría calificarse como una deficiencia. Por

⁸⁸ PICKARD, 2017, p. 10.

⁸⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006.

su parte, en lo que atañe a las “barreras sociales” experimentadas por el adicto, también es cierto que los adictos enfrentan estigma y estereotipos que impactan sus vidas negativamente y limitan su participación en la sociedad y sus oportunidades de empleo⁹⁰. Vemos pues cómo, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1º, la deficiencia y las barreras sociales pueden interactuar para “impedir [la] participación plena y efectiva [del adicto] en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Parecería entonces que la adicción puede subsumirse en la categoría de discapacidad y, consiguientemente, puede analizarse desde la óptica de la CDPD.

La legislación contemporánea respecto de discapacidad de hecho suele incluir la adicción en esa categoría, buscando con ello eliminar el estigma hacia el adicto⁹¹. Se ha señalado en efecto que examinar la adicción desde la perspectiva de la discapacidad (entendida esta desde el modelo social de discapacidad) permite comprender mejor los factores sociales y estructurales que conducen a ella y, por esta razón, permite adoptar soluciones más holísticas y no puramente biomédicas⁹².

No significa lo anterior que la consecuencia ineludible de entender la adicción como enfermedad sea la inobservancia de los determinantes sociales y económicos de la adicción. Hay enfoques de salud –como la atención primaria⁹³–, que propenden por un abordaje global de la salud. Sin embargo, la influencia del modelo de adicción como enfermedad en la formulación de leyes y políticas públicas tiende a traer consigo el diseño de soluciones eminentemente biomédicas⁹⁴. Si bien el modelo en cuestión permitió quitarle fuerza al reproche moral que recae en el adicto, no ha sido suficiente para lograr soluciones omnicomprendivas para esta problemática.

El análisis de la adicción desde el lente de la discapacidad cumple entonces un objetivo político; así como subsumir una determinada condición en la categoría de enfermedad cumple un propósito político –pues permite demandar servicios médicos para superar esa condición⁹⁵– subsumirla en la categoría de discapacidad (vista desde el modelo social de discapacidad) permitiría hacer demandas a distintos sectores –y no solamente al sector salud– para remover las barreras socioeconómicas que explican el origen de esa condición. Es esto entonces lo que se busca al atribuirle a la adicción el calificativo de discapacidad.

Ahora bien, ¿por qué decimos que la CDPD es el instrumento normativo que más se acopla a la manera de entender la adicción propuesta en este artículo? Si bien la Convención reconoce la existencia de una deficiencia en quienes padecen una discapacidad y por tanto consagra en favor suyo un derecho a la habilitación y rehabilitación, ella se inspira en el modelo social de discapacidad⁹⁶, de conformidad con ello, son las

⁹⁰ WASSERMAN, 2004, pp. 471-472.

⁹¹ O’FLAHERTY, 2016, pp. 1 y 9.

⁹² FLACKS, 2012, p. 395, y FODDY Y SAVULESCU, 2010, p. 5.

⁹³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2019.

⁹⁴ HALL, 2015, p. 108.

⁹⁵ SEDGEWICK, 1982, p. 41.

⁹⁶ LANG *et al.*, 2011, p. 208 y MANNAN *et al.*, 2012, p. 161.

instituciones y estructuras sociales –y no las deficiencias del individuo– las que causan la discapacidad⁹⁷, y por eso busca remover las barreras que impiden la efectiva participación en sociedad de las personas con discapacidad. Este modelo se diferencia del modelo médico, que sí considera la discapacidad como un problema del individuo causado por una condición médica que debe ser objeto de tratamiento⁹⁸. El modelo social de discapacidad, en concordancia con los planteamientos del modelo de autonomía relacional, reconoce que las personas están inmersas en un entramado de fuerzas sociales que pueden fortalecer su autonomía o limitarla y, por tanto, permite identificar el rol que cumple la sociedad y sus actitudes, las políticas públicas y la misma ley en el surgimiento de la discapacidad⁹⁹.

La remoción de barreras por la que propende la CDPD se ha traducido primordialmente en obligaciones de accesibilidad e implementación de ajustes razonables¹⁰⁰; sin embargo, a causa de la importancia que le atribuye la Convención al papel de la sociedad en la discapacidad, dicho instrumento también ha suscitado importantes reflexiones en torno al rol de las circunstancias socioeconómicas en el origen de condiciones discapacitantes. Si bien este tipo de reflexiones no generan cambios inmediatos, sí permiten dejar de ver la discapacidad como un fenómeno individual, para en cambio dirigir la mirada hacia factores estructurales que explican su origen. Dichas reflexiones son el primer paso para un cambio de paradigma y un abordaje de la discapacidad que preste especial atención a sus causas estructurales.

Algunas de las reflexiones en cuestión han señalado que la CDPD permite reconocer el papel de la pobreza, la raza y otros factores en el desarrollo de condiciones incapacitantes¹⁰¹. En efecto, se ha demostrado que la discriminación racial contribuye a la creación de desventajas socioeconómicas y tiene un impacto negativo en la salud mental y física de las personas¹⁰². La CDPD permite así dar cuenta de esas circunstancias para abrir paso a soluciones que, en vez de enfocarse exclusivamente en corregir las deficiencias del individuo, propendan por desarrollar políticas sociales y económicas para fortalecer las capacidades de las comunidades, las familias y los individuos¹⁰³.

En el ámbito de la salud mental en el que se circunscribe la problemática de las adicciones se han suscitado reflexiones especialmente interesantes. A este respecto se ha dicho que el modelo social de discapacidad –y la CDPD que en él se inspira–, antes que pensar en el trastorno mental como un fenómeno descontextualizado, busca identificar y dar solución a los procesos de opresión social y discriminación¹⁰⁴ que llevan al deterioro de la salud mental. Este modelo propende así por una aproximación integral al trastorno

⁹⁷ CLOUGH, 2014, p. 64.

⁹⁸ WALLCRAFT y HOPPER, 2015, p. 84.

⁹⁹ ABROKWA, 2018, p. 36.

¹⁰⁰ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006, artículos 9 y 5.

¹⁰¹ ABROKWA, 2018, p. 36.

¹⁰² MCGEORGE Y BHUGRA, 2013, pp. 2-6.

¹⁰³ GOODING, 2017, p. 104.

¹⁰⁴ KEATING, 2015, pp. 131-132.

mental, que va más allá del tratamiento psiquiátrico e incorpora soluciones en materia de vivienda, empleo y educación, entre otros¹⁰⁵.

Respecto del problema concreto que nos ocupa: las adicciones en pueblos indígenas de Colombia, podemos decir que si tal problemática fuese abordada desde la óptica de la CDPD, ello permitiría pensar en soluciones que, en vez de enfocarse exclusivamente en brindarle tratamiento médico al adicto (o en penalizar su decisión de consumir), den prioridad a la remoción de las vulnerabilidades contingentes —o barreras socioeconómicas— que fomentan el desarrollo de adicciones y limitan la autonomía de quienes ya las padecen.

Teniendo en mente lo anterior, consideramos que la CDPD es el instrumento que ofrece el marco normativo más adecuado para comprender en su real dimensión la problemática de adicciones en los pueblos indígenas de Colombia. En efecto, al estar inspirada en el modelo social de discapacidad, la CDPD invita a reflexionar acerca del papel de la sociedad y del Estado en el surgimiento de esta problemática y también a pensar en soluciones no solamente enfocadas en el tratamiento individual del adicto, sino también en fortalecer su autonomía mediante la remoción de las vulnerabilidades contingentes —o barreras sociales— que explican el origen de la misma. Al reconocer entonces que la sociedad es al menos parcialmente responsable de la proliferación de la adicción, la adopción de las soluciones en cuestión deja de ser un asunto de caridad, para convertirse en una exigencia de justicia social.

VII. CONCLUSIÓN

En los capítulos precedentes hemos argumentado que una de las principales razones detrás del fenómeno de desconexión entre el panorama normativo y la realidad en relación con la problemática de adicciones en los pueblos indígenas de Colombia, está ligada a las limitaciones de los modelos respecto de la naturaleza de la adicción que han permeado el ordenamiento jurídico colombiano. En respuesta a ello sostuvimos que una recta comprensión de la naturaleza de la adicción exige entender que ella es el resultado de vulnerabilidades socialmente causadas, que confluyen para socavar —mas no extinguir— la autonomía del individuo, y de allí que una adecuada solución a esa problemática exija reconocer nuestro papel como sociedad en el surgimiento de esas vulnerabilidades, para así combatir las y brindarle tratamiento al adicto sin negarle su carácter de agente moral capaz de transformar su propia vida.

Efectivamente, aunque ya hay políticas públicas que reconocen la importancia de la inclusión social y la equidad para la rehabilitación de las personas con trastornos mentales¹⁰⁶, es preciso que tanto la sociedad como las autoridades encargadas de aplicar las normas y políticas, vean las limitaciones del modelo moral y del modelo de adicción

¹⁰⁵ KEATING, 2015, pp. 131-132.

¹⁰⁶ MINISTERIO DE SALUD, 2015.

como enfermedad, pues solo en el momento en que la sociedad y el Estado sean capaces de reconocer su papel en el surgimiento de la adicción, será posible pasar del “asistencialismo eventual” y la normatividad sin impacto real al escenario de las soluciones concretas con repercusiones tangibles. Para esos efectos, la CDPD puede resultar de gran utilidad, y de allí que sea este el momento de empezar a explotar el potencial de dicho instrumento en el análisis de la problemática de adicciones en los pueblos indígenas de Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

- ABROKWA, Alice, 2018: “When They Enter, We All Enter: Opening the Door to Intersectional Discrimination Claims Based on Race and Disability”, *Michigan Journal of Race & Law*, volumen 24, N° 1. Disponible en [HTTPS://REPOSITORY.LAW.UMICH.EDU/MJRL/VOL24/ISS1/3/](https://repository.law.umich.edu/mjrl/vol24/iss1/3/). [Fecha de consulta 12.2.2020].
- ANDERSON, Joel, 2014: “Autonomy and vulnerability entwined”, en Wendy Rogers, Catriona Mackenzie y Susan Dodds (editoras), *Vulnerability: New essays in ethics and feminist philosophy*, Oxford, Oxford University press, pp. 1-35. Disponible en [HTTPS://WWW.OXFORD-SCHOLARSHIP.COM/VIEW/10.1093/ACPROF:OSO/9780199316649.001.0001/ACPROF-9780199316649](https://www.oxford-scholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199316649.001.0001/acprof-9780199316649). [Fecha de consulta 18.1.2020].
- BARCLAY, Linda, 2000: “Autonomy and the social self”, en Catriona Mackenzie y Natalie Stoljar (editoras), *Relational autonomy: Feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*, New York, Oxford University Press, pp. 52-71.
- CALLARD, F., SARTORIUS, N., ARBOLEDA-FLÓREZ, J., BARTLETT, P., HELMCHEN, H., STUART, H., TABORDA, J., GRAHAM, T., 2012: *Mental Illness, Discrimination and the Law*, Oxford: Wiley-Blackwell.
- CARTER, Adrian y HALL, Wayne, 2013: “The Rights of Individuals Treated for Drug, Alcohol, and Tobacco Addiction”, en Michael Dudley, Derrick Silove, and Fran Gale (editores), *Mental Health and Human Rights: Vision, praxis, and courage*, Oxford, Oxford University Press, pp. 1-16. Disponible en [HTTPS://OXFORDINDEX.OUP.COM/VIEW/10.1093/MED/9780199213962.003.0008](https://oxfordindex.oup.com/view/10.1093/med/9780199213962.003.0008). [Fecha de consulta 6.1.2020].
- CHRISTMAN, John (2018). “Autonomy in moral and political philosophy”. Recuperado el 18.1.2020, de *Stanford Encyclopedia of Philosophy*: [HTTPS://PLATO.STANFORD.EDU/ENTRIES/AUTONOMY-MORAL/](https://plato.stanford.edu/entries/autonomy-moral/).
- CLOUGH, Beverley, 2014: “‘People Like That’: Realising The Social Model In Mental Capacity Jurisprudence”. *Medical Law Review*, volumen 23, N° 1. Disponible en [HTTPS://ACADEMIC.OUP.COM/MEDLAW/ARTICLE-ABSTRACT/23/1/53/1038870](https://academic.oup.com/medlaw/article-abstract/23/1/53/1038870). [Fecha de consulta 12.2.2020].
- CRIC (7 de octubre de 2013). Pronunciamento de las autoridades indígenas frente a los cultivos de uso ilícito. Recuperado el 8.1.2020, de CRIC: [HTTPS://WWW.CRIC-COLOMBIA.ORG/PORTAL/PRONUNCIAMIENTO-DE-LAS-AUTORIDADES-INDIGENAS-FRENTE-AL-LOS-CULTIVOS-DE-USO-ILICITO/](https://www.cric-colombia.org/portal/pronunciamento-de-las-autoridades-indigenas-frente-al-los-cultivos-de-uso-ilicito/).
- DEPARTAMENTO DE VAUPÉS (2015). Plan departamental de reducción de la oferta de sustancias psicoactivas. Recuperado el 6.1.2020, de Observatorio de drogas de Colombia: [HTTP://WWW.ODC.GOV.CO/PORTALS/1/POLITICA-REGIONAL/DOCS/PLAN-DEPARTAMENTAL-DROGAS-VAUPES.PDF](http://www.odc.gov.co/portals/1/politica-regional/docs/plan-departamental-drogas-vaupes.pdf).
- DONDERS, Yvonne, 2015: “Exploring the Cultural Dimensions of the Right to the Highest Attainable Standard of Health”, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, volumen 18, N° 2.

- Disponible en [HTTP://WWW.SCIELO.ORG.ZA/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S1727-37812015000200006](http://WWW.SCIELO.ORG.ZA/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S1727-37812015000200006). [Fecha de consulta: 8.1.2020].
- FLACKS, Simon, 2012: "Deviant Disabilities: The Exclusion of Drug and Alcohol Addictions from the Equality Act 2010", *Social & Legal Studies*, volume 21, N° 3. Disponible en [HTTPS://JOURNALS.SAGEPUB.COM/DOI/FULL/10.1177/0964663912437991](https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0964663912437991). [Fecha de consulta: 13.6.2020].
- FRENCH, Laurence, 2004: "Alcohol and Other Drug Addictions Among Native Americans", *Alcoholism Treatment Quarterly*, volume 22, N° 1. Disponible en [HTTPS://WWW.TANDFONLINE.COM/DOI/ABS/10.1300/J020V22N01_06](https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1300/J020V22N01_06). [Fecha de consulta: 11.6.2020].
- FODDY, Bennett y SAVULESCU, Julian, 2015: "Relating Addiction to Disease, Disability, Autonomy, and the Good Life", *Philosophy, Psychiatry, & Psychology*, volume 17, N° 1. Disponible en [HTTPS://MUSE.JHU.EDU/ARTICLE/380813](https://muse.jhu.edu/article/380813). [Fecha de consulta: 13.6.2020].
- FUNDACIÓN SALDARRIAGA CONCHA (2019). Estigma y discapacidad psicosocial en el marco de los resultados en salud mental del conflicto armado en Colombia. Foco particular población indígena y afrodescendiente. Recuperado el 8.1.2020, de Fundación Saldarriaga Concha: [HTTPS://WWW.SALDARRIAGACONCHA.ORG/INVESTIGACION-ESTIGMA-Y-DISCAPACIDAD-PSICOSOCIAL/](https://www.saldarriagaconcha.org/investigacion-estigma-y-discapacidad-psicosocial/).
- GIRALDO, Germán, 2006: *La colonización en la Orinoquia colombiana: Arauca (1900-1980)*, Bogotá: Ediciones Antropos.
- GÓMEZ, Augusto, 1998: "Cuividades y Guajibiadas. La guerra de exterminio contra los grupos indígenas cazadores-recolectores de los Llanos Orientales (Siglos XIX y XX)", *Anuario Colombiano De Historia Social Y De La Cultura*, volumen 25. Disponible en [HTTP://WWW.BDIGITAL.UNAL.EDU.CO/20555/1/16710-52314-1-PB.PDF](http://www.bdigital.unal.edu.co/20555/1/16710-52314-1-PB.PDF). [Fecha de consulta: 18.1.2020].
- GÓMEZ, Augusto, 1991: *Indios, colonos y conflictos: Una historia regional de los Llanos Orientales, 1870-1970*, Bogotá: Siglo XXI Editores.
- HALL, W., CARTER, A., y FORLINI, C., 2015: "The brain disease model of addiction: is it supported by the evidence and has it delivered on its promises", *Lancet Psychiatry*, volume 2, N° 1. Disponible en [HTTPS://WWW.THELANCET.COM/PDFS/JOURNALS/LANPSY/PIIS2215-0366\(14\)00126-6.PDF](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lanpsy/piis2215-0366(14)00126-6.pdf). [Fecha de consulta: 12.6.2020].
- HILLMAN, Alison, 2005: "Protecting Mental Disability Rights: A Success Story in the Inter-American Human Rights System", *Human Rights Brief*, volumen 12, N° 3. Disponible en [HTTPS://DIGITALCOMMONS.WCL.AMERICAN.EDU/HRBRIEF/VOL12/ISS3/7/](https://digitalcommons.wcl.american.edu/hrbrief/vol12/iss3/7/). [Fecha de consulta: 10.1.2020].
- INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL (2014). Boletín Epidemiológico – Suicidio de indígenas en Colombia – 2010-2014. Recuperado el 6.1.2020, de Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses: [HTTPS://WWW.MEDICINALEGAL.GOV.CO/DOCUMENTS/20143/57952/SUICIDIO+DE+IND%3%ADGENAS+EN+COLOMBIA.+2010-2014.PDF](https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/57952/SUICIDIO+DE+IND%3%ADGENAS+EN+COLOMBIA.+2010-2014.PDF).
- IREGUI-PARRA, P., PALACIOS-SANABRIA, M., TORRES-VILLARREAL, M., MORENO, S., TRIANA-ANCINEZ, B., *El consumo de drogas en Colombia: una reflexión desde el derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Economía.
- KEATING, Frank, 2015: "Linking 'race', mental health and a social model of disability: what are the possibilities?", en Helen Splandler, Jill Anderson y Bob Sapey (editores), *Madness, Distress and the Politics of Disablement*, Bristol, The Policy Press, pp. 127-138.
- KENNET, Jeanette, 2013: "Addiction, choice and disease", en Nicole Vincent (editora), *Neuroscience and legal responsibility*, New York, Oxford University Press, pp. 1-30. Disponible en [HTTPS://WWW.OXFORDSCHOLARSHIP.COM/VIEW/10.1093/ACPROF:OSO/9780199925605.001.0001/ACPROF-9780199925605-CHAPTER-11](https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199925605.001.0001/acprof-9780199925605-chapter-11). [Fecha de consulta: 13.6.2020].

- KENNET, J., MATTHEWS, S., SNOEK, A., 2015: "Pleasure and addiction", en Hanna Pickard, Serge Ahmed y Bennett Foddy (editores), *Alternative Models of Addiction*, Lausanne, Frontiers in Psychiatry, pp. 131-141. Disponible en: <HTTPS://WWW.FRONTIERSIN.ORG/RESEARCH-TOPICS/1036/ALTERNATIVE-MODELS-OF-ADDICTION>. [Fecha de consulta: 13.1.2020].
- LANG, R., KETT, M., GROCE, N., y TRANI, J., 2011: "Implementing the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: Principles, implications, practice and limitations", *ALTER*, volumen 5. Disponible en: <HTTPS://DOI.ORG/10.1016/J.ALTER.2011.02.004>. [Fecha de consulta: 13.6.2020].
- MANNAN, H., MACLACHLAN, M., MCVEIGH, J., y THE EQUITABLE CONSORTIUM, 2012: "Core concepts of human rights and inclusion of vulnerable groups in the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities", *ALTER*, volumen 6. Disponible en: <HTTPS://DOI.ORG/10.1016/J.ALTER.2012.05.005>. [Fecha de consulta: 13.6.2020].
- MAZEL, Odette, 2016: "Self-Determination and the Right to Health: Australian Aboriginal Community Controlled Health Services", *Human Rights Law Review*, volumen 16. Disponible en: <HTTPS://ACADEMIC.OUP.COM/HRLR/ARTICLE-ABSTRACT/16/2/323/2356218>. [Fecha de consulta: 11.1.2020].
- MCGEORGE, Tristan y BHUGRA, Dinesh, 2013: "Race Equality in Mental Health", en Michael Dudley, Derrick Silove, and Fran Gale (editores), *Mental Health and Human Rights: Vision, praxis, and courage*, Oxford, Oxford University Press, pp. 1-19. Disponible en <HTTPS://OXFORDINDEX.OUP.COM/VIEW/10.1093/MED/9780199213962.003.0008>. [Fecha de consulta 6.1.2020].
- MINISTERIO DE SALUD (2015). Lineamientos nacionales para la implementación de RBC en salud mental. Recuperado el 19.2.2020, de Minsalud: <HTTPS://WWW.MINSALUD.GOV.CO/SITES/RID/LISTS/BIBLIOTECADIGITAL/RIDE/VS/PP/ENT/LINEAMIENTOS-NACIONALES-RBC.PDF>.
- MINISTERIO DE SALUD (2016). Orientaciones técnicas con enfoque intercultural para la promoción de la salud mental, la prevención del consumo de sustancias psicoactivas y la conducta suicida en población indígena. Recuperado el 6.1.2020, de Minsalud: <HTTPS://WWW.MINSALUD.GOV.CO/SITES/RID/LISTS/BIBLIOTECADIGITAL/RIDE/VS/PP/ENT/SALUD-MENTAL-INDIGENA-ORIENTACIONES-TECNICAS.PDF>.
- MINISTERIO DE SALUD (2017). Plan nacional para la promoción de la salud, la prevención, y la atención del consumo de sustancias psicoactivas 2014-2021. Recuperado el 9.1.2020, de Minsalud: <HTTPS://WWW.MINSALUD.GOV.CO/SITES/RID/LISTS/BIBLIOTECADIGITAL/RIDE/VS/PP/PLAN-NACIONAL-CONSUMO-ALCOHOL-2014-2021.PDF>.
- ONIC (12 de agosto de 2016). ¡La juventud indígena somos semilla de resistencia, unidad y paz! Recuperado el 8.1.2020, de ONIC: <HTTPS://WWW.ONIC.ORG.CO/COMUNICADOS-ONIC/1391-LA-JUVENTUD-INDIGENA-SOMOS-SEMILLA-DE-RESISTENCIA-UNIDAD-Y-PAZ>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2019), *Atención primaria*. Recuperado el 12.6.2020, de Organización Mundial de la Salud: <HTTPS://WWW.WHO.INT/ES/NEWS-ROOM/FACT-SHEETS/DETAIL/PRIMARY-HEALTH-CARE>
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2011). Alcohol y salud de los pueblos indígenas. Recuperado el 6.1.2020, de OPS: <HTTPS://WWW.PAHO.ORG/HQ/DMDOCUMENTS/2009/ALCOHOLYSALUDINDIGENA06.PDF>.
- O'FLAHERTY, Jake, 2016: "Addiction as Disability: Implications within Legislation" *The Post*, volume 2, N° 1. Disponible en <HTTPS://POST.LAKEHEADU.CA/ARTICLE/VIEW/1463>. [Fecha de consulta: 13.6.2020].

- OUZIR, Mounir y ERRAMI, Mohammed, 2016: "Etiological theories of addiction: A comprehensive update on neurobiological, genetic and behavioural vulnerability" *Pharmacology Biochemistry and Behavior*, volumen 148. Disponible en [HTTPS://WWW.SCIENCEDIRECT.COM/SCIENCE/ARTICLE/PII/S0091305716301046](https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0091305716301046). [Fecha de consulta: 17.1.2020].
- PICKARD, Hanna, 2016: "Denial in Addiction", *Mind & Language*, volumen 31, N° 3. Disponible en [HTTPS://ONLINELIBRARY.WILEY.COM/DOI/10.1111/MILA.12106](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/mila.12106). [Fecha de consulta: 13.1.2020].
- PICKARD, Hanna, 2017: "Responsibility without Blame for Addiction", *Neuroethics*, volumen 10, N° 1. Disponible en [HTTPS://LINK.SPRINGER.COM/ARTICLE/10.1007/S12152-016-9295-2](https://link.springer.com/article/10.1007/s12152-016-9295-2). [Fecha de consulta: 13.1.2020].
- PICKARD, Hanna, 2018: "The Puzzle of Addiction", en Hanna Pickard y Serge Ahmed (editores), *The Routledge Handbook of Philosophy and Science of Addiction*, Londres, Routledge, pp. 9-22. Disponible en: [HTTPS://WWW.ROUTLEDGEHANDBOOKS.COM/DOI/10.4324/9781315689197](https://www.routledgehandbooks.com/doi/10.4324/9781315689197). [Fecha de consulta: 13.1.2020].
- SEDEGWICK, Peter, 1982: *Psycho Politics: Laing, Foucault, Goffman, Szasz, and the Future of Mass Psychiatry*, New York: Harper & Row.
- SCULLY, Jackie, 2013: "Disability and vulnerability: On bodies, dependence and power", Wendy Rogers, Catriona Mackenzie y Susan Dodds (editoras), *Vulnerability: New essays in ethics and feminist philosophy*, Oxford, Oxford University press, pp. 204-221.
- SZLEMKO, W., WOOD, J., y THURMAN, P., 2006: "Native Americans and Alcohol: Past, Present, and Future", *The Journal of General Psychology*, Vol. 133, N° 4. Disponible en [HTTPS://WWW.TANDFONLINE.COM/DOI/ABS/10.3200/GENP.133.4.435-451](https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.3200/genp.133.4.435-451). [Fecha de consulta: 11.6.2020].
- TEESON, M., HALL, W., PROUDFOOT, H., y DEGENHARDT, L., 2012: *Addictions* (2ª edición), New York, Psychology Press.
- UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA Y ORGANIZACIÓN INDÍGENA DE ANTIOQUIA (2006). Estado del arte del conocimiento sobre la salud de los pueblos indígenas de América: Salud mental de los pueblos indígenas. Recuperado el 6.1.2020, de Universidad de Antioquia Salud Pública Virtual: [HTTP://SALUDPUBLICAVIRTUAL.UDEA.EDU.CO/ CVSP/LA%20SALUD%20INDIGENA.PDF](http://saludpublicavirtual.udea.edu.co/cvsp/la%20salud%20indigena.pdf).
- VARGAS-ESPÍNDOLA, A., VILLAMIZAR-GUERRERO, J., PUERTO-LÓPEZ, J., ROJAS-VILLAMIZAR, M., RAMÍREZ-MONTES, O., URREGO-MENDOZA, Z., 2017: "Conducta suicida en pueblos indígenas: una revisión del estado del arte", *Rev. Fac. Med.*, volumen 65, N° 1. Disponible en [HTTP://WWW.SCIELO.ORG.CO/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_ABSTRACT&PID=S0120-00112017000100129](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0120-00112017000100129). [Fecha de consulta: 6.1.2020].
- WAKEFIELD, Jerome y SCHMITZ, Mark, 2015: "How many people have alcohol use disorders? Using the harmful dysfunction analysis to reconcile prevalence estimates in two community surveys", en Hanna Pickard, Serge Ahmed y Bennett Foddy (editores), *Alternative Models of Addiction*, Lausanne, Frontiers in Psychiatry, pp. 89-110. Disponible en: [HTTPS://WWW.FRONTIERSIN.ORG/RESEARCH-TOPICS/1036/ALTERNATIVE-MODELS-OF-ADDITION](https://www.frontiersin.org/research-topics/1036/alternative-models-of-addiction). [Fecha de consulta: 13.1.2020].
- WALLCRAFT, Jan y HOPPER, Kim, 2015: "The Capabilities Approach and the social model of mental health", en Helen Splandler, Jill Anderson y Bob Sapey (editores), *Madness, Distress and the Politics of Disablement*, Bristol, The Policy Press, pp. 83-97.
- WASSERMAN, David, 2004: "Addiction and Disability: Moral and Policy Issues", *Substance Use & Misuse*, volumen 39, N° 3. Disponible en [HTTPS://WWW.TANDFONLINE.COM/DOI/ABS/10.1081/JA-120029986?JOURNALCODE=ISUM20](https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1081/JA-120029986?journalcode=ISUM20). [Fecha de consulta: 13.2.2020].

WESLEY-ESQUIMAUX, Cynthia y SMOLEWSKI, Magdalena, 2004: *Historic Trauma and Aboriginal Healing*, Ottawa: Aboriginal Healing Foundation. Disponible en [HTTP://WWW.AHF.CA/DOWNLOADS/HISTORIC-TRAUMA.PDF](http://www.ahf.ca/downloads/historic-trauma.pdf). [Fecha de consulta: 11.6.2020].

Normas jurídicas citadas

CONVENCIÓN sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965.
Aprobada en Colombia mediante Ley Nº 22 de 1981.

LEY 30 de 1986, Congreso de la República de Colombia.

CONVENIO Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989. Aprobada en Colombia mediante Ley Nº 21 de 1991.

DECRETO 1811 de 1990, Presidencia de la República de Colombia.

RESOLUCIÓN 46/119 de 1991, Asamblea General de la ONU.

LEY 691 de 2001, Congreso de la República de Colombia.

RESOLUCIÓN 61/295 de 2007, Asamblea General de la ONU.

ACTO LEGISLATIVO 02 de 2009, Congreso de la República de Colombia.

CONVENCIÓN sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aprobada en Colombia mediante Ley Nº 1346 de 2009.

LEY Nº 1438 de 2011, Congreso de la República de Colombia.

LEY Nº 1566 de 2012, Congreso de la República de Colombia.

LEY Nº 1616 de 2013, Congreso de la República de Colombia.

LEY ESTATUTARIA 1751 de 2015, Congreso de la República de Colombia.

Jurisprudencia citada

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de 22 de agosto de 2002, T-684/02.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, auto de fecha 26 de enero de 2009, Auto 004 de 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de 3 de julio de 2009, T-438/09.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de 9 de febrero de 2012, T-057/12.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de 7 de julio de 2014, T-454/14.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de 4 de febrero de 2015, T-043/15.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de 22 de mayo de 2015, T-318/15.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA, sentencia de 1º de julio de 2015, Rad. 2014-00052-03.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de 7 de julio de 2015, T-418/15.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, informe de junio de 2016. Resultado actuación especial de seguimiento al fallo de tutela de radicado 2014-00052-03.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de 16 de septiembre de 2016, T-511/16.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de 22 de enero de 2019, T-011/19.

Sanción de conductas anticompetitivas extraterritoriales en Estados Unidos y la Unión Europea

*Jaime Arancibia Mattar**

RESUMEN

Este trabajo aborda el poder de sanción de conductas anticompetitivas extranjeras que afectan la libre competencia en los mercados internos de Estados Unidos y la Unión Europea. Destaca el ejercicio de competencia doméstica basado en la territorialidad de los efectos adversos de la conducta, que deben ser sustanciales y directos. Asimismo, identifica algunos criterios de deferencia o cortesía que procuran conciliar los intereses jurisdiccionales de los países afectados por ilícitos transfronterizos.

Libre competencia – jurisdicción – extraterritorial

Antitrust sanctions on extraterritorial conducts in the United States and the European Union

ABSTRACT

This article discusses the United States and European Union's sanctioning powers over extraterritorial antitrust infringements that affect their internal markets. It remarks the domestic sanction of those actions on the ground that they have produced an adverse impact on the domestic territory, which must be substantial and direct. In addition, it identifies some deferential or comity criteria which contributes to conciliate jurisdictional interests affected by cross border infringements.

Antitrust – jurisdiction – extraterritorial

* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Cambridge, Inglaterra. Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional, Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: jarancibia@uandes.cl.

Artículo recibido el 8.3.2019 y aceptado para su publicación el 19.5.2020.

I. INTRODUCCIÓN¹

Este trabajo tiene por objeto la identificación de los criterios que rigen el juzgamiento y sanción de conductas extraterritoriales que producen efectos anticompetitivos en Estados Unidos y la Unión Europea. La sistematización de este corpus dogmático se enmarca en una línea de investigación que pretende proponer, en un estudio ulterior, algunas orientaciones para la sanción en Chile de ilícitos de libre competencia fraguados en el extranjero, materia escasamente tratada por la doctrina nacional².

A raíz del fenómeno de globalización comercial o tendencia de los mercados a sobrepasar los límites geográficos de los Estados, los atentados a la libre competencia pueden provenir de hechos, actos o convenciones ejecutados o celebrados en países extranjeros, distintos del lugar o lugares donde pretenden ser juzgados. Un cartel internacional, una fusión o toma de control de empresas internacionales por sobre los umbrales permitidos a nivel doméstico, o un abuso de posición dominante pueden afectar seriamente la libertad de competir en suelo nacional. Es por esta razón que los ordenamientos de libre competencia en países industrializados han elaborado un acervo de criterios jurisdiccionales respecto de estas conductas, que procura compatibilizar los intereses soberanos de los países con la necesidad de hacer frente a ilícitos transnacionales favorecidos por la alta comunicabilidad comercial. En este sentido, el juzgamiento de conductas extranjeras plantea desafíos importantes a instituciones clásicas del derecho procesal como el juez natural territorial³, las medidas precautorias⁴, la prueba y la ejecución de sentencias⁵, entre otras.

Debido a que estos criterios son aplicados actualmente por dos de los principales aliados comerciales de Chile⁶, es preciso identificarlos y analizarlos en una labor que precede a una propuesta de bases para el juzgamiento en nuestro país de conductas extranjeras –al menos de agentes económicos con sede en Estados Unidos y Europa, por razones de reciprocidad– que produzcan efectos anticompetitivos en suelo nacional.

Para efectos de lo anterior, este trabajo considera el estudio de los siguientes principios y criterios: a) criterios vigentes de competencia del órgano doméstico para sancionar conductas foráneas en razón de un factor de conexión relevante, *v. gr.* efectos anticompetitivos; b) criterios de cortesía (*comity*) o respeto por la jurisdicción sancionadora

¹ Este artículo fue escrito en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N° N° 1161741, acerca de “Análisis y revisión dogmática del derecho administrativo sancionador en Chile a partir de su parte especial”, en el que el autor es coinvestigador. Todas las traducciones de textos en inglés son nuestras.

² Podríamos mencionar como excepción el trabajo de Antonio Bascañán en materia de colusión, aunque utilizando un enfoque más bien penal que no estimamos del todo aplicable a infracciones administrativas o civiles en libre competencia. BASCAÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, *Estudios sobre Colusión*, Thomson Reuters, 2016, Capítulo I, pp. 7 y ss.

³ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, 2016, pp. 117 a 152.

⁴ GILSANZ USUNAGA, Javier, 2010, pp. 311 a 371.

⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, 2017.

⁶ *Cfr.* MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, 2018.

extranjera; c) limitación del poder sancionador doméstico debido al principio *non bis in idem* en relación con la jurisdicción extranjera.

II. EL JUZGAMIENTO DE CONDUCTAS FORÁNEAS SEGÚN UN FACTOR DE CONEXIÓN RELEVANTE

Luego de un período inicial de declaraciones de incompetencia basada en una deferencia absoluta a la jurisdicción soberana de países extranjeros⁷, la jurisprudencia norteamericana y comunitaria europea evolucionó hacia una dogmática actual que extiende la competencia territorial a cualquier ilícito perjudicial para el interés nacional, aunque sus elementos estén conectados con un territorio extranjero. Estos ilícitos, por tanto, requieren un mínimo de conexión razonable con el territorio de asiento del órgano que conoce (*v. gr.* nacionalidad del autor o de la víctima, ejecución de un elemento de la infracción, afectación de intereses públicos relevantes o comunes a la humanidad).

El factor de conexión más relevante de esta posición es el efecto ilícito de la conducta en el territorio jurisdiccional. De ahí su denominación como doctrina de los “efectos” o “delitos a distancia”, amparada por el precedente de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Lotus*⁸.

Un primer indicio de jurisdicción extraterritorial en el derecho de libre competencia estadounidense se aprecia en la “Ley para proteger el intercambio y el comercio frente a restricciones y monopolios ilícitos”⁹, conocida como la Ley Sherman en honor al senador que la propuso. Esta normativa, aprobada en 1890, sanciona a la persona o personas que restrinjan el intercambio o el comercio entre los estados de la unión, “o con naciones extranjeras”¹⁰. Además, la sección octava de la ley establece que: “la palabra persona, o personas, utilizada en esta ley se entiende que incluye a las corporaciones o asociaciones que existen bajo o autorizadas por las leyes de Estados Unidos, de cualquiera de los territorios, de cualquier Estado, o la leyes de cualquier país extranjero”.

Sin embargo, como vimos, la jurisprudencia inicial interpretó de modo restrictivo estas disposiciones, procurando extender la competencia de los tribunales únicamente a ilícitos cometidos en el territorio de Estados Unidos. Posteriormente, los jueces evolucionaron hacia un régimen de juzgamiento de actos extraterritoriales, cometidos por empresas nacionales o extranjeras, que produjeran efectos anticompetitivos en el territorio de Estados Unidos.

⁷ Corte Suprema de Estados Unidos, 26.4.1909, N° 686. Una reacción similar se aprecia en las Cortes británicas. Por ejemplo, Cámara de los Lores del Reino Unido, 1.12.1977, Rol N° 235 (N° 1 y N° 2). *Cfr.* SAMIE, 1981, p. 58; BLYTHE, 1983, p. 99.

⁸ Corte Permanente de Justicia Internacional, 7.9.1927, Rol A-N° 10.

⁹ *The Sherman Antitrust Law*, 1890.

¹⁰ Esta expresión es utilizada en cada una de las secciones en que se describe la conducta típica: 1°, 2°, 3° y 6°.

El primer precedente en esta materia es el caso *Aluminium*¹¹, donde la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito ejerció jurisdicción sobre una empresa con domicilio en Canadá por celebrar acuerdos de producción de aluminio para suprimir o restringir la importación del producto en Estados Unidos. La sentencia aplicó como derecho vigente y reconocido por los estados el “que cualquier Estado puede imponer responsabilidades, incluso a personas no sometidas a su jurisdicción, por conductas cometidas más allá de sus fronteras que tengan consecuencias en el territorio contrarias al derecho interno”.

Esta mención expresa a empresas foráneas es especialmente relevante para el tema en estudio. La responsabilidad por conductas extraterritoriales que produjeran efectos en Estados Unidos se extendería incluso a personas naturales o jurídicas con nacionalidad y domicilio extranjero. Esta doctrina fue confirmada por la Corte del Noveno Circuito en *Timberlane*¹², sobre atentados al mercado de la madera en Estados Unidos mediante actividades en Honduras: “La ley (Sherman) podría cubrir actividades en el exterior de ciudadanos extranjeros y americanos”.

Un primer ejemplo concreto de aplicación de la ley a una empresa extranjera es *Daisbowa*¹³, en que la Corte del Distrito Norte de California juzgó a importadores japoneses de chips de madera acusados de formar un cartel comprador, dividir a los proveedores americanos, fijar precios y boicotear las actividades de un exportador, causando de este modo una caída artificial del precio de mercado.

Otro ejemplo viene dado por el caso *Hartford*¹⁴, en que compañías reaseguradoras londinenses fueron demandadas en Estados Unidos por actos de conspiración y boicot para forzar cambios en las pólizas de los seguros en dicho país. Al respecto, la Corte Suprema señaló que “está bien establecido ahora que la Ley Sherman se aplica a una conducta foránea que tuvo por objeto producir y que, de hecho, produjo un efecto sustancial en los Estados Unidos”¹⁵.

Si bien la jurisprudencia y la legislación de Estados Unidos han sido pioneras en la aplicación de la doctrina de los efectos en libre competencia¹⁶, es preciso señalar que luego le sigue la jurisprudencia de la Unión Europea¹⁷, que ha aplicado criterios similares aunque con menor grado de sofisticación según veremos. Básicamente, los aportes de esta última se han concentrado en la legitimación pasiva común de matrices y filiales ubicadas en distintos países, sobre la base de la doctrina de la unidad económica singular, y en un desarrollo de la doctrina de los efectos similar a la de Estados Unidos.

¹¹ Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Segundo Circuito, 12.3.1945, Rol Nº 144.

¹² Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Noveno Circuito, 27.12.1976, Rol Nº^{os}. 74-2142, 74-2354, 74-2812 and 74-2813.

¹³ Corte del Distrito Norte de California, 1982, Rol Nº 1982-2 Trade Cas. (CCH) P64,774.

¹⁴ Corte Suprema de Estados Unidos, 28.6.1993, Rol Nº 91-1111. Véase DAM, 1993, 1994, p. 289; KRAMER, 1995, p. 750; GUPTA, 1996, p. 2287.

¹⁵ *Ibid.*, 796. Ver también *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio*, Corte Suprema de Estados Unidos, 26.3.1986, Rol Nº 83-2004.

¹⁶ ONGMAN, 1977, 733.

¹⁷ TORREMANS, 1996, p. 280.

1. *Requisitos de juzgamiento*

En relación con los requisitos para ejercer competencia, el fallo de *Aluminium* precisó que la Ley Sherman sanciona conductas de colusión realizadas en el extranjero que cumplan un doble requisito: a) tener por objeto afectar las importaciones o exportaciones de Estados Unidos; y b) producir un efecto real y verificable respecto de ellas¹⁸.

Es importante señalar que estos criterios de competencia judicial fueron posteriormente reconocidos por la Ley Sherman. En efecto, la reforma por el perfeccionamiento de la libre competencia en el comercio exterior¹⁹ añadió un acápite §7 a la ley para extender su aplicación a conductas anticompetitivas que involucren intercambio o comercio internacional. La pretensión de juzgamiento de conductas foráneas es evidente en la historia y texto de la normativa.

En primer lugar, conviene considerar el cambio de redacción de la ley durante su tramitación. El propósito original de la normativa era promover el comercio exterior de Estados Unidos eximiendo a sus exportadores de la Ley Sherman, de forma que pudieran realizar prácticas anticompetitivas impunes en la medida que no afectaran el comercio interno. Es por esta razón que el texto primario del precepto se refería al “intercambio y comercio de exportación”. Sin embargo, la palabra exportación fue posteriormente eliminada y reemplazada por una de alcance general “(distinto al de importación)”. Según se explica en la historia de la ley²⁰, esta modificación tenía por objeto eximir también de la Ley Sherman a las conductas foráneas inocuas al comercio de Estados Unidos. Luego, *a contrario sensu*, sí estarían sujetas aquellas perniciosas para el mismo.

Específicamente, la Sección 6a de la ley reconoce expresamente jurisdicción sobre conductas extranjeras, supeditada al cumplimiento de los siguientes requisitos²¹:

- “1) Esa conducta tenga un efecto directo, sustancial y razonablemente previsible
(A) sobre el intercambio o el comercio que no es intercambio o comercio con naciones extranjeras, o sobre el intercambio de importación o comercio de importación con naciones extranjeras; o

¹⁸ Acerca del efecto real en el comercio de Estados Unidos, véase también *Power East v. Transamerica Delaval, Inc.*, Corte de Distrito de Nueva York S.D., 21.1.1983, Rol N° 82 Civ. 4269 (KTD); *United States v. Westinghouse Elec. Corp.*, Corte de Distrito de California N.D., 20.10.1978, Rol C-70-852 SAW.

¹⁹ *The Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, 1982.

²⁰ CONGRESO DE ESTADOS UNIDOS, 1982, p. 2487, 2487-2488, 2494-2495.

²¹ (1) *such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect*

(A) *on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or*

(B) *on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and*

(2) *such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section.*

- (B) sobre el intercambio de exportación o comercio de exportación con naciones extranjeras, de una persona comprometida en ese intercambio o comercio en los Estados Unidos; y
- 2) Tal efecto da lugar a una reclamación conforme a las disposiciones de las secciones 1 a 7 de este título, distintas a las de esta sección”.

Es interesante notar que este test para la sanción de conductas foráneas, que requiere un efecto “sustancial” en el comercio, es más exigente que el relativo a conductas internas, que solo reclama un efecto en el comercio entre estados²². Por esta razón, un demandante podría verse tentado a calificar el conflicto simplemente de “doméstico” para evitar la prueba de dicho efecto. Un ilícito propicio para tal opción sería aquel en que participan empresas de Estados Unidos y extranjeras.

No obstante esta posibilidad, la jurisprudencia ha fijado criterios para identificar efectos no sustanciales. Es el caso de *Montreal Trading*²³, en que se demandó la negativa de filiales canadienses a vender potasa producida en Canadá a otra empresa canadiense con intenciones de revenderla en Corea del Norte. La Corte del Décimo Circuito señaló que “cuando los contactos con Estados Unidos son pocos, los efectos sobre el comercio americano mínimos, y los elementos extranjeros abrumadores, nosotros no aceptamos jurisdicción”.

A mayor abundamiento, la interpretación de los presupuestos de competencia que exige la Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982 (FTAIA)²⁴ estadounidense ha sido fuente de controversias que han permitido a la doctrina de los efectos un avance dogmático relevante. Este se aprecia principalmente respecto de qué se entiende por “conducta foránea” y “efecto directo”.

2. Conducta foránea

En relación con el carácter foráneo de la conducta, el problema se plantea principalmente en ilícitos con participación de agentes locales y extranjeros.

Las prácticas de empresas estadounidenses realizadas en el extranjero con el propósito de afectar el comercio de su país están especialmente sujetas a la Ley Sherman, debido a la conjunción de dos factores de competencia: la doctrina de los efectos y la nacionalidad del demandado. Por esta razón, en casos de cartel o colusión con compañías extranjeras, Estados Unidos y sus tribunales han preferido litigar exclusivamente con la empresa nacional.

Así por ejemplo, en *Timken*²⁵, la Corte Suprema juzgó actos de colusión y conspiración cometidos por una empresa de rodamientos norteamericana con una sociedad

²² Véase *McLain v. Real Estate Bd. of New Orleans*, Corte Suprema de Estados Unidos, 8.1.1980, Rol N° 78-1501.

²³ Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Décimo Circuito, 14.10.1981, Rol N° 79-1999.

²⁴ The Foreign Trade Antitrust Improvement Act.1982.

²⁵ Corte Suprema de Estados Unidos, 4.6.1951, Rol N° 352.

británica y otra francesa en las que tenía participación. Estos tenían por objeto dividir territorios, fijar precios, eliminar competidores y participar en un cartel para restringir las importaciones y exportaciones en Estados Unidos.

Es digno de notar que la compañía fue sancionada con la orden de enajenar todas sus acciones en las empresas extranjeras, debido a que habían sido adquiridas como parte de un plan para promover restricciones comerciales ilegales. Sin embargo, esta medida fue objeto de un voto disidente por algunos jueces de la Corte, por estimarla desproporcionada y ajena al fin para el que fue creada, esto es, la restauración de la competencia a futuro y no el castigo por conductas pasadas.

A su vez, en *Dee-K Enterprises*²⁶, un caso de conspiración de productores asiáticos y compañías norteamericanas para fijar el precio de los elásticos de goma en Estados Unidos, la demandante alegó que la conducta no era “totalmente foránea” porque participaron empresas locales y se concretó en una venta directa del producto al interior del país. En consecuencia, se trataba de un ilícito “doméstico” que no exigía acreditar un efecto “sustancial” en el comercio.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones del Cuarto Distrito precisó que la mera participación de empresas locales en el ilícito no basta para calificar un conflicto de “doméstico”. Es necesario acreditar, además, que la conducta tuvo lugar “primariamente” en tierras americanas. Al respecto, citó como ejemplo el caso *Carpet Group*²⁷, en que una Corte calificó de “local” una conspiración de entidades estadounidenses y extranjeras para proteger a los distribuidores locales de alfombras orientales importadas, en atención a que la mayoría de los conspiradores y varios objetivos de su presión estaban en Estados Unidos, y a que numerosas reuniones tuvieron lugar en suelo americano. En cambio, continuó la Corte, esta preeminencia de factores locales no se dio en el caso *In re Uranium Antitrust Litig*²⁸, en que el tribunal calificó de “foránea” una conspiración de veinte compañías nacionales y nueve extranjeras que se reunieron en seis países para fijar el precio del uranio en el mercado mundial, principalmente porque el mercado objeto de la conducta era global.

Aplicando la misma lógica, la Corte descartó el criterio que califica como “foránea” *per se* cualquier conducta acordada en reuniones en el extranjero. Semejante razonamiento desconocería otros elementos como la nacionalidad de los participantes, la ubicación y ámbito de su mercado, y el lugar de los actos distintos a los acuerdos conspirativos. Su aplicación estricta podría llevar, por ejemplo, a calificar de “extranjera” una conspiración de productores locales que se reunieron fuera del país solo para fijar el precio; o a calificar de “doméstica” una conspiración de empresas en su propio país para fijar precios en un mercado extranjero que no afecta el comercio interno, hipótesis no sujeta a la jurisdicción americana²⁹. Por estas razones, concluyó el fallo, “el universo de factores

²⁶ Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Cuarto Distrito, 30.7.2002, Rol N° 01-1894.

²⁷ Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Tercer Circuito, 8.9.2000, Rol N° 99-5931.

²⁸ Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Séptimo Circuito, 15.2.1980, Rol no citado.

²⁹ De hecho, ésta fue la hipótesis del caso *Kruman v. Christie's International Plc.*, Corte de Distrito de Nueva York S.D., 29.1.2001, Rol N° 00Civ.6322(LAK), sobre servicios de remate, en que la sentencia sostuvo que no existía jurisdicción para conocer de la conducta.

relevantes para nuestro análisis jurisdiccional debe ser mayor que el del lugar específico de los actos conspirativos”.

Finalmente, conforme con estas distinciones, la Corte en *Dee-K Enterprises* calificó la conducta como primariamente “foránea”, sujeta a la exigencia de efecto “sustancial”, porque el objetivo de la conspiración era el mercado global, todas las reuniones se realizaron en el Sudeste Asiático, y participaron en ellas solo dos personas con oficinas en compañías americanas filiales de las asiáticas.

Adicionalmente, la sentencia desestimó que la venta directa del producto a los consumidores determina, por sí solo, el carácter doméstico de la conducta. No solo desconocería otros factores como la nacionalidad de los conspiradores, el lugar de las reuniones y la naturaleza del mercado objetivo. También significaría extender la jurisdicción de Estados Unidos a una variedad de situaciones no relacionadas directamente con el país. Por ejemplo, casos en que el demandante no ha sido comprador ni vendedor en el mercado nacional, o incluso conductas foráneas que no producen daño al comercio pero que la legislación castiga como ilícitos *per se*.

Por ejemplo, en *Zenith*³⁰, una empresa fabricante de aparatos de radio y televisión interpuso una demanda reconventional en contra de la compañía titular de las patentes (HRI) y su matriz en Estados Unidos (Hazeltine Corporation), por conspirar con empresas extranjeras para rechazar todas sus solicitudes de licencia y distribución en el extranjero. La demanda fue interpuesta únicamente en contra de la empresa filial y no la matriz, pues las partes estipularon en el juicio principal que “para los efectos de esta litigación, el demandante y su pariente Hazeltine serán consideradas como una sola y la misma compañía”.

Sin embargo, la Corte Suprema sostuvo que, a pesar de dicha cláusula, la sentencia de fondo no producía efectos respecto de la sociedad matriz que no compareció en el juicio. Dicha estipulación “no era un sustituto adecuado de los métodos normales para obtener jurisdicción sobre una persona o corporación” y fue suscrita por un empleado de la empresa sin poderes de representación. Además, señaló la Corte, el hecho de que la sociedad filial y la matriz fuesen *alter ego* no formó parte de la litis.

En materia de legitimación pasiva, es admisible destacar la sentencia de la Corte Europea de Justicia (CEJ) en el caso *Imperial Chemical*³¹, respecto de colusión de empresas extranjeras productoras de colorante para afectar, *inter alia*, los precios y competencia en el mercado europeo por intermedio de sus filiales. En vez de recurrir a la doctrina de los efectos de la actuación de la matriz extranjera, la Corte consideró dicha conducta como doméstica en razón de que la matriz y la filial conformaban una entidad

³⁰ Corte Suprema de Estados Unidos, 19.5.1969, Rol Nº 49.

³¹ CEJ, 14.7.1972, Rol Caso 48/69.

económica única³². Esta doctrina fue aplicada también en los casos *Europemballage*³³ e *Istituto Chemioterapico*³⁴.

De lo anterior se desprende, entonces, que el carácter “doméstico” o “foráneo” de una conducta en la que participan sujetos nacionales y extranjeros dependerá de la prevalencia del conjunto de factores territoriales o extraterritoriales, entre los que destacan la nacionalidad de los participantes, sus actividades, mercados objetivos y efectos, así como la existencia de empresas relacionadas en el territorio jurisdiccional.

3. *Efecto directo*

Según la legislación de Estados Unidos, una conducta anticompetitiva foránea solo puede ser juzgada en el país si produce, entre otros, un efecto “directo” en el comercio de dicho país. La doctrina³⁵ y la jurisprudencia han procurado dar una interpretación precisa a esta exigencia.

Por ejemplo, la sentencia en el caso *LSL Biotechnologies*³⁶, sobre elaboración de semillas transgénicas, definió efecto “directo” en los mismos términos que la Corte Suprema al aplicar la ley de inmunidad de soberanía extranjera³⁷: “el que se sigue como consecuencia inmediata de la actividad del demandado”³⁸. Por tanto, continuó el fallo, el acuerdo entre un competidor nacional y otro extranjero para restringir una supuesta e incierta capacidad de innovación del segundo gozaría de inmunidad de jurisdicción en Estados Unidos, pues no produciría efectos directos en su comercio.

Así también, se ha señalado que la reducción del flujo de divisas enviadas hacia una sociedad matriz estadounidense por parte de filiales extranjeras afectadas por conductas anticompetitivas no constituye efecto directo para fines jurisdiccionales. En *Intel*³⁹, un fabricante norteamericano de microprocesadores demandó a un competidor local por celebrar acuerdos de distribución exclusiva con proveedores extranjeros que afectaron la venta de sus filiales y, consecuentemente, el envío de fondos hacia la matriz en Estados Unidos. El demandante alegó que esta reducción de ingresos afectaba su capacidad para ofrecer descuentos a los consumidores locales y que, por tanto, se configuraba un efecto adverso directo para el comercio de Estados Unidos. Sin embargo, la Corte del Distrito de Delaware rechazó la demanda por considerar que la cadena de consecuencias de la

³² Es importante precisar que la doctrina europea de la unidad económica de la empresa matriz con sus filiales o coligadas para efectos de ilícitos anticompetitivos, en la medida que se cumplan los requisitos de participación correspondientes, sirve no solo para efectos extraterritoriales sino también domésticos. *Cfr.* SIGNES DE MESA, FERNÁNDEZ, y FUENTES, 2013, p. 79; ODUDU, BAILEY, 2014, pp. 1721-1757.

³³ CEJ, 21.2.1973, Rol Caso C- 6/72.

³⁴ CEJ, 6.3.1974, Rol casos acumulados 6 and 7/73.

³⁵ BECKLER, y KIRTLAND, 2003, p. 11.

³⁶ Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Noveno Circuito, 11.8.2004, Rol N° 02-16472.

³⁷ Foreign Sovereign Immunities Act 1976, modificada en 1997.

³⁸ *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, Corte Suprema de Estados Unidos, 12.6.1992, Rol N° 91-763.

³⁹ Corte de Distrito de Delaware, 26.9.2006, Rol MDL 05-17174JF, CIV.A.05-441-JJF. *Cfr.* PRETE, 2018, pp. 1-9.

conducta extranjera estaba tan colmada de “giros y vueltas” que solo producía efectos indirectos o de “onda expansiva” (*ripple effect*) en el comercio doméstico.

Otro ejemplo de afectación no inmediata o indirecta es aquella producida en mercados conexos a aquel en que incide la conducta acusada. Así, por ejemplo, en el caso *Motorola*⁴⁰, la Corte del Séptimo Circuito declaró que la colusión que afectó al mercado de las pantallas de cristal líquido en el extranjero no produjo un efecto directo en el mercado de los teléfonos móviles en Estados Unidos. Por tanto, no sería de competencia de jueces nacionales.

Sin embargo, jurisprudencia más reciente ha sostenido una noción de efecto directo menos estricta y más cercana a las pretensiones del Departamento de Justicia de Estados Unidos⁴¹. Así, por ejemplo, en el caso *Minn-Chem*⁴², sobre colusión internacional en el mercado de la potasa, la Corte del Séptimo Distrito sostuvo que el requisito de efecto directo se refiere a un nexo causal razonablemente próximo, de modo que solo excluye actividades que sean “demasiado remotas” respecto de sus efectos en el comercio estadounidense. Este criterio deja abierta la posibilidad de sancionar incluso conductas que no se dirigen directamente a afectar el mercado concernido. En efecto, en el caso concreto, la conducta acusada consistía en elevar el precio de la potasa en mercados distintos al estadounidense. Empero, a juicio de la Corte, la conducta acusada produjo igualmente un efecto directo porque Estados Unidos es uno de los principales consumidores mundiales de potasa, de modo que una colusión que logró elevar el precio del insumo en otros países provocó un sobreprecio inmediato en su jurisdicción.

Una interpretación similar siguió la Corte del Segundo Circuito en el caso *Lotes*⁴³. Una empresa estadounidense, fabricante de USB (*Universal Serial Bus*), demandó a una empresa China por haber iniciado litigios de patentes en su contra ante las Cortes de dicho país. Alegó que estos juicios tendrían el efecto de aumentar injustamente el valor de sus productos en Estados Unidos, afectando así la libre competencia. La Corte criticó el criterio consignado en el citado caso *LSL Biotechnologies*, que asimila el efecto directo con “consecuencia inmediata”. En su opinión, dicha interpretación se centra en un factor único de separación temporal y espacial entre conducta y efecto, en circunstancias que una interpretación fidedigna de la ley admite un nexo causal más amplio y razonablemente próximo. Sin embargo, aplicando este criterio, desestimó la acción presentada porque el perjuicio alegado por el demandante precedía a los efectos en suelo estadounidense, siendo que “un efecto nunca precede a una causa”. Además, esta última jurisprudencia

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Séptimo Circuito, 26.11.2014, Rol N° 14-8003. Cfr. FIEBIG, 2015, pp. 2A a 11A.

⁴¹ En Estados Unidos, la persecución de conductas anticompetitivas a nivel federal está a cargo del Departamento de Justicia (DOJ) y de la Comisión Federal de Comercio (FTC). El primero puede ejercer acciones civiles y penales, mientras que a la segunda corresponde ejercer acciones civiles y pronunciarse por operaciones de concentración.

⁴² Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Séptimo Circuito, 27.6.2012, Rol N° 08 C 6910, MDI. N° 1996.

⁴³ Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Segundo Circuito, 4.6.2014, Rol N° 13-2280.

ha sido objeto de críticas por las incertidumbres y riesgos de afectación que causa en jurisdicciones extranjeras⁴⁴.

Por su parte, la Corte de Justicia Europea presenta una evolución similar a la de Estados Unidos, pues pasa de exigir afectación directa del mercado concernido a permitir sanciones por afectación de mercados conexos al de la conducta anticompetitiva.

Un primer antecedente del primer período es el caso *Béguélin*⁴⁵, sobre acuerdo de distribución exclusiva impuesto por un proveedor extranjero a una empresa europea, en que la Corte sancionó la conducta sin siquiera mencionar los hechos del caso, “dado que el acuerdo produce sus efectos en el territorio del mercado común”.

Otro ejemplo es la sentencia en el caso *Absltröm*⁴⁶, sobre colusión de productores de pasta de madera domiciliados fuera de la Comunidad que restringió la competencia dentro de ella. La Corte justificó el juzgamiento de ilícitos acordados en el extranjero para ser ejecutados en suelo europeo señalando que si se exigiera la territorialidad del acuerdo “ello nos conduciría claramente a facilitar a las empresas un medio fácil para sustraerse a dichas prohibiciones. Lo que es determinante, por tanto, es el lugar en el que el acuerdo colusorio se ejecuta”.

Es significativo mencionar también el caso *Gencor*⁴⁷, sobre concentración de dos empresas productoras mundiales de platino en Sudáfrica que vendían parte de su producción en el mercado europeo. La CEJ estableció que la Comisión solo podría controlar operaciones de concentración extranjeras que produzcan un efecto “inmediato, sustancial y previsible” en el mercado europeo. Aclaró que el efecto inmediato no consiste necesariamente en un atentado a la libre competencia, sino que basta con generar las condiciones para que este sea posible y económicamente racional. Por su parte, el carácter sustancial del efecto es definido en términos de duración y volumen relevante de ventas. Además, señaló que la operación debe estar directamente orientada a la Comunidad.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia más reciente de la CEJ ha evolucionado desde la doctrina de la “implementación” del acuerdo hacia la de los “efectos calificados”, en virtud de ello, es posible justificar, además, sanciones a conductas anticompetitivas extraterritoriales en la venta de insumos también en el extranjero, pero destinados a la elaboración de productos que serán vendidos en Europa. De esta forma, establece un precedente relevante de sanción por afectar mercados europeos conexos a aquel extranjero en que incide la conducta colusiva.

Un primer antecedente es el caso *Innolux*⁴⁸, en que dos empresas asiáticas integradas verticalmente se coludieron para fijar el precio de las pantallas de cristal líquido

⁴⁴ Cfr. *Harvard Law Review*, 2014, pp. 759 a 766.

⁴⁵ CEJ, 25.11.1971, Rol Caso 22/71.

⁴⁶ *Absltröm Osakeyhtiö*, CEJ, 27.9.1988, casos acumulados Rol N° 89/85. Cfr. BALLARINO, T., “L’art. 6 del Regolamento Roma II e Il Diritto antitrust comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico”, *RDI*, 2008, pp. 65-78.

⁴⁷ CEJ, 25.3.1999, Rol asunto T-102/96.

⁴⁸ CEJ, 9.7.2015, Rol Caso C-231/14 P.

con matriz activa (LCD), insumo que era vendido a fabricantes de monitores en Europa y en otras partes del mundo que también vendían en Europa. En el caso de estos últimos, la conducta colusiva incidía primero en un mercado extranjero de insumos, para luego producir efectos en Europa solo mediante la venta de monitores. Por esta razón, Innolux alegó que la conducta no era sancionable porque incidió directamente en un mercado fuera del territorio europeo. Sin embargo, la Corte confirmó la competencia para sancionar atendido que la colusión determinó un alza del precio del producto final que afectó directamente el mercado del viejo continente. A su juicio, el acuerdo fue “implementado” igualmente en Europa porque tenía el objeto y efecto de restringir la competencia en su mercado interno.

Una doctrina similar adoptó la Corte en el caso *LG Electronics*⁴⁹, sobre colusión en el mercado de los tubos de rayos catódicos, el acuerdo celebrado en el extranjero versaba por insumos vendidos fuera de Europa para la fabricación de monitores y televisores destinados a dicho continente. La empresa sancionada alegó que esta afectación indirecta del mercado europeo impedía el ejercicio de poderes sancionatorios, pues no se cumplía el requisito de “inmediatez” de la lesión. Sin embargo, la Corte validó la sanción porque consideró que la colusión sobre el insumo afectó igualmente la libre competencia respecto del producto final en Europa. Correspondía, por tanto, sancionarla pese a que el mercado afectado en Europa estaba separado de aquel en que se produjo la infracción.

Otro ejemplo es el caso *Intel*⁵⁰, uno de sus últimos pronunciamientos respecto de la materia. La empresa fue sancionada por haber pagado *rebates* de exclusividad a dos fabricantes de computadores establecidos en Asia para que atrasaran o cancelaran la oferta de productos que utilizaran microprocesadores de sus competidores. Su primera alegación consistió en la incompetencia de la Comisión porque la conducta había sido ejecutada en otro continente. Sin embargo, la Corte sostuvo que la Comisión era competente para sancionar atendido que la conducta foránea formaba parte de una “estrategia de conjunto destinada a cerrar el acceso de AMD a los canales de venta más importantes del mercado”, y que bastaba la probabilidad de aquello para cumplir con el requisito de previsibilidad de afectación a la libre competencia en Europa.

De esta forma, como se aprecia, la jurisprudencia de Estados Unidos y de la Unión Europea ha evolucionado hacia una interpretación de “efecto directo” que admite un nexo causal mediato entre la conducta anticompetitiva y el territorio afectado, en aquellos casos en que esta incide inmediatamente en un mercado conexo extranjero.

⁴⁹ CEJ, 9.9.2015, Rol T-91/13.

⁵⁰ CEJ, 6.9.2017, Rol C-413/14 P.

III. EL JUZGAMIENTO LIMITADO POR DEFERENCIA A LA JURISDICCIÓN EXTRANJERA O *COMITY*

La sanción de conductas extranjeras que atentan en contra de la competencia en suelo nacional se ha visto moderada en algunos casos por una doctrina intermedia que procura conciliar los intereses estatales involucrados con los principios consuetudinarios del derecho internacional público. Esta exige como título justificativo de la jurisdicción nacional la producción de efectos de magnitud suficiente en relación con los causados en otras jurisdicciones⁵¹.

En Estados Unidos, esta posición está representada por el citado fallo de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en *Timberlane*. Preciso que la doctrina de los efectos sustantivos sería insuficiente para confirmar la jurisdicción norteamericana, porque no considera en plenitud los intereses de otras naciones y la real vinculación de los actores del mercado con Estados Unidos, por ejemplo, en materia de nacionalidad. Es por esta razón que la sentencia incorporó una pregunta adicional al test de los efectos: ¿Son los vínculos e intereses de Estados Unidos en el caso, incluyendo el grado de afectación de su comercio exterior, lo suficientemente significativos —en relación con los de otros países— como para justificar el ejercicio de jurisdicción extraterritorial?

Esta pregunta se refiere, principalmente, al deber de cortesía, buena fe, deferencia o *comity* de los tribunales de un Estado hacia la jurisdicción territorial y las sentencias de los tribunales de otro Estado.

Los fundamentos de este deber en asuntos de libre competencia fueron mencionados en la sentencia del caso *Empagran*⁵². En primer lugar, se basa en la necesidad de respetar los intereses soberanos legítimos de otras naciones, con el fin de armonizar leyes potencialmente conflictivas en un mundo comercial altamente interdependiente. En segundo lugar, el lenguaje y la historia de la reforma que incorporó el comercio exterior en la Ley Sherman sugieren que solo tuvo por finalidad clarificar, tal vez limitar, pero no expandir de modo significativo el ámbito de aplicación de dicha ley.

1. *Conflicto de leyes y de jurisdicción*

En cuanto a la aplicación misma del criterio de *comity*, la Corte sostuvo en *Timberlane* que la ponderación de los factores obedece a una “regla de razón jurisdiccional” propia del conflicto de leyes en el derecho internacional. Esta valoración considera elementos como

“el grado de conflicto con el derecho o política extranjeros, la nacionalidad o vínculo jurídico de las partes y el domicilio o principal asentamiento de los negocios y empresas, la posibilidad real de que la exigencia judicial sea obedecida, la importancia relativa de los efectos en Estados Unidos en comparación a otros países, hasta qué

⁵¹ *Cfr.* BURNETT, 2004, p. 555; CASEY, 2005, p. 585.

⁵² Corte Suprema de Estados Unidos, 14.6.2004, Rol N° 03-724.

punto existe el propósito explícito de dañar o afectar el comercio de Estados Unidos, la previsibilidad de tal efecto, y la importancia relativa de la infracción en Estados Unidos en comparación con la misma conducta en el exterior”.

Otro elemento a considerar en el análisis de *comity* es el posible conflicto de leyes entre dos países con competencias concurrentes. La Corte Suprema de Estados Unidos tuvo oportunidad de precisar este concepto en el caso *Hartford*, citado anteriormente. Las compañías reaseguradoras inglesas reconocieron la competencia del tribunal americano, pero defendieron la preeminencia de la jurisdicción británica en virtud del principio de *comity* internacional. En particular, mencionaron un grave conflicto entre la Ley Sherman y el derecho británico de libre competencia, porque este no sancionaba la conducta denunciada.

Sin embargo, la Corte Suprema de Estados Unidos declaró el conflicto inexistente, ya que dicha conducta no era exigida por ninguna de las leyes. A su juicio, el verdadero conflicto —que podría determinar una declinatoria de competencia— se produce cuando la conducta es castigada por un Estado y exigida —no simplemente permitida— por otro, de modo que el respeto por ambos derechos se hace imposible. En cambio, si la conducta no es obligatoria en ninguno de los ordenamientos, el cumplimiento de ambos es siempre posible, razón por la que no existiría conflicto alguno.

Un criterio similar adoptó la CEJ en el citado caso *Abström* ante el argumento de los productores estadounidenses de que la colusión les era permitida por su Ley Webb-Pomenero. La sentencia sostuvo que dicha ley “se limita a exceptuar de la aplicación de las leyes en materia de prácticas colusorias americanas la celebración de acuerdos colusorios sobre exportación, sin imponer la obligación de celebrar tales acuerdos”.

Ahora bien, en relación con la prueba del derecho extranjero, la jurisprudencia se ha mostrado deferente, obviamente, a lo que puedan declarar en el juicio los estados a los que pertenecen las empresas acusadas⁵³.

Una variante de esta última jurisprudencia dice relación con lo que se entiende por “conflicto de jurisdicción” con otros estados. Así, por ejemplo, el citado caso *Hartford* sostiene una interpretación minimalista, en virtud de ello, solo hay conflicto cuando la conducta considerada anticompetitiva en un Estado es forzada por otro Estado. La sentencia del caso *Empagran*, en cambio, define el conflicto en términos de mera coexistencia de poderes sancionadores respecto de conductas extranjeras.

La interpretación maximalista orientó, por ejemplo, el fallo de la Corte en el citado caso *Daishowa*. La importadora japonesa de chips de madera, demandada en Estados Unidos, opuso la excepción de incompetencia del tribunal por existir un conflicto de leyes extranjeras, y porque el deber de *comity* exigía garantizar a los importadores japoneses la misma inmunidad de jurisdicción de que gozan los exportadores norteamericanos

⁵³ *In re Vitamin C Antitrust Litigation*, Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Segundo Distrito, 20.9.2016, Rol Nº 13-4791-cv. Una doctrina similar se aplicó en el citado caso *Abström*.

bajo la Ley Webb-Pomenere⁵⁴. Sin embargo, la Corte desestimó un posible conflicto de normas y aclaró que la citada ley no eximía a importadores nacionales de fijaciones de precios “injustas u opresivas” o de conductas “inmorales para la filosofía americana de libre competencia”⁵⁵, razón por la que la reciprocidad no era aplicable. Además, fundó su competencia en la falta de interés de Japón para sancionar el ilícito, la falta de medidas de protección en el derecho japonés, la gravedad de las conductas imputadas y el daño que podrían causar.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene señalar que en algunos casos los tribunales extranjeros han invocado el deber de *comity* para dejar sin efecto la jurisdicción norteamericana. En *Imperial Chemical*⁵⁶, una empresa británica fue condenada en Estados Unidos a enajenar algunas patentes. Sin embargo, la compañía había celebrado un contrato de licencia exclusiva de sus patentes en Inglaterra con una empresa ajena al juicio. Por esta razón, una Corte de Apelaciones inglesa prohibió la enajenación y ordenó el cumplimiento del contrato en resguardo del derecho inglés⁵⁷.

Así también, en *Laker Airways*⁵⁸, una aerolínea británica demandó a competidoras nacionales y europeas ante un tribunal de Estados Unidos por precios predatorios en vuelos internacionales que la condujeron a la quiebra. Las acusadas alegaron que el litigio debía ser conocido por tribunales ingleses en atención a la nacionalidad del demandante o principio de la “nacionalidad primordial” (*paramount nationality*). Además, invocaron la inaplicabilidad del derecho de libre competencia norteamericano a empresas británicas en razón del tratado bilateral de Bermuda II⁵⁹. Por esta razón, solicitaron a la justicia del Reino Unido ordenar a Laker desistirse de su demanda. Esta solicitud fue acogida definitivamente una vez que el Secretario de Estado para el Comercio y la Industria del Reino Unido, en ejercicio de los poderes conferidos por la ley de protección de intereses comerciales⁶⁰, prohibió a las personas con negocios en el Reino Unido cumplir las resoluciones de libre competencia de tribunales estadounidenses relativas a aerolíneas británicas⁶¹.

⁵⁴ Ley Webb-Pomenere, 1918, que exime de las sanciones de la Ley Sherman a la asociación formada con el solo propósito de realizar exportaciones, en la medida que dicha actividad no afecte la competencia o comercio interior de Estados Unidos.

⁵⁵ La sentencia citó al respecto los casos *United States v. United States Alkali Export Ass'n*, Corte de Distrito de Nueva York S.D., 12.8.1949, Rol Civ. N° 24-464; y *United States v. Minnesota Mining and Manufacturing*, Corte de Distrito de Massachusetts, 13.9.1950, Rol Civ. A. N° 8119.

⁵⁶ Corte de Distrito de Nueva York S.D., 16.5.1952, Rol desconocido.

⁵⁷ *British Nylon Spinners Ltd v. Imperial Chemical Industries Ltd*, Corte de Apelaciones de Inglaterra, 15.10.1952, Rol N° 3747.

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Distrito del Circuito de Columbia, 6.3.1984, Rol N° s 83-1280, 83-1281.

⁵⁹ *Consolidated Air services Agreement between the government of the United States of America and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, 1977.

⁶⁰ *Protection of Trading Interests Act 1980*, 1980 (Chapter 11).

⁶¹ Secretario de Estado para el Comercio y la Industria, 23.6.1983. *Cfr.* CANNON, 1985, pp. 63-87.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones del distrito de Columbia confirmó la competencia del tribunal de acuerdo con la doctrina de los efectos. Señaló que, aunque fueran invisibles, las consecuencias radiantes de los actos extranjeros causan una lesión económica no menos tangible que el daño de “balas asesinas” disparadas desde el otro lado de la frontera o las llamadas telefónicas de ladrones que roban recursos financieros desde el exterior.

En lo que respecta al test de *comity*, la Corte fundó la preeminencia de la jurisdicción americana por sobre la británica en cinco razones. Primero, el alza de precios en los pasajes afectaría especialmente a los consumidores de Estados Unidos. Además, los acreedores afectados por la quiebra del demandante eran principalmente norteamericanos. Ellos tienen derecho a confiar en la habilidad del país para proteger sus créditos. En tercer lugar, las aerolíneas demandadas desarrollaban importantes operaciones en Estados Unidos sujetas a la legislación y tribunales del país anfitrión. Cuarto, el foro inglés no ofrecía la solución de indemnización de perjuicios triplicada (*treble damages*) solicitada por el demandante. Finalmente, la regla de la “nacionalidad primordial” no había sido reconocida por el derecho internacional, desconocía absolutamente los intereses territoriales y era imposible de administrar en la práctica. A modo de ejemplo, existen al menos cinco tipos de criterios para determinar la nacionalidad de una persona jurídica, así como la nacionalidad de sus accionistas, el estado en que fue incorporada, u otros vínculos corporativos con un foro en particular.

Por último, parte de la doctrina ha sugerido abordar los problemas de cortesía mediante acuerdos bilaterales⁶² o multilaterales⁶³, aunque con escasos resultados y críticas variadas⁶⁴. En el caso concreto de Estados Unidos y la Unión Europea, el primer Acuerdo de Cooperación es de 1991. Sin embargo, este fue impugnado por Francia y dejado sin efecto por la CEJ, que estimó que la Comisión Europea carecía de competencia para celebrarlo⁶⁵. Posteriormente, fue rectificado por una decisión conjunta del Consejo Europeo y la Comisión en 1995⁶⁶.

Este acuerdo establece deberes de *comity* positivo (art. V) y negativo (art. VI). El primero consiste en pedirle a la parte extranjera donde se estarían realizando conductas anticompetitivas que afectan intereses de la contraparte que inicie las actividades de sanción correspondiente. El segundo exige a ambas partes que el ejercicio de sus poderes de policía considere los intereses de su contraparte con el fin de evitar conflictos. Para tal efecto, deberán considerar factores como la importancia de las conductas en el territorio, el orden jurídico y la afectación de los consumidores. Posteriormente, el deber de *comity*

⁶² Cfr. CHANG, 1993, p. 295.

⁶³ BASEDOW, 1999-2000, p. 1037; BATZ, 2007, p. 65.

⁶⁴ Cfr. SHANK, 1996, p. 155; y MEHRA, 1999, p. 191.

⁶⁵ *France v. Commission*, CEJ, 9.8.1994, Rol Caso C-327/91.

⁶⁶ Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia, 1995.

positivo fue precisado en un acuerdo de 1998 que permite a cada parte aplicar sanciones que sean acordes con el derecho de libre competencia de su contraparte (art. III)⁶⁷.

2. *Participación de Estados extranjeros en el ilícito*

Adicionalmente, la Corte Suprema de Estados Unidos ha fijado precedentes acerca de acciones empresariales realizadas con la colaboración de un Estado foráneo para producir efectos anticompetitivos en su territorio. En la totalidad de los casos, las sentencias han confirmado la competencia para juzgar la responsabilidad de la empresa en los hechos, pero han declinado conocer siquiera de la participación del Estado foráneo en los mismos.

En *Sisal*⁶⁸, por ejemplo, el mercado del sisal en México era imperfecto porque la legislación establecía un comprador estatal único de los proveedores y un agente exclusivo de exportación: la empresa demandada. La Corte fue clara en señalar que su competencia se extendía únicamente a la responsabilidad de la empresa en los hechos y no a la del Estado, aunque este hubiese colaborado o facilitado la conducta por medio de sus normas o actos. Un criterio similar fue aplicado en *Continental*⁶⁹, en que una empresa estadounidense fue acusada de conspirar para restringir y monopolizar el mercado del vanadio producido en Estados Unidos, *inter alia*, mediante actos de su sociedad filial en Canadá que actuaba como agente exclusivo del gobierno de dicho país. La Corte sostuvo que los tribunales estadounidenses eran competentes para juzgar únicamente la conducta de la sociedad.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte ha reconocido la posibilidad de no sancionar a empresas involucradas en prácticas anticompetitivas en el extranjero cuando su conducta haya sido impuesta por el Estado soberano foráneo. Así, por ejemplo, la negativa a vender petróleo crudo venezolano a una empresa no fue considerada un acto ilegal de restricción de comercio porque se fundaba en un boicot impuesto por el gobierno venezolano⁷⁰.

El citado fallo en *Timberlane* es también relevante porque desarrolla el marco conceptual de la incompetencia de los tribunales norteamericanos para juzgar actos estatales extranjeros que afecten la libre competencia. Se funda para ello en la doctrina del “acto de Estado” aplicada en *Banco Nacional de Cuba*⁷¹. En este caso, la Corte Suprema concluyó que la doctrina no se basa en la soberanía del país extranjero, ni en el derecho internacional o la Constitución de Estados Unidos, así como lo sugería una jurisprudencia

⁶⁷ Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el gobierno de Estados Unidos de América acerca de la observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia, 1998. Esta sería, además, la solución de los tratados internacionales suscritos por Chile con Estados Unidos y la Unión Europea, particularmente en relación con el alcance de las potestades persecutorias de la Fiscalía Nacional Económica. Disponibles en <https://www.fne.gob.cl/internacional/acuerdos-de-cooperacion/>

⁶⁸ Corte Suprema de Estados Unidos, 16.5.1927, Rol N° 200.

⁶⁹ Corte Suprema de Estados Unidos, 25.6.1962, Rol N° 304.

⁷⁰ Corte de Distrito de Delaware, 7.1.1970, Rol N° Civ. A. N° 2808.

⁷¹ Corte Suprema de Estados Unidos, 23.3.1964, Rol N° 16.

anterior⁷². Más bien, deriva del principio de no intervención judicial en la conducción de las relaciones exteriores por parte de los poderes políticos.

Sin embargo, la Corte en *Timberlane* reconoció que la doctrina del “acto de Estado” no rige de modo absoluto o inflexible. La intensidad de su aplicación dependerá de la importancia del asunto para las relaciones internacionales de Estados Unidos. Así, por ejemplo, no sería aplicable frente a meras expresiones de funcionarios estatales extranjeros no contenidas en actos jurídicos legislativos o administrativos. Tampoco se extendería, por regla general, a las sentencias judiciales dictadas en litigios entre privados sin injerencia formal del gobierno. En el caso concreto, la Corte precisó que el hostigamiento judicial no fue promovido por el gobierno de Honduras sino por sujetos particulares, razón por la que las sentencias no obedecían a actos de soberanía sujetos a la doctrina del “acto de Estado”.

Otro acto público no sujeto a la doctrina del “acto de Estado” es el otorgamiento de una patente comercial. En *Mannington*⁷³, una empresa norteamericana fue acusada de obtener patentes extranjeras de modo fraudulento, afectando de este modo a sus competidoras de igual nacionalidad. La demandada alegó que el otorgamiento de patentes por órganos extranjeros es un acto de Estado exento de control. Sin embargo, la Corte del Tercer Circuito declaró que “el otorgamiento de patentes para instalar pisos flotantes no es el tipo de decisión soberana que podría ser de especial preocupación para el poder ejecutivo en la conducción de sus asuntos internacionales”. Por esta razón, el tribunal ejerció igualmente competencia respecto de las conductas anticompetitivas de la empresa.

IV. JUZGAMIENTO LIMITADO POR EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* EN RELACIÓN CON LA JURISDICCIÓN EXTRANJERA

Finalmente, surge la interrogante de si un agente económico que ha sido juzgado en otros países puede ser condenado por los mismos hechos en Estados Unidos o Europa; en otras palabras, si es posible o no aplicar la doctrina del *non bis in idem* para limitar la imposición de sanciones en estos casos, en el supuesto de identidad de infracción y de sujeto infractor. La pregunta no se refiere, por tanto, al doble juzgamiento a nivel federal y estadual en Estados Unidos, ni al doble juzgamiento a nivel comunitario y de miembros de la Comunidad en Europa.

Una primera aproximación doctrinal es el principio de “soberanía dual” (*dual sovereignty*), de origen estadounidense y propio de jurisdicciones federales, en virtud de ello, el criterio de *non bis in idem* no se aplica a ilícitos que afectan soberanías independientes, pues no concurre el presupuesto de identidad de soberanía necesario para aplicarlo.

⁷² *Underhill v. Hernández*, Corte Suprema de Estados Unidos, 29.11.1897, Rol N° 36.

⁷³ Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Tercer Circuito, 3.4.1979, Rol N° 78-1845.

Además, siendo el ilícito un atentado a la soberanía de cada Estado, no corresponde que uno asuma la protección de la soberanía del otro⁷⁴.

La jurisprudencia de la CEJ confirma la improcedencia del *non bis in idem* en casos de libre competencia, aunque sustentada en la falta de identidad del bien jurídico protegido. Específicamente, la diferencia de territorios y mercados no permite configurar la identidad de intereses necesaria para aplicar la garantía de la doble incriminación⁷⁵. Sin perjuicio de lo anterior, la CEJ ha señalado que, en virtud del principio de proporcionalidad, “si bien no cabe excluir que la Comisión tenga en cuenta multas anteriormente impuestas por las autoridades de Estados terceros, no está, sin embargo, obligada a hacerlo”⁷⁶.

De esta forma, la jurisprudencia de Estados Unidos y de Europa confirma que, hasta ahora, el principio *non bis in idem* no puede ser invocado para evitar la aplicación de sanciones por el mismo hecho en varias jurisdicciones, aunque sí tal vez para reducir su monto.

V. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto, es posible deducir las siguientes conclusiones del texto:

1. En materia de juzgamiento y sanción de conductas anticompetitivas extraterritoriales en Estados Unidos y la Unión Europea, es posible advertir el ejercicio de una competencia basada en la territorialidad de su implementación o efectos, aunque sometido en algunos casos a elementos moderadores de *comity* o deferencia hacia jurisdicciones extranjeras.
2. El carácter “doméstico” o “foráneo” de una conducta en la que participan sujetos nacionales y extranjeros dependerá de la prevalencia del conjunto de factores, entre los que destacan la nacionalidad de los participantes, sus actividades, mercados objetivos y efectos, así como la existencia de empresas filiales.
3. Los efectos territoriales que debe producir la conducta para lesionar la competencia doméstica deben ser directos, sustanciales y razonablemente previsibles. El carácter “directo” del efecto admite también la afectación directa de dicho mercado debido a su relación con un mercado conexo extraterritorial en el que incidió la conducta.
4. La jurisprudencia de Estados Unidos ha declarado que, en caso de conductas anticompetitivas realizadas con la colaboración de un estado foráneo, solo procede juzgar la responsabilidad de la empresa.

⁷⁴ Cfr. *Heath v. Alabama*, Corte Suprema de Estados Unidos, 3.12.1985, Rol N° 84-5555; y *United States v. Lanza*, Corte Suprema de Estados Unidos, 11.12.1922, Rol N° 39.

⁷⁵ *Tokai Carbon con Comisión*, CEJ, Rol 29.6.2006, C-301/04 p.

⁷⁶ *Showa Denko KK con Comisión*, CEJ, 29.6.2006, Rol Caso C-289/04 P; *Schunk GmbH con Comisión*, CEJ, 8.10.2008, Rol T-69/04. Para un análisis sistemático de la jurisprudencia europea, véase CALVO y CANEDO, 2006, pp. 11 a 39.

5. Finalmente, la jurisprudencia de Estados Unidos y de Europa confirma que, hasta ahora, el principio *non bis in idem* no puede ser invocado para evitar la aplicación de sanciones por el mismo hecho en terceros países, aunque sí tal vez para reducir su monto.

BIBLIOGRAFÍA

- BASEDOW, Jurgen, 1999-2000: "International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization", *Louisiana Law Review*, Vol. 60.
- BATZ, Marie T., 2007, "Comparative Analysis of United States and European Union Jurisdiction in Extraterritorial Antitrust Law & the Need for International Standards", *Duquesne Business Law Journal*, Vol. 9.
- BECKLER, R., y KIRTLAND, M., 2003: "Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law: What Is a 'Direct, Substantial, and Reasonably Foreseeable Effect' Under the Foreign Trade Antitrust Improvements Act?", *Texas International Law Journal*, Vol. 38.
- BLYTHE, M.A., 1983: "The extraterritorial impact of the anti-trust laws: protecting British trading interests", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 31.
- BURNETT, Susan, 2004: "E.U.S. Judicial Imperialism Post *Empagran v. F. Hoffmann-Laroche* - Conflicts of Jurisdiction and International Comity in Extraterritorial Antitrust", *Emory International Law Review*, Vol. 18, Issue 2.
- CALVO C., Alfonso y CANEDO, María P., 2006: "*Non bis in idem* en Derecho antitrust", *Estudios de Deusto*, Segunda época, Vol. 54.
- CANNON, Robert, 1985: "Laker Airways and the courts: a new method of blocking the extraterritorial application of U.S. antitrust laws", *Journal of Comparative Business and Capital Market Law*, 7.
- CASEY, Stephanie A., "Balancing Deterrence, Comity Considerations, and Judicial Efficiency: The Use of the D.C. Circuit's Proximate Cause Standard for Determining Subject Matter Jurisdiction over Extraterritorial Antitrust Cases", *American University Law Review*, Vol. 55, Issue 2.
- CHANG, S.W., 1993: "Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws to Other Pacific Countries: Proposed Bilateral Agreements for Resolving International Conflict within the Pacific Community", *Hastings International Comparative Law Review*, Vol. 16.
- DAM, Kenneth, 1994: "Extraterritoriality in an age of Globalization: The Hartford Fire Case", *Supreme Court Review*, Vol. 1993.
- FERNANDES, Siddharth, 2005: "*F. Hoffman-Laroche, Ltd. v. Empagran* and the Extraterritorial Limits of United States Antitrust Jurisdiction: Where Comity and Deterrence Collide", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 20, Issue 2.
- FIEBIG, Andre, 2015: "Import Commerce and the Foreign Trade Antitrust Improvements Act", *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 35, N° 2 1A.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, 2017: *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento de Bruselas I Bis*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GILSANZ USUNAGA, Javier, 2010: *El proceso civil estadounidense. La tutela judicial cautelar*, Pamplona: Aranzadi.
- GUPTA, V., 1996: "After Hartford Fire: Antitrust and Comity", *Georgetown Law Journal*, Vol. 84, 1996.

- HARVARD LAW REVIEW, 2014: "Lotes Co. v. Hon Hai Precision Industry Co.", *Harvard Law Review*, N° 128.
- MEHRA, Salil, 1999: "Extraterritorial Antitrust Enforcement and the Myth of International Consensus", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 10.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, 2018: *Reporte Annual Comercio Exterior de Chile*, Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, Departamento de Estudios.
- ODUDU, O., BAILEY, D., 2014, "The single economic entity doctrine in EU Competition law", *Common Market Law Review*, Vol. 51 (6).
- ONGMAN, John, 1977: "Be no longer chaos: constructing a normative theory of the Sherman Act's extraterritorial jurisdictional scope", *Northwestern University Law Review*, Vol. 71, N° 6.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, 2016: *La brecha procesal civil entre EE.UU. y Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PRETE, Luca, 2018: "On implementation and Effects: The Recent cCase-law on the Territorial (or Extraterritorial?) Application of EU Competition Rules", *Journal of European Competition Law & Practice*.
- SAMIE, Najeeb, 1981, "Extraterritorial Enforcement of U.S. Antitrust Laws: the British Reaction", *Maryland Journal of International Law*, Vol. 7, Issue 1.
- SHANK, Robert, 1996: "The Justice Department's Recent Antitrust Enforcement Policy: Toward a 'Positive Comity' Solution to International Competition Problems?", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 29.
- TORREMANS, P., 1996: "Extraterritorial Application of E.C. and U.S. Competition Law", *European Law Review*, Vol. 21.
- SIGNES DE MESA, J.I., FERNÁNDEZ, I., y FUENTES, 2013: M., *Derecho de la Competencia*, Madrid, Thomson Reuters.
- TRENOR, J.A., 1995: "Jurisdiction and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws after Hartford Fire", *University of Chicago Law Review*, Vol. 62.
- UNITED STATES CONGRESS, 1982: *House of Representatives Report No 97-686*, 9-10, como fue impresa en 1982 U.S.C.C.A.N. 2487, 2487-2488, 2494-2495.

Normas jurídicas citadas

- ACUERDO entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia, publicado en 1995, Diario Oficial de la Comunidad Europea, L 94/95, corregido por L 131/38.
- ACUERDO entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América sobre la observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia, publicado en 1998, Diario Oficial de la Comunidad Europea, L 173/26.
- CONSOLIDATED *Air services Agreement between the government of the United States of America and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, 23 de julio de 1977, 28 U.S.T. 5376, T.I.A.S. N° 8641.
- THE *Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982*, A bill to amend the Sherman Act, the Clayton Act, and the Federal Trade Commission Act to exclude from the application of such acts certain conduct involving exports, publicada el 8 de marzo de 1982, 96 Stat. 1246, 15 U.S. C. § 6^a.
- THE *Sherman Antitrust Law*, To protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies, publicada el 2 de julio de 1890, 26 Stat. 209 (1887-1891) Chapter 647, 51 Congress, Session 1.

THE Webb-Pomenere Act, An act to promote export trade, and for other purposes, publicada el 10 de abril de 1918, 15 U.S.C. §§ 61-68.

THE Protection of Trading Interests Act 1980, An Act to provide protection from requirements, prohibitions and judgments imposed or given under the laws of countries outside the United Kingdom and affecting the trading or other interests of persons in the United Kingdom, publicada el 20 de marzo de 1980.

U.S. Antitrust Measures, Order of The Secretary of State for Trade and Industry Protection of Trading Interests, publicada el 23 de junio de 1983.

Jurisprudencia citada

CÁMARA DE LOS LORES DEL REINO UNIDO. Sentencia de 1 de diciembre de 1977, Rol Nº 235 (Nº 1 y Nº 2).

CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS PARA EL CUARTO DISTRITO. Sentencia de 30 de julio de 2002, Rol Nº 01-1894.

CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS PARA EL DÉCIMO CIRCUITO. Sentencia de 14 de octubre de 1981, Rol Nº 79-1999.

CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS PARA EL DISTRITO DEL CIRCUITO DE COLUMBIA, Sentencia de 6 de marzo de 1984, Rol Nº s 83-1280, 83-1281.

CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS PARA EL NOVENO CIRCUITO. Sentencia de 11 de agosto de 2004, Rol Nº 02-16472.

CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS PARA EL NOVENO CIRCUITO. Sentencia de 27 de diciembre de 1976, Rol Nºs. 74-2142, 74-2354, 74-2812 y 74-2813549.

CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS PARA EL SEGUNDO CIRCUITO. Sentencia de 12 de marzo de 1945, Rol Nº 144.

CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS PARA EL SEGUNDO CIRCUITO. Sentencia de 4 de junio de 2014, Rol Nº 13-2280.

CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS PARA EL SEGUNDO DISTRITO. Sentencia de 20 de septiembre de 2016, Rol Nº 13-4791-cv.

CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS PARA EL SÉPTIMO CIRCUITO. Sentencia de 15 de febrero de 1980, Rol no citado.

CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS PARA EL SÉPTIMO CIRCUITO. Sentencia de 26 de noviembre de 2014, Rol Nº 14-8003.

CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS PARA EL SÉPTIMO CIRCUITO. Sentencia de 27 de junio de 2012, Nº 08 C 6910, Rol MDI. Nº 1996.

CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS PARA EL TERCER CIRCUITO. Sentencia de 3 de abril de 1979, Rol Nº 78-1845.

CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS PARA EL TERCER CIRCUITO. Sentencia de 8 de septiembre de 2000, Rol Nº 99-5931.

CORTE DE APELACIONES DE INGLATERRA. Sentencia de 15 de octubre de 1952, Rol Nº 3747.

CORTE DE DISTRITO DE CALIFORNIA N.D. Sentencia de 20 de octubre de 1978, Rol C-70-852 SAW.

CORTE DE DISTRITO DE DELAWARE. Sentencia de 7 de enero de 1970, Rol Nº Civ. A. Nº 2808.

CORTE DE DISTRITO DE DELAWARE. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Rol MDL 05-17174JF, CIV.A.05-441-JJF.

CORTE DE DISTRITO DE MASSACHUSETTS. Sentencia de 13 de septiembre de 1950, Rol Civ. A. Nº 8119.

CORTE DE DISTRITO DE NUEVA YORK S.D. Sentencia de 12 de agosto de 1949, Rol Civ. Nº 24-464.

CORTE DE DISTRITO DE NUEVA YORK S.D. Sentencia de 16 de mayo de 1952, Rol desconocido.

- CORTE DE DISTRITO DE NUEVA YORK S.D. Sentencia de 21 de enero de 1983, Rol N° 82 Civ. 4269 (KTD). Corte de Distrito de Nueva York S.D., Sentencia de 29 de enero 2001, Rol N° 00Civ.6322 (LAK).
- CORTE DEL DISTRITO NORTE DE CALIFORNIA, 1982. Sentencia de fecha no citada, Rol N° 1982-2 Trade Cas. (CCH) P64, 774.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. Sentencia de 14 de julio de 1972, Rol Caso 48/69.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. Sentencia de 21 de febrero de 1973, Rol Caso C- 6/72.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. Sentencia de 25 de marzo de 1999, Rol Caso T-102/96.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. Sentencia de 25 de noviembre de 1971, Rol Caso 22/71.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. Sentencia de 27 de septiembre de 1988, Rol casos acumulados 89/85.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA Sentencia de 29 de junio de 2006, Rol C-301/04 p.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. Sentencia de 29 de junio de 2006, Rol Caso C-289/04 P.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. Sentencia de 6 de marzo de 1974, Rol Casos acumulados 6 and 7/73.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. Sentencia de 6 de septiembre de 2017, Rol C-413/14 P.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. Sentencia de 8 de octubre de 2008, Rol T-69/04.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. Sentencia de 9 de agosto de 1994, Rol Caso C-327/91.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. Sentencia de 9 de julio de 2015, Rol C-231/14 P.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. Sentencia de 9 de septiembre de 2015, Rol T-91/13.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. Sentencia de 7 de septiembre de 1927, Rol A - N° 10.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Sentencia de 11 de diciembre de 1922, Rol N° 39.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Sentencia de 12 de junio de 1992, Rol N° 91-763.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Sentencia de 14 de junio de 2004, Rol N° 03-724.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Sentencia de 14 de junio de 2004, Rol N° 03-724.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Sentencia de 16 de mayo de 1927, Rol N° 200.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Sentencia de 19 de mayo de 1969, Rol N° 49.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Sentencia de 23 de marzo de 1964, Rol N° 16.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Sentencia de 24 de mayo de 1976, Rol N° 73-1288425.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Sentencia de 25 de junio de 1962, Rol N° 304.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Sentencia de 26 de abril de 1909, Rol N° 686.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Sentencia de 26 de marzo de 1986, Rol N° 83-2004.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS Sentencia de 28 de junio de 1993, Rol N° 91-1111.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Sentencia de 29 de noviembre de 1897, Rol N° 36.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Sentencia de 3 de diciembre de 1985, Rol N° 84-5555.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Sentencia de 4 de junio de 1951, Rol N° 352, 341.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Sentencia de 8 de enero de 1980, Rol N° 78-1501.

Función y deformación del recurso de unificación de jurisprudencia

Rodrigo Correa González*

RESUMEN

El recurso de unificación de jurisprudencia en materia laboral tiene por objeto contribuir a satisfacer el interés público en una jurisprudencia uniforme. La sentencia de unificación que dicta la Corte Suprema elimina la dispersión jurisprudencial que justifica la interposición del recurso. Eso no significa que tengan efecto vinculante, sino solo que no es posible recurrir de unificación cuando una materia ya ha sido unificada. La Corte Suprema ni siquiera le reconoce este efecto. Para que el recurso recupere su funcionalidad, es necesario dictar una ley interpretativa.

Jurisprudencia – precedentes – Corte Suprema

The deformation of the writ for the unification of case law

ABSTRACT

The writ for the unification of case law in labor cases aims at satisfying the public interest in the regularity of case law. Its resolution by the Supreme Court removes the dispersion that justifies the filing of the writ. This does not mean that it has precedential force (stare decisis), but that it bars raising the same issue once again to the Court. The Court does not even recognize this limited effect of its own decisions. A statutory solution is needed in order to restore the functionality of the writ.

Case law – precedents – Supreme Court

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Yale, Estados Unidos. Profesor de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Correo electrónico: rodrigo.correa@uai.cl

Artículo recibido el 10.9.2019 y aceptado para su publicación el 9.4.2020.

Mediante el recurso de unificación de jurisprudencia en materia laboral se somete a conocimiento de la Corte Suprema (en adelante, indistintamente “la Corte” o “la Suprema”) una materia de derecho que ha sido objeto de distintas interpretaciones sostenidas en fallos de los tribunales superiores de justicia. El recurso tiene por objeto la unificación de la jurisprudencia¹.

Las características y alcances del recurso de unificación no se encuentran completamente determinados por el texto de la ley². En la doctrina y la práctica se plantea la pregunta acerca del efecto de la sentencia de unificación. La primera se ha preguntado si tiene algún tipo de efecto vinculante³. La Corte, por su parte, al conocer de la admisibilidad de recursos de unificación, ha debido examinar si sus propias sentencias de unificación hacen desaparecer la dispersión jurisprudencial que antes existió. Originalmente la Corte no les reconoció tal efecto. A mediados de 2015 modificó su práctica y comenzó a reconocerlo, declarando inadmisibles los recursos fundados en dispersiones que habían sido removidas por sentencias de unificación. Esta práctica duró dos años, pues a mediados de 2017 la Corte volvió a desconocer el efecto unificador de sus sentencias. De esta oscilación doy cuenta en la primera parte del trabajo.

En la segunda parte presentaré la tesis central: que la sentencia de unificación no es vinculante para causas distintas de aquella en que se pronuncia, pero que elimina la dispersión jurisprudencial hasta entonces existente. El efecto práctico de este efecto es que por no configurarse la causal que justifica su interposición, resultan inadmisibles los recursos contra sentencias consistentes con la última unificación de la Corte y que no se funden en una sentencia posterior a esta unificación que sostenga una doctrina contraria a ella.

Contra esta tesis puede argumentarse que ella perjudica el derecho del litigante vencido a que la Corte Suprema revise lo resuelto. Esta tesis podría buscar asidero en cierta doctrina y jurisprudencia que afirma la existencia de un derecho constitucional al recurso. La tercera parte del trabajo refuta esta posibilidad.

Finalmente, en la conclusión se presentan algunas consideraciones *de lege ferenda* con el propósito de devolver al recurso efectos consistentes con la función que está llamado a servir.

¹ DELGADO CASTRO, 2011, p. 484; DÍAZ GARCÍA, 2015a.

² El presente trabajo no tiene por objeto ofrecer un panorama del recurso de unificación de jurisprudencia, que se puede encontrar en HUMERES NOGUER y HALPERN MONTECINO, 2015. Además, puede consultarse DELGADO CASTRO, 2011; DELGADO CASTRO, 2015; HALPERN MONTECINO y HUMERES NOGUER, 2010; HALPERN MONTECINO, 2013, HALIM MUÑOZ, 2010; ROMÁN DÍAZ, 2008 y SALDÍAS CÁRCAMO, 2013.

³ DÍAZ GARCÍA, 2015a.

I. LA PRÁCTICA DE LA CORTE

Durante dos años, entre el 25 de agosto de 2015 y septiembre del 2017, la Corte entendió que no hay “distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia” cuando la sentencia recurrida se conforma con la doctrina anteriormente unificada por la Corte y las sentencias que el recurso invoca como contradictorias son anteriores a la citada unificación⁴. En consecuencia, los recursos contra sentencias consistentes con la última unificación de la Corte, en la medida en que para configurar las “distintas interpretaciones” invocaban sentencias anteriores a dicha unificación, eran desestimados o declarados derechamente inadmisibles. Desde septiembre del 2017, la Corte ha vuelto a traer en relación los recursos que se fundan en una dispersión jurisprudencial que ya ha sido conocida y unificada, aun cuando no se invoque siquiera una sentencia de corte pronunciada después de la unificación y que la contradiga⁵.

La causa Ávila con Municipalidad de Puerto Montt grafica lo anterior. En ella se sometía a unificación la siguiente materia: si la bonificación proporcional que establece el artículo primero de la Ley N° 19.933 alcanza a los docentes del sector municipal. El 20 de noviembre de 2017 la Corte había unificado en el sentido de que no los alcanzaba, doctrina que reiteró el 14 de diciembre del mismo año⁶. Veintiún días después, el 4 de enero de 2018, se dio cuenta en sala de la admisibilidad del recurso en Ávila con Municipalidad de Puerto Montt. Este impugnaba lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt el 21 de septiembre de 2017, que estaba en consonancia con la jurisprudencia unificada. Para justificar la existencia de dispersión jurisprudencial, el recurso

⁴ El 25 de agosto la Corte pronunció sentencias en tres causas de tabla rechazando sendos recursos de unificación, con un argumento puramente formal: la materia sometida a unificación ya se encontraba unificada por sentencia de la Corte (Corte Suprema, 25.8.2015, roles 29727-2014, 30196-2014 y 30197-2014). A partir de esa fecha, la Corte declaró inadmisibles los recursos que sometían a su conocimiento materias ya unificadas que no habían sido objeto de posteriores sentencias de cortes que se apartaran de la jurisprudencia unificada. A modo ejemplar, *vid.* declaraciones de inadmisibilidad de 21.6.2017 (rol 27910-2017), 25.7.2017 (rol 31969-2017), 3.8.2017 (rol 14633-2017), 8.8.2017 (rol 34.524-2017), 16.08.2017 (roles 34234-2017 y 34681-14), 21.8.2017 (rol 35195-2017) y 29.8.2017 (rol 30194-2017).

⁵ Los recursos de unificación en causas roles 25.003-2017 y 34.626-2017 aparecen con notas de acuerdo el 29 de junio y 7 de agosto de 2017, respectivamente. Aunque no es posible afirmarlo categóricamente, es probable que el acuerdo haya consistido en declarar su inadmisibilidad por encontrarse unificada la materia. En efecto, el examen de admisibilidad puede dar lugar a una decisión de inadmisibilidad o a una decisión de traer los autos en relación. Esta última decisión se adopta en sala, sin previa nota de acuerdo. La nota de acuerdo indica que la decisión es de inadmisibilidad, al menos parcial. Por otra parte, ambos recursos recurrían contra sentencias consistentes con la doctrina unificada por la Corte, sin invocar una dispersión subsecuente. Por ello, bajo la doctrina imperante desde el 25 de agosto de 2015, cabía estimar ambos recursos inadmisibles por encontrarse unificada la materia que sometían a unificación. No obstante, por resoluciones de 23 de noviembre y 12 de septiembre de 2017 se ordenó traer ambos recursos en relación. En consecuencia, es posible situar a mediados de septiembre de 2017 el giro en la jurisprudencia de admisibilidad de la Corte.

⁶ Corte Suprema, 20.11.2017, rol 8090-2017 y 14.12.2017, rol 10422-2017. La primera de las citadas sentencias importó un giro en la jurisprudencia. Véanse también Corte Suprema, 29.12.2015, roles 5024-2015, 5511-2015, 3270-2015 y 4924-2015.

invocó diversos fallos, el último de los estos había sido pronunciado por la misma Corte de Apelaciones de Puerto Montt el 14 de junio de 2017. Conforme con la práctica de la Corte entre agosto de 2015 y septiembre de 2017, este recurso habría sido declarado inadmisibles, pues la materia había sido unificada por última vez el 14 de diciembre de 2017, y no se había acreditado que con posterioridad a esa fecha se hubiera vuelto a dispersar⁷. La Corte, sin embargo, trajo los autos en relación. La causa se vio y se acordó el 24 de mayo, casi cinco meses después de haberse ordenado traerla en relación. Y fue fallada el 16 de agosto, más de siete meses después de dicha orden⁸. El recurso fue desestimado. Estos siete meses de dilación, los costos en honorarios para las partes, los dieciocho minutos de alegatos de las partes⁹, más el tiempo para la relación de la causa y redacción de la sentencia, se habrían evitado con la declaración en cuenta de la inadmisibilidad del recurso, que defenderé como correcta en la siguiente sección.

La actual práctica de la Corte del recurso significa lo siguiente: cualquier sentencia que una Corte pronuncie en una materia que ha sido alguna vez objeto de unificación, sea cual sea la interpretación que sostenga, puede ser impugnada por el recurso. Así, cualquier sentencia de Corte que resuelva la cuestión del alcance del bono proporcional de la Ley Nº 19.933, puede ser impugnada mediante el recurso de unificación. Y lo mismo vale para toda otra materia que alguna vez haya sido conocida por la Corte en unificación de jurisprudencia. La razón es sencilla: si la Corte unificó la materia, es porque había dispersión. Y si la unificación no la hace desaparecer, esa vieja dispersión servirá de fundamento para impugnar cualquier sentencia que se dicte en el futuro respecto de la misma materia. El resultado es del todo irracional y reñido con la finalidad del recurso. De ser un recurso diseñado para que la Corte Suprema intervenga solo cuando hay dispersión jurisprudencial en un punto de derecho relevante en juicios laborales, pasa a ser un recurso con una selectividad arbitraria.

Las razones que llevaron a la Corte a modificar en septiembre de 2017 su práctica son desconocidas. Simplemente comenzó a traer en relación causas que antes habría declarado inadmisibles. Junto con ello, dejó de declarar recursos inadmisibles en razón de encontrarse actualmente unificada la materia de derecho sometida a unificación¹⁰.

⁷ La Corte también había unificado la materia con posterioridad a la cuenta del recurso el 4 de enero de 2018 y dos días antes de la vista de la causa (Corte Suprema, 22.5.2018, rol 37867-2017). En esta situación (unificación posterior al decreto de autos en relación, pero anterior a la vista de la causa) parece recomendable que, terminada la relación del asunto, el presidente de la sala haga ver a los abogados que la materia ha sido recientemente unificada en un sentido coincidente con la sentencia que viene impugnada, invitando a los abogados a alegar en torno a la pregunta de si todavía existe una dispersión jurisprudencial que demande unificación por la Corte. Y salvo que se demuestre que la dispersión permanece, sea porque con posterioridad a la unificación se ha vuelto a dictar sentencia inconsistente con la doctrina unificada, o porque la materia del recurso no es exactamente la misma que fue unificada, la Corte debiera rechazar el recurso en razón de no haber interpretaciones distintas sostenidas por los tribunales superiores de justicia.

⁸ Corte Suprema, 16.8.2018, rol 42009-2017.

⁹ Según consta de la certificación estampada por la señora relatora.

¹⁰ La última resolución declarando inadmisibles un recurso de unificación por haber dejado de existir dispersión jurisprudencial fue pronunciada el 29 de agosto (acuerdo de 5 de julio) de 2017 en causa rol 30194-2017.

Es probable que este giro se haya debido a la presión de los litigantes, frustrados por la dificultad de acceder a la Corte Suprema. Es asimismo probable que esta presión se haya apoyado en la supuesta infracción de un supuesto derecho al recurso. Acerca de este punto se vuelve en la tercera sección.

II. EL EFECTO DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

Una jurisprudencia uniforme contribuye al estado de derecho mediante su proyección hacia el futuro: el modo en que el derecho ha sido aplicado constituye una señal acerca de cómo será aplicado. Así, la jurisprudencia pasa a integrar el universo de directivas a disposición de las personas que buscan ajustar su actuar al derecho.

Esta proyección a futuro suele estar detrás de propuestas que buscan atribuir formalmente a los precedentes carácter vinculante¹¹. Estas son de *lege ferenda* cuando se propone su introducción formal, por medio de una ley¹². Son de *lege lata* cuando se afirma que ciertas sentencias ya son, siquiera en algún sentido, vinculantes. Este es el caso de Díaz, quien precisamente ha sostenido que las sentencias de unificación de la Corte Suprema constituyen precedentes que deben ser seguidos¹³. En lo que sigue sostendré que esta tesis es incorrecta.

Díaz defiende una tesis débil, según esto, de no seguirse el precedente, la decisión “es legal, pero puede ser criticada en sus fundamentos y ser objeto de revocación mediante recurso”¹⁴. Esta tesis está asociada a lo que a veces se denomina vinculación *de facto*, utilizada para referirse a aquellos sistemas europeo continentales que, a pesar de

¹¹ “[S]e debe introducir de manera decidida el seguimiento del precedente en el ordenamiento jurídico chileno... esta es la única manera de uniformar la jurisprudencia, pues mediante dicho seguimiento se evita la dispersión jurisprudencial”. DÍAZ GARCÍA, 2015b, p. 414.

¹² Así, por ejemplo, *ibid.*

¹³ DÍAZ GARCÍA, 2015a.

¹⁴ *Ibid.*, citando a PECZENIK, 1997, p. 463. Además de lo citado en el texto principal, Díaz también define su tesis así: “el precedente opera como una regla de decisión que debe ser seguida, de modo que se debe respetar a menos que existan buenas razones para apartarse de él” (*ibid.*). Al utilizar dos criterios distintos introduce ambigüedad en la definición de la tesis que defiende.

Peczenik clasifica las posibilidades de un sistema jurídico frente a los precedentes conforme a tres criterios. En primer lugar, atiende a las consecuencias que tiene no seguir un precedente. De aquí resulta que los precedentes pueden ser: formalmente vinculantes (cuando apartarse del precedente constituye un error que debe ser corregido), no formalmente vinculantes, pero con fuerza (cuando apartarse del precedente acarrea crítica y la posibilidad de revocación), no formalmente vinculantes y desprovistos de fuerza, pero dotados de valor justificativo (cuando apartarse del precedente solo significa que la decisión queda más débilmente justificada que si se lo hubiera seguido) y meramente ilustrativos. Luego, Peczenik clasifica las dos primeras categorías conforme a un segundo y tercer criterios: si se admite o no que un precedente sea generalmente revocado (segundo criterio) o no seguido en casos particulares (tercer criterio) bajo ciertas condiciones. Peczenik no utiliza la expresión *prima facie*, pero ella parece adecuada para referirse a los precedentes formalmente vinculantes o con fuerza, siempre que se admita que puedan ser revocados o no seguidos cuando se dan ciertas condiciones. Esto corresponde con un precedente que debe ser seguido, “a menos que

no reconocer a la jurisprudencia carácter de fuente formal, atribuyen algún grado de fuerza normativa a los precedentes¹⁵.

Díaz ofrece dos argumentos para sostener la tesis del efecto vinculante débil. Los denominaré lógico y pseudorrealista. El argumento lógico parte de la premisa de que la finalidad del recurso es la unificación de jurisprudencia. Díaz afirma que “quien sostiene que la unificación de la jurisprudencia es el objetivo del recurso de unificación de jurisprudencia... de manera lógicamente necesaria está sosteniendo que se deben seguir los precedentes fijados al resolver este recurso”¹⁶. Para ser esto cierto, se requiere sin embargo otra premisa: que la obligación de seguir los precedentes sea la única manera en que un recurso puede contribuir a la uniformidad jurisprudencial. Esta premisa no se encuentra justificada.

Es perfectamente concebible un sistema con jurisprudencia uniforme sin obligación alguna de seguir los precedentes. Bastaría para ello que el tribunal supremo tuviera una integración estable, que sus integrantes mantuvieran criterio constante y que tuviera competencia en aquellos asuntos en que hay dispersión jurisprudencial. Aun sin precedentes vinculantes, la uniformidad estaría asegurada mediante la posibilidad de recurrir al supremo. Por eso se ha afirmado, correctamente, que el recurso de casación en el fondo también tiene la uniformidad jurisprudencial como uno de sus objetos principales¹⁷.

La integración de la Corte es, sin embargo, extremadamente inestable¹⁸. Se ha sostenido que también lo son las opiniones de sus ministros¹⁹. Resulta entonces plausible afirmar que *cæteris paribus*, un recurso que le da competencia para conocer de la dispersión jurisprudencial no resulta idóneo para producir uniformidad. Pero un sistema que reconoce una estricta vinculación de los tribunales a los precedentes tampoco produciría uniformidad a menos que el tribunal supremo fuera constante en su jurisprudencia. En otras palabras, no es posible producir uniformidad jurisprudencial allí donde el propio tribunal supremo genera dispersión, con total independencia de la obligatoriedad de los precedentes. Aunque resulte paradójico, en ese caso dicha uniformidad puede lograrse mejor limitando la competencia de dicha Corte. Acerca de esto volveremos más adelante.

existan buenas razones para apartarse de él” (Díaz, cit.), pero esto no es lo mismo que un precedente que de no ser seguido da lugar a que la decisión sea criticada y posiblemente revocada.

La tesis de la vinculación o fuerza *prima facie* asume que los precedentes son vinculantes o tienen algún grado de fuerza normativa. Por eso Díaz debe necesariamente asumir que la sentencia de unificación es vinculante (tesis fuerte) o está al menos dotada de cierta fuerza normativa (tesis débil). Por otra parte, aunque se refiera a vinculación *prima facie*, en su texto Díaz ostensiblemente se refiere a la clasificación que hace Peczenik conforme al primer criterio. Por todo ello, asumiré que García defiende al menos la tesis débil.

¹⁵ PECZENIK, 1997 y PECZENIK, 2000.

¹⁶ DÍAZ GARCÍA, 2015a, p. 438 y n. 47.

¹⁷ Ver, por todos, CALAMANDREI, 1961, pp. 91ss (referido al derecho italiano, en lo pertinente análogo al chileno). Entre nosotros, véase VALENZUELA VILLALOBOS, 2015, p. 463s.

¹⁸ Esta inestabilidad se debe a la modalidad de integración de las distintas salas. Según PARDOW LORENZO y CARBONELL BELLOLIO, 2018, solo la tercera sala de la Corte tuvo, entre 2009 y 2013, cincuenta integraciones diferentes.

¹⁹ VERGARA BLANCO, 2019, estudio que aún espera una revisión crítica.

El problema podría enfrentarse sometiendo a la Corte a la obligación de seguir sus propios precedentes²⁰. Pero esto introduciría entre nosotros una institución inusual incluso en los sistemas que tradicionalmente han reconocido el carácter formalmente vinculante de los precedentes. Como sea, el hecho de que someter a la propia Corte a la obligación de seguir su jurisprudencia pudiera contribuir a la uniformidad jurisprudencial, no es suficiente para sostener que el legislador, al crear el recurso de unificación, impuso dicha obligación.

Díaz ofrece también un argumento que he denominado pseudorrealista. Afirma que la jurisprudencia de unificación ha tenido un efecto unificador, que atribuye a que la Corte ha seguido su propia jurisprudencia cuando ha conocido de una misma materia de derecho. Esto lo ha justificado adecuadamente²¹. De ello colige que se encuentra “racionalmente justificado, que el objetivo del recurso de unificación de jurisprudencia laboral ha sido introducir el seguimiento del precedente en el ámbito procesal laboral chileno”. Aquí hay un *non sequitur*. Si la Corte mantiene una jurisprudencia estable respecto de un asunto cualquiera, sea cual sea el recurso por el que haya conocido de él, sin duda unificará la jurisprudencia. Pero esto no significa que el objetivo del recurso haya sido introducir el seguimiento del precedente en el ámbito respectivo. Lo único que significa es que la Corte, por razones que merecen ser investigadas, ha mantenido una jurisprudencia razonablemente consistente²².

Para formular un genuino argumento realista sería necesario que la Corte mantuviera una jurisprudencia uniforme con independencia de las opiniones que sus integrantes tuvieran de su mérito. Solo entonces sería posible predecir que en el futuro los jueces seguirían los precedentes. Díaz no ha hecho tal²³. Y lo cierto es que un estudio de la

²⁰ Al presentar su tesis, Díaz nada dice sobre este punto. Sin embargo, durante el desarrollo de su trabajo, afirma que el comportamiento de la Corte Suprema “permite confirmar... que la finalidad del medio de impugnación en referencia es uniformar la jurisprudencia, lo que se logra mediante el seguimiento de su propio precedente”. DÍAZ GARCÍA, 2015a, p. 436.

²¹ DÍAZ GARCÍA, *et al.*, 2014.

²² Esta uniformidad se ha debido a una relativa estabilidad en la integración de la Cuarta Sala, que conoce del recurso de unificación de jurisprudencia. Es por eso que cambios en su integración se han traducido en cambios en la jurisprudencia. Ya advertía el propio DÍAZ GARCÍA, 2015b el giro jurisprudencial que se producía el 2014 y que coincidió con un cambio importante en la integración de la sala.

²³ En nota al pie, Díaz afirma que “que la Corte Suprema ha entendido y aplicado el recurso en cuestión bajo la lógica de seguimiento del precedente en el período referido”. DÍAZ GARCÍA, 2015a, n. 45. En el mismo sentido, DÍAZ GARCÍA, *et al.*, 2014. Como evidencia, Díaz señala, primero, la uniformidad que de facto se produjo desde que se creó el recurso hasta abril de 2013 (fecha en que se dicta la última sentencia de la muestra analizada) y, segundo, la transcripción literal de la misma *ratio decidendi* en los fallos de unificación sobre una misma materia. Lo primero, como se dice en el texto principal, solo demuestra consistencia, la que puede deberse a múltiples factores no analizados, particularmente la estabilidad en la integración de la sala. Lo segundo más bien demuestra lo contrario de lo que se pretende. En un sistema que reconoce valor a los precedentes, el precedente no se transcribe, sino que se cita. La transcripción más bien demuestra que la Corte estima insuficiente la sola referencia al precedente para justificar su decisión, de manera que reitera la fundamentación. Esto es consistente con una larga tradición que desconoce el valor de los precedentes. Así, puede leerse en el decreto-lei de 1 de marzo de 1837, aclaratorio del de 2 de febrero del mismo año que introdujo la obligación de fundar las sentencias, que “En defecto de la lei [sic] escrita, debe juzgarse como ha

jurisprudencia permite más bien constatar lo siguiente: (1) las Cortes de Apelaciones no se consideran vinculadas por las sentencias de unificación dictadas por la Corte Suprema²⁴; (2) dichas Cortes no estiman que la cita de un “precedente” de la Corte Suprema sea por sí sola suficiente para fallar un recurso de nulidad²⁵; (3) la Corte Suprema no considera que las Cortes de Apelaciones incurran en error por el solo hecho de desconocer la jurisprudencia unificada²⁶, ni (4) ve en sus “precedentes” fuerza alguna que limite su libertad para cambiar su jurisprudencia²⁷.

Al fracasar los dos principales argumentos que ofrece Díaz para justificar su tesis débil de vinculación, es difícil resistir la interpretación estándar del artículo 438-C del Código del Trabajo: “El fallo que se pronuncie sobre el recurso solo tendrá efecto respecto de la causa respectiva”. Esta interpretación sostiene que la disposición transcrita expresamente excluye todo efecto de precedente vinculante a las sentencias de unificación²⁸.

Se debe sin embargo conceder a Díaz lo siguiente: resultaría anómalo que se hubiera creado un recurso con la precisa finalidad de unificar jurisprudencia y que su única contribución consistiera en otorgar competencia a un tribunal que no se ha caracterizado por su estabilidad doctrinaria. ¿En qué se diferenciaría de otros recursos que otorgan competencia a dicha Corte? ¿Podría la sentencia de unificación tener algún efecto unificador blando distinto de su fuerza como precedente para casos futuros?

sido costumbre juzgar en iguales casos; mas sin citar... las sentencias de otros Tribunales, sino los principios generales de derecho o razones que motivaron antes a aquellos tribunales a fallar del modo que lo hicieron...”.

²⁴ Ni siquiera se sienten obligadas a dar cuenta de la existencia de jurisprudencia de unificación. *Vid.*, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 12.7.2017, rol 345-2017. Esta sentencia acogió un recurso de nulidad con fundamento en una doctrina contraria a la reiterada jurisprudencia de unificación de la Corte Suprema (1.4.15, rol 11584-2014, 6.8.2015, rol 23647-2014, 28.4.2016, rol 7091-2015, entre otras). Ella fue unánime y no contiene referencia alguna a la jurisprudencia de unificación.

²⁵ Cuando les sirven de apoyo, las Cortes ciertamente citan sentencias de nulidad de la Suprema. Pero esta cita es siempre un argumento adicional, no uno que por sí solo se estime suficiente para fundamentar el fallo. Por otra parte las citas suelen ser transcripción literal de considerandos, sin intentar extraer la *ratio decidendi* de la sentencia. *Vid.*, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Temuco, 25.5.2017, rol 270-2016, considerando cuarto.

²⁶ *Vid.*, por ejemplo, Corte Suprema, 15.5.18, rol 36770-2017, donde acoge el recurso contra la sentencia de la Corte de Valparaíso citada en n. 17 *supra*, sin formular reproche alguno por haber esta ignorado la clara línea jurisprudencial de la primera. Esta sentencia es ilustrativa de la práctica ordinaria.

²⁷ En ocasiones, cuando un ministro conscientemente cambia el criterio hasta entonces sostenido, deja constancia de ello en la sentencia. En otras palabras, los ministros sienten un imperativo a la consistencia personal. La fuerza de los precedentes se vincula en cambio a la consistencia institucional. Si la Corte cambia su jurisprudencia, no se siente obligada a hacerse cargo argumentativamente de la fuerza que tendría el hecho de haber sostenido la línea jurisprudencial que abandona. *Vid.*, por ejemplo, Corte Suprema, 20.11.2017, rol 8090-2017, que introdujo un giro importante en la jurisprudencia de la Corte. Esta sentencia es ilustrativa de la práctica ordinaria.

²⁸ Díaz sostiene que “solo” está referido a la regla que sigue: “y en ningún caso afectará a las situaciones jurídicas fijadas en las sentencias que le sirven de antecedente”. Ya desde el punto de vista exegético esta interpretación es discutible, pues transforma la primera cláusula en redundante. Resulta más conforme al principio de interpretación útil entender que el “solo” excluye efecto a futuro (precedente), mientras que la segunda cláusula excluye efecto retroactivo. Fuera de la cuestión exegética, la debilidad de la tesis de Díaz radica en la crítica desarrollada en el texto principal.

Lo peculiar de la sentencia que resuelve el recurso de unificación de jurisprudencia se comprende cuando se advierte la indisoluble relación que existe entre la condición principal de admisibilidad del recurso y la sentencia que lo resuelve. Aquella consiste en la existencia de “distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia” respecto de una determinada materia de derecho. El efecto unificador blando consiste en eliminar dicha condición: desde que ella se dicta, ya no existen distintas interpretaciones acerca de la materia respectiva. ¿En qué sentido este efecto es algo más que aquel que cabe esperar de cualquier sentencia de la Corte Suprema y algo menos que un efecto vinculante?

Lo último es evidente. La circunstancia de que en un momento dado no exista ya dispersión jurisprudencial en torno a un punto no significa que los tribunales estén obligados a seguir la doctrina unificada. El recurso de unificación de jurisprudencia no garantiza que la dispersión no resurja en el futuro. En esto, el efecto estabilizador del recurso, al igual que ocurre con cualquier sentencia de la Corte Suprema, depende de la fuerza persuasiva de la sentencia de unificación.

Sin embargo, al eliminar la sentencia de unificación la dispersión jurisprudencial en torno a un punto de derecho se da un efecto procesal clarísimo, consistente en la imposibilidad de deducir un recurso de unificación fundado en la dispersión jurisprudencial eliminada²⁹. De deducirse, el recurso debiera ser declarado inadmisibile.

Es cierto que la declaración de inadmisibilidad del recurso de unificación de jurisprudencia requiere unanimidad. Por unanimidad también puede la Corte declarar la manifiesta falta de fundamento de un recurso de casación en el fondo. Pero hay una gran diferencia entre ambas instituciones. Quien concurre a rechazar por manifiesta falta de fundamento un recurso de casación correctamente formulado, solo puede hacerlo por estimar que la sentencia recurrida aplica correctamente el derecho. Esta es la pregunta que cada ministro debe hacerse: “¿Estimo que la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el derecho y en consecuencia concuro con mi voto a rechazar el recurso por manifiesta falta de fundamento?”. Distinta es la pregunta que debe hacerse cada ministro en el examen de admisibilidad del recurso de unificación: “¿Hay dispersión jurisprudencial?”. Esta pregunta no involucra en modo alguno consideraciones en torno a si la jurisprudencia es o no acertada ni, en consecuencia, a la opinión personal que tenga cada ministro referente al fondo³⁰. Es por eso posible responderla así: “La Corte unificó la dispersión existente. Discrepé de esa unificación, pero mi opinión no prevaleció y disentí. Si la jurisprudencia se vuelve a dispersar, insistiré en mi opinión e intentaré persuadir a la mayoría. Pero la sentencia aquí recurrida es consistente con la doctrina actualmente unificada. No habiendo por ahora dispersión jurisprudencial, no me queda más que concurrir con mi voto a declarar la inadmisibilidad del recurso”.

²⁹ Este efecto no es advertido por FÁBREGA VEGA, 2010, quien por eso concluye que podría “llevarse al absurdo de contemplar la posibilidad de ‘unificar’ criterios ya ‘unificados’” (p. 531).

³⁰ Precisamente por esta razón, DELGADO CASTRO, 2015, manifiesta una preferencia por el recurso de casación por sobre el de unificación. De la misma opinión parece ser HALPERN MONTECINO, 2013, p. 12.

Este efecto tiene indudables virtudes. En primer lugar, modera la oscilación jurisprudencial que resulta de la inevitable discrepancia al interior de la propia Corte. No es posible esperar consistencia en la jurisprudencia aun si cada ministro mantuviera su opinión en el tiempo, pues los ministros llamados a resolver una misma materia suelen variar, sea por su inevitable retiro y reemplazo, sean titulares, suplentes o abogados integrantes, como por cambios en la integración de sus salas. Una parte de lo anterior resulta deseable en cualquier sistema jurídico. La jurisprudencia debe evolucionar y esta evolución se facilita con la renovación de la Corte que es consecuencia del (hasta ahora) inevitable envejecimiento y muerte de los seres humanos. Es por eso que el comité judicial de la Cámara de los Lores británica anunció en 1966 que dejaría de estar rigurosamente vinculada por sus propios precedentes³¹.

El problema no es entonces la evolución de la jurisprudencia, sino su oscilación. En el caso de la Corte Suprema, esta se debe principalmente a la inestabilidad en la integración de sus salas. La uniformidad es particularmente vulnerable cuando la jurisprudencia se sostiene por una mayoría de tres ministros, pues la ausencia puntual de cualquiera de ellos (que ocurre rutinariamente) puede significar un giro. Este giro, que no es consecuencia de un cambio estable en la composición de la Corte sino solo de un accidente en la integración de la sala, puede durar tanto como dure dicho accidente³².

La unificación reduce significativamente el riesgo de oscilación, porque permite a la Corte declarar inadmisibles los recursos de unificación fundados en una dispersión que ha sido eliminada por una sentencia unificadora, aun cuando esta haya sido acordada por una mayoría de tres ministros. Mientras una Corte de Apelaciones no vuelva a desafiar la doctrina unificada, la Corte Suprema no volverá a conocer de la materia, quedando así la unificación inmune a los recurrentes accidentes en la integración de sus salas.

Este efecto tiene la virtud adicional de contribuir a una utilización más racional del tiempo de la Corte. Una sala suele ver entre dos y cuatro causas de tabla por audiencia. El tiempo de la Corte es un valiosísimo (y carísimo) bien público. La admisibilidad debiera contribuir a que las causas que ocupan esos limitadísimos espacios de tiempo justifiquen la atención de la Corte. No se justifica dicha atención cuando el asunto

³¹ Reino Unido, Lord Chancellor (Lord Gardiner), Practice Statement (1966), [1966] 3 All ER 77. La Cámara de los Lores había adoptado la práctica de sentirse vinculada por sus propios precedentes recién en 1861. Véanse DWORKIN, 1962 y BLOM-COOPER, 2011. Por regla general, los tribunales superiores de justicia no se encuentran vinculados por sus propios precedentes. Véase TARUFFO, 1997, p. 439.

³² Ejemplo de ello es lo ocurrido en la Cuarta Sala en relación con la pregunta de si está sujeta a contrato de trabajo la relación entre una persona contratada a honorarios por la Administración cuando no se cumplen los requisitos que establecen los artículos 11 de la Ley Nº 18.834 o cuarto de la Ley Nº 18.883 (administración municipal). A mediados de 2015 la Corte Suprema había unificado varias veces la jurisprudencia en sentido afirmativo. El día 30 de junio de 2015, integrada la sala con solo dos de sus ministros regulares (Blanco y Chevesich), vio un recurso sobre esta materia. En sentencia de unificación de 5 de agosto de 2015, la Corte unificó en sentido contrario a la jurisprudencia de la sala (ministro Aránguiz y abogados integrantes Correa y Prado), con el voto en contra de sus únicos ministros regulares (Corte Suprema, 5.8.2015, rol 24904-2014). Al día siguiente, la Corte retomó su línea jurisprudencial (Corte Suprema, 6.8.2015, rol 23647-2014, ministros Chevesich, Muñoz, Cerda y abogado integrante Lagos, con voto en contra del abogado integrante Prado). Cf. VERGARA BLANCO, 2016.

viene fallado de un modo consistente con la unificación de la Corte y ninguna Corte de Apelaciones ha desafiado esta unificación.

III. SOBRE EL DERECHO AL RECURSO

La tesis aquí defendida importa desconocer al litigante vencido un derecho subjetivo a que la Suprema revise la sentencia que lo agravia. Esto es consistente con la explícita declaración legal de que el recurso puede interponerse excepcionalmente en caso de dispersión jurisprudencial (Código del Trabajo, art. 483, inciso primero). El recurso de unificación responde al interés público en una jurisprudencia uniforme, no al interés del litigante vencido en que la sentencia que lo agravia sea revisada por la Corte, que pasa a ser un instrumento al servicio del primero³³.

¿Es inconstitucional esta subordinación del interés del litigante? ¿Garantiza la Constitución su derecho a que la sentencia que lo agravia sea revisada por la Suprema? Alguna doctrina y jurisprudencia han reconocido en la Constitución un “derecho al recurso” que podría justificar una respuesta afirmativa, y que quizás explique el giro de la Corte a mediados de 2017. Contra esta hipótesis, defenderé la tesis de que el litigante vencido en un juicio laboral no tiene derecho constitucional a recurrir a la Corte Suprema.

Desde luego, ninguna disposición constitucional reconoce explícitamente a los litigantes vencidos un derecho genérico a recurrir a la Corte Suprema. Tampoco a los litigantes vencidos en juicios laborales³⁴. De existir, tal derecho debe encontrarse implícito en disposiciones constitucionales que no lo mencionan.

La Constitución dispone que “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento” racional y justo (artículo 19 N° 3 inc. sexto). Esta disposición concede al legislador una competencia que también le confía el artículo 63 N° 3 de la misma Constitución: “Solo son materias de ley... Las que son objeto de codificación... procesal...”. Pero la primera disposición enmarca esta atribución de competencia en un parámetro normativo que limita al legislador: racionalidad y justicia procesales. Queda al intérprete constitucional determinar aquel parámetro, respetando una amplia prerrogativa legislativa para optar por procedimientos de características muy diversas³⁵. La cuestión que nos ocupa concierne a la determinación de dicho parámetro en un ámbito específico: ¿exigen la racionalidad y justicia procesales, reconocer al litigante vencido un derecho a que la sentencia que pronuncia una Corte de Apelaciones conociendo de un recurso de nulidad en juicio laboral sea revisada por la Corte Suprema?

³³ La primacía del interés público también ha caracterizado a la casación. Véase PASTOR, 2001, p. 27, citado por VALENZUELA VILLALOBOS, 2015, p. 464.

³⁴ Los únicos litigantes vencidos que tienen un derecho constitucional a recurrir a la Corte Suprema son el parlamentario, gobernador regional, delegado presidencial regional o delegado presidencial provincial desaforados por resolución de tribunal de alzada. Constitución Política, artículos 61, inciso segundo y 124, inciso sexto.

³⁵ Véase sentencia del Tribunal Constitucional, 30.1.2008, rol 986, considerandos 18 y 22.

El derecho al recurso tiene su origen en los artículos 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este derecho se limita, sin embargo, a los procesos penales y, en estos, su titular es exclusivamente el condenado³⁶.

El Tribunal Constitucional chileno, sin embargo, ha extendido el derecho del recurso³⁷. A la fecha de redacción de este trabajo ha pronunciado 100 sentencias concernientes a la materia. De estos, solo 11 se refieren al derecho al recurso del condenado penal³⁸. Igual número de casos examinan el derecho al recurso de otros intervinientes en procedimientos penales³⁹. En 78 casos el Tribunal explora el derecho al recurso en ámbitos distintos del penal, pero en ninguno ha examinado la cuestión de que aquí se trata⁴⁰. Es admisible sin embargo preguntarse hasta qué punto el Tribunal Constitucional ha desarrollado una doctrina que justifique reconocer que el litigante vencido en juicio laboral tiene un derecho constitucional a llegar a la Suprema. Una ojeada a su jurisprudencia desmiente tal posibilidad.

En estos 100 casos el Tribunal ha examinado la constitucionalidad de 34 instituciones que limitan un posible derecho al recurso⁴¹. De estas instituciones, 14 han sido objeto de dos o más pronunciamientos⁴². Si se las examina individualmente, se verá que solo

³⁶ Esto es explícito en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para la Convención Americana de Derechos Humanos, véase IBÁÑEZ RIVAS, 2014, p. 243 y SALAS SALAZAR, 2014.

³⁷ Esta jurisprudencia tiene un antecedente remoto en sentencia de inaplicabilidad de la Corte Suprema que afirmó que el derecho a un racional y justo procedimiento comprende “la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores” (5.12.2001, rol 3643-2000). Este dictum fue citado con aprobación por el Tribunal Constitucional (8.8.2006, rol 478-2006, considerando 14).

³⁸ 30.1.2008, Rol 986; 7.10.2008, Rol 1130; 5.8.2010, Rol 1432; 26.8.2010, Rol 1443; 31.8.2011, Rol 1501; 18.7.2017, Rol 3103; 20.3.2018, Rol 3338; 22.3.2018, Rol 3150; 10.4.2019, Rol 4187; 13.8.2019, Rol 5878, y 3.10.2019, Rol 5750). En todas estas sentencias el Tribunal desestimó el reclamo de inconstitucionalidad. La calificación de una causa como acogida o rechazada se refiere exclusivamente a la decisión del Tribunal en relación con la alegación relativa al derecho al recurso.

³⁹ De estas, cuatro impugnaciones fueron acogidas (28.1.2010, Rol 1535; 30.12.2014, Rol 2628; 11.7.2017, Rol 3197, y 18.11.2019, Rol 5666) y siete rechazadas (1.4.2008, Rol 821; 29.1.2013, Rol 2330; 9.1.2014, Rol 2354; 9.1.2014, Rol 2323; 30.10.2014, Rol 2615; 29.6.2017, Rol 3123, y 4.9.2018, Rol 3721).

⁴⁰ Los casos laborales de que ha conocido se refieren, el primero, a la improcedencia del recurso de apelación contra la sentencia de instancia pronunciada en un segundo juicio realizado como consecuencia de la anulación del primero (23.4.2019, Rol 3886) y, el segundo, a la improcedencia de recursos contra la sentencia interlocutoria que falla excepciones (3.12.2019, Rol 6847). El Tribunal rechazó ambos recursos.

⁴¹ Para estos efectos, “institución” se refiere a una o más disposiciones legales que, en relación con una clase de procedimientos, en algún sentido limita la capacidad del litigante para que un tribunal revise una resolución que le causa agravio. Una misma disposición o conjunto de disposiciones, en cuanto resultan aplicables a distintas clases de procedimientos, se las considera como una institución para cada uno de los procedimientos a que se aplica. Así ocurre por ejemplo con la limitación de causales de casación en el fondo que establece el inciso segundo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil. Ella resulta aplicable a procedimientos especiales muy variados, lo que justifica tratarla como una institución respecto de cada uno de tales procedimientos.

⁴² Además de los casos señalados en la nota 72 *supra*, cada una de las siguientes restricciones ha sido objeto de un único pronunciamiento: A) Improcedencia de apelación: 1) contra resoluciones del juez de garantía (29.6.2017, Rol 3123, rechazado); 2) contra sentencia que acoge recurso de queja y deja sin efecto

la mitad ha recibido un tratamiento consistente, ya sea afirmando o negando su constitucionalidad⁴³. Las otras siete han sido intermitentemente declaradas constitucionales

resolución de tribunal de juicio oral en lo penal que rebajó pena conforme al artículo 18 del Código Penal (20.3.2018, Rol 3338, rechazado); 3) contra sentencia que rechaza tercería en cobranza laboral (10.12.2019, Rol 6411, acogido); 4) contra sentencia que declara recargo del artículo 169 del Código del Trabajo en juicio de cobranza laboral (10.12.2019, Rol 6962, acogido), y 5) contra sentencia que falla reclamación contra resolución de intendente de encontrarse el reclamante obligado a contratar servicios de vigilantes privados (7.7.2011; Rol 1838; acogido). B) Improcedencia de todo recurso: 1) contra sentencia absolutoria penal dictada en un segundo juicio a consecuencia de la anulación del primero (1.4.2008, Rol 821, rechazado); 2) contra resoluciones del tesoro comunal que conoce de la ejecución de obligaciones tributarias (5.12.2017, Rol 3297, rechazado); 3) contra resolución que falla excepciones contra la ejecución en juicio de libre competencia (22.10.2019, Rol 6019, rechazado); 4) contra sentencia que falla reclamación contra resolución de Superintendencia de Seguridad Social que impone sanción por infracción en el otorgamiento de licencias médicas (10.4.2012, Rol 2181, donde el Tribunal desestimó cualquier inconstitucionalidad), y 5) contra sentencia que falla reclamación contra resolución de Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras que impone sanción por infracción a normas sobre operaciones de crédito de dinero (6.12.2013, Rol 2559, donde el Tribunal desestimó cualquier inconstitucionalidad). C) Improcedencia de casación en la forma: 1) contra sentencia que decreta la liquidación forzosa (25.6.2019, Rol 4313, rechazado), y 2) contra sentencia de primera instancia en juicio tributario (10.12.2019, Rol 7234). D) Exclusión de causales de casación en la forma contra la sentencia definitiva de única o segunda instancia en los siguientes procedimientos: 1) ambiental antiguo (22.6.2010, Rol 1373, acogido); 2) indemnización de perjuicios de la ley general de urbanismo y construcción (28.11.2018, Rol 3883, acogido); 3) reclamación contra la Dirección General de Aguas (15.11.2016, Rol 3042, acogido); 4) reclamación contra el Sistema de Evaluación Ambiental (21.12.2016, Rol 3097, acogido). E) Abandono del recurso de nulidad penal por no comparecencia (3.10.2019, Rol 5750, rechazado). F) Improcedencia del recurso de queja contra la sentencia que desestima recurso de nulidad en materia penal (18.7.2017, Rol 3103, rechazado).

⁴³ En primer lugar, el Tribunal en dos ocasiones ha desestimado la inconstitucionalidad de las disposiciones que impiden apelar la sentencia que dicta un tribunal de juicio oral en lo penal y que limita las causales de nulidad para recurrir en su contra (5.8.2010, Rol 1432 y 26.8.2010, Rol 1443). La segunda excepción se refiere a la disposición que en general impide recurrir contra la sentencia condenatoria penal dictada en un segundo juicio a consecuencia de la anulación del primero. El Tribunal ha sostenido invariablemente la constitucionalidad de esta restricción, no obstante lo sospechosa que ella resulta a la luz de los artículos 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (30.1.2008, Rol 986; 7.10.2008, Rol 1130; 5.8.2010, Rol 1432; 26.8.2010, Rol 1443; 31.8.2011, Rol 1501; 22.3.2018, Rol 3150; 10.4.2019, Rol 4187; 13.8.2019, Rol 5878). La tercera excepción se refiere a los artículos 102 H y 102 K de la Ley N° 19.968, que disponen que las sentencias dictadas en procesos ante juzgados de familia por infracciones cometidas por adolescentes son inapelables. El Tribunal ha acogido los tres requerimientos de inaplicabilidad (deducidos por una misma jueza) contra dichas disposiciones (3.3.2016, Rol 2743; 20.4.2017, Rol 3119, y 13.6.2019, Rol 4572). La cuarta excepción se refiere al artículo 12 del Auto Acordado sobre Procedimiento Aplicable al Convenio de La Haya relativo a los Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños y Niñas. El Tribunal ha rechazado en dos ocasiones que la citada disposición sea inconstitucional por no permitir recurrir de casación en la forma en contra de la sentencia de primera instancia (7.8.2018, Rol 4189 y 8.10.2019, Rol 6776). La quinta excepción se refiere a la improcedencia de decretar órdenes de no innovar en juicios de arrendamiento de bienes raíces urbanos, cuya inconstitucionalidad ha sido rechazada en cuatro ocasiones (20.12.2011, Rol 1907; 25.4.2013, Rol 2325; 29.6.2017, Rol 3298, y 8.9.2018, Rol 3938). La sexta excepción se refiere a la improcedencia de recursos en procedimientos de cancelación y suspensión de la licencia de conductor por acumulación de anotaciones de infracciones, cuya constitucionalidad ha sido confirmada en cuatro oportunidades (29.3.2012, Rol 1804; 3.4.2012, Rol 1888; 7.8.2012, Rol 2018, y 7.8.2012, Rol 2108). La séptima y última excepción se refiere a la improcedencia de casación en el fondo en procedimientos de policía local, que el Tribunal en tres ocasiones ha estimado constitucional (11.7.2017, Rol 3099 y 11.7.2017, Rol 3100, y 3.12.2019, Rol 5557).

o inconstitucionales⁴⁴. Esta oscilación refleja el bajo consenso al interior del Tribunal, el que se confirma al constatar que solo nueve sentencias de derecho al recurso han sido unánimes (todas ellas rechazando tal derecho en las circunstancias de los respectivos casos)⁴⁵. En las otras 91, el número de ministros disidentes asciende en promedio al 39% del Tribunal⁴⁶.

En 46 sentencias el tribunal ha reconocido un derecho constitucional al recurso. La mayoría (35) han declarado la inconstitucionalidad de la limitación de las causales de procedencia del recurso de casación en la forma en juicios regidos por leyes especiales⁴⁷. Y si bien en diez ocasiones el Tribunal ha desestimado la inconstitucionalidad de la limitación, nueve de ellas fueron anteriores al segundo semestre de 2017⁴⁸. Desde entonces, el Tribunal ha declarado dicha disposición inconstitucional en 24 instancias. Y la única sentencia que en este período desestimó dicha inconstitucionalidad se debió a empate de votos, de manera que no cuenta como una opinión a favor de su constitucionalidad. Por otra parte, desde el 1 de julio de 2017 un promedio de 5,9 ministros ha estimado que la disposición es inconstitucional y un promedio de 3,4 mantiene la opinión contraria. En resumen, puede afirmarse que desde mediados de 2017 se ha establecido una frágil línea jurisprudencial en el sentido de que la limitación de las causales que autorizan a deducir el recurso de casación en la forma en procedimientos especiales no es racional ni justa. ¿Hasta qué punto esta línea jurisprudencial pudiera extrapolarse al recurso de

⁴⁴ A) La impugnación de la exclusión de causales de casación en la forma: 1) ha sido acogida en dos (4.6.2015, Rol 2677 y 13.6.2019, Rol 5849) y rechazada en dos oportunidades (6.8.2013, Rol 2137 y 10.12.2019, Rol 7231) en relación con juicios de arrendamiento de predios urbanos; 2) ha sido acogida en una ocasión (15.3.2018, Rol 3116) y rechazada en dos (24.12.2015, Rol 2798 y 12.6.2018, Rol 3054) en relación con juicios por reclamación contra multas de la Superintendencia de Valores y Seguros; 3) ha sido acogida en diez (25.8.2011, Rol 1873; 29.12.2016, Rol 2988; 6.3.2019, Rol 4347; 17.7.2019, Rol 5946; 24.9.2019, Rol 6877; 24.9.2019, Rol 6843; 24.9.2019, Rol 6658; 8.10.2019, Rol 6848; 8.10.2019, Rol 6715, y 8.10.2019, Rol 6714) y rechazado en una ocasión (26.5.2016, Rol 2797) en relación con juicios por reclamación contra alcalde; 4) ha sido rechazada en una (6.10.2016, Rol 2904) y acogida en tres oportunidades (27.12.2016, Rol 3008; 11.6.2019, Rol 5257, y 17.7.2019, Rol 5937) en relación con juicios por reclamación del monto pagado por expropiación; 5) ha sido rechazada tres (5.7.2012, Rol 2034; 3.9.2015, Rol 2723, y 21.7.2016, Rol 2862) y acogida cuatro veces (2.1.2015, Rol 2529; 17.10.2017, Rol 3365; 30.10.2018, Rol 4397, y 17.7.2019, Rol 5963) en relación con juicios tributarios antiguos y, por último, 6) ha sido rechazada dos (20.6.2017, Rol 3175 y 20.6.2017, Rol 3220) y acogida once veces (21.7.2016, Rol 2873; 21.7.2016, Rol 2898; 20.10.2016, Rol 2971; 13.11.2018, Rol 4398; 28.11.2018, Rol 4989; 28.11.2018, Rol 4376; 22.1.2019, Rol 3867; 6.3.2019, Rol 4043; 6.3.2019, Rol 4859; 16.9.2019, Rol 6656, y 10.12.2019, Rol 7234) en relación con juicios tributarios reformados. B) La impugnación contra el *solve et repete* en juicios de cobranza previsional ha sido acogida en dos (30.12.2019, Rol 7060, y 2.1.2020, Rol 7061) y rechazada en cuatro ocasiones (9.8.2011, Rol 1876; 17.10.2013, Rol 2452; 24.12.2015, Rol 2853, y 1.12.2016, Rol 2938).

⁴⁵ 1.4.2008, Rol 821; 5.8.10, Rol 1432; 26.8.2010, Rol 1443; 31.8.2011, Rol 1501; 25.4.2013, Rol 2325; 6.8.2013, Rol 2137; 17.10.2013, Rol 2452; 29.6.2017, Rol 3298, y 8.9.2018, Rol 3938.

⁴⁶ En promedio, las mayorías están conformadas por 5,52 ministros y las disidencias, por 3,61 ministros.

⁴⁷ Véanse *supra* notas 74 (letra D) y 76 (letra A).

⁴⁸ Véase *supra* nota 76 (letra A) (la sentencia de 10.12.2019, Rol 7231 no debe considerarse, pues el recurso fue desestimado por consideraciones procesales únicamente).

unificación de jurisprudencia? Para responder es necesario examinar la analogía que pudiera presentar este recurso con el de casación en la forma.

El recurso de unificación de jurisprudencia abre un tercer grado jurisdiccional. El segundo grado jurisdiccional corresponde al recurso de nulidad. A propósito del recurso de unificación se pregunta entonces si existe un derecho a revisar la sentencia (de segundo grado) pronunciada con ocasión de un procedimiento de control de la sentencia de instancia (primer grado). Para esta pregunta no resulta pertinente la jurisprudencia del derecho al recurso contra la sentencia pronunciada en primer grado, pues las razones que pueda haber para reconocer ese derecho no son por sí solas suficientes para justificar un derecho a recurrir contra sentencias de segundo grado.

La casación en la forma, por su parte, es un recurso que puede deducirse contra sentencias dictadas tanto en primer como en segundo grado, dando así lugar a un segundo o tercer grado, respectivamente. De las 35 sentencias pronunciadas en torno al derecho al recurso de casación en la forma, 18 corresponden a limitaciones a la posibilidad de recurrir contra fallos dictados en primer grado⁴⁹. No existe por tanto analogía entre la situación que ellas examinan y el recurso de unificación. De esta manera se reducen a 17 las sentencias pertinentes⁵⁰.

Estas 17 sentencias se fundan en dos argumentos principales, ninguno de ellos es aplicable al recurso de unificación de jurisprudencia. El primer argumento afirma no permitir deducir el recurso de casación en la forma cuando la sentencia ha omitido alguno de los requisitos que enumera el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil –lo que resulta inconsistente con la obligación de motivar las sentencias– que el Tribunal estima implícita en diversas disposiciones constitucionales. No es necesario examinar aquí los méritos de este argumento. Basta destacar que no alcanza al recurso de unificación de jurisprudencia, cuya única causal de interposición (dispersión de la jurisprudencia) no está directamente vinculada con la obligación de fundar las sentencias.

En segundo lugar el Tribunal entiende que si bien el legislador tiene amplia discrecionalidad para diseñar los recursos contra las resoluciones judiciales, discrimina arbitrariamente al ofrecer más causales de casación en la forma para juicios regidos por

⁴⁹ Este universo se compone de las diez sentencias dictadas en relación con reclamos de ilegalidad municipal (*supra* nota 76, letra A.3), que las cortes de apelaciones conocen en única instancia (véase Corte Suprema, 3.7.13, Rol 4266); de las sentencias pronunciadas en relación con reclamos contra la Superintendencia de Valores y Seguros (15.3.2018, Rol 3116) y contra la Dirección General de Aguas (15.11.16, Rol 3042), como también de una de las sentencias en procedimiento contra el Fisco por el monto pagado por expropiación (17.7.2019, Rol 5937), pues en los tres casos se reclamaba el derecho a recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva contra la sentencia dictada en primera instancia; de una sentencia que examina las restricciones para recurrir de casación en el fondo contra la sentencia de primera instancia dictada por un tribunal tributario y aduanero (10.12.19, Rol 7234) y, por último, de cuatro sentencias relativas al procedimiento tributario antiguo (2.1.15, Rol 2529; 17.10.17, Rol 3365; 30.10.18, Rol 4397 y 17.7.19, Rol 5963, pues la anomalía de que el juez de primera instancia fuera un funcionario del servicio público demandado justifica considerar que la sentencia de Corte de Apelaciones constituía la genuina primera instancia judicial.

⁵⁰ Sentencias 22.6.10, Rol 1373; 4.6.15, Rol 2677; 21.7.16, Roles 2873 y 2898; 20.10.16, Rol 2971; 21.12.16, Rol 3097; 27.12.16, Rol 3008; 13.11.18, Rol 4398; 28.11.18, Roles 3883, 4376 y 4989; 22.1.19, Rol 3867; 6.3.19, Roles 4043 y 4859; 11.6.19, Rol 5257; 13.6.19, Rol 5849, y 16.9.19, Rol 6656.

el Código de Procedimiento Civil que para juicios regidos por leyes especiales. Tampoco es necesario examinar la corrección de este argumento. Su aplicación al recurso de unificación de jurisprudencia llevaría a preguntarse si su limitado ámbito de aplicación a juicios laborales constituye una discriminación arbitraria al excluir otros juicios. Pero en ningún caso llevaría a cuestionar la interpretación que se ha defendido en la sección anterior por la causal de su interpretación. En efecto, dicha interpretación no importa diferenciación alguna entre clases de juicios. Simplemente afirma que el recurso es inadmisibile cuando la sentencia impugnada es conforme a la última doctrina unificada y no existe sentencia alguna en contrario que con posterioridad haya vuelto a dispersar la interpretación de la respectiva materia de derecho.

En síntesis, no existe ningún antecedente jurisprudencial o doctrinario que permita afirmar que el litigante vencido en juicio laboral tiene derecho a que la Corte Suprema revise lo resuelto por Cortes de Apelaciones conociendo del recurso de nulidad. No hay entonces inconstitucionalidad alguna en la tesis que aquí se defiende, según esto solo es admisible el recuso de unificación de jurisprudencia cuando se satisfacen dos requisitos: que la sentencia que se impugna sostenga sobre la materia de derecho una interpretación a) distinta que la de al menos una sentencia de tribunales superiores (sentencia de contraste) que b) no corresponda a la doctrina unificada por la Corte Suprema con posterioridad a la sentencia de contraste.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: REPARACIÓN POR VÍA LEGISLATIVA

El estado de derecho exige que toda la actividad estatal se despliegue conforme a la ley. Eso supone que la ley sea clara, en el sentido de que sea posible emitir *ex ante* un juicio por las consecuencias jurídicas de una determinada acción u omisión. Esa claridad no puede descansar exclusivamente en la letra de la ley, sino que depende de la existencia de una jurisprudencia uniforme. Hay interés público tanto en que los asuntos sean resueltos conforme a derecho como en la uniformidad jurisprudencial. En el diseño procesal, estos intereses son funcionalmente separados: por regla general, el control de la resolución conforme a derecho se confía a las cortes de apelaciones, mientras que la función unificadora se confía a la Suprema. Hay para ello buenas razones. El control de la resolución de los asuntos conforme a derecho debe encontrarse generalmente disponible. El volumen de casos que ese control genera no puede ser absorbido por un único tribunal. Por tal razón debe ser confiado a las Cortes de Apelaciones⁵¹.

⁵¹ La Corte Suprema tiene una amplia competencia para conocer de apelaciones, que incluye los recursos de amparo y protección y diversas reclamaciones administrativas. Este diseño es irracional. Buena parte de estas apelaciones se conocen en cuenta, pues su volumen impide oír alegatos. Los amparos constituyen la excepción. Ello es posible porque los casos son muy semejantes y los abogados que comparecen son casi siempre los mismos, conocen muy bien a la Sala (Segunda) y rara vez necesitan más de cinco minutos para alegar.

La función de unificación, por el contrario, debe ser absuelta por un único tribunal, de manera que ella no puede sino confiarse a la Corte Suprema. Eso exige limitar su competencia a los casos en que existe dispersión. Actualmente la Corte ejerce competencia más allá de lo que la correcta comprensión del recurso autoriza. La corrección de esta práctica podría lograrse mediante una ley como la siguiente:

Art. 1. Interpretase el inciso segundo del artículo 483 en el sentido de que no existen distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del juicio cuando la Corte Suprema ha unificado la jurisprudencia y, con posterioridad a la unificación, no se ha dictado sentencia alguna por cortes de apelaciones que sostengan una interpretación contraria a la misma.

Art. 2. Sustitúyese el inciso final del artículo 483-A por el siguiente: “Declarado admisible el recurso por el tribunal *ad quem*, el recurrido podrá deducir reposición dentro de quinto día, la que solo podrá fundar en la circunstancia de encontrarse la sentencia recurrida conforme con la jurisprudencia unificada o en que los fallos a que se refiere el inciso segundo no corresponden a sentencias ejecutoriadas”.

Art. 3. Agrégase el siguiente inciso final al artículo 483: “Procederá también el recurso cuando, no obstante encontrarse unificada la jurisprudencia por sentencia de la Corte Suprema, la resolución recurrida fuere anterior a la sentencia de unificación y sostuviere una interpretación incompatible con ella. En este caso, el recurso se conocerá y fallará en cuenta, para el solo efecto de anular la sentencia recurrida y dictar la correspondiente sentencia de reemplazo consistente con la jurisprudencia unificada, salvo que una mayoría de los ministros vote por traer los autos en relación para reconsiderar la jurisprudencia”.

BIBLIOGRAFÍA

- BLOM-COOPER, Louis, 2011: *1966 and All That: The Story of the Practice Statement*, Oxford: Oxford University Press, pp. 128-144.
- CALAMANDREI, Piero, 1961: *La Casación Civil*, tomo II (Bosquejo General del Instituto), Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- DELGADO CASTRO, Jordi, 2011: “Examen Crítico del Recurso de Unificación de Jurisprudencia”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXXVI.
- DELGADO CASTRO, Jordi, *Aspectos Problemáticos en Torno al Recurso de Unificación de Jurisprudencia Laboral*, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- DÍAZ GARCÍA, Luis Iván, 2015a: “Objetivo del Recurso de Unificación de Jurisprudencia Laboral”, *Ius et Praxis*, volumen 21, N° 1.
- DÍAZ GARCÍA, Luis Iván, 2015b: “Diez Razones para Incorporar el Seguimiento del Precedente en Chile”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, volumen 22, N° 2.
- DÍAZ GARCÍA, Luis Iván, ALARCÓN GARCÍA, Sofía, CEMPE CEMPE, Katerine, GARRIDO ESPARZA, Luis Alejandro y ZÚÑIGA GARRIDO, Alejandro, 2014: “Seguimiento del Precedente por la Corte Suprema de Chile en Materia Laboral. Estudio Empírico del Recurso de Unificación de Jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 41, N° 3.

- DWORKIN, Gerald, 1962: "Stare Decisis in the House of Lords", *The Modern Law Review*, volumen 25, Nº 2.
- FÁBREGA VEGA, Hugo, 2010: "Asignaciones de Colación y Movilización: Unificación Jurisprudencial en Materia Laboral", *Actualidad Jurídica*, volumen Nº 22.
- HALIM MUÑOZ, Fernando Andrés, 2010: *El Recurso de Unificación de Jurisprudencia Laboral*, Santiago: Thomson Reuters Puntotex.
- HALPERN MONTECINO, Cecily, 2013: *El Recurso de Unificación de Jurisprudencia: ¿Un Recurso Excepcional?*, Santiago: Colegio de Abogados de Chile A.G.
- HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, 2010: "La Intervención de la Corte Suprema en la Nueva Justicia del Trabajo: El Recurso de Unificación de Jurisprudencia", *Actualidad Jurídica*, volumen XI, Nº 21.
- HUMERES NOGUER, Héctor y HALPERN MONTECINO, Cecily, 2015: *La Unificación de la Jurisprudencia Laboral: Contexto Teórico, Análisis Doctrinal y Temático*, Santiago: Legal Publishing Chile.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, 2014: "Artículo 8. Garantías Judiciales", en Christian Steiner y Patricia Uribe editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, pp. 207-254.
- PARDOW LORENZO, Diego y CARBONELL BELLOLIO, Flavia Emilia, 2018: "Buscando al 'Juez Mediano': Estudio sobre la Formación de Coaliciones en la Tercera Sala de la Corte Suprema", *Revista de Ciencia Política*, volumen 38, Nº 3.
- PASTOR, Daniel R., 2001: *La Nueva Imagen de la Casación Penal*, Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.
- PECZENIK, Aleksander, 1997: *The Binding Force of Precedent*, en Neil MacCormick y Robert S. Summers (editores), *Interpreting Precedents: A Comparative Study* Aldershot: Dartmouth Ashgate, pp. 461-479.
- PECZENIK, Aleksander, 2000: *Acerca de los Precedentes Vinculantes de Facto*, México: Fontamara.
- ROMÁN DÍAZ, Fernando, 2008: "El Nuevo Recurso de Unificación de Jurisprudencia en la Reforma al Proceso Laboral (Un Extraño Recurso de Nulidad con Nombre de Fantasía)", *Actualidad Jurídica*, volumen Nº 18.
- SALAS SALAZAR, Carolina, 2014: "Letelier Loyola, Enrique (2013). El Derecho Fundamental al Recurso en el Proceso Penal. Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 242 páginas", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, volumen 21, Nº 1.
- SALDÍAS CÁRCAMO, Camila Odette, 2013: "Recurso de Unificación de Jurisprudencia desde el Análisis Comparado", *Actualidad Jurídica*, volumen XIV, Nº 27.
- SUMMERS, Robert S., 1997: *Departures from Precedent*, en Neil MacCormick y Robert S. Summers (editores), *Interpreting Precedents: A Comparative Study* Aldershot: Dartmouth Ashgate, pp. 519-530.
- TARUFFO, Michele, 1997: *Institutional Factors Influencing Precedents*, en Neil MacCormick y Robert S. Summers (editores), *Interpreting Precedents: A Comparative Study* Aldershot: Dartmouth Ashgate, pp. 437-460.
- VALENZUELA VILLALOBOS, Williams Eduardo, 2015: "¿Derecho a la Casación? Lectura a Contracorriente de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Estudios Constitucionales*, volumen 13, Nº 2.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2 de mayo de 2016), Contratos a honorarios para servicios personales habituales y dependientes en la Administración pública: su naturaleza laboral. El Código del Trabajo como estatuto común y supletorio. Recuperado el 9.9.2019: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/05/02/Contratos-a-honorarios-para-servicios-personales-habituales-y-dependientes-en-la-Administracion-publica-su-naturaleza-laboral.aspx>

VERGARA BLANCO, Alejandro, 2019: "El Derecho Administrativo ante la Jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y Vacilaciones. Veinte Temas, Diez Años (2008-2018)", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, volumen N° 28.

Normas Jurídicas citadas

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, publicado con fecha 30 de agosto de 1902.

CÓDIGO TRIBUTARIO, publicado con fecha 31 de diciembre de 1974.

LEY N° 18.834, estatuto administrativo, publicada con fecha 23 de septiembre de 1989.

LEY N° 18.883, estatuto administrativo para funcionarios municipales, publicada con fecha 29 de diciembre de 1989.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, adoptada con fecha 22 de noviembre de 1969. Publicada en Chile con fecha 5 de enero de 1991.

CÓDIGO PROCESAL PENAL, publicado con fecha 12 de octubre de 2000.

CÓDIGO DEL TRABAJO, publicado con fecha 16 de enero de 2003.

LEY N° 19.933, otorga un mejoramiento especial a los profesionales de la educación que indica, publicada con fecha 12 de febrero de 2004.

Jurisprudencia citada

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, 25.5.2017, rol 270-2016

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, 12.7.2017, rol 345-2017.

CORTE SUPREMA, 5.12.2001, rol 3643-2000.

CORTE SUPREMA, 1.4.15, rol 11584-2014.

CORTE SUPREMA, 5.8.2015, rol 24904-2014.

CORTE SUPREMA, 6.8.2015, rol 23647-2014.

CORTE SUPREMA, 25.8.2015, rol 29727-2014.

CORTE SUPREMA, 25.8.2015, rol 30196-2014.

CORTE SUPREMA, 25.8.2015, rol 30197-2014.

CORTE SUPREMA, 29.12.2015, rol 3270-2015.

CORTE SUPREMA, 29.12.2015, rol 4924-2015.

CORTE SUPREMA, 29.12.2015, rol 5024-2015.

CORTE SUPREMA, 29.12.2015, rol 5511-2015.

CORTE SUPREMA, 28.4.2016, rol 7091-2015.

CORTE SUPREMA, 21.6.2017, rol 27910-2017

CORTE SUPREMA, 25.7.2017, rol 31969-2017.

CORTE SUPREMA, 3.8.2017, rol 14633-2017.

CORTE SUPREMA, 8.8.2017, rol 34524-2017.

CORTE SUPREMA, 16.8.2017, rol 34234-2017.

CORTE SUPREMA, 16.8.2017, rol 34681-2014.

CORTE SUPREMA, 21.8.2017, rol 35195-2017.

CORTE SUPREMA, 29.8.2017, rol 30194-2017.

CORTE SUPREMA, 16.11.2017, rol 2858-2017.

CORTE SUPREMA, 20.11.2017, rol 8090-2017.

CORTE SUPREMA, 14.12.2017, rol 10422-2017.

CORTE SUPREMA, 22.5.2018, rol 37867-2017.

CORTE SUPREMA, 16.8.2018, rol 42009-2017.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 5.12.2006, rol 478.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 30.1.08, rol 986.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1.4.08, rol 821.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 7.10.08, rol 1130.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 28.1.10, rol 1535.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 22.6.10, rol 1373.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 5.8.10, rol 1432.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 26.8.10, rol 1443.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 7.7.11, rol 1838.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 9.8.11, rol 1876.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 25.8.11, rol 1873.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 31.8.11, rol 1501.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 20.12.11, rol 1907.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 29.3.12, rol 1804.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 3.4.12, rol 1888.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 10.4.12, rol 2181.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 5.7.12, rol 2034.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 7.8.12, rol 2018.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 7.8.12, rol 2108.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 29.1.13, rol 2330.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 25.4.13, rol 2325.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 6.8.13, rol 2137.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 17.10.13, rol 2452.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 6.12.13, rol 2559.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 9.1.14, rol 2323.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 9.1.14, rol 2354.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 30.10.14, rol 2615.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 30.12.14, rol 2628.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2.1.15, rol 2529.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 4.6.15, rol 2677.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 3.9.15, rol 2723.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 24.12.15, rol 2798.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 24.12.15, rol 2853.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 3.3.16, rol 2743.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 26.5.16, rol 2797.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 21.7.16, rol 2862.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 21.7.16, rol 2873.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 21.7.16, rol 2898.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 6.10.16, rol 2904.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 20.10.16, rol 2971.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 15.11.16, rol 3042.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1.12.16, rol 2938.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 21.12.16, rol 3097.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 27.12.16, rol 3008.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 29.12.16, rol 2988.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 20.4.17, rol 3119.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 20.6.17, rol 3175.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 20.6.17, rol 3220.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 29.6.17, rol 3123.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 29.6.17, rol 3298.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 11.7.17, rol 3099.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 11.7.17, rol 3100.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 11.7.17, rol 3197.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 18.7.17, rol 3103.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 17.10.17, rol 3365.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 5.12.17, rol 3297.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 15.3.18, rol 3116.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 20.3.18, rol 3338.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 22.3.18, rol 3150.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 12.6.18, rol 3054.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 7.8.18, rol 4189.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 4.9.18, rol 3721.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 8.9.18, rol 3938.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 30.10.18, rol 4397.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 13.11.18, rol 4398.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 28.11.18, rol 3883.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 28.11.18, rol 4376.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 28.11.18, rol 4989.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 22.1.19, rol 3867.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 6.3.19, rol 4043.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 6.3.19, rol 4347.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 6.3.19, rol 4859.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 10.4.19, rol 4187.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 23.4.19, rol 3886.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 11.6.19, rol 5257.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 13.6.19, rol 4572.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 13.6.19, rol 5849.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 25.6.19, rol 4313.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 17.7.19, rol 5937.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 17.7.19, rol 5946.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 17.7.19, rol 5963.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 13.8.19, rol 5878.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 16.9.19, rol 6656.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 24.9.19, rol 6658.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 24.9.19, rol 6843.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 24.9.19, rol 6877.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 3.10.19, rol 5750.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 8.10.19, rol 6714.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 8.10.19, rol 6715.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 8.10.19, rol 6776.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 8.10.19, rol 6848.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 22.10.19, rol 6019.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 18.11.19, rol 5666.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 3.12.19, rol 5557.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 3.12.19, rol 6847.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 10.12.19, rol 6411.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 10.12.19, rol 6962.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 10.12.19, rol 7231.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 10.12.19, rol 7234.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 30.12.19, rol 7060.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2.1.20, rol 7061.

Otras fuentes

REINO UNIDO, Lord Chancellor (Lord Gardiner, Practice Statement (1966, [1966] 3 All ER 77.

Prisión preventiva y error judicial probatorio

*Jaime Andrés Manríquez Oyaneder**

RESUMEN

El artículo se aboca a la tarea de analizar las dificultades probatorias en torno al error judicial contenido en el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política de la República, circunscribiéndolo al ámbito cautelar penal, particularmente a la prisión preventiva.

El presente estudio postula la incoherencia sistémica de detectar el error probatorio en un sistema cautelar penal que no lo reconoce, pues carece de estándar. Para ello se utiliza como hilo conductor la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, causa rol 1.579-2015, único fallo que a la fecha ha acogido una solicitud de error judicial respecto del sometimiento de una persona a prisión preventiva.

Prisión preventiva – razonamiento probatorio – error judicial

Pre-trial detention and evidentiary miscarriage of justice

ABSTRACT

The article aims to analyze the evidentiary difficulties of the miscarriage of justice contained in the article 19 N° 7 letter i) of the Political Constitution of the Republic by dealing exclusively with preventive criminal law, more specifically, pre-trial detention.

The following study postulates the systemic incoherence of detecting the evidentiary error in a criminal justice system that does not recognize it due to its lack of standard. To this effect, Case N° 1.579-2015, the Excellency Supreme Court sentence is used as a guiding thread for it remains the only verdict thus far that has allowed a miscarriage of justice appeal regarding a pre-trial detention.

Pre-trial detention – evidentiary reasoning – miscarriage of justice

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco. Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Correo electrónico: jmanri.oyaneder@gmail.com

Artículo recibido el 28.10.2019 y aceptado para su publicación el 5.5.2020.

“Lo que nosotros observamos no es la naturaleza en sí, sino la naturaleza expuesta a nuestro método de interrogación”.

Heinsenbergn Werner, 1958, p. 58.

INTRODUCCIÓN

Twining nos invita a tomarnos en serio las cuestiones relativas a la prueba de los hechos como parte integrante de la comprensión del derecho¹. En este contexto, es importante dejar constancia de que la formación jurídica hasta hace un tiempo en nuestro medio se situaba distante del mundo de los hechos, por lo que el estudio de la realidad parecía quedar supeditada a una cuestión de mera práctica forense.

La investigación se centra en el estudio del razonamiento probatorio cautelar-penal, particularmente de la resolución que ordenare o mantuviere la prisión preventiva (falso positivo), observada desde el tamiz de la declaración de error judicial.

Se previene desde ya que este no pretende ser un estudio holista de la institución del error judicial, así como tampoco de la prisión preventiva, sino que a partir de su comprensión e interrelación se busca desenmarañar la complejidad de la actividad probatoria en el ámbito cautelar penal.

El lenguaje empleado en estas páginas pretende huir de cualquier atisbo de erudición o encriptación, por lo que el problema a resolver se grafica mediante la siguiente pregunta guía: ¿Cómo podría la Corte Suprema calificar de error probatorio en los términos constitucionales, una resolución que ordenare o mantuviere la prisión preventiva, conforme la vulneración de un estándar cautelar penal indeterminado?

La base del problema es el paradigma de la prueba al que se adscriba. Propugnamos una mirada desde la denominada Teoría Racional de la Prueba, según se explicará. A partir de dicha teoría, se plantea como tesis principal que existe una incoherencia sistémica al pretender detectar un error probatorio en un régimen cautelar penal que carece de un estándar propio.

El estudio se divide en tres apartados: en primer lugar, fundamentaremos la *questio facti* del razonamiento probatorio, a partir de la comprensión e interrelación de las nociones de error y estándar; en segundo lugar, analizaremos los nudos críticos de la regla de suficiencia enunciada por el caso guía; y, en el tercer acápite, demostraremos que falta un estándar cautelar en donde afinar y dotar de contenido a la doctrina asentada por el máximo tribunal, conforme con un análisis normativo, dogmático y jurisprudencial.

¹ TWINING, 2006.

I. LA *QUESTIO FACTI*: ERROR Y ESTÁNDAR PROBATORIO

1. *Fundamento ¿Por qué es necesaria una teoría racional de la prueba?*

En cualquier juicio, la función fundamental de la prueba es establecer la verdad de los hechos.

Conforme con la tradición racionalista, la actividad probatoria se compromete con el conocimiento, donde el proceso es un mecanismo teleológicamente ligado a la averiguación de la verdad y no a la resolución de controversias, ya que estas son inmanentes, incontrolables y no dependen de la racionalidad².

Así, la prueba jurídica no difiere del resto del conocimiento humano: busca la verdad, reconoce el error, acoge la incertidumbre y se erige como una garantía para el ciudadano frente al adjudicador.

Sin perjuicio de lo anterior, desde un punto de vista normativo, no se propugna una importación de un modelo, conocido como Teoría Racional de la Prueba, sino que afinar el derecho a defensa en materia probatoria, por cuanto este presupone que las decisiones deben ser explicadas racionalmente y no a base de una mera convicción o creencia³, como si la decisión judicial fuera una epifanía. Cada decisión debe señalar expresamente los antecedentes en que se apoya, incluido el sustrato fáctico en una decisión cautelar⁴.

2. *El error y la actividad probatoria cautelar penal*

Resulta consustancial al ser humano la falibilidad de sus actos y por ello el sistema judicial debe reconocer la posibilidad latente de incurrir en yerros al dictar resoluciones judiciales y declarar probado un hecho en el proceso⁵.

² En doctrina, es posible distinguir dos escuelas procesales en abierta contraposición. Para los activistas, el proceso se aboca a la búsqueda de la verdad con un juez inquisidor; en cambio, para los garantistas el proceso apunta a la solución de conflictos, donde el juez es un garante de derechos. En este escenario, basta con establecer que, si bien entendemos que la verdad merece ser buscada, resulta evidente que el legislador chileno optó en materia cautelar penal por la tesis del proceso como garantía. Para un estudio acabado, MONTERO, 2006, pp. 130-165 y PEYRANO, 2009.

³ Ilustrativo es traer a colación las definiciones otorgadas por el Diccionario de la RAE, que explica que convicción es la “idea religiosa, ética o política a la que se está fuertemente adherido”. Por su parte, creencia es el “completo crédito que se presta a un hecho o noticia como seguros o ciertos”. Entendemos que, implícitamente, las definiciones dan cuenta de una aptitud proposicional subjetiva, pues la convicción emerge como incompatible con la duda, y la creencia, autónoma de la razón. Es por ello que, expresar las causas de una creencia (por ej., religión) bajo el supuesto de que se pueda, es algo muy distinto de motivar fácticamente una decisión.

⁴ Artículo 19 N° 3 inciso 2° CPR y a nivel convencional, artículo 14 N° 3 d) PIDCP y artículo 8 N° 2 b) CADH. En doctrina, se explica que el fundamento de este derecho se encuentra en que sin el auxilio de un letrado, la defensa de los derechos puede resultar malograda, lo que no puede ser circunscrito a cuestiones de derecho. Cfr. VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA, 1999, p. 219

⁵ LAUDAN, 2005, p. 97: distingue entre la condena de un inocente y la absolución de un culpable, denominándolos falso positivo y negativo, respectivamente.

El reconocimiento del error como connatural al razonamiento judicial supone cuestionarse qué hacer frente a él. Nuestra respuesta: administrarlo, sin perjuicio de intentar aminorarlo; ¿cómo? mediante una regla de estándar o de suficiencia; ¿por qué?, proponemos que la justificación de su reconocimiento sea triple. En primer lugar, porque existe un cambio de paradigma en la forma de comprender la realidad, desde lo causal a lo probabilístico. Así, por difundido que sea, Newton yerra al sostener que la ley de causalidad regiría el universo, siendo esto un asunto de probabilidad⁶. En segundo término, porque en virtud de la forma del razonamiento judicial, esto es, la inferencia inductiva en donde la verdad de las premisas apoya la conclusión pero no la garantiza, este no puede alcanzar la certeza absoluta, como en las deducciones. De esta manera, la decisión se ha de medir en términos de verosimilitud⁷. Por último, debemos considerar el principio de inexcusabilidad que rige para el juez. Tanto el matemático como el médico no están obligados a resolver la ecuación ni a diagnosticar al paciente, respectivamente, si es que cuentan con información incompleta. Tampoco es posible exhortarles a decidir según su convicción o creencia ante la falta de evidencia. Por el contrario, el juez está compelido a resolver aun con insuficiente información o sin norma legal que lo rijan⁸. Entonces, no sorprende que, incorporada la incertidumbre a la ecuación, un estándar de prueba no resulte ser una mera abstracción teórica sino una necesidad lógica, pues permite actuar considerando dicha incertidumbre que conducirá a errores más o menos aceptables.

Teniendo ello presente, revisaremos las particularidades del razonamiento cautelar penal.

En el ámbito del razonamiento cautelar en materia penal, si bien el proceso pugna con la incertidumbre, las decisiones judiciales se adoptan invariablemente sobre la base de información más o menos incompleta, sobre todo en el ámbito cautelar, en que el juez cuenta con poca información. Ello lo conduce a un razonamiento forzosamente prospectivo y con datos no elucidados, por lo que el legislador reconoce los principios de motivación y provisionalidad⁹.

De otro lado, cualquier medida cautelar penal y particularmente la prisión preventiva, reconoce como límite la presunción de inocencia¹⁰, que se erige como principio orientador del proceso penal y, específicamente, como regla de trato en materia cautelar. El Estado debe tratar al ciudadano como inocente hasta que un tribunal declare probada

⁶ Explica el asunto GASCÓN, 2004, p. 21: "Los avances científicos posteriores, y en particular los de la física cuántica, al presentar una naturaleza gobernada por el principio de indeterminación, propician más bien la creencia contraria: el mundo físico (atómico) no está regido por leyes causales, sino probabilísticas".

⁷ En BAYÓN, 2008, p. 25.

⁸ Consagrado en el artículo 76 inciso 2° CPR y 10 del COT.

⁹ Artículo 122 CPP

¹⁰ Pese a que la CPR no lo reconoce y se limita a proscribir la presunción de derecho de responsabilidad penal, su consagración normativa descansa en los artículos 11.1 de la DUDH, 14.2 del PIDCP, 8.2 de CADH y 4 del CPP.

su culpabilidad conforme con un debido proceso¹¹. Concordantemente, el legislador reconoce los principios de excepcionalidad e instrumentalidad¹².

Finalmente, existe consenso en que la prisión preventiva se erige como la *ultima ratio* dentro de las medidas cautelares¹³. Solo puede ser decretada por un juez o tribunal penal, previa formalización, en audiencia pública y conforme con el principio de proporcionalidad.

3. *Marco dogmático de la acción por error judicial*

El principio de responsabilidad es un elemento integrante del Estado de Derecho y no constituye un “acto gracioso del Estado para con sus súbditos”¹⁴, conforme con los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental. En estas disposiciones se inserta la responsabilidad del Estado por “error judicial”¹⁵.

Su consagración normativa¹⁶ protege al ciudadano frente a la negligencia del Estado Juzgador. Las normas directamente estatuidas en el texto constitucional acotan la responsabilidad patrimonial del Estado Juzgador al ámbito penal, lo que desde el lenguaje de la epistemología jurídica se traduce en la sanción de falsos positivos.

No parece discutible colegir, en clave teórica, que toda persona tiene derecho a la reparación derivada de la privación a su libertad personal. Sin embargo, toda teorización se vuelve ingenua si se constata que su eficacia práctica ha sido marcadamente limitada a partir de una interpretación escasamente garantista¹⁷, cuestión que se explica por la interpretación restrictiva que se ha dado a la norma. Se ha enmarcado el actuar del juez, como sujeto activo imputable, en el delito de prevaricación y, con ello, se ha erigido un

¹¹ Artículo 150 inciso 3 CPP: “El imputado será tratado en todo momento como inocente”.

¹² En nuestro medio, se propugna una tesis de compatibilidad entre la prisión preventiva y la aplicación de las medidas cautelares penales, basada en un juicio de razonabilidad y los principios de adecuación y proporcionalidad, en NOGUEIRA 2005, p. 242 Coincidiendo, podemos señalar que lógicamente el inocente no se fuga ni reincide, por lo que la norma legal vulnera incluso lingüísticamente la presunción de inocencia.

¹³ Artículo 139 CPP y 9.3 PIDCP.

¹⁴ GARRIDO, 1999, p. 476.

¹⁵ Por difundida que sea su denominación “responsabilidad por error judicial”, disentimos, ya que, en definitiva, se sanciona la negligencia y no todo error la configura.

¹⁶ Artículo 19 N° 7 letra i) CPR “Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado”, y cuyo origen radica en la Carta Fundamental de 1925. Por su parte, a nivel convencional, encontramos los artículos 9.5 PIDCP y 10 CADH.

¹⁷ En nuestro medio jurídico no abundan sentencias que acogen el error judicial. En total se han pronunciado siete sentencias que declaran su existencia en términos constitucionales conforme al metabuscador del Poder Judicial: Corte Suprema, causas roles N° 27.762-1990, 802-1999, 5.411-2010, 25.568-2014, 1.579-2015, 11.486-2017 y 39.368-2017.

estándar de imputación extremadamente difícil de superar¹⁸, resultando una cortapisa a su ejercicio en la práctica nacional¹⁹.

En nuestra opinión, para una correcta interpretación del instituto resulta esencial comprender que, desde un punto de vista formal, el objeto de la acción constitucional no es juzgar la conducta de los jueces (función represiva), sino permitir al inocente injustamente procesado o condenado el acceso a la justicia correctiva, excluyendo la “justa causa de error” a efectos de equilibrar los intereses en juego y de impedir la irresponsabilidad estatal pero sin constituir censura ni debilitamiento de la función jurisdiccional²⁰.

II. ANÁLISIS CRÍTICO DEL UMBRAL DE SUFICIENCIA EN EL CASO GUÍA

1. *Justificación de la elección*

Seleccionamos la sentencia rol 1.579-2015 de la Excelentísima Corte Suprema porque es la única a la fecha que se pronuncia favorablemente respecto de la existencia en nuestro ordenamiento jurídico del error judicial en el ámbito cautelar penal. Ello no solo permite analizar críticamente los procesos valorativos e interpretativos contenidos en la resolución de instancia, sino que, además, los del máximo tribunal. Además, el caso guía permite revisar diversas aristas de interés probatorio que inciden en la hipótesis de la investigación, a saber: la sentencia consigna una regla de suficiencia cautelar que consiste en la seriedad, debiendo determinarse su función y contenido y, de manera secundaria, el rol pasivo que asume el tribunal en la aportación de antecedentes, aplicando el principio lógico de razón suficiente en la ponderación de los antecedentes tenidos a la vista. Finalmente, aplica el mismo estándar al arresto domiciliario.

¹⁸ En tal sentido, CEA, 2008, p. 290: “el fallo o sentencia sean equivalentes al delito de prevaricación o torcida administración de justicia”. A su respecto, justifica dicho estándar BARROS, 2007, pp. 524-525, para quien la morigeración de la culpa grave “importaría eventualmente un debilitamiento de la justicia, porque algún margen de error en la conducción de los procesos criminales es inevitable”. Al respecto, es ilustrativo reproducir ciertas disidencias dogmáticas, a saber, sería posible escindir el elemento subjetivo y rebajar la exigencia, pues “no puede haber arbitrariedades justificadas o parcialmente justificadas en un Estado de Derecho, y en consecuencia, no cabe duda que injustificadamente solo puede predicarse del error”, en PRECHT, 2004, p. 177. Un paso más allá se puede ubicar la postura que lo funda en un factor de imputación objetiva atendiendo al principio *pro homine*, la *ratio legis* y la visión unitaria de la responsabilidad estatal. Así, HERNÁNDEZ, 1999, p. 471.

¹⁹ Un análisis cuantitativo da cuenta de que durante igual periodo, años 2006 a 2018, conforme al meta buscador del Poder Judicial se ejercieron en total 63 acciones de declaración previa de error judicial, con tan solo 48 pronunciamientos de fondo, 15 inadmisibilidades por concepto de desistimiento (1), falta de copia (2), extemporaneidad (7) y ejercida contra resolución inimpugnable (5). En detalle, Corte Suprema, causas rol Nº 8.050-2012; 12.725-2011 y 4.965-2005; 2.180-2008, 5.612-2006, 8.320-2018, 92.766-2016, 22.900-2015, 32.213-2014 y 9568-2014; 3.481-2006, 5.756-2005, 50.542-2018, 7.478-2013 y 19.263-2017, respectivamente.

²⁰ ZÚÑIGA, 2008, p. 39, propugna eliminar la calificación injustificadamente, pues “tal adverbio resulta contradictorio (en particular para la determinación de la arbitrariedad del juzgador) y basal para una lectura escasamente garantista como la hasta ahora imperante en la jurisprudencia”.

Se reconoce que la sentencia, pese a su lenguaje anacrónico, homologa la prisión preventiva a la locución iusfundamental “someter a proceso”, sin que haya sido necesaria una reforma constitucional²¹.

Finalmente, corresponde situar el pronunciamiento del máximo tribunal en su contexto: en nuestro país, solo entre 2006 y 2018, un total de 27.839 personas fueron sujetas a prisión preventiva o internación provisoria en causas que terminaron por absolución, sobreseimiento o ejercicio de la facultad de no perseverar²². Si bien el contraste es sugerente, nadie puede afirmar seriamente la existencia de 27.839 errores judiciales ¿Por qué? Esto se explica, a nuestro parecer, desde una faz probatoria debido a que el estándar de condena mediante una sentencia definitiva es manifiestamente superior al de sujeción a una medida provisional. A ello se añade que los antecedentes tenidos a la vista en una discusión cautelar y en el marco de una investigación en desarrollo pueden variar en el tiempo, por lo que una sentencia absolutoria precedida de una prisión preventiva no conlleva *per se* negligencia judicial.

2. *Aproximación al caso: hechos*

La Segunda Sala de la Corte Suprema acogió la solicitud de declaración previa de error judicial incoada por don Leonardo General y, por consiguiente, declaró que la resolución de 13 de julio de 2013 –que lo sometió a prisión preventiva como autor de tres delitos de violación–, y la resolución de 29 de octubre del mismo año –que le impuso la medida cautelar de arresto domiciliario nocturno–, dictadas en la causa RIT N° 1.726-2013 del Juzgado de Garantía de Los Andes, son injustificadamente erróneas o arbitrarias.

En su oportunidad, se formalizó al imputado por tres delitos de violación propia, perpetrados supuestamente contra la misma víctima –mayor de edad y conviviente de hecho de su sobrino– los días 26 de junio, 6 y 12 de julio de 2013. Coinciden las tres agresiones en el lugar de ocurrencia (domicilio de la víctima); la vía de acceso carnal (vaginal); en la intimidación (cuchillo o brazo); y en la justificación de ingreso del agresor al domicilio (realización de labores de construcción y reparación a su cargo). Difieren, en que la última agresión fue grabada por la víctima empleando un teléfono celular, acto seguido, develó y denunció.

El 13 de julio de 2013 el imputado fue formalizado y decretada a su respecto la medida de prisión preventiva, cautelar que se extendió por tres meses. Se fundó en la versión de la víctima, los dichos del testigo de oídas (conviviente y denunciante) y un video que da cuenta de una relación sexual entre víctima e imputado.

²¹ PRECHT, 2004, p. 177: “deberá ser aplicada para ambos sistemas de justicia, en circunstancias que fue hecha teniendo en cuenta el procedimiento penal anterior”. Un antecedente jurisprudencial pretérito en Corte Suprema, 09.06.2014, rol 4.921-2014, considerando 5: “conforme a una interpretación axiológica, garantista y sistemática”.

²² Con mayor detalle, atendiendo al ámbito temporal de la medida cautelar: 7.195 personas estuvieron sujetas a prisión preventiva o internación provisoria por un periodo de 0 a 15 días; 15.400 personas por un periodo de 15 días a 6 meses; y 5.244 personas por un periodo superior a 6 meses, conforme a los informes estadísticos de la Defensoría Penal Pública, año 2006 a 2018. Véase: <http://www.dpp.cl/repositorio/177/486>.

Finalmente, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dictó unánimemente sentencia absolutoria basado en la nula credibilidad externa del relato de la víctima, estableciendo que el video de lo acaecido “fue fruto de la acción concertada y planificada de una aparente víctima y de su pareja, donde se aprecia que esta realiza todo este montaje para procurarse evidencia”²³. Unido a eso, consideró las sendas contradicciones entre la víctima y el testigo de oídas y que el video se limita a establecer una relación sexual consentida, todo ello inserto en una “investigación desprolija que concluyó el mismo día que se inició”²⁴. En consecuencia, el tribunal alzó todas las medidas cautelares (arraigo y arresto domiciliario).

3. *Análisis crítico propiamente tal*

Comprobar la hipótesis principal de esta investigación recaída en el estándar probatorio aplicable a la prisión preventiva, supone repensar íntegramente la actividad probatoria, integrada por tres momentos interrelacionados: la aportación de evidencia, la valoración, y la consecuente sujeción a una regla de estándar²⁵.

a) Razonamiento fundado en elementos subjetivos (“convicción”)

Un estándar subjetivo no es estándar²⁶, pues la convicción se aloja en el fuero interno del adjudicador²⁷, puede subsistir contra la evidencia y no es graduable ni intersubjetivamente

²³ TOP Los Andes, sentencia rit 26-2014, considerando 11.

²⁴ TOP Los Andes, sentencia rit 26-2014, considerando 11.

²⁵ La distinción es atribuible a FERRER, 2007, p. 41. El crédito del jurista no exonera del deber de fundamentación normativa de su proposición en nuestro medio jurídico, pues el principio general de inclusión no está contenido explícitamente en alguna norma, aun cuando entendemos que integra la garantía constitucional del debido proceso, pues un proceso racional supone una decisión racional que, a su vez, requiere como insumo la incorporación de evidencia. Ello se manifiesta negativa y legalmente a propósito de las reglas de exclusión probatoria. Así, por ejemplo, en el artículo 318 del CPC (“hecho pertinente”), y en su par penal, el artículo 276 del CPP (“manifiestamente impertinentes”). Segundo, la valoración probatoria supone determinar la probabilidad de acaecimiento de un hecho conforme a la prueba. Coexisten diversos sistemas en nuestro medio: la sana crítica en materia penal (artículo 297 CPP), familia (artículo 32 Ley Nº 19.968), laboral (artículo 456 del CT), Policía Local (artículo 14 Ley Nº 18.287); el sistema legal o tasado que pervive en materia civil, con la excepción de la discordancia en la prueba pericial por el artículo 422 CPC (“apreciará libremente”) y artículo 428 del CPC (“más conforme con la verdad”). Inclusive, es posible encontrar manifestaciones del sistema de ponderación en conciencia en materia administrativa (artículo 35 Ley Nº 19.880) y en la propia acción civil por error judicial (19 Nº 7 letra i). Tercero, el estándar probatorio se erige como una regla de suficiencia a fin de adoptar una decisión que solo se instituyó formalmente a efectos de arribar a la condena penal, conforme lo dispuesto en el artículo 340 del CPP (“más allá de toda duda razonable”).

²⁶ LAUDAN, 2005, p. 106: “Lo que observamos aquí no es un estándar de prueba sino una excusa o un pretexto débil para condenar o absolver”.

²⁷ Estos, a su vez, no se pueden probar porque no pueden describirse como hechos, por lo que les resulta impropia la noción del error y no requieren de estándar de persuasión.

controlable²⁸. La sentencia guía no es del todo clara respecto de la forma en que entiende la prueba rendida, sea sobre la base de la convicción o de la razón.

En concreto, se lee en el fallo que “esta Corte ya ha señalado, para acceder a la declaración que trata el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política de la República, que es necesario que se denuncien actuaciones de la judicatura desprovistas de elementos de convicción que habiliten su sustento racional o que fueron expedidas por voluntad meramente potestativa, caprichosa o insensata”²⁹.

En esta parte, el razonamiento amerita, al menos, dos reparos.

Desde la tradición racionalista, la objeción consiste en el enlace forzado de la díada “convicción-razón”, tal como si los elementos de convicción sirvieran de sustento a la calificación de una decisión como racional, cuando en realidad la racionalidad de una decisión está basada en sus fundamentos, precisamente, racionales.

Además, incluso desde la tradición subjetiva de la prueba, el argumento resulta inexacto pues son las razones las que permiten arribar a la convicción como aptitud proposicional de decisión, y no a la inversa.

Es por ello que la sentencia muestra, más que cualquier consideración teórica, que la carga de autoconvencimiento subsiste, al menos como germen, en nuestro medio y en el máximo Tribunal, respondiendo a una larga tradición dogmática-jurisprudencial de adoptar decisiones sobre la base de la convicción o creencia³⁰.

En sana doctrina, es el juez quien debe explicitar su razonamiento y justificar su decisión acerca de los enunciados fácticos³¹, conforme con el principio de motivación que opera como una racionalización de la función jurisdiccional y que ha sido reconocida

²⁸ GONZÁLEZ, 2006, p. 112: explica que la concepción epistemológica subyacente es difícil de sostener, dado que le es indiferente la forma de razonamiento por la que se arribó a dicho convencimiento y no pareciera ser controlable racionalmente. Por contrapartida, FERRER, 2003, p. 30: “decir que un hecho está probado es igual a decir que un determinado sujeto dotado de autoridad cree que ese hecho ha ocurrido. Siendo así, no queda ningún criterio intersubjetivo que permita decir que el sujeto en cuestión se equivocó”.

²⁹ Corte Suprema, 08.07.2015, rol 1.579-2015, considerando 7°.

³⁰ Concordamos con que el lastre de la noción subjetivista de la prueba ha resultado difícil de desterrar de nuestra tradición jurídica, pues persiste la asociación equívoca entre la libre valoración de la prueba y la creencia o convicción del juez como criterio de decisión. Cfr. ACCATINO, 2006, p. 18. En tal sentido, Gascón aclara que la libre convicción es una garantía epistémica y principio metodológico negativo, que consiste en el rechazo de la prueba legal como suficiente para determinar la decisión y no se constituye en un principio positivo de valoración libre o sin pruebas, en GASCÓN, 2004, p. 141-142. En otras palabras, concordamos en que no existe una exención al deber de motivación, pues valorar en conciencia debiera constituirse en un método “de persuasión racional y no de íntima convicción pues las cuidadosas exigencias establecidas en el derecho nacional sobre las formas de dictar sentencias conducen a esta conclusión”, en PEÑAILILLO, 1989, p. 91.

³¹ CALAMANDREI, 1960, p. 118 postula que “entonces la motivación que es un balance escrito de la sentencia, de los fundamentos de hecho y de derecho que llevan al (por lo que podría calificarse de diario de viaje de la lógica judicial) constituye el trámite indispensable para introducir al lector dentro del pensamiento del juez, con el objeto de darle la posibilidad de controlar si en el camino de sus silogismos ha existido en cualquier punto, una caída o una desviación”.

sistemáticamente por nuestra judicatura³². En este sentido, la doctrina que se lee en el considerando séptimo del caso guía no viene sino a reproducir una línea jurisprudencial decantada en el tiempo de confusión e interacción entre razonamiento y convicción³³.

b) Valoración probatoria cautelar penal: sana crítica

La controversia giró en torno al enunciado “Es verdad que Leonardo General (imputado) ejerció fuerza o intimidación en la persona de X”.

En este punto, se ponderó como prueba débil el relato de la víctima, por cuanto “resulta claramente desprovisto de racionalidad y mínima sensatez (...) En efecto, la supuesta víctima no es una menor de edad, sino una persona de 30 años a la fecha del juicio, sin anomalías ni perturbaciones siquiátricas constatadas”³⁴, y se razonó que no contribuye a la verdad del enunciado el testimonio de oídas que no dio noticia de conmoción o anormalidad en el comportamiento de la víctima, así como tampoco el video que se limita a constatar conductas comunes en un acto sexual consentido.

Cuando el tribunal subsume un enunciado fáctico en la hipótesis contenida en una norma general, ello implica un razonamiento inferencial y concreto basado en evidencia, antecedentes o indicios. Su objeto consiste en verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma sin que dicha función quede condicionada a la etapa de juicio oral, sin perjuicio de reconocer escisiones terminológicas³⁵ pues, en definitiva, aquí radica la legitimidad social de una decisión judicial. Sin fundamentación o motivación fáctica, el derecho es mera abstracción inaplicable³⁶.

Además de las particularidades del razonamiento propias de una etapa preliminar, resulta manifiesto que la tarea encomendada al adjudicador –justificar fácticamente su decisión cautelar penal– supone la adhesión a un sistema de valoración, en la especie, sana crítica³⁷. Arribamos a dicha conclusión por cuanto de la sentencia guía (conside-

³² Lo que se ha venido expresando se manifiesta normativamente en la triada conformada por los artículos 36, 122 y 143 del CPP, que no son sino manifestación de la garantía constitucional de un “justo y racional procedimiento” contenida en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la CPR. En tal sentido, ver la resolución dictada por la Corte Suprema, causa rol 13.185-2018, considerando 3°.

³³ Corte Suprema, 03.11.2009, rol 3.450-2008 y Corte Suprema, 11.05.2015, rol 25.658-2014.

³⁴ Corte Suprema, 8.7.2015, rol 1.579-2015, considerando 8°.

³⁵ En doctrina se distingue entre prueba y actos de investigación. Dada la centralidad del juicio oral y lo dispuesto en los artículos 140, 259 y 296 CPP, sostiene DECAP, 2019, p 83: “que solo en la etapa de juicio es posible considerar el desahogo de pruebas” y GIMENO, 2019, p 838: limita la prueba para la dictación de la sentencia en juicio oral. En esta línea, se ha resuelto que “el debate de modificación de medida cautelar, no es un debate de juicio, porque sencillamente en esta sede no se rinde la prueba que es la que asienta los hechos definitivos” en Corte Apelaciones Punta Arenas, 6.3.2020, rol 43-2020.

³⁶ Parece olvidar aquello el siguiente proyecto de ley: “Artículo único: a) Elimínense del artículo 140 del Código Procesal Penal, las expresiones ‘que se cumplen los siguientes requisitos’ y las letras a) y b), quedando, como único requisito la contemplada en la letra c), de este artículo”, en Boletín N° 8046-07. La valoración probatoria constituye una condición mínima de racionalidad del ejercicio del poder estatal.

³⁷ ISENSSE, 2018, p. 150: por así disponerlo el artículo 297 del Código Procesal Penal, sin excepción.

randos octavo y noveno) se desprende que el máximo tribunal aplicó: reglas de la lógica o razón suficiente, al constatar que ni el video ni el relato del testigo de oídas contribuyen a acreditar la fuerza o intimidación; conocimientos científicamente afianzados, al reprochar la ausencia de peritaje médico de lesiones; y máximas de la experiencia, al señalar que una mujer de 30 años y con hijos, sabe cómo reaccionar frente a un intento de violación, aspecto que mermó la credibilidad del relato de cargo.

Finalmente, resta por caracterizar la valoración probatoria como un análisis prospectivo, concreto y fundado en información limitada en el marco de una investigación en desarrollo, elementos que han de ser aportados por los intervinientes³⁸.

c) Sujeción a una regla de estándar ¿inconsistencia sistémica?

Al respecto, es ilustrativo reproducir parte de la sentencia de la CS: “De esa forma respecto de ninguno de ellos se contaba con elementos serios que avalaran las conclusiones del tribunal en orden a tener por ‘acreditado’ como lo indicó en su resolución el delito materia de la formalización. Esto se ve ratificado por el propio tenor de la resolución de la jueza de garantía, la que nada dice o precisa para justificar”³⁹.

Pareciera, entonces, que nuestra hipótesis inicial ha sido refutada en la medida que la sentencia dictada por la Corte Suprema dio por no superado el parámetro de suficiencia después de valorar la prueba, es decir, la seriedad tanto de la prisión preventiva como del arresto domiciliario.

Empero, según observaciones anteriores, determinar si la seriedad –o cualquier otra expresión– constituye un verdadero estándar probatorio no solo supondrá constatar su consagración formal sino, necesariamente, determinar su contenido y ámbito de aplicación.

Previamente conviene resolver la cuestión acerca de por qué sería necesario un estándar de prueba en el caso de marras. En nuestra opinión, por la concurrencia de dos factores: en abstracto, debido a que estos umbrales cumplen una función heurística de la valoración y justificadora de la decisión⁴⁰, erigiéndose en una garantía para el ciudadano en una realidad tamizada por la probabilidad draconiana. Sin la definición cualitativa, moral y no epistemológica del grado de fundamentación fáctica requerido para dar por acreditada una hipótesis de hecho fundante de prisión preventiva, el máximo tribunal

³⁸ Concordamos con el rol “pasivo” que le atribuye el máximo tribunal al adjudicador en dicha tarea, conforme al paradigma adversarial. En este sentido, la Corte Suprema, causa rol 4.921-2014, considerando 10, señala que: “en un sistema procesal informado por los principios de contradicción, bilateralidad de la audiencia, y de imparcialidad del tribunal, la proactividad que echa de menos el peticionario, la ley la espera hoy del defensor”. Ídem, Corte Suprema, 28.11.2017, rol 33.813-2017, considerando 9°.

³⁹ Corte Suprema, 8.7.2015, rol 1.579-2015, considerando 9.

⁴⁰ En doctrina, PARDO, 2013, pp. 102-103: le atribuye fines de corrección y distribución de riesgo. Por su parte, COLOMA, 2009, p. 211 propugna que: contribuyen a “definir cuánta información y análisis será requerido para superar las exigencias inherentes a la carga de la prueba que ha sido impuesta sobre una de las partes”. Finalmente, NIEVA, 2010, p. 90 sostiene que: “no son sino frases o expresiones elegantes, que pretenden ser muy esclarecedoras para un lego [jurado] de cuál es su misión”.

estaría lógicamente impedido de declarar un error judicial probatorio consecuente, pues no podría lógicamente dar por no superado un listón o estándar, si aquel permanece indeterminado o no especificado en el artículo 140 del CPP.

Ahora bien, cabe preguntarse por qué sería necesario fundar la seriedad invocada. La respuesta es que sin fundamentación, la seriedad queda vaciada de contenido, meramente adjetiva, erigiéndose en una fórmula que en sí misma no puede justificar cuándo la prueba dispone de dicha calidad y cuándo no. Vale decir, no servirá para justificar la decisión. En este sentido, en cuanto a la atribución de contenido, el máximo tribunal no explicita el sentido y alcance de la invocada seriedad (ni en el considerando décimo ni en el resto del fallo), limitándose a calificar la prueba. Olvida que esta es la *ratio decidendi* de la acción invocada en el caso concreto, perdiendo la oportunidad de afianzar su doctrina, cuestión que resultaba esencial considerando que se aboga por un criterio o estándar, sin consagración a nivel normativo, a saber, la “seriedad”.

Esta crítica debe ser, sin embargo, matizada pues el fallo restó valor a prácticamente todos los elementos de aportación probatoria recaídos en la existencia de la violencia o intimidación, razón por la que el asunto no ameritaba mayores razonamientos abstractos para su resolución.

Finalmente, cabe preguntarse acerca del ámbito de aplicación de la invocada seriedad como parámetro probatorio. La sentencia guía la aplica al arresto domiciliario⁴¹, pero claramente este importa un grado de afectación a la libertad personal menor que la prisión preventiva. Según la distribución de errores de las medidas cautelares personales⁴², resulta que solo constituye un acertado fundamento para la prisión preventiva.

En definitiva, aun reconociéndole mérito al fallo, queda abierta la pregunta por el estándar de prueba aplicable en el sistema cautelar penal.

⁴¹ Corte Suprema, 8.7.2015, rol 1.579-2015, considerando 10º: “así como la de 29 de octubre de 2014 que le impuso la medida cautelar de arresto nocturno domiciliario la que no hace más que reiterar los errores de la primera y que, por ende, no amerita su análisis particular”.

⁴² Tal como se indicó, la distinción descansa en la administración del riesgo de equivocación, razón por la que las medidas cautelares contenidas en el Párrafo 6º del Libro I se rigen por los controles y requisitos aplicables a la prisión preventiva solo en cuanto no fueren incompatible. En consecuencia, la remisión no es absoluta sino que atiende a la naturaleza de las medidas que se pretenden decretar, caracterizadas por una distinta afectación a la libertad ambulatoria. Concuerta, DUCE y RIEGO, 2007, p. 281: para quienes todas afectan la prisión preventiva y “requieren un fundamento fuerte, no obstante, la intensidad de la afectación evidentemente condiciona su propio fundamento. Por lo tanto, es probable que en el caso de medidas de muy baja intensidad, el juez se conforme con un caso menos fuerte”.

III. HACIA LA BÚSQUEDA DE UNA REGLA DE SUFICIENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. *Primera aproximación: análisis normativo*

Para efectos de ordenar la prisión preventiva se exige “a) Que existen antecedentes que *justificaren* la existencia del delito que se investigare; b) Que existen antecedentes que permitieren *presumir fundadamente* que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y c) Que existen antecedentes *calificados* que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para...”⁴³.

- a. En cuanto al primer requisito (art. 140 letra a), se trata del presupuesto material o *Fumus comissi delicti*. En particular, la existencia del delito.

Se exige por el legislador que medien antecedentes y que estos sean justificados. “Antecedente” es todo dato que da cuenta de una circunstancia de hecho en que se basa una decisión. Por su parte, basta con entender que justificar es “probar algo con razones convincentes”⁴⁴.

El legislador exige la justificación, connatural a toda resolución, pero no se hace cargo de la distribución de los errores, y particularmente, de cuándo la decisión estará probatoriamente justificada.

- b. En cuanto al presupuesto material o *Fumus comissi delicti*, en particular, la participación (art. 140 letra b)

Se exige por el legislador que medie una presunción y que esta sea fundada, exigencia que está lejos de constituir un estándar probatorio.

Sintéticamente, una presunción es un instrumento cognoscitivo distinto de la prueba. Constituye un mecanismo inferencial que permite enfrentar la incertidumbre y cuyo nexos desde lo conocido hacia lo desconocido o presumido, es una máxima de la experiencia⁴⁵. Por su parte, el calificativo “fundada” resulta un reforzamiento de la intención del legislador de descartar las meras sospechas o suposiciones.

La norma consagró una presunción simple o judicial que instruye al juez cómo inferir y no cuándo dar por acreditado un hecho. Es decir, su influjo radica en paralelo a la valoración, y ciertamente, no entorno a la determinación de un estándar de prueba⁴⁶.

⁴³ Artículo 140 CPP.

⁴⁴ DICCIONARIO REAL ACADEMIA LENGUA ESPAÑOLA.

⁴⁵ Se definen como “razonamientos del legislador o del juez en los que se parte de un hecho conocido para determinar la existencia de un hecho ignorado”, en GAMA, 2013, p. 69.

⁴⁶ Lo explicado dice relación únicamente con la presunción judicial y no con las presunciones legales absolutas (de derecho) o relativas (simplemente legales), por cuanto “ella se basa en reglas de experiencia humana y opera en el momento de la valoración de la prueba, a diferencia de una presunción legal, que no

Cabe destacar que el razonamiento presuntivo no enerva la necesidad de un estándar probatorio tendiente a acreditar la participación del imputado, por dos razones. Primero, porque este presupone la prueba del hecho conocido que sirve de base para inferir el hecho desconocido, lo que conlleva necesariamente un umbral para dar por establecido aquél; y segundo, porque las máximas de la experiencia, en cuanto juicios lógicos fundados en regularidades empíricas, deben ser acreditadas, sin perjuicio de reconocer excepcionales juicios hipotéticos de contenido general que no admiten cuestionamiento, tal como, que el sol sale todas las mañanas por el Este y se pone por el Oeste. De este modo, resulta que el juez, al emplear una máxima de la experiencia como núcleo de una presunción judicial, razona por regla general en forma inductiva y, en consecuencia, su inferencia en la casi totalidad de casos es probabilística, por lo que requiere un umbral de certeza fáctica⁴⁷. Nótese que esta cuestión no es una mera abstracción teórica, sino que es una exigencia de racionalidad que se introduce en nuestro medio jurídico vía requisito de gravedad, connatural a toda presunción judicial⁴⁸.

c. En cuanto al presupuesto “necesidad de cautela” o *periculum libertatis* (art. 140 letra c)

Tradicionalmente, esta exigencia no despierta mayor debate probatorio. Siendo un asunto de argumentación jurídica, se satisface aplicando el principio de proporcionalidad.

Pese a ello y partir de la interrelación entre el hecho y el derecho, es de interés asentar probatoriamente que:

- En el encabezado, el legislador mandata constatar la existencia de evidencia (“antecedentes”) y de dotarla de una cualidad (“calificar”), todo con un carácter instrumental (“indispensable para”);
- El inciso 2º regula la obstaculización de la investigación, exigiendo la acreditación de sospecha grave y fundada para su procedencia. La ley no señala circunstancias o factores, sino más bien enumera ejemplos;

necesariamente refleja una máxima de la experiencia y cuyo momento en el proceso es el de la carga de la prueba”. LARROUCAU, 2015, p. 28.

⁴⁷ Para un argumento completo, véase GAMA, 2013. p. 85.

⁴⁸ Explica el requisito de gravedad Taruffo, para quien responde a la “naturaleza probabilística que es propia, en la casi totalidad de los casos, de las inferencias presuntivas. Así pues, si se quiere ir más allá de las definiciones genéricas y meramente alusivas para utilizar nociones en alguna medida más rigurosas, debe hacerse referencia al concepto de probabilidad prevaleciente”. TARUFFO, 2005, p. 475. En tal sentido, normativamente hay que tener a la vista los artículos 1712 CC, 426 CPC y 52 CPP.

- Los incisos 3° y 4° abordan la afectación a la seguridad de la sociedad⁴⁹, elemento vago y no definido, aunque se fijen elementos indiciarios;
- El inciso 5° propugna un racionamiento presuntivo simple.

2. *Segunda aproximación: análisis dogmático*

En algunas materias el legislador definió el estándar de prueba aplicable y en otras no. En estas últimas, corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia, como partes integrantes del sistema jurídico, suplir el silencio legal.

A continuación, se sistematiza la doctrina que se ha pronunciado a este respecto.

a) Postura que no reconoce un estándar

Según Caroca “el CPP al transcribir las normas del antiguo Código usa una terminología inadecuada, ya que exige que ‘existan antecedentes que permitan presumir fundadamente’ que el imputado ha tenido participación en el ‘delito’, lo cierto es que la libre valoración de la prueba descarta la existencia de tales presunciones y menos del delito, que en esos momentos aún no se puede decir si se ha cometido”⁵⁰.

Disentimos de la opinión planteada. En primer lugar, porque el sentido de la voz “delito” es una locución que atiende a requisitos sustantivos. Por consiguiente, su exigencia puede estar sujeta a diversos estándares probatorios conforme al riesgo que se administra. Por el contrario, la crítica esbozada por el autor supone una falta de reconocimiento de la divergencia, *ergo*, del razonamiento probatorio. Y en segundo, porque el razonamiento presuntivo que se propugna es judicial y no legal, por lo que resulta compatible con el razonamiento probatorio, con el que incluso se emparenta⁵¹.

Como se comprenderá, no es que el autor sea explícito en negar el estándar, pero su forma de razonamiento da cuenta mínimamente de su reconocimiento.

b) Postura de la necesidad de un estándar, pero con determinación vaga

Horvitz y López explican que el juez, al momento de apreciar los elementos de prueba, puede estar ante la duda, la probabilidad o la certeza; para luego dar cuenta de

⁴⁹ La legitimidad política criminal del instituto ha sido objeto de arduo debate y álgido cuestionamiento desde la faz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, erigiéndose, para sus críticos, la causal en una anticipación punitiva. Sobre el asunto DEI VECCHI, 2013, pp. 189-217; y HORVITZ y LÓPEZ, 2008, p. 389.

⁵⁰ CAROCA, 2005, p. 191.

⁵¹ LARROUCAU, 2015, p. 27: vincula sana crítica, presunción judicial y decisión judicial al explicar que “una presunción judicial, lo mismo que la sana crítica, articula una forma de razonamiento para inferir un hecho desconocido a partir de uno conocido. En otros términos, tanto el esquema de esta presunción –gravedad, precisión y concordancia– como el de la sana crítica –ciencia, lógica y experiencia– instruyen a un juez acerca de cómo inferir, no que inferir”.

que se acepta generalmente que el estándar requerido para la prisión preventiva consiste en un mero juicio de probabilidad⁵².

Desde una faz valórica, Isense postula que deberá ser superior al civil pero inferior al de la sentencia definitiva penal⁵³. En igual sentido Aedo⁵⁴.

Por su parte, Riego avanza al exigir una prognosis de “una sólida expectativa de que los cargos serán llevados a juicio”⁵⁵.

Finalmente, Cerda precisa que “debe tratarse de elementos de información objetivos, serios y convincentes”⁵⁶.

c) Postura que reconoce la necesidad de un estándar y propugna uno

Descriptivamente, Beltrán promueve un estándar *sui generis*, según el que no bastaría con “tener por probada sin más la hipótesis que tenga un grado de confirmación mayor, sino, adicionalmente, exigir que además de tener un grado de confirmación mayor, se alcance un quantum de confirmación determinado”⁵⁷.

Análíticamente, en tanto, Valenzuela sostiene que la evidencia disponible debe ser sometida a “1) la hipótesis de hecho debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente; 2) Las predicciones de nuevos datos y sus correlativas hipótesis de hecho deben haber resultado confirmadas; 3) Deben formularse predicciones basadas en las evidencias que permitan que se acepte como probable un determinado enunciado sobre hechos”⁵⁸.

Dado este escenario, propugnamos que:

- i. A toda medida cautelar penal se le ha de exigir acreditación conforme al estándar de grado mínimo necesario de probabilidad prevaleciente;
- ii. Conforme a la regla anterior, debe atenderse al riesgo que se administra: mayor o menor afectación a la libertad ambulatoria del imputado. En el caso de la prisión preventiva, el juez debe exigir una mayor acreditación; y que,

⁵² HORVITZ y LÓPEZ, 2008, p. 401. De la simple lectura se les reconoce el mérito de afinar el razonamiento probatorio en un ámbito probabilístico, pero no dan luces de su *quantum*.

⁵³ ISENSE, 2018, p. 154.

⁵⁴ AEDO, 2017, p. 43: “el uso de un estándar muy elevado es imposible de alcanzar en los inicios del proceso penal y, por otro lado, la exigencia de un estándar inferior es inaceptable en un sistema protector de derechos fundamentales”.

⁵⁵ RIEGO, 2013, p. 247. Estimamos de mayor contenido que la mera exigencia de probabilidad, la locución “sólida expectativa”, pues, exegéticamente, una expectativa supone la probabilidad razonable de que algo suceda.

⁵⁶ CERDA, 2005, p. 141

⁵⁷ BELTRÁN, 2012, pp. 472-473. Una opinión crítica a la propuesta sostiene Hadwa, para quien esta tesis difícilmente podría ser aceptada, ya que tanto el estándar de la duda razonable, como el de la preponderancia de la evidencia, se encuentran conectados a realidades procesales definitivas y en donde ya se aplicaron reglas contra epistémicas. HADWA, 2015, p. 107.

⁵⁸ VALENZUELA, 2017, pp. 81-82.

iii. La presunción de inocencia es una garantía vertebral del proceso penal compatible con la aplicación de medidas cautelares personales⁵⁹, limitándose su función como regla de trato. En consecuencia, la eventual plausibilidad de la tesis de defensa no merma la fuerza probatoria de la tesis de cargo⁶⁰.

3. *Tercera aproximación: análisis jurisprudencial*

Finalmente, como la doctrina no es fuente formal del derecho, sistematizamos a continuación jurisprudencia relevante.

A nivel convencional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció, aunque sin definir, dos exigencias en torno al umbral de suficiencia cautelar-penal: la probabilidad (“grado”) y la razonabilidad⁶¹.

En concreto, exige que “la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas”⁶².

A nivel nacional, en tanto, cabe prevenir que la oralidad y la protocolización limitan el acceso a fallos de interés, empero, son doctrinas decantadas por el máximo tribunal las siguientes:

a) La menor exigencia probatoria de la decisión cautelar respecto del umbral de condena

Así, se ha resuelto que “el mero hecho de un laudo absolutorio no transforma automáticamente al auto de procesamiento en injustificadamente erróneo o arbitrario, por cuanto son dos momentos procesales diferentes que requieren de grados de convicción distintos”⁶³.

En el mismo sentido, se ha dicho que “una decisión condenatoria demanda un estándar más elevado de convicción que aquel requerido para decretar la prisión preventiva”⁶⁴.

⁵⁹ FERRER, 2010, p. 11: “el debate entre abolicionistas (de la prisión preventiva o de la presunción de inocencia) y compatibilistas sería, más bien, un debate acerca de los límites de la presunción de inocencia como regla de trato procesal”.

⁶⁰ VALENZUELA, 2018, p. 851: “Este es un caso donde esa regla no recibe aplicación y el juez puede entender que hay suficiencia de la evidencia de la medida cautelar aún en casos en que pervivan hipótesis de hecho compatibles con la inocencia del acusado”. Esto, no obsta a nuestro entender, a la necesidad de hacerse cargo de las alegaciones de la defensa respecto de la tesis de imputación fiscal. En tal sentido, Corte Apelaciones Concepción, 13-12-2019, rol 254-2019, considerando 7 y Corte Suprema, 19.10.2017, rol 40860-2017, considerando 6.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Palamara Vs. Chile, considerando 206.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Norín Vs. Chile, considerando 311.

⁶³ Corte Suprema, 24.05.2011, rol 2.804-2010, considerando 14.

⁶⁴ Corte Suprema, 20.04.2015, rol 22.356-2014, considerando 11. Idéntica doctrina en Corte Suprema, 6.6.2018, rol 44.656-2017, considerando 10.

b) En el camino hacia un umbral de verosimilitud

Se suele exigir que “deben existir antecedentes de cargo que deben ser dilucidados en un juicio de probabilidad y que efectuado el mismo por esta Corte, permiten en esta etapa atribuir a los imputados razonablemente los hechos”⁶⁵.

Asimismo, a la “misma conclusión llega el tribunal *a quo*, cuando señala que solo hay indicios, y que estas no constituyen necesariamente presunciones fundadas de participación”⁶⁶ y “No se trata de determinar en esta instancia procesal, la culpabilidad o inocencia de los imputados, sino sólo si su libertad representa o resulta peligrosa para la seguridad de la sociedad o constituye un obstáculo insalvable para el éxito de la investigación”⁶⁷.

Según lo expuesto, en la jurisprudencia coexisten resoluciones erróneas en que se ha denegado la prisión preventiva “al no existir en esta etapa, *certeza* respecto de la concurrencia del verbo rector del tipo penal”⁶⁸, o simplemente, se ha concedido frente a la mera enunciación o constatación de antecedentes⁶⁹.

CONCLUSIONES

1. El error es incompatible con la convicción, pues esta, como aptitud proposicional, no se compromete con la verdad desde que justificar un estado interno o del alma es muy distinto a motivar fácticamente una decisión.
2. En nuestro medio jurídico y según el análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial, no existe un estándar cautelar penal decantado a efectos de conceder la medida cautelar de prisión preventiva, sin perjuicio de reconocerse mérito de la sentencia guía en tal sentido.
3. Previo a una valoración acuciosa de la prueba, la sentencia guía tiene el mérito de erigir la “seriedad” (considerando 10°) como un estándar cautelar penal, expresión nada antojadiza, pues también es empleada por la doctrina especializada. Por el contrario, se puede constatar que la carga de autoconvencimiento subsiste al menos como germen conceptual en el considerando 7° de la sentencia, lugar en que el tribunal emplea en una misma frase elementos subjetivos (“convicción”) y objetivos (“razón”) en una abierta relación asistémica.

⁶⁵ Corte Apelaciones Punta Arenas, 23.8.2018, rol 158-2018, considerando 4.

⁶⁶ Corte Apelaciones Santiago, 6.1.2020, rol 63-2020, considerando 2.

⁶⁷ Corte Apelaciones Temuco, 27.7.2018, rol 618-2018, considerando 1.

⁶⁸ Corte Apelaciones San Miguel, 6.1.2020, rol 21-2020, considerando 2.

⁶⁹ Corte Apelaciones Coyhaique, 8.11.2019, rol 8-2017. Es por ello, que se deniega la declaración de error judicial frente a la mera constatación de antecedentes de convicción y sin ponderar en Corte Suprema, 25.02.2019, rol 12.852-2018, considerando 7 y Corte Suprema, 9.05.2017, rol 70.829-2016, considerando 4.

4. Siendo una decisión valorable desde el punto de vista político, a fin de contribuir a la discusión, propugnamos que el estándar cautelar penal debe situarse entre la exigencia mínima de la probabilidad prevaleciente y necesariamente bajo el umbral de condena, conforme a la menor o mayor afectación de la libertad ambulatoria de la medida cautelar personal decretada.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela, 2006: "La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", *Revista Derecho (Valdivia)*, Vol. 19, N° 2.
- AEDO, Francisco, 2017: Estándares de convicción para el otorgamiento de medidas cautelares personales en el proceso penal, Valparaíso.
- BARRROS, Enrique, 2007: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Jurídica de Chile.
- BAYÓN, Juan Carlos, 2008: "Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano", *Analisi e diritto*, N° 2008.
- BELTRÁN, Ramón, 2012: "Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile", *Política Criminal*, Vol. 7, N° 14.
- CALAMANDREI, Piero, 1960: *Proceso y democracia*, Héctor Fix (trad.), Buenos Aires: Jurídica Europa – América.
- CAROCA, Alex, 2005: *El nuevo sistema procesal penal* (3ª edición), Santiago: Lexis Nexis.
- CEA EGAÑA, José, 2008: *Derecho Constitucional Chileno*, Santiago: Universidad Católica.
- CERDA, Rodrigo, 2005: *Manual del nuevo sistema de justicia criminal* (1ª edición), Santiago: Librotecnia.
- COLOMA, Rodrigo, 2005: "Estándares de prueba y juicios por violaciones a los Derechos Humanos", *Revista Derecho (Valdivia)*, Vol. 22, N° 2.
- DECAP, Mauricio, 2019: La prueba en materia sustantiva civil, Santiago: Jurídica de Chile.
- DEI VECCHI, Diego, 2013: "Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes", *Revista Derecho (Valdivia)*, Vol. 26, N° 2.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, 2007: *Proceso Penal*, Santiago: Jurídica de Chile.
- FERRER, Jordi, 2003: "Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales", *Jueces para la democracia*, N° 47.
- FERRER, Jordi, 2007: *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- FERRER, Jordi, 2010: "Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia", *Revista Maestría en Derecho Procesal*, Vol. 4, N° 1.
- GAMA, Raymundo, 2013: "Concepciones y tipologías de las presunciones en el derecho continental", *Revista Estudios de la Justicia*, N° 19.
- GARRIDO, Mario, 1999: "La indemnización por error judicial en Chile", *Revista Ius et Praxis*, Volumen 5, N° 1.
- GASCÓN, Marina, 2004: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons.
- GIMENO, Vicente, 2019: *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Editorial Civitas.
- GONZÁLEZ, Daniel, 2006: "Argumentación y prueba judicial" en Carbonell, Orozco y Vázquez (coord.), *Estudios sobre la prueba*, México: Universidad Autónoma.
- HADWA, Marcelo, 2015: *La prisión preventiva y otras medidas cautelares personales* (2ª edición), Santiago: Jurídica de Chile.
- HERNÁNDEZ, Domingo, 1999: "Error judicial: ensayo de interpretación constitucional", *Revista Ius et Praxis*, Vol. 5, N° 1.

- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, 2008: Derecho Procesal Penal Chileno, T.I, Santiago: Jurídica de Chile.
- ISENSE, Carlos, 2019: Prueba y medidas cautelares en el derecho administrativo sancionador, penal y civil, Santiago: Librotecnia.
- LARROUCAU, Jorge, 2015: “Sana crítica y presunción judicial”, *Revista Derecho Universidad de Concepción*, Nº 238.
- LAUDAN, Larry, 2005: “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 28.
- NIEVA, Jordi, 2010: *La valoración de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- NOGUEIRA, Humberto, 2005: “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 11, Nº 1.
- PARDO, Michel, 2013: “Estándares de prueba y teoría de la prueba”, en Carmen Vázquez (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons.
- PEÑAILILLO, Daniel, 1989: La prueba en materia sustantiva civil, Santiago: Jurídica de Chile.
- PRETCH, Jorge, 2004: “Resolución injustificadamente errónea o arbitraria en la indemnización por error judicial”, *Estudios constitucionales*, Vol. 2, Nº 1.
- RIEGO, Cristian, 2013: “La audiencia para debatir la prisión preventiva y sus distintos componentes”, en Duce, Podestá, Riego y Villadiego, *Prisión Preventiva en América Latina. Enfoques para profundizar el debate*, Santiago: Centro Estudio de Justicia de las Américas.
- TARUFFO, Michele, 2005: *La prueba de los hechos*, España: Trotta.
- TWINING, William, 2006: “De nuevo, los hechos en serio”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 32.
- VALENZUELA, Jonatán, 2018: “Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva”, *Revista Política Criminal*, Vol. 13, Nº 26.
- VALENZUELA, Jonatán, 2017: Hechos, pena y proceso, Santiago: Rubicón Editores.
- VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, 1999: *Derecho constitucional*, T.I, Santiago: Jurídica de Chile.
- VIVANCO, Ángela, 2015: *Curso de Derecho Constitucional* (3ª edición), T.I, Santiago: Universidad Católica de Chile.
- ZÚÑIGA, Francisco, 2008: “La acción de indemnización por error judicial”, *Estudios constitucionales*, Nº 2.

Normas jurídicas citadas

- LEY Nº 1.552, Código de Procedimiento Civil, publicada con fecha 30 de agosto de 1902.
- LEY Nº 7.421, Código Orgánico de Tribunales, publicada con fecha 9 julio de 1943.
- LEY Nº 18.287, Establece procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, publicada con fecha 7 de febrero de 1984.
- PACTO Internacional de Derechos civiles y Políticos, adoptado con fecha 30 noviembre de 1976. Publicado en Chile con fecha 29 de abril de 1989.
- CONVENCIÓN Americana sobre Derechos Humanos, adoptada con fecha 23 agosto de 1990. Publicado en Chile con fecha 5 enero de 1991.
- LEY Nº 19.696, Código Procesal Penal, publicada con fecha 12 octubre de 2000.
- D.F.L.Nº 1, Código del Trabajo, publicada con fecha 16 enero de 2003.
- LEY Nº 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, publicada con fecha 29 mayo de 2003.
- LEY Nº 19.968, Crea los Tribunales de Familia, publicada con fecha 30 agosto de 2004.

DECRETO N° 100, Constitución Política de la República, publicada con fecha 22 septiembre de 2005.

PROYECTO de ley que adecua los artículos 140 y 141, ambos del Código Procesal Penal a la Constitución Política de la República, en materia de prisión preventiva, Boletín N° 8046-07.

Jurisprudencia citada

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 17 noviembre de 1999, rol 802-1999.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 5 diciembre de 1990, rol 27.762-1990.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de fecha 22 noviembre de 2005, Palamara Vs. Chile.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 24 mayo de 2011, rol 2.804-2010.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 11 agosto de 2011, rol 5.411-2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de fecha 29 mayo de 2014, Norín Vs. Chile.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 9 junio de 2014, rol 4.921-2014.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL LOS ANDES, sentencia de fecha 30 agosto de 2014, rit 26-2014.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 20 abril de 2015, rol 22.356-2014.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 11 mayo de 2015, rol 25.568-2014.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 8 julio de 2015, rol 1.579-2015.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 9 marzo de 2017, rol 70.829-2016.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 19 octubre de 2017, rol 40860-2017.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 7 noviembre de 2017, rol 11.486-2017.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 28 noviembre de 2017, rol 33.813-2017.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 6 junio de 2018, rol 44.656-2017.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 25 junio de 2018, rol 13.185-2018.

CORTE APELACIONES TEMUCO, sentencia de fecha 27 julio de 2018, rol 618-2018.

CORTE APELACIONES PUNTA ARENAS, sentencia de fecha 23 agosto 2018, rol 158-2018.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 18 octubre de 2018, rol 39.368-2017.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 25 febrero de 2019, rol 12.852-2018.

CORTE APELACIONES CONCEPCIÓN, sentencia de fecha 13 diciembre de 2019, rol 254-2019.

CORTE APELACIONES SAN MIGUEL, sentencia de fecha 6 enero de 2020, rol 21-2020.

CORTE APELACIONES SANTIAGO, sentencia de fecha 6 enero de 2020, rol 63-2020.

CORTE APELACIONES PUNTA ARENAS, sentencia de fecha 6 marzo de 2020, rol 43-2020.

Los protocolos universitarios para la prevención y sanción de la violencia, acoso y discriminación entre estudiantes: una mirada criminológica y político-criminal

*José Ángel Fernández Cruz**

RESUMEN

El presente trabajo reconstruye los protocolos universitarios contra el acoso, la violencia y la discriminación entre estudiantes desde consideraciones criminológicas y político-criminales. Así, desde la criminología, podemos destacar la autonomía universitaria como uno de los factores que ha favorecido una cultura de la impunidad y, desde la política criminal, estos protocolos constituyen una de las principales manifestaciones de reconocimiento de los derechos de las víctimas.

Violencia – acoso y discriminación en las universidades – autonomía universitaria – victimología

Chilean Policies and Procedures on Violence, Harassment and Discrimination among Students. Perspectives from Criminology and Criminal Justice

ABSTRACT

The present study provides a criminology and criminal justice analysis of Chilean universities' policies and procedures on violence, harassment, and discrimination among students. From criminology considerations, it should be noted that autonomous university has facilitated a culture of impunity of these types of conducts. From criminal justice perspective, university policies and procedures on violence, harassment and discrimination is one of the principal manifestations of recognition of victims' rights.

Violence – harassment and discrimination on campus – autonomous university – victimology.

* Licenciado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España. Doctor en Derecho, Universidad Europea de Madrid, España. Profesor de Derecho Penal, Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: josefernandez@uach.cl

Artículo recibido el 5.3.2020 y aceptado para su publicación el 4.7.2020.

I. INTRODUCCIÓN

La problemática de la violencia, acoso y discriminación en las universidades (en lo sucesivo, AVD) ha sido una cuestión que, hasta tiempos recientes, había recibido poca atención no solo respecto de las autoridades estatales y universitarias, sino también por parte de la academia. Sin embargo, en los últimos años y como consecuencia de las movilizaciones feministas, varias universidades han aprobado protocolos internos destinados a prevenir y sancionar este tipo de conductas¹, normativa que, por su complejidad, requiere de una reflexión académica.

El presente trabajo realizará una reconstrucción de estos protocolos a partir de la criminología y la política criminal. La pertinencia de este enfoque se debe, entre otras razones, al hecho de que estos protocolos internos abordan el objeto por antonomasia de las ciencias penales, a saber, la violencia.

La tesis fundamental de este estudio es que una mirada desde las ciencias penales permite comprender y, en último término, legitimar estos protocolos, ya que uno de los principales problemas que se ha detectado, al menos en el Reglamento UACH, es una incomprensión y cierto rechazo por parte de las partes involucradas y de la comunidad universitaria. Para ello, este trabajo se sustenta, en la parte criminológica, en una visión crítica y realista de la violencia y, en la parte político-criminal, en una propuesta bienestarista penal centrada en la reinserción y en una visión no punitivista de reconocimiento de los derechos de las víctimas. Así, en cuanto a las cuestiones criminológicas, el estudio se centra en la violencia de género entre estudiantes, en las consecuencias expresas o latentes de los protocolos y en explicar las altas tasas de impunidad en el seno de las universidades. Respecto de la reconstrucción político-criminal, el estudio propone, en último término, un papel más activo de las universidades a la hora de sancionar y prevenir la violencia mediante una extensión de su competencia territorial y, a la vez, aboga por una redacción e interpretación de estos protocolos que reconozca los derechos tanto de las víctimas, por medio de medidas de protección y acompañamiento y soluciones alternativas, como de los estudiantes mediante un debido proceso, una sanción proporcionada y unas medidas de reinserción.

Este estudio toma como referencia el Reglamento, aprobado el 26 de junio de 2016, de “Procedimiento para el Acompañamiento, Investigación y Sanción de Conductas de Acoso, Violencia y Discriminación entre los Estudiantes de la Universidad Austral de Chile” (en lo sucesivo, Reglamento UACH)², ya que ha sido la primera universidad del

¹ En la actualidad, aproximadamente 20 universidades chilenas cuentan con protocolos relacionados con la violencia, acoso o discriminación: Alberto Hurtado, Metropolitana de la Educación, Arturo Prat, Antofagasta, La Serena, Católica de Valparaíso, Los Lagos, Magallanes, Diego Portales, de la Frontera, de Chile, O'Higgins, Católica de Chile, Valparaíso, Tecnológica Metropolitana, Santiago de Chile, Concepción y Tarapacá.

² En el año 2015, la UACH aprobó la “Política de Prevención y Sanción del Acoso, Violencia y Discriminación en la Comunidad Universitaria”. Ese mismo año, se creó el Comité Paritario de Género y Diversidad, constituido por representantes de los distintos estamentos de la universidad, cuyo objetivo fundamental es “promover la inclusión de la perspectiva de género y diversidad a través de la proposición de

país en aprobar un reglamento que regula de manera expresa los casos de AVD entre estudiantes. También se prestará especial atención a la literatura criminológica estadounidense, ya que ha sido en este país donde se han desarrollado e investigado con mayor profusión estos protocolos.

II. UNA BREVE RESEÑA AL REGLAMENTO UACH

La promulgación del Reglamento UACH, al igual que en el resto de las universidades chilenas, ha supuesto un cambio estructural en la manera que se aborda la problemática del AVD, no solo respecto de los procedimientos disciplinarios y del diseño institucional, sino también en cuanto a las prácticas de la comunidad universitaria.

El Reglamento UACH comienza estableciendo su ámbito de aplicación, en el que se incluye no solo el AVD realizado dentro del campus universitario o en el contexto de actividades universitarias, sino también aquellos casos fuera de estos supuestos calificados como graves y necesitados de una especial protección de la víctima (Art. 1).

Respecto de las conductas o hechos tipificados, el Reglamento UACH establece tres grandes categorías: el acoso, la violencia y la discriminación. Respecto del primero se diferencia entre el acoso sexual, el discriminatorio y el psicológico. En cuanto a la violencia, se distingue entre la de género y la discriminatoria. Y, por último, la discriminación hace referencia a toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, en particular cuando se funden en motivos como la raza o etnia, ideología, orientación sexual o identidad de género (Art. 2).

En cuanto a la parte orgánica o institucional, el Reglamento UACH contempla tres organismos. Dos internos: la Comisión para Situaciones de Acoso y Violencia y Discriminación (en lo sucesivo, la Comisión) y la Secretaría Ejecutiva (en lo sucesivo, la Secretaría); y uno externo de apoyo, la Dirección Jurídica de la Universidad. La Comisión es un órgano colegiado compuesto, entre otros, por un jurista, un especialista en género y diversidad y un representante de los estudiantes. Respecto de los otros miembros, se ha privilegiado el nombramiento de expertos en el tratamiento del AVD (psicólogos y asistentes sociales). En este sentido, debemos señalar que el Reglamento UACH presta una especial atención no solo a la protección y bienestar de las víctimas, sino también al tratamiento y resocialización del infractor. Por tanto, la protección de la víctima y la reinserción del victimario justifican la composición mixta de este órgano. Sus principales funciones son recibir y admitir las denuncias o reclamaciones, adoptar las medidas de protección y acompañamiento que contempla el Reglamento UACH y resolver los procedimientos disciplinarios (Art. 3 a 5). La Secretaría ejerce las labores de coordinación

políticas, procedimientos, acciones y metas (...). Decreto N° 76 de 15 de diciembre de 2015. A continuación se promulgó en el 2016 el Reglamento UACH. Finalmente, en el 2018 se aprobó el "Reglamento de Intervención en Situaciones de Acoso, Violencia y Discriminación", que abarca el resto de los posibles casos de AVD que pueden darse dentro de la comunidad universitaria, en especial entre estudiantes y profesores y entre profesores y personal administrativo.

de la Comisión, aunque sin derecho a voto. Tiene como principales funciones: recibir las denuncias por parte de los estudiantes, asesorar a estos acerca del Reglamento y exponer los antecedentes a la Comisión a la hora de admitir la tramitación de un procedimiento sancionatorio (Art. 8)³. La Dirección Jurídica es un órgano central de la Universidad que tiene como cometido la instrucción de los procedimientos disciplinarios (Art. 18).

El procedimiento se divide en tres grandes fases: el inicio y admisibilidad de la denuncia, la instrucción y la resolución. Además, el procedimiento en todas sus etapas está informado por ciertos principios y garantías generales consagradas en el artículo 11 del Reglamento. Así, tenemos:

- a) El principio de buena fe de las personas implicadas en el esclarecimiento de los hechos denunciados. Este principio viene acompañado de la posibilidad de incoar un procedimiento disciplinario en los casos de la utilización manifiestamente maliciosa de este procedimiento;
- b) El principio de objetividad en la investigación para determinar la existencia de los hechos denunciados;
- c) Los principios de dignidad, intimidad e igualdad durante la tramitación del procedimiento;
- d) La garantía del tratamiento reservado de la información relativa a las situaciones que pudieran ser constitutivas de los hechos que regula este Reglamento;
- e) El principio de protección a las víctimas, que establece un criterio abstracto de ponderación a favor de estas. Así, “cada vez que sea necesario realizar ajustes o cambios de cualquier tipo, se buscará que la parte ofendida o agredida soporte la menor parte de estos, así como también se le otorgará el máximo posible de seguridades y de facilidades en la realización de la denuncia, la investigación y la resolución de esta”.

En cuanto al inicio del procedimiento, el Reglamento establece la obligatoriedad de todos los órganos directivos como, por ejemplo, los directores de escuela de poner en conocimiento de la Comisión cualquier hecho que sea susceptible de ser considerado como AVD. Iniciado el procedimiento la víctima podrá desistir de la denuncia, lo que conllevará el fin de este, salvo hechos calificados como graves por la Comisión (Art.13). En todo caso, el desistimiento de la víctima no es obstáculo para que la Comisión pueda adoptar medidas de acompañamiento (art. 14).

La etapa de admisibilidad contempla tres posibles soluciones: (1) la inadmisión de la denuncia en sentido estricto; (2) la inadmisión de la denuncia acompañada de una

³ Además, debemos añadir, con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento UACH, la creación de la Unidad de Acompañamiento para Casos de Acoso, Violencia y Discriminación contra Estudiantes. Su creación se hizo necesaria debido al hecho de que una parte importante de las consultas recibidas por la Secretaría eran hechos que afectaban a estudiantes de la Universidad, en los que el presunto agresor no era otro estudiante o se encontraban fuera de la competencia de la Comisión. Esta Unidad se centra en prestar atención psicológica, orientación jurídica y eventuales beneficios sociales.

línea de acción dirigida a poner fin a la situación denunciada y evitar que se repita en el futuro; y (3) la admisión de la denuncia e inicio de la instrucción del procedimiento disciplinario. En este último caso, el Reglamento UACH contempla la posibilidad de aplicar medidas de protección y acompañamiento.

El procedimiento disciplinario es instruido por un abogado de la Dirección Jurídica de la Universidad. Se debe destacar un notable esfuerzo en medios y formación de esta unidad en la instrucción de este tipo de casos y, en especial, en aquellos relacionados con la violencia de género o machista. También, debemos destacar que la comparecencia de los testigos es obligatoria. Por último, tanto la víctima como el denunciado podrán ser acompañados por terceras personas y, en especial, de abogados (Art. 18).

El Reglamento contempla la suspensión del procedimiento en el caso de que se inicie un procedimiento penal, sin perjuicio de aplicar o mantener alguna de las medidas de protección o acompañamiento (Art. 15). En todo caso, la terminación del proceso penal sin condena (sobresimiento, suspensión condicional, absolución, etc.) no cierra la posibilidad de que el hecho sea sancionado por el Reglamento UACH.

Por último, la resolución del procedimiento, como hemos mencionado, compete a la Comisión. Esta resolución se articula a partir de una comprensión argumentativa de las decisiones judiciales. Así, esta debe contener los hechos investigados, las pruebas remitidas, el resumen de las alegaciones planteadas por las partes, la decisión adoptada por la Comisión, debidamente fundada, y, en su caso, la sanción aplicable (art. 19).

III. CUESTIONES CRIMINOLÓGICAS

1. *Una cuestión de género y violencia sexual*

El AVD en el ámbito universitario ha sido un fenómeno social silenciado hasta fechas recientes. Esta situación ha sido especialmente grave en los casos de violencia sexual contra las mujeres y los sujetos no conformes con su género⁴. La violencia en las universidades es un problema que afecta principalmente al género femenino y se centra en conductas de connotación sexual. Desde el estudio de Koss, Gidycz y Wisniewski (1987), en el que se evidenció que 1 de cada 4 estudiantes universitarias estadounidenses habían experimentado algún tipo de violencia sexual desde los 14 años, existe una constante y sólida evidencia empírica respecto del hecho de que las mujeres son las principales víctimas de la violencia en las universidades⁵.

⁴ MELLINS *et. al.*, 2017, p. 3 y doctrina citada.

⁵ En Estados Unidos, véanse los estudios citados por PERKINS y WARNER, 2017, p. 237. No obstante, Beaver critica estos estudios por incompletos y metodológicamente incorrectos. Esto ha llevado al autor citado a afirmar que, a partir de estas investigaciones, el gobierno federal estadounidense ha implantado ciertas políticas que han supuesto un alto coste económico para las universidades y una merma de las garantías procesales (BEAVER, 2017, pp. 257-266). Respecto de la UACH, en los años 2016 y 2017, la gran mayoría de las consultas recibidas por la Secretaría se refieren a hechos en donde las víctimas son mujeres (90%) y

Además de los efectos directos e indirectos derivados de los propios actos de AVD, estos afectan al normal desarrollo de la formación académica de los estudiantes. Así, por ejemplo y respecto de las agresiones sexuales —además de la lesión a la libertad sexual, la integridad personal y la vida; infecciones de transmisión sexual; embarazos no consentidos; abuso de sustancias psicotrópicas y alcohol; riesgo de suicidio; aislamiento social y disfunciones sexuales— estas conductas afectan gravemente al normal desarrollo de la formación académica de los estudiantes⁶. Estos efectos pueden agravarse considerablemente cuando la víctima se encuentra en el primer año de la universidad, ya que en este período los estudiantes, al tener que adaptarse a la nueva vida universitaria, se encuentran especialmente vulnerables ante cualquier acción violenta no consentida⁷. En este sentido, la violencia sexual contra las mujeres incide negativamente en las tasas de deserción universitaria. Así, en Estados Unidos, los estudiantes de primer año que han sufrido un acto de violencia tienen un mayor impacto en su desarrollo académico y son más proclives a dejar la universidad⁸.

Entre los factores de riesgo detectados por la criminología comparada podemos destacar la ingesta de alcohol o drogas⁹, las fiestas universitarias, las residencias de estudiantes, las relaciones sexuales causales y la pertenencia al primer año universitario. En Estados Unidos, el consumo de alcohol está asociado, al menos, con la mitad de los casos de agresiones sexuales. Esto indica que estamos ante uno de los factores más relevantes. En este sentido, la mitad de los estudiantes universitarios estadounidenses consumen alcohol de manera excesiva¹⁰. Como manifiesta Beaver, el consumo de alcohol es parte de la cultura universitaria, por lo que los problemas asociados a este continuarán en el futuro¹¹. En el mismo sentido, también las hermandades universitarias crean un contexto sociocultural, en el que las relaciones sexuales no consentidas se encuentran normalizadas¹². En Chile, las fiestas universitarias, los hogares estudiantiles, las casas y departamentos compartidos por estudiantes y las actividades asociadas a la bienvenida de estudiantes de primer año (el mechoneo), unido con el consumo de alcohol y drogas constituyen, al menos, en la UACH, los contextos socioculturales universitarios que

a quienes se les imputan las conductas que motivan las consultas son mayoritariamente hombres (67%). Respecto de las conductas denunciadas, corresponden, mayoritariamente, a los tipos de violencia de género (36%). Las mujeres son quienes denuncian con mayor frecuencia ser víctimas de AVD, representando el 65% de los estudiantes denunciados. Si tomamos las denuncias individuales excluyendo, por tanto, las hechas por o contra grupos de estudiantes (véanse los casos de mechoneo), el 81% de las denunciadas fueron mujeres y el 80% de los denunciados hombres. En el año 2018, el sesgo de género resulta en términos porcentuales más evidente MEMORIA 2016-2018.

⁶ Véanse, entre otros, LÉVESQUE *et al.*, 2016.

⁷ Por todos, MENGO y BLACK, 2015, p. 2.

⁸ MENGO y BLACK, 2015, pp. 3-13.

⁹ MELLINS *et al.*, 2017, pp. 1, 6, y 24. El uso de alcohol y otras drogas no solo debe ser visto en el contexto de un uso consentido por ambas partes, sino también como una estrategia deliberada para incapacitar a la víctima o limitar su posible resistencia. LISAK Y MILLER, 2002, pp. 73-84.

¹⁰ NATIONAL INSTITUTE ON ALCOHOL AND ALCOHOLISM, 2014.

¹¹ BEAVER, 2017, p. 264.

¹² MARTIN Y HUMMER, 1989, p. 462.

contribuyen en mayor medida a conductas violentas en general y a relaciones sexuales no consentidas en particular.

Una de las dificultades a la hora de cuantificar el AVD en la comunidad universitaria radica en el hecho de que bajo las normas definitorias se han incluido conductas que difieren en cada uno de los protocolos¹³. Esto puede distorsionar la percepción que tiene la sociedad acerca de esta problemática. Como manifiesta Beaver, a la hora de cuantificar el AVD en las universidades, un factor determinante es cómo estas se encuentran definidas¹⁴. Así, por ejemplo, cuando utilizamos el término “relaciones sexuales no consentidas” para cuantificar, prevenir y sancionar una conducta desviada, corremos el riesgo de equiparar valorativamente un beso forzado con una violación¹⁵. Esta situación se da en Chile con el término acoso que comprende conductas que van desde un insulto en las redes sociales hasta el denominado acoso sexual *quid pro quo*.

Estos protocolos tienen como una de sus principales virtudes la pretensión de reducir las tasas de actos violentos no denunciados ante las instituciones penales, aunque debemos tener presente que las tasas de delincuencia no detectadas en las universidades son altas. Así, una hipótesis planteada en la literatura estadounidense, en el caso de la violencia sexual, mantiene que gran parte de los estudiantes que ha experimentado un acto de violencia o acoso sexual no lo ha percibido como tal, porque lo asocian a un acto violento físico realizado por un extraño, en contraposición con los casos en los que han concurrido previamente un acto de consentimiento en el que participa un conocido (compañero universitario o sentimental)¹⁶. Ahora bien, y como consecuencia de las movilizaciones universitarias chilenas, se percibe un cambio cultural a la hora de denunciar actos de violencia sexual cometidos por un compañero.

Especial relevancia en las universidades chilenas tienen, sin duda, los casos de violencia en el contexto de relaciones sentimentales entre estudiantes, comúnmente denominada como “violencia en el pololeo”¹⁷. La sanción de este tipo de violencia resulta especialmente problemática en el derecho chileno, ya que no existe hasta la fecha ninguna regulación estatal que la contemple de manera expresa¹⁸. De esta manera, los protocolos de AVD pueden erigirse con un instrumento idóneo y eficaz ante este tipo de conductas. Pero como veremos con posterioridad, recientes fallos de los tribunales de justicia han limitado la posibilidad de que estos protocolos conozcan casos de AVD acaecidos fuera de las instalaciones de la universidad o de contextos académicos.

¹³ Esta situación se ha dado en las universidades estadounidenses a la hora de cuantificar las agresiones sexuales. Una de las razones por la cuales existen variaciones estadísticamente relevantes a la hora de cuantificar la violencia en las universidades reside en el hecho de que los protocolos incluyen diferentes definiciones. Así en el caso de las agresiones sexuales se incluyen conductas como el acoso sexual, tocamientos no consentidos, acoso callejero (tocamientos por sorpresa), entre otros. MELLINS *et al.*, 2017, p. 2.

¹⁴ BEAVER, 2017, p. 264.

¹⁵ Incluso, es posible equiparar las penas en el derecho penal chileno. Véase, Fernández, 2015, pp. 443-458.

¹⁶ FISHER *et al.*, 2010.

¹⁷ POÓ Y VIZCARRA, 2008, pp. 81-88.

¹⁸ Véase, el Proyecto que Modifica la Ley de Violencia Intrafamiliar y otros cuerpos legales y, establece Ley sobre Violencia en las Relaciones Íntimas de Pareja sin Convivencia, Boletín N° 8851-18.

2. *Consecuencias de los protocolos*

La criminología no solo se ocupa de los efectos y la etiología de la delincuencia, sino también de los asociados a los medios de control social, en especial, de los indeseados previstos o no. Por tanto, resulta necesario mencionar someramente algunas de las consecuencias de estos protocolos. Respecto de las víctimas, estos protocolos, al igual que en el sistema de justicia penal, pueden producir una revictimización como, por ejemplo, aquellos efectos asociados a interrogatorios hostiles, actitudes que denotan incredulidad respecto de la denuncia y a la percepción de no sentirse apoyadas por las instituciones universitarias¹⁹.

En cuanto a los denunciados y sancionados, el principal efecto radica en la merma de sus garantías procesales en aras de una mayor protección de las víctimas. Así, muchos de ellos se sienten desprotegidos y privados de sus derechos²⁰. A lo anterior, debemos añadir los problemas asociados a la salud mental que conlleva el procedimiento sancionatorio y la eventual sanción. Pero, sin duda, las “funas” o “escraches” y juicios paralelos por medio de las redes sociales son unos de los efectos más perjudiciales de estos protocolos.

3. *La autonomía universitaria como espacio de impunidad*

La autonomía universitaria ha tenido un papel, en cierta manera, contradictorio en la prevención y sanción del AVD en las universidades. Por una parte, la inviolabilidad y el fuero universitario han impedido de forma expresa o latente que el Estado y las propias universidades intervengan en la prevención y sanción de la violencia en la comunidad universitaria; y, por otra, la autonomía académica, política, administrativa y económica ha permitido que varias universidades tomen medidas activas, entre la que destaca, precisamente, la promulgación de protocolos internos.

El fuero o autonomía universitaria en un sentido amplio comprende la libertad de enseñanza e investigación, el denominado fuero interno²¹ y la autonomía política, administrativa y económica. La autonomía universitaria ha formado parte de las universidades prácticamente desde su creación y se suele asociar a la defensa de intereses corporativos de los gremios. Con el tiempo, las universidades, a partir de una doble protección (primero pontificia y, con posterioridad, regia), se constituyen en unas corporaciones de amplia proyección con autonomía económica, administrativa y jurídica. Es así como se configuró como un organismo estructurado mediante varios privilegios frente al poder²².

¹⁹ HARPER *et al.*, 2017, p. 306 y doctrina citada.

²⁰ TRIPLETT, 2012.

²¹ El denominado fuero universitario, como un conjunto de reglas adscritas al principio de autonomía universitaria, comprende el mantenimiento del orden interno por parte de sus autoridades, la inviolabilidad de los recintos universitarios y, en sus inicios, la competencia exclusiva para conocer y juzgar a los miembros de la comunidad universitaria.

²² BALLBÉ, 1999, p. 4.

Uno de los principales privilegios fue el denominado fuero académico, que suponía una competencia exclusiva de sus autoridades para juzgar a sus estudiantes y maestros²³.

Pero con el advenimiento de las ideas ilustradas y, en especial, como consecuencia de los principios de libertad del trabajo y libertad económica y de una estructura centralista y absolutista del poder, se cuestionó y redujo la autonomía universitaria. No obstante, este cuestionamiento nunca supuso una eliminación total de estos derechos y prerrogativas e, incluso, con la consolidación de los modernos estados de derecho, se recuperaron gran parte de estos²⁴. Ahora bien, en países como España y Chile, la dictadura supuso una reducción o eliminación de la autonomía universitaria. Hasta el advenimiento de la dictadura de Pinochet, se reconocían a las universidades tanto la garantía de no intromisión en materia de seguridad como la autonomía universitaria, situación que se interrumpe con el golpe de Estado de 1973. Por medio del Decreto Ley N° 50, del mismo año, la Junta Militar intervino en las universidades públicas y privadas, nombrando a sus autoridades con poderes absolutos y atribuyéndose la facultad para designar rectores delegados en todas las universidades del país²⁵.

Tras el regreso de la democracia, se han recuperado *de iure*²⁶ o *de facto* gran parte de los derechos y garantías asociados a la autonomía universitaria. Si bien el denominado fuero universitario no ha sido restablecido, se ha generado una cultura de no intervención, tanto de las fuerzas de seguridad del Estado como de la Fiscalía²⁷, salvo en los casos de un delito flagrante o de seguridad pública. Así, nos encontramos con un concepto consuetudinario de domicilio universitario que impide o limita la intromisión de la policía y del Ministerio Público. Pero, además, las autoridades universitarias no han abordado los casos de AVD, especialmente, aquellos tipificados penalmente, ya que se ha entendido que su prevención, sanción y tratamiento correspondía a las diferentes instituciones del Estado. En conclusión, existía, hasta la promulgación de estos protocolos, un espacio y cultura de impunidad. Debemos recordar que, además de estas razones meramente competenciales, sin duda, el hecho de que la mayoría de los casos de AVD se encuentren relacionados con la violencia de género explica la invisibilización de estas conductas.

Si bien esta garantía de no intervención ha protegido ciertos derechos de los miembros de la comunidad universitaria, como el de libertad de expresión, también ha facilitado la vulneración de otros derechos, como la integridad física, la intimidad y la libertad sexual. En el tema que nos ocupa, esta cultura de la impunidad ha dejado sin protección a los estudiantes y, en especial, a las mujeres, invisibilizando este tipo de conductas no solo respecto de las autoridades académicas sino también y lo que es más

²³ ABDELKADER, 2011, p. 29.

²⁴ ABDELKADER, 2011, p. 31.

²⁵ BASSA Y ASTE, 2109, p. 193 y 196.

²⁶ Véase en extenso: BASSA Y ASTE, 2109, pp. 195-199.

²⁷ Véase un caso paradigmático de cómo esta prohibición se encuentra asentada en la cultura universitaria en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/educacion/movimiento-estudiantil/por-que-carabineros-no-puede-ingresar-a-la-universidad-de-chile/2013-06-14/182516.html> <https://www.emol.com/noticias/nacional/2012/03/29/533401/carabineros-le-responde-a-rector-zolezzi--tenemos-facultad-de-ingreso-ante-delitos-flagrantes.html>

chocante de los propios representantes estudiantiles que, hasta el año 2016, el AVD no formó parte de sus agendas políticas. Como manifiesta Caro, “si bien la autonomía es un valor fundamental, no puede ser en ningún momento una excusa para violar, vulnerar o esconder derechos”²⁸. Así, no le falta razón a quienes critican la desnaturalización de la autonomía universitaria que, por una parte, ampara las prerrogativas de los profesores y de las instituciones universitarias y, por otra, permite que estas no se hagan cargo de sus responsabilidades sociales²⁹.

IV. CUESTIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

Una de las principales cuestiones político-criminales relacionada con la problemática de la autonomía universitaria es si resulta necesaria y conveniente la promulgación de una legislación estatal que regule esta materia. Esta ha sido la opción en Estados Unidos³⁰. Una regulación estatal tiene como principal ventaja el aseguramiento de un estándar mínimo de protección en todas las universidades chilenas. Como desventaja pueden señalarse dos: una limitación de la autonomía universitaria y una menor flexibilidad a la hora de regular estos protocolos de acuerdo con la realidad y el contexto social de cada universidad³¹. En todo caso, la promulgación de una ley solo debería contemplar

²⁸ CARO, 2018.

²⁹ BERNASCONI, 2015, p. 2.

³⁰ Estados Unidos cuenta con dos leyes federales que regulan esta problemática. La primera de ellas es la denominada *Clery Act* (*Jeanne Clery Disclosure of Campus Security Policy and Campus Crime Statistics Act*). Esta ley, tras varias reformas, requiere a las universidades hacer público un conjunto de delitos, entre los que destacan los relacionados con la violencia sexual, implementar políticas de prevención y la violencia sexual doméstica y de pareja y el acoso (*stalking*). Véase, WIES, 2015. La segunda ley federal es la denominada *Title IX* (*Title IX of the Education Amendments Act of 1972*). Esta ley fue promulgada en su inicio para hacer efectiva la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los programas de educación que reciben fondos públicos. Con posterioridad, esta ley ha ido incluyendo otras medidas, entre la que destaca la implementación de políticas y protocolos acerca de violencia y acoso sexual (*harassment*). Debemos destacar que esta ley contempla la posibilidad de restringir o eliminar los fondos públicos en el caso de incumplimiento de estas obligaciones. También, debe señalarse el tratamiento diferenciado de la violencia sexual y el acoso del establecido en el sistema de justicia penal. WIES, 2015. Junto con estas dos leyes, debe tenerse presente un documento enviado por el presidente de la Oficina de Derechos Civiles del Departamento de Educación, Russlynn Ali, en 2011, a todas las universidades, poniendo de relieve el problema de la violencia sexual en las universidades estadounidenses. Esta carta recuerda que, de acuerdo con el Título IX, las universidades están obligadas a llevar a cabo de manera inmediata y adecuada políticas y medidas para prevenir, investigar y sancionar la violencia sexual con independencia del sistema de justicia criminal. La propia carta detalla algunas de estas medidas como la designación de un coordinador o responsable para recibir y tramitar las denuncias, la provisión de un formulario de denuncia o el establecimiento de un plazo razonable para resolverlas, entre otras. Además, este documento entiende que el procedimiento disciplinario debe regirse por un estándar probatorio de evidencia preponderante más que por los estándares de clara evidencia o más allá de toda duda razonable. ALI, 2011.

³¹ En este sentido, el TC ha reconocido la potestad del legislador para regular materias o actividades reconocidas *prima facie*, dentro del ejercicio de la autonomía universitaria. Tribunal Constitucional, 21.06.2013, rol N° 2487-2013, considerando 47°.

los principios fundamentales de garantía, protección y reinserción, las etapas del procedimiento y las principales instituciones.

El Reglamento UACH, al igual que otros protocolos de prevención y sanción de la violencia entre estudiantes, puede reconstruirse a partir de los principales modelos desarrollados en la política criminal.

En cuanto al modelo garantista, deben destacarse el reconocimiento de ciertas garantías procesales de los denunciados y una especial preocupación por el principio de proporcionalidad. Así, el Reglamento UACH cuenta, como posibles soluciones jurídicas, desde una línea de acción, en el caso de que el hecho denunciado no sea constitutivo de violencia, acoso o discriminación, pero que pudiera atentar con la sana convivencia de la comunidad universitaria (Art. 13 b), hasta un elenco de sanciones (amonestación verbal o escrita, pérdida de beneficios sociales o académicos otorgados por la universidad, suspensión de la matrícula de uno a cuatro semestres y su cancelación (Art. 22). Además, el propio Reglamento UACH reconoce expresamente el principio de proporcionalidad como unos de los criterios fundamentales a la hora de aplicar las medidas de protección y las sanciones citadas. Así, respecto de estas últimas, establece como baremos de ponderación: la gravedad del hecho, el daño causado y la eventual concurrencia de agravantes y atenuantes (Art. 22, inc. 2°).

El Reglamento UACH también recoge varias medidas inspiradas en un modelo bienestarista. Así, encontramos medidas de carácter resocializador y relacionadas con la justicia restaurativa y procedimental³². En cuanto a las primeras, debemos señalar

³² La razón de incluir las denominadas justicia procedimental y restaurativa dentro del paradigma o modelo bienestarista se debe a que, en último término, lo que se pretende es que con una mayor participación de las partes involucradas se resuelva de mejor manera el conflicto social que subyace, en nuestro caso, en el AVD. La justicia restaurativa y procedimental constituyen las dos principales dimensiones de la denominada justicia organizacional que trata de ofrecer un diagnóstico y respuesta a las percepciones de insatisfacción tanto de la víctima como del victimario en una determinada organización. GREENBERG, 1987. Ambas dimensiones resultan importantes tanto para las víctimas como para los denunciados o sancionados. La justicia distributiva pone el foco de atención en la legitimidad o justicia del resultado. Las víctimas valoran la necesidad y eficiencia de la solución entregada por la organización, mientras que para los denunciados y sancionados lo relevante es la igualdad y proporcionalidad de esta. HARPER *et al.*, 2017, p. 310. Una de las tesis especialmente contraintuitiva mantenida por la academia estadounidense es que las víctimas demandan resultados con finalidades instrumentales (preventivas, simbólicas, etc.) más que retributivas. HARPER *et al.*, 2017, p. 311. En cuanto a la igualdad y la proporcionalidad de las sanciones, los estudios realizados en Estados Unidos y el creciente número de demandas ante la justicia ponen en evidencia que constituye uno de los principales problemas de los protocolos de AVD. MILLER, 1999. En cuanto a la justicia procedimental, esta se centra en el proceso a la hora de legitimar un determinado medio o instrumento de control social. Así, mantiene como una de sus principales tesis que los implicados se encuentran más predispuestos a aceptar una determinada decisión, aunque sea desfavorable, cuando el proceso establecido es considerado como justo o legítimo. Suelen establecer cuatro indicadores que inciden en la percepción de un procedimiento legítimo: (a) mecanismos de información y diálogo, (b) respeto, (c) neutralidad y (d) confianza respecto de los operadores del instrumento de control social. TYLER, 2006, pp. 19-40. Además, como manifiesta FRAZIER (2000), estos indicadores afectan en el tiempo y la manera en que las víctimas se recuperan de la vulneración de sus derechos, así como en las tasas de AVD no detectadas, ya que aquellas se encuentran más predispuestas a denunciar. ULLMAN Y FILIPAS, 2001, pp. 4-6. En último término, se propone respecto de los protocolos de AVD un cambio estructural en el procedimiento: sustituir el modelo pseudoadversarial por

las líneas de acción, ya que constituyen un instrumento no solo para evitar conductas que pueden afectar a la sana convivencia de la universidad, sino también para prevenir conductas sancionables por el Reglamento UACH³³. Respecto de las sanciones, debe destacarse la de suspensión de la matrícula sujeta a condición. Así, esta sanción pretende que el estudiante sancionado realice algún tipo de actividad o tratamiento destinado a mejorar su bienestar mental y prevenir en el futuro otras acciones de AVD. También debe mencionarse que las medidas de acompañamiento pueden aplicarse también en beneficio de la persona denunciada (Art. 17).

En cuanto a la justicia distributiva, se contempla la posibilidad de proponer una mediación previamente consentida por las partes (Art. 24). Por último, junto con la “Política de prevención y sanción del Acoso, Violencia y Discriminación en la Comunidad Universitaria”, se establecen varios mecanismos que facilitan que las partes involucradas y la comunidad universitaria perciban que los organismos encargados de aplicar el Reglamento UACH respetan sus derechos y los principios de objetividad, igualdad y justicia. La Secretaría juega, en este sentido, un papel fundamental, ya que tiene atribuida la función de comunicación con las partes involucradas (Art. 8), pero además ha asumido tareas de difusión y coordinación con la comunidad universitaria. Así, podemos destacar programas de difusión del Reglamento UACH y reuniones de trabajo con las diferentes instituciones, representantes de los estudiantes y trabajadores de la Universidad.

No obstante, aunque no existen estudios empíricos en Chile, se puede percibir un cierto descontento tanto por parte de víctimas y asociaciones feministas como de los denunciados y sancionados³⁴. Pero, en sentido contrario, podemos encontrar posiciones que mantienen que las universidades mediante estos protocolos se encuentran en una mejor situación a la hora de cumplir los objetivos y fines de la justicia restaurativa y procedimental³⁵.

En cuanto al modelo procesal, el reglamento puede ser definido como un sistema o procedimiento seudoadversarial. Así, si bien se encuentran garantizados derechos procesales básicos, el Reglamento UACH no contempla algunas de las garantías reconocidas

uno estructurado en la justicia distributiva y procedimental. HARPER *et al.*, 2017, p. 312. Si bien algunos protocolos contienen mecanismo de mediación, su estructura continúa siendo pseudo-adversarial por lo que, para los partidarios de este modelo político-criminal, los problemas de revictimización y reparación del daño y prevención y resocialización del estudiante sancionado continúan sin resolverse satisfactoriamente. MCGLYNN *et al.*, 2012. Así y por lo que respecta a las víctimas, estas necesitan contar su experiencia dramática, observar el arrepentimiento del ofensor, recibir apoyo y participar en la resolución de la vulneración de sus derechos. HARPER *et al.*, 2017, p. 312, véase doctrina citada.

³³ Respecto de las denuncias realizadas, 50% fueron admitidas, 41% no fueron admitidas, pero vinieron acompañadas por una línea de acción y 9% no fueron admitidas sin ninguna medida de este tipo. Las líneas de acción han consistido, principalmente, en entrevistas personales con la persona denunciada (14%), mediación (22%), actividades de difusión (14%) y cartas a la comunidad universitaria (50%). MEMORIA, 2016-2018.

³⁴ Véase en Estados Unidos, TYLER, 2006.

³⁵ CHMIELEWSKI, 2013, p. 149.

en el derecho penal, entre las que destacan los principios de contradicción, intermediación, doble instancia y el estándar probatorio más allá de toda duda razonable.

1. *La competencia territorial de los protocolos AVD*

Una cuestión de especial relevancia político-criminal radica en la determinación de la competencia territorial de estos protocolos y, en especial, de aquellos supuestos de AVD que concurren fuera de las instalaciones universitarias o del contexto de actividades académicas. Por tanto, el asunto a debatir, desde una perspectiva político-criminal, es si estos protocolos pueden constituirse en medios de control social para prevenir y sancionar conductas, muchas de ellas, tipificadas penalmente. Esta problemática, como era de esperar, ha tenido su reflejo en los tribunales de justicia³⁶.

Precisamente, una taxonomía de los casos de AVD especialmente provechosa es aquella que se centra en el ámbito de competencia territorial. Así, podemos diferenciar los siguientes grupos de casos:

1. AVD dentro de las **instalaciones de la Universidad**, por ejemplo, una agresión en el contexto de una paralización o toma universitaria
2. AVD fuera de las instalaciones de la universidad en el **contexto de una actividad académica**, por ejemplo, una violación con ocasión de unas clases prácticas de estudiantes de ingeniería forestal en un bosque.
3. AVD fuera de las instalaciones de la universidad en el **contexto de una actividad extraacadémica organizada o financiada por alguna institución de la universidad**, por ejemplo, un abuso sexual con ocasión de una fiesta organizada por un centro de estudiantes.
4. AVD fuera de las instalaciones de la universidad en el **contexto de una actividad extraacadémica organizada o financiada informalmente por estudiantes universitarios**, por ejemplo, un abuso sexual en una cabaña arrendada por estudiantes con ocasión de una fiesta universitaria.
5. AVD fuera de las instalaciones de la universidad y del contexto de actividades extraacadémicas formales ni informales, en los que **sus efectos sobre la víctima se reproducen en la universidad**, por ejemplo, un caso de violencia intrafamiliar en el que, con posterioridad, la víctima y victimario ingresan a la misma carrera y curso académico.
6. AVD fuera de las instalaciones de la universidad y del contexto de actividades académicas o extraacadémicas formales o informales, en el que no se derivan ningún efecto en la universidad, por ejemplo, unos abusos sexuales realizados con ocasión de un encuentro casual entre dos estudiantes pertenecientes a dos campus de la Universidad.

³⁶ Respecto del Reglamento UACH, véanse los siguientes recursos de protección: Corte Suprema, 1.07.2019, rol N° 5453-2019; Corte de Apelaciones de Valdivia, 22.10-2018, rol N° 1870-2018; 09. 2019, rol N° 1284-2019; 26.07. 2019, rol N° 1480-2019; y 13.08. rol N° 1677-2019.

Los casos 1 y 2 no plantean dudas acerca de la competencia territorial de los protocolos. Respecto del caso 6 las universidades no tendrían competencia para sancionar las conductas, pero sí para aplicar medidas de acompañamiento. Así, los casos más problemáticos y problematizados por los tribunales de justicia son los 3, 4 y 5.

Varias son las razones que justifican que estos protocolos conozcan casos más allá de los acaecidos en sus instalaciones o en el contexto de actividades académicas.

La primera es de orden victimológico. Si tenemos presente que la mayoría de los casos de AVD se relacionan de alguna manera con la violencia machista o sexual contra las mujeres, el establecimiento de una regla de competencia territorial delimitada solo a las instalaciones y actividades de las universidades dejaría fuera de este tipo de protección a un gran número de mujeres. A esto, debemos mencionar la falta de protección por parte de las instituciones estatales debido, entre otras razones, al sistema de garantías y estándar de prueba en el proceso penal y a la falta de recursos.

La segunda razón es de orden político. Un Estado democrático demanda la participación de todos los ciudadanos e instituciones en la prevención y sanción de AVD. Así, los casos que, de alguna manera, afectan al desarrollo académico y a la salud de los estudiantes justifica la intervención activa de las universidades.

Debe advertirse, antes de todo, que la concurrencia de una responsabilidad disciplinaria junto con una eventual pena no genera ningún de tensión con el principio *ne bis in idem*. En primer lugar, el fundamento de ambas es diferente: la responsabilidad penal se centra en la protección de bienes jurídicos de especial relevancia social (la integridad física, la libertad sexual, etc.) y la responsabilidad disciplinaria pretende asegurar, en último término, por medio de las sanciones, medidas de protección y acompañamiento, unas condiciones básicas para el ejercicio del derecho a la educación³⁷.

Como hemos mencionado, la autonomía universitaria ha permitido que las universidades dicten protocolos destinados a prevenir y sancionar este tipo de conductas. En efecto, estas no deben configurarse al margen de las relaciones de poder que caracterizan a la sociedad chilena. La autonomía universitaria debe garantizar no solo la libertad que toda comunidad necesita para el cumplimiento de sus fines y funciones en el ámbito de la docencia, la investigación y la extensión, sino también la formación ciudadana de sus estudiantes. A lo anterior, debemos añadir su necesaria contribución al desarrollo del país y de la sociedad civil³⁸.

³⁷ Recordemos que el Reglamento UACH en su art. 15, al igual que ocurre con la potestad disciplinaria de la Administración, establece que la terminación del proceso penal sin condena (sobresimiento, suspensión condicional, absolución, etc.) no cierra la posibilidad de que el hecho sea sancionado por el Reglamento UACH.

³⁸ Por todos, ÁVILA Y GUILLEZEAU, 2010, p. 175. La Declaración de Guadalajara sobre Autonomía Universitaria (mayo de 2011) de la Unión de Universidades de América Latina (UDUAL) contempla una visión de la autonomía universitaria más integral: "La Universidad se enmarca en un amplio conjunto de prerrogativas fundamentales, entre las cuales se destacan la libertad de pensamiento y la libertad de cátedra para la generación de conocimiento **tendiente a la formación integral de la persona y el desarrollo democrático de la sociedad**". Negrita nuestra.

Dentro de las críticas en contra de estas reglas de extensión de la potestad disciplinaria de las universidades, podemos destacar dos. La primera se centra en los límites de la autonomía universitaria.

La Corte Suprema en un litigio, precisamente, de competencia del Reglamento UACH, ha establecido una suerte de interpretación orientada a la Constitución de esta regla especial de competencia. Así, sostiene que “los tribunales de justicia han reconocido con carácter general, de acuerdo con la letra a) del artículo 2º de la Ley N° 21.091 sobre Educación Superior, la autonomía de las universidades para regular mediante su regulación interna este tipo de actividades, siempre que esta potestad disciplinaria **se oriente a sus fines y proyectos institucionales**”³⁹. A partir de esta consideración de tipo funcionalista, la Corte Suprema ha establecido una interpretación restrictiva de la regla excepcional de competencia del citado reglamento. Así, mantiene que no basta la mera “circunstancia de estar involucrados en los hechos personas relacionadas con la universidad por algún vínculo docente o funcionario o de otra naturaleza análoga, porque, precisamente, las potestades que derivan de la autonomía universitaria se extienden, como lo dispone la norma transcrita, hasta donde alcancen sus fines y proyectos institucionales”⁴⁰. En otras palabras, se requiere además de una vinculación subjetiva (la condición de estudiantes universitarios) una objetiva relacionada con los fines de la universidad. De esta manera, la Corte Suprema incluye una nueva condición de aplicación, en principio, extensible a todos los protocolos de las universidades chilenas con independencia de las concretas reglas de competencia establecidas por cada una de ellas.

La cuestión problemática de este razonamiento es que *de facto* puede dejar sin contenido este tipo de reglas de competencia, ya que, como hemos mencionado, se dejaría fuera de protección un número considerable de casos graves (violencia en el pololeo y abusos o agresiones sexuales realizadas en el contexto de fiestas universitarias).

Una interpretación alternativa a esta comprensión de la Corte Suprema es entender que existen otras conexiones objetivas más allá de las estrictamente académicas. Efectivamente, las universidades y, en concreto la UACH, no tienen como única función institucional las diferentes manifestaciones de la actividad académica sino que, como actores sociales, persiguen otras funciones, como es precisamente prevenir y sancionar conductas de AVD que, de alguna manera, se vean institucionalmente involucradas. Además, en el caso de la UACH, esta cuenta con una “Política de Prevención y Sanción del Acoso, la Violencia y Discriminación en la Comunidad Universitaria” que, expresamente, declara como contrarios a los principios y valores de la Corporación “todo fenómeno de acoso, violencia y discriminación, incluidos los que ocurren en el marco de

³⁹ Negrita nuestra.

⁴⁰ Corte Suprema, 1.07.2019, rol N° 5453-2019, Cons. 7º. La Corte Suprema concluye que la aplicación de esta regla excepcional de competencia sobrepasa “los márgenes académicos, por hechos propios de la competencia común de los tribunales establecidos por la ley, con lo cual la recurrida se ha constituido, desde este ángulo, en una comisión especial, como quiera que carece de origen legal” (Cons. 11º). Véanse las sentencias de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 26 de julio de 2019, Rol N° 1480-2019, Cons. 7 y la sentencia de la Corte Suprema, Rol 33389, 22.05.2019.

relaciones de pareja”⁴¹. Incluso se puede entender que la prevención y sanción de estas conductas constituyen un presupuesto para que las universidades puedan llevar a cabo sus tareas académicas. Así, resulta difícil que, por ejemplo, una víctima de AVD ocasionado en el contexto de una relación de pareja con otro estudiante o de una actividad lúdica pueda desarrollar sus actividades académicas de manera adecuada, si debe convivir con el agresor en las instalaciones universitarias. En otras palabras, esta regla de competencia territorial garantiza, en último término, una igualdad material en la educación⁴². Y como estamos hablando de derechos fundamentales, debemos recalcar, de acuerdo con la criminología crítica y la teoría feminista, que razonamientos formales, como la delimitación del protocolo a actividades estrictamente académicas, no puede constituir un criterio necesario y suficiente, ya que excluye *de facto* no solo los principales casos de AVD, sino que también limita o impide el derecho a la educación a sus víctimas⁴³.

La segunda crítica o cuestionamiento es de tipo institucional y económico. Las universidades complejas cada vez están asumiendo mayores atribuciones en políticas sociales debido, entre otras razones, al modelo de Estado chileno. Así, por ejemplo y relacionado con AVD, la problemática de la salud mental de los estudiantes constituye en la actualidad uno de los temas principales de la agenda política universitaria. El problema es que, al igual que el AVD, los establecimientos universitarios no tienen la capacidad económica e institucional para abordar todos los problemas de salud mental de los estudiantes, más cuando una parte considerable de estos tiene sus causas fuera de las aulas universitarias.

En todo caso, lo relevante no es tanto dirimir si deben ser las instituciones del Estado, las universidades o ambas en conjunto las que deben conocer de los casos de AVD, sino garantizar una adecuada respuesta de acuerdo con el Estado social de derecho.

2. *El reconocimiento de los derechos de las víctimas: justicia restaurativa y resocialización versus punitivismo (feminista)*

Sin duda, la principal novedad en materia político-criminal del Reglamento UACH tiene relación con aquellas medidas que tienen como finalidad garantizar y reconocer los derechos de las víctimas.

Las víctimas se han convertido en los últimos tiempos en un actor principal en la política criminal. Mediante su organización y de una creciente atención por parte de los

⁴¹ Decreto Nº 76, 2015, p. 4.

⁴² No resulta muy difícil de concluir que los casos de AVD generan graves efectos psicológicos que pueden impedir a la víctima continuar con sus estudios universitarios. CHMIELEWSKI, 2013, pp. 165-167.

⁴³ Esta interpretación, en el caso del Reglamento UACH, requiere adecuarse a la norma especial de competencia establecida en su Art. 2 que, recordemos, establece como requisitos para conocer casos de AVD fuera de las instalaciones de la universidad y del contexto de actividades académicas, la gravedad y necesidad de protección de la víctima. Si bien una reforma del Reglamento UACH resulta la solución más adecuada, entiendo que esta interpretación resulta compatible, ya que nos encontraríamos ante una interpretación restrictiva de dicha norma especial de competencia. Así, junto con estos dos requisitos, el AVD debe orientarse a sus fines y proyectos institucionales tanto académicos como sociales.

medios de comunicación, se ha conseguido llamar la atención de los poderes e instituciones públicas, lo que, a la vez, ha derivado en una de las principales manifestaciones de la juridificación de los nuevos procesos de inclusión.

El reconocimiento de los derechos de las víctimas puede incluirse tanto el modelo de seguridad ciudadana o punitivista, como en el modelo bienestarista o no punitivista, asociado este último, especialmente, a la justicia restaurativa.

El modelo punitivista –heredero de una visión retributiva, preventiva (general y especial negativa) o expresiva de la pena– propone, como mecanismo de reconocimiento de los derechos de las víctimas un mayor rigorismo penal, la inclusión de ciertos derechos procesales a favor de estas y una restricción de los derechos y garantías penales del acusado o condenado. Así, para este modelo, el sistema penal opera como un juego de suma cero, en el que cualquier ganancia de la víctima debe ser a expensas del acusado⁴⁴. A la vez, se cuestiona la visión garantista a favor de la no punibilidad de conductas consideradas libremente consentidas, como la prostitución o la pornografía. Incluso, se muestra contraria a ciertas formas de justicia distributiva, como ocurre en nuestro caso con los acuerdos reparatorios⁴⁵.

También puede utilizar técnicas populistas, como son las movilizaciones sociales fundamentadas en casos trágicos (sobre) divulgados por los medios de comunicación⁴⁶, creando una insatisfacción continua de las víctimas y de la sociedad en general. No obstante, el populismo penal y, en concreto, el de corte feminista, no debe ser visto, en todo caso, como un fenómeno socialmente negativo⁴⁷. Sin duda, la aprobación de los protocolos de prevención y sanción de la violencia en las universidades se debe en gran parte en la repercusión mediática que tuvieron las protestas estudiantiles de 2018.

En el mismo sentido, puede comprobarse una actitud de tolerancia cero y, especialmente, punitivista ante este tipo de conductas. Así no resulta infrecuente que asociaciones estudiantiles que denuncian la vulneración de principios penales –como el de proporcionalidad de las penas y el de presunción de inocencia– respecto de la aplicación de la legislación antiterrorista a los miembros de la comunidad mapuche, adopten, por el contrario, posturas punitivistas y de intolerancia respecto del acoso sexual en los campus universitarios. Sin duda, los grupos de presión relacionados con los grupos feministas han logrado que se aprueben varias medidas contra hechos que, hasta tiempos recientes, eran tolerados e invisibilizados por el Estado y la comunidad, pero si estas se aplican no en función de la entidad de la conducta, sino principalmente en relación con quién

⁴⁴ LOADER, 2008, p. 3.

⁴⁵ Art. 19 de la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar.

⁴⁶ Un ejemplo paradigmático de esta situación ocurrió en la difusión que algunos medios de comunicación estadounidenses dieron a un estudio del Instituto Nacional de Justicia, en el que se concluyó que una de cada cinco estudiantes universitarias habían sido objeto de una agresión sexual. Dentro del concepto de agresión sexual establecido en el estudio se incluían conductas que iban desde la violación con violencia o intimidación a un tocamiento no consentido. Algunos medios informaron que una de cada cinco estudiantes universitarias había sido víctima de una violación. BEAVER, 2017: 258-259.

⁴⁷ Véase, en general, LACLAU, 2016.

sea la víctima o el victimario o como medio para la consecución de una agenda política, estas pueden derivar en prácticas discriminatorias. En este sentido, debe tenerse presente que parte de la denominada victimología positivista y algunos movimientos feministas comparten la crítica al modelo bienestarista clásico por centrar sus medidas y políticas públicas en la resocialización del delincuente⁴⁸.

Por el contrario, el modelo no punitivista de reconocimiento de los derechos de las víctimas trata de minimizar los efectos indeseados de la violencia con medidas centradas en la prevención y la justicia restaurativa⁴⁹. Así, esta forma de reconocimiento de las víctimas se centra en algunas políticas destinadas a proteger a las más vulnerables, donde la familia y la comunidad juegan un papel fundamental. Además, comparte con el garantismo el escepticismo respecto de la utilidad de la pena⁵⁰.

El Reglamento UACH, en general, puede encuadrarse dentro de un modelo de reconocimiento de las víctimas no punitivista, aunque en lo referido a las garantías procesales, algunas de las restricciones que contiene pueden encuadrarse en un modelo punitivista.

Sin duda, las medidas del Reglamento UACH que han tenido un mayor impacto en el reconocimiento de los derechos de las víctimas son las de protección (Art. 16) y acompañamiento (Art. 17). En cuanto a las primeras, tanto la Comisión como la Secretaría han establecido varias medidas con la finalidad de otorgar asistencia médica o psicológica, asesoramiento legal y apoyo social en beneficio de las víctimas⁵¹.

Las medidas de protección que, en general, comparten la misma finalidad y fundamentación que las medidas cautelares, constituyen mecanismos de reconocimiento de los derechos de las víctimas, aunque tienen también una finalidad preventiva (Art. 16). Estas medidas comprenden desde la prohibición de contacto entre las partes implicadas hasta la restricción total o parcial del denunciado a las instalaciones de la universidad⁵². En todo caso, el citado artículo establece expresamente la obligatoriedad de la UACH de asegurar el derecho constitucional a la educación del denunciado con medidas tales como su traslado a cursos paralelos o tutorías personalizadas.

Otra medida relevante es la posibilidad de que la Comisión puede nombrar de oficio, en casos de especial vulnerabilidad, un representante de la víctima (Art. 18).

⁴⁸ Véase en extenso, DAVIES, 2017, pp. 12-40, 82-90. En este sentido debemos mencionar la siguiente reflexión de Segato: "No quiero un feminismo del enemigo, porque la política del enemigo es lo que construye el fascismo (...). El feminismo punitivista puede hacer caer por tierra una gran cantidad de conquistas [es] un mal sobre el que tenemos que reflexionar más: ¿Puede un estado con las cárceles hacer justicia? Esa no puede ser la justicia; ser justo con una mano y ser cruel con la otra (SEGATO, 2018).

⁴⁹ ROACH, 1999, pp. 673 y 669.

⁵⁰ ROACH 1999, pp. 670

⁵¹ Dentro de estas medidas, destaca la asistencia psicológica (91%), medidas de flexibilización académica (33%) y orientación jurídica (5%). Un 26% se aplicaron conjuntamente las medidas de asistencia psicológica y flexibilización académica (Memoria, 2016-2018).

⁵² Las medidas de protección se concretaron, principalmente, en la prohibición de contacto entre las partes implicadas (62%), tutorías sustitutivas (14%), restricción a actividades lectivas (9%) y restricción parcial o total al campus (5%). Debe tenerse presente que estas medidas pueden aplicarse de manera conjunta.

También encontramos, como hemos mencionado, una regla ponderativa reforzada a favor de los derechos de las víctimas (art. 11, e)⁵³.

Por último, en la determinación de las condiciones aplicables en la sanción de suspensión de la matrícula, se presta especial resguardo en asegurar el normal desarrollo de las actividades académicas y universitarias de la víctima. Especialmente relevante es la medida que restringe al sancionado el acceso a ciertos lugares en los que podría coincidir con esta (Art.23).

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos mencionado, la finalidad de este estudio es contribuir al conocimiento de los protocolos AVD a partir de una reconstrucción desde la criminología y la política criminal. De esta manera, la comunidad universitaria, en su caso, los operadores jurídicos y la ciudadanía en general pueden entender y criticar con mejores fundamentos la estructura, principios y lógicas de estos instrumentos.

A partir de un modelo bienestarista, el estudio propone un papel más activo de las universidades a la hora de sancionar y prevenir la violencia mediante una extensión de su competencia territorial y un reconocimiento de los derechos tanto de las víctimas, con medidas de protección y acompañamiento y soluciones alternativas, como de los estudiantes mediante un debido proceso, una sanción proporcionada y unas medidas de reinserción.

BIBLIOGRAFÍA

- ABDELKADER, José Miguel, 2011: *Modelos de seguridad y policía en campus universitarios*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ALI, Russlynn, 2011: *Dear Colleague Letter. Office for Civil Rights*, April 4. Disponible: <http://www2.ed>.
- ÁVILA, Nelson, y GILLEZEAU, Patricia, 2010: "Autonomía universitaria y su misión transformadora: Enfoque teórico-histórico", *Revista de Ciencias Sociales*, Vol. XVI, 1.
- BALBÉ, Manuel, 1999: *Dictamen sobre la autonomía universitaria y el mantenimiento del orden académico en el campus*, Universidad Autónoma de Barcelona.
- BASSA, Jaime y ASTE Leiva, Bruno, 2019: "Autonomía universitaria: Configuración legislativa de su contenido constitucional", *Estudios constitucionales*, 17 (1).
- BEAVER, William R.: "Campus Sexual Assault: What We Know and What We Don't", *The Independent Review*, 22 (2).
- BERNASCONI, Andrés, 2015: "Autonomía Universitaria en el Siglo XXI: nuevas formas de legitimidad ante las transformaciones del Estado y la Sociedad", *Páginas De Educación*, 7 (2).

⁵³ Esta medida puede considerarse también en un sentido amplio como punitivista.

- CARO, Cindy J., 2018: "Las sobrevivientes de acoso sexual universitario en Colombia siguen unidas y resistiendo", *VICE Colombia*. Disponible: https://www.vice.com/amp/es_latam/article/j5zx4y/las-victimas-de-acoso-sexual-universitario-se-resisten-a-serlo-para-siempre
- CHMIELEWSKI, Amy, 2013: "Defending the Preponderance of the Evidence Standard in College Adjudications of Sexual", *Brigham Young University Education and Law Journal*, 3-1.
- FISHER, Bonnie S. *et al.*, 2000: *The Sexual Victimization of College Women*, Washington, DC: NIJ- BJS.
- DAVIES, Pamela *et al.*, 2017: *Victims, Crime and Society. An introduction* (2ª ed.), Sage Publications.
- FERNÁNDEZ, José A., 2019: "Caso del 'beso forzado'", *Casos destacados. Derecho penal, Parte especial*, Vargas, Tatiana (Dir.).
- FRAZIER, Patricia A., 2000: "The role of attributions and perceived control in recovery from rape", *Journal of Personal and Interpersonal Loss*, 5.
- GREENBERG, Jerald, 1987: "Taxonomy of organizational justice theories", *Academy of Management Review*, 12 (1).
- HARPER, Shannon *et al.*, 2017: "Title IX Due Process Standards in Campus Sexual Assault Adjudication: Considering the Roles of Distributive, Procedural, and Restorative Justice", *Journal of School Violence*, 16 (3).
- KOSS, Mary P. *et al.*, 1987: "The scope of rape: Incidence and prevalence of sexual aggression victimization in a national sample of higher education students", *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 55.
- LACLAU, Ernesto, 2016: *La razón populista*, Madrid: Fondo De Cultura Económica de España.
- LEVESQUE, Deborah A. *et al.*, 2016: "Teen Dating Violence Prevention: Cluster-Randomized Trial of Teen Choices, an Online, Stage-Based Program for Healthy, Nonviolent Relationships", *Psychological Violence*, 6.
- LISAK, David. y MILLER, Paul. M. 2002: "Repeat Rape and Multiple Offending Among Undetected Rapists", *Violence and Victims*, 17 (1).
- LOADER, Ian, 2006: "Fall of the 'Platonic Guardians': Liberalism, Criminology and Political Responses to Crime in England and Wales", *British Journal of Criminology*, 46 (4).
- MCGLYNN, Clare *et al.*, 2012, " 'I Just Wanted Him to Hear Me': Sexual Violence and the Possibilities of Restorative Justice", *Journal of Law and Society*, 39 (2).
- MEMORIA DE LA COMISIÓN PARA LA INTERVENCIÓN EN SITUACIONES DE ACOSO, VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN ENTRE ESTUDIANTES, 2016-2018 (pendiente de publicación).
- POÓ, Ana María. y VIZCARRA, María Beatriz, 2008: "Violencia de Pareja en Jóvenes Universitarios", *Revista Terapia Psicológica*, 26 (1).
- MARTIN, Patricia Y. y HUMMER, Robert. A, 1989: "Fraternities and rape on campus", *Gender & Society*, 3 (4).
- MENGO, Cecilia. y BLACK, Beverly. M., 2016: "Violence Victimization on a College Campus: Impact on GPA and School Dropout", *Journal of College Student Retention*, 18 (2).
- MELLINS, Claude A. *et al.*, 2017: "Sexual assault incidents among college undergraduates: Prevalence and factors associated with risk", *Plos one*, 12 (11).
- SEGATO, Rita, 2018: "El feminismo punitivista puede hacer caer por tierra una gran cantidad de conquistas", Agencia Paco Urondo. Periodismo Militante. Disponible: <http://www.agenciapacourondo.com.ar/generos/rita-segato-el-feminismo-punitivista-puede-hacer-caer-por-tierra-una-gran-cantidad-de>
- TRIPLETT, Matthew R., 2012: "Sexual assault on college campuses: Seeking the appropriate balance between due process and victim protection", *Duke Law Journal*, 62 (2).
- TYLER, Tom R., 2006: *Why the people obey the law*, New Jersey: Prince University Press.
- ULLMAN, Sarah E. y FILIPAS, Henrietta H., 2001: "Predictors of PTSD symptom severity and social reactions in sexual assault victims", *Journal of Traumatic Stress*, 14 (2).

- PERKINS, WENDY y Warner, Jessica, 2017: "Sexual Violence Response and Prevention: Studies of Campus Policies and Practices", *Journal of School Violence*, 16: (3).
- WIES, Jennifer R., 2015: "Title IX and the State of Campus Sexual Violence in the United States: Power, Policy, and Local Bodies", *Human Organization*, 74 (3).

Jurisprudencia

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 21.06.2013, rol N° 2487-2013.
- CORTE SUPREMA, 1.07.2019, rol N° 5453-2019.

Legislación

- LEY N° 20.066, 22.09-.005, que "establece Ley de Violencia Intrafamiliar".
- JEANNE CLERY DISCLOSURE OF CAMPUS SECURITY POLICY AND CAMPUS CRIME STATISTICS ACT (Public Law 105-244).
- TITLE IX OF THE EDUCATION AMENDMENTS Act of 1972 N° 92318, 86 Stat. 235, 20 U.S.C. §§ 1681-1688.
- DECRETO LEY N° 50, 1.09.1973, designa Rectores-delegados en Universidades del País.
- UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE, Decreto N° 76, 15-12-2015, que "Aprueba la Política de Prevención y Sanción del Acoso, Violencia y Discriminación en la Comunidad Universitaria".
- UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE, Decreto N° 28, 22.06.2016, que "Reglamenta Procedimiento para el Acompañamiento, Investigación y Sanción de Conductas de Acoso, Discriminación y Violencia entre Estudiantes de la Universidad Austral de Chile".
- PROYECTO MODIFICA LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR y otros cuerpos legales y establece Ley sobre Violencia en las Relaciones Íntimas de Pareja sin Convivencia, Boletín N° 8851-18. Disponible: https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=8851-18.

La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales*

*Lautaro Contreras Chaimovich***

RESUMEN

En este trabajo nos preguntamos acerca de cuáles son las reglas que permiten imputar una responsabilidad individual por el delito del art. 291 del Código Penal, cuando este se comete en ámbitos empresariales, y qué dificultades puede presentar la aplicación de aquellas. Luego de mostrar que dichas reglas son las propias de la intervención delictiva, y de exponer la forma en que estas permiten fundar la responsabilidad de personas que ocupan posiciones de subordinación, se revisan sus importantes limitaciones para sancionar a los órganos superiores de una empresa.

Delitos medioambientales – artículo 291 del Código Penal chileno – intervención delictiva en ámbitos empresariales

Personal liability for the environmental crime of art. 291 of the Chilean Penal Code committed within enterprise organizations

ABSTRACT

In this paper we raise the question about which are the rules that allow the attribution of personal liability for the crime of Article 291 of the Chilean Penal Code when it is committed within corporate areas, and what difficulties may arise from the application of those rules. After showing that these rules are those of criminal intervention, and after exposing the way in which they make it possible to base the liability of persons who occupy subordinate positions, we review their important limitations to punish the higher organs of a company.

Environmental crimes – article 291 of the Chilean Penal Code – criminal intervention within the corporate field

* Este artículo corresponde sustancialmente a la investigación que sirvió de base para mi opinión científica expresada en un Informe en Derecho, en una causa penal que el solicitante ha preferido mantener en reserva, razón por la que se ha omitido toda referencia a los antecedentes de la misma.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Friburgo, Alemania. Profesor de Derecho Penal, Universidad de Chile. Correo electrónico: lcontreras@derecho.uchile.cl

Artículo recibido el 28.4.2020 y aceptado para su publicación el 29.7.2020.

I. INTRODUCCIÓN

La mejora de la protección del medio ambiente ha sido una prioridad para Chile en los últimos años. Para tal fin, el país ha fortalecido de manera significativa sus instituciones estatales y ha introducido instrumentos de gestión ambiental pioneros en América Latina. En materia de política criminal, Chile ha mostrado avances en la protección penal de la biodiversidad¹, en el combate al tráfico ilícito de residuos peligrosos², y en el castigo de los daños a ecosistemas causados por incendios³. Además, se ha reformado el delito de contaminación de aguas, incorporándose una modalidad imprudente⁴.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no contempla hasta la fecha figuras penales que sancionen directamente la contaminación del suelo o del aire, así como ocurre en la mayoría de las legislaciones occidentales⁵. En efecto, la única figura donde, de algún modo, se recoge la idea del castigo de la contaminación de esos espacios es la prevista en el art. 291 del Código Penal (en adelante, “CP”)⁶, que sanciona a los que propaguen indebidamente “organismos, productos, elementos o agentes químicos, virales, bacteriológicos, radiactivos, o de cualquier otro orden que por su naturaleza sean susceptibles de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población”. La doctrina nacional ha sostenido que esta norma establece un delito de peligro para el medio ambiente⁷ y, como la disposición no limita los espacios en los que se pueden propagar componentes nocivos, el ilícito resulta idóneo para sancionar la contaminación del suelo o del aire.

En los últimos años, el Ministerio Público ha recurrido al delito de propagación indebida de contaminantes, previsto en el referido art. 291, para perseguir precisamente la alteración nociva de las condiciones normales del suelo o del aire. Así, *v. gr.*, en agosto de 2017 se formalizó la investigación en contra de varias personas por ese delito, a causa de su presunta responsabilidad en la contaminación generada por una planta termoeléctrica en Coronel⁸; en noviembre de 2018, se formalizó la investigación en contra de otros sujetos en el contexto de graves incidentes que afectaron la calidad del aire de las localidades de Quintero y Puchuncaví⁹, y en junio de 2019 el antedicho trámite

¹ Véanse, *v. gr.*, arts. 135 bis, 139 y 139 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura (1989), y art. 11 de la Ley Nº 20.962 (2016).

² Art. 44 de la Ley Nº 20.920 (2016).

³ Art. 476 Nº 3 del Código Penal, y arts. 22, 22 bis y 22 ter de la Ley de Bosques (1931).

⁴ Art. 136 inc. 2º de la Ley General de Pesca y Acuicultura (1989).

⁵ *Cfr.* MATUS *et al.*, 2019, p. 360.

⁶ *Cfr.* MATUS, 2013, p. 138.

⁷ MUÑOZ y FERNÁNDEZ, 2010, p. 422.

⁸ <https://www.biobiochile.cl/especial/noticias/reportajes/reportajes-reportajes/2017/02/13/endesa-bajo-presion-por-contaminacion-en-bocamina-trabajadores-acusan-muertes-por-asbestos.shtml> [Fecha de consulta: 24.04.2020].

⁹ <https://www.t13.cl/noticia/nacional/agendan-audiencia-formalizacion-emergencias-ambientales-talcahuano-y-quintero-puchuncavi> [Fecha de consulta: 24.04.2020].

procesal tuvo lugar por un derrame de petróleo que contaminó tierras indígenas en la Región de Atacama¹⁰. Como se puede apreciar, el ilícito del art. 291 del CP ha jugado un papel importante en la persecución de graves episodios de daño ambiental ocurridos en Chile, aunque hasta la fecha no se cuente con sentencias relevantes en la materia.

Ahora bien, así como ocurre con gran parte de los delitos que afectan el medio ambiente, el tipo de propagación indebida de contaminantes se cometerá, muy frecuentemente, por una o más personas con ocasión del trabajo que desempeñen en el seno de una empresa. Como nuestro Derecho no contempla una responsabilidad criminal de las personas jurídicas por el ilícito del art. 291 del CP¹¹, la comisión de este delito hará indispensable establecer el o los integrantes de la organización empresarial a quienes se debe imputar individualmente el injusto.

El objetivo del presente artículo es dilucidar cuáles son las reglas que permiten atribuir una responsabilidad individual por el delito de propagación indebida de contaminantes, cuando este se comete en el ámbito empresarial, y qué dificultades puede presentar la aplicación de aquellas, especialmente cuando se trata de hacer responsables como autores a los órganos superiores de una empresa. Para alcanzar este objetivo, el trabajo se dividirá en cinco partes. En la primera se destacará la importancia de llevar a cabo un análisis jurídico enfocado en los procesos de la respectiva organización empresarial, como cuestión previa al juicio de imputación individual (a continuación, II). Luego se enunciarán las reglas que permiten atribuir una responsabilidad penal individual por el delito del art. 291 del CP (*infra* III). Seguidamente, en las partes medulares del trabajo, se explicará el rendimiento de esas reglas de imputación, para ello se distinguirá entre la responsabilidad penal que puede afectar al personal subordinado, y aquella que puede recaer en los órganos superiores de una empresa (*infra* IV y V). Finalmente, se expondrán las conclusiones (*infra* VI).

II. CUESTIÓN PREVIA A LA IMPUTACIÓN INDIVIDUAL POR EL DELITO DEL ART. 291 DEL CP COMETIDO EN EL SENO DE UNA EMPRESA

Desde la dictación en 1990 de la sentencia recaída en el conocido caso alemán del “espray para cuero”¹², un sector representativo de la doctrina penal entiende que, antes de llevar a cabo el juicio de imputación a personas físicas por delitos cometidos en el ámbito empresarial, es necesario realizar un análisis jurídico enfocado en los procesos de la propia organización¹³. De este modo, es indispensable preguntarse si la afectación al respectivo bien jurídico es “imputable objetivamente” a la empresa¹⁴, partiendo del

¹⁰ <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/region-de-atacama/copiapo-formalizan-a-trabajador-de-minera-maricunga-por-derrame-de/2019-06-22/103957.html> [Fecha de consulta: 24.04.2020].

¹¹ Véase art. 1 inc. 1° de la Ley N° 20.393 (2009).

¹² BGHSt 37, 106.

¹³ Sobre este enfoque, véase FEIJOO, 2007, pp. 181 ss.; KUHLEN, 1994, pp. 93 ss.

¹⁴ *Cfr.* FEIJOO, 2007, pp. 181 ss., quien alude a la “imputación objetiva al colectivo”.

supuesto de que esta tuviera la capacidad de actuar jurídico-penalmente. Lo anterior comporta indagar, por una parte, si los procesos que tuvieron lugar al interior de la respectiva organización fueron los que pusieron en peligro el respectivo bien jurídico o los que causaron su lesión, y, por otra, si estos procesos cumplieron las exigencias impuestas por el orden primario de conducta para la eliminación o disminución de riesgos¹⁵. De esta manera, habrá que establecer, *v. gr.*, si la muerte de un consumidor fue causada por una falla de fabricación del producto elaborado por la compañía X; o si el funcionamiento de la planta que pertenece a la empresa Z, y que generó riesgos para el medio ambiente, se ajustó a las reglas técnicas de gestión medioambiental aplicables. Por cierto, si la afectación al respectivo bien jurídico no puede ser atribuida objetivamente a la organización, ya no tiene sentido plantearse qué integrantes de esta deben responder penalmente por el menoscabo¹⁶. Así ocurrirá, volviendo a los ejemplos recién mencionados, si la muerte del consumidor tuvo como única causa una grave enfermedad que le aquejaba; o si los peligros para el medio ambiente, que tienen su origen en la operación de la planta, constituyen riesgos tolerados por el Derecho¹⁷. En estos casos, la afectación al bien jurídico es típicamente irrelevante y, al no ser posible apreciar injusto alguno, ya no tiene sentido preguntarse qué personas físicas pertenecientes a la empresa tienen que responder penalmente¹⁸.

Así pues, el análisis jurídico previo centrado en el funcionamiento de la propia organización empresarial evita tener que abordar complejas cuestiones de responsabilidad individual al interior de la empresa, cuando el respectivo peligro o lesión para el bien jurídico no es atribuible a esta. Aun así, no es solo la necesidad de eludir explicaciones innecesarias la que hace conveniente el análisis enfocado en la organización. También la circunstancia de que en el ámbito empresarial el orden primario frecuentemente no distinga entre individuos y actores colectivos como sus potenciales destinatarios¹⁹, y que muchas veces establezca exigencias referidas solo a las condiciones que debe cumplir la operación de ciertas industrias o fábricas²⁰, hace que el enfoque en el funcionamiento de estas permita considerar tal orden primario para excluir aquellos *outputs* empresariales irrelevantes para el Derecho penal.

Pues bien, aplicando el análisis enfocado en los procesos de la organización empresarial al ilícito del art. 291 del CP, tendremos que preguntarnos si los componentes nocivos a que alude el precepto provienen del proceso industrial de una determinada empresa, y si este proceso incumple las exigencias impuestas por el orden primario. En caso de que se satisfagan estas dos condiciones, deberemos indagar seguidamente

¹⁵ Por orden primario entendemos aquella porción del Ordenamiento que establece prohibiciones y mandatos destinados a la protección de bienes jurídicos (*cfr.* MURMANN, 2017, § 8 nm. 6 s.).

¹⁶ FEIJOO, 2007, p. 184.

¹⁷ *Cfr.* FEIJOO, 2007, pp. 182 s.

¹⁸ *Cfr.* FEIJOO, 2007, p. 184.

¹⁹ WEISS, 2008, p. 513.

²⁰ Por ejemplo, condiciones referidas a la infraestructura de plantas industriales, a los índices máximos de emisión de contaminantes, etc.

a qué personas dentro de la respectiva organización empresarial corresponde imputar individualmente el tipo penal del art. 291.

III. RELEVANCIA DE LAS REGLAS QUE RIGEN LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DELICTIVA EN EL JUICIO DE IMPUTACIÓN INDIVIDUAL POR EL DELITO DEL ART. 291 DEL CP

El juicio de imputación individual por el delito del art. 291 del CP, cuando este se comete en el ámbito empresarial, tiene que realizarse de acuerdo con las reglas que rigen la autoría y participación delictiva²¹. Luego, es necesario establecer respecto de qué miembro de la organización se reúnen los presupuestos de la autoría inmediata o directa y, si en el hecho han intervenido dos o más personas, respecto de quiénes se satisfacen los requisitos de la autoría mediata, de la coautoría, de la inducción o de la complicidad²². Es importante tener presente que estas figuras dan forma a las reglas de imputación que permiten resolver los casos de concurso de personas en el delito. Debido a que será frecuente que, en el ámbito del Derecho penal de la empresa, intervenga más de un sujeto en un mismo hecho punible, las pautas que permiten la atribución punitiva al interior de la organización empresarial son, precisamente, aquellas que rigen la autoría inmediata o directa, la mediata, la coautoría y las distintas formas de participación. Por lo demás, no existe un sistema de reglas distinto al que rige la autoría y participación que permita guiar, con una dosis mínima de seguridad jurídica, el proceso de atribución de responsabilidad individual por el delito del art. 291 cuando este se comete en el seno de una empresa.

Es importante prevenir que la posición que un sujeto ocupe dentro de la organización empresarial, como la de gerente general, jefe de una área determinada, trabajador a cargo de un proceso específico, etc., no es un factor decisivo para la atribución de responsabilidad individual por el delito del art. 291 del CP. Es cierto que esa posición facilita la tarea de conocer qué deberes primarios de conducta tenían que cumplir los distintos miembros de la organización empresarial²³, además de ser útil para identificar

²¹ Afirman la necesidad de acudir a las reglas de autoría y participación para atribuir una responsabilidad penal individual por delitos medioambientales cometidos en organizaciones empresariales, GÓRRIZ, 2015, pp. 113 ss.; KLOEPFER y VIERHAUS, 1995, nm. 62 s.; RUDOLPHI, 1987, pp. 870 ss.; SALIGER, 2012, nm. 157.

²² Aunque en el Derecho positivo chileno el encubrimiento es considerado una forma de participación, la doctrina ha sostenido que, en rigor, no constituye una genuina modalidad de intervención delictiva; por todos, POLITOFF *et al.*, 2004, pp. 433 y s.

²³ El lugar que el individuo ocupe en el organigrama de la empresa permite muchas veces establecer qué prohibiciones y mandatos debía cumplir en el contexto de la actuación colectiva empresarial. Sin embargo, este es un asunto que se sitúa en el plano del orden primario de comportamiento, y solo forma parte de un paso intermedio en el proceso de atribución de responsabilidad penal al sujeto. En efecto, la declaración de culpabilidad de este, y la imposición de una pena a su respecto, presupone no solo que el sujeto haya infringido la prohibición o mandato que tenía que observar, sino además la existencia de una norma de sanción penal que castigue expresamente (!) la infracción de tal prohibición o mandato.

el círculo de potenciales autores o partícipes del ilícito²⁴. Sin embargo, no es el lugar que un sujeto haya ocupado en la organización lo que permite fundar su responsabilidad, sino el que este haya realizado una conducta²⁵ que pueda ser castigada conforme a la norma de sanción de autoría inmediata del delito de propagación indebida de contaminantes (art. 291 del CP), a las normas de sanción de coautoría o autoría mediata de dicho delito (art. 291, en relación con el art. 15, ambos del CP) o, finalmente, a las normas sancionatorias de participación de ese ilícito (art. 291, en relación con los arts. 15 N° 2, 2ª parte, y 16, todos del CP). Ciertamente, el art. 291 así como los arts. 15 y 16, todos del Código punitivo, permiten configurar distintas normas de sanción, es decir, tipos penales, que castigan diferentes formas de conducta, las que corresponden a cada una de las modalidades de autoría y participación del delito de propagación de contaminantes²⁶. Así, *v. gr.*, la conducta de propagar indebidamente elementos contaminantes por medio de la propia actuación corporal se castiga mediante la norma de sanción de autoría inmediata del art. 291; la conducta de propagación indebida realizada junto con otras personas en división del trabajo se castiga por medio de las normas de sanción de coautoría del art. 291, en relación con los números 1 y 3 del art. 15, etc. En suma, lo decisivo para hacer responsable a un miembro de la organización empresarial por el delito en cuestión es que este haya desplegado un comportamiento castigado por alguna de las normas de sanción que se configuran por medio de los arts. 291, 15 y 16, todos del CP.

Ahora bien, habiendo aclarado cuáles son las reglas que permiten imputar una responsabilidad individual por el delito del art. 291 —cuando este se comete en ámbitos empresariales—, corresponde en lo que sigue abordar las cuestiones o dificultades que pueden presentarse en la aplicación de aquellas. Para tal fin es necesario distinguir entre la responsabilidad que puede recaer en el personal subordinado, por una parte, y aquella que puede afectar a los órganos superiores de la empresa, por otra. Por “personal subordinado” entendemos aquellos miembros de la organización que ocupan una posición jerárquica inferior, y que están obligados a obedecer las órdenes que se les imparten. Los “órganos superiores”, en cambio, son aquellos integrantes de la empresa con la potestad de dictar instrucciones que son acatadas por los trabajadores de los niveles inferiores. A esta segunda categoría pertenecen no solo los órganos directivos, sino también los mandos medios. En las páginas siguientes abordaremos bajo qué título de intervención delictiva es posible sancionar a los miembros de la empresa que ocupan posiciones de subordinación, y a aquellos que tienen potestad de mando, así como las cuestiones o dificultades que pueden presentarse respecto de la aplicación de los distintos títulos de

²⁴ Así, *v. gr.*, todos aquellos miembros del colectivo que, por su posición, intervengan en el proceso de emisiones de una determinada planta industrial, podrían haber intervenido —teóricamente— como autores o partícipes en la propagación de los elementos contaminantes a que alude el art. 291.

²⁵ *Cfr.* DÍAZ Y GARCÍA, 2007, p. 120; MATUS, 2017, pp. 313 s. Del art. 19 N° 3 inc. final de la Constitución se infiere que la legislación penal solo puede castigar determinados comportamientos que infringen una prohibición o un mandato. Acerca del “principio de la conducta” y su consagración constitucional, véase MATUS y RAMÍREZ, 2019, pp. 85 ss.

²⁶ Respecto de las reglas de intervención delictiva como normas de sanción, FREUND y ROSTALSKI, 2019, § 10 nm. 7 s., 11 y 23.

intervención. Como veremos, los problemas que suscitan las reglas de autoría y participación en el contexto del delito del art. 291 del CP son mucho mayores tratándose de los órganos superiores, lo que justifica un tratamiento más detallado de este punto.

IV. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL AL PERSONAL SUBORDINADO

Si el delito del art. 291 del CP se comete al interior de una organización empresarial, lo habitual será que una o más personas que ocupan posiciones de subordinación sean los autores inmediatos del hecho, porque ellas realizarán personalmente, es decir, mediante su propia actuación corporal²⁷, la acción de “propagar” los elementos contaminantes a que se refiere el precepto. Efectivamente, en virtud del principio de división del trabajo, conforme al cual todas las empresas se organizan, los trabajadores serán quienes generalmente estén en contacto directo con estos elementos y, por lo tanto, en condiciones de propagarlos personalmente, esto es, de difundirlos, esparcirlos o derramarlos “de propia mano”²⁸, abriendo cañerías o compuertas, trasladándolos en vehículos y vertiéndolos en lugares prohibidos, etcétera.

En caso de que un trabajador incurra en la conducta típica del art. 291, lo más frecuente será que lo haga ejecutando la instrucción impartida por un superior jerárquico, y conociendo los peligros que ella implica para el medio ambiente. De ser así, el trabajador no podrá eximirse de responsabilidad señalando que simplemente cumplió una orden, ya que habrá realizado dolosamente todos los elementos objetivos del tipo²⁹. Si el empleado acató la orden por temor a perder su puesto de trabajo, o a sufrir otro tipo de represalia, deberá analizarse en el caso concreto si se reúnen las exigencias del estado de necesidad exculpante (art. 10 N° 11 del CP), o bien, del miedo insuperable (art. 10 N° 9 del CP). En el evento de no satisfacerse esas exigencias, el injusto realizado seguirá siendo culpable, aunque podrá morigerarse la pena por la vía de una eximente incompleta.

Por otra parte, si al cumplir la instrucción el empleado no es capaz de comprender el alcance y las consecuencias de su conducta de propagación, debido, *v. gr.*, a la complejidad de los procesos internos de la organización en que se desempeña, o a la apariencia externa de los elementos contaminantes, su actuación será atípica, debido a que el delito del art. 291 exige dolo y el CP no contempla una modalidad imprudente. El dolo del trabajador tendrá que abarcar siempre la conducta típica y su objeto material, esto es, la naturaleza de los elementos o agentes que se propagan³⁰.

²⁷ De la autoría inmediata como realización típica producida mediante el propio cuerpo, véase BOTTKE, 1999, p. 25; KREUZBERG, 2019, p. 373; SCHILD, 2017, nm. 48.

²⁸ Referente al significado de la acción típica de “propagar” como “difundir, esparcir o derramar”, GARRIDO y CASTRO, 2010, p. 141.

²⁹ *Cfr.* SCHALL, 1996, p. 102.

³⁰ BESIO, 2019, p. 260.

V. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LOS ÓRGANOS SUPERIORES DE LAS EMPRESAS

1. *Consideraciones previas*

Antes de examinar las dificultades que pueden presentarse en la aplicación de las reglas de intervención delictiva para hacer responsables a los órganos superiores por la comisión del delito previsto en el art. 291 del CP, conviene recordar lo que ya se destacó en *supra* III., a saber: no es la posición que ocupe un sujeto en la organización la que permite fundar su responsabilidad por los delitos cometidos en el ámbito empresarial, sino una conducta típica de autoría o participación realizada por aquel³¹. La sola circunstancia de haber ocupado el cargo de representante legal de una persona jurídica en cuyo seno se ha causado un daño al medio ambiente, o el mero hecho de haber tenido un cargo de dirección en ella, no permite declarar la culpabilidad de un sujeto e imponerle una pena³². Una sanción basada únicamente en la posición que este ocupaba en la empresa sería una muestra de pura responsabilidad objetiva, contraria a un Derecho penal de la culpabilidad como el nuestro³³.

Con lo anterior no se pretende desconocer que las personas que ocupan cargos directivos o con poder de mando en una empresa son las únicas que tienen la facultad de configurar los procesos financieros, productivos, de contratación de personal, etc., de la respectiva organización, y de tomar decisiones en estas materias de un modo autónomo, y excluyendo la intromisión de terceros. Tampoco se pretende negar que, como contrapartida a esa facultad, el Derecho puede obligar legítimamente a quienes la tienen, a que su ejercicio no implique peligros desaprobados para el medio ambiente u otros bienes jurídicos. Sin embargo, lo anterior solo significa que los órganos superiores de la empresa tienen que observar escrupulosamente ciertas normas de comportamiento impuestas por el orden primario. El que la infracción de esas normas pueda ser castigada por la vía del delito de propagación indebida de contaminantes es un problema distinto, y presupone, como ya se ha señalado, que tal infracción pueda subsumirse en el tipo de autoría inmediata de dicho delito, en los tipos de coautoría o autoría mediata del mismo o, finalmente, en los tipos de participación.

Ahora bien, el tipo penal que con mayor frecuencia entrará en consideración para sancionar la infracción del orden primario cometida por un órgano superior será el de inducción (art. 291, en relación con el art. 15 Nº 2, 2ª parte, del CP). Ciertamente, cuando este órgano intervenga en el delito en cuestión, lo hará habitualmente impartiendo

³¹ Incluso es dudoso que, en el campo de los delitos de omisión impropia, el lugar que ocupe un directivo en la empresa permita fundar el deber de evitar resultados lesivos (así, FRISCH, 2018, p. 133).

³² MUÑOZ *et al.*, 2015, p. 203.

³³ En esta línea, HERNÁNDEZ, 2008, p. 176; MUÑOZ *et al.*, 2015, p. 203.

una orden a uno o más trabajadores determinados, para que estos, en calidad de autores inmediatos plenamente responsables, propaguen elementos nocivos.

2. *La sanción de los órganos superiores en calidad de inductores del delito previsto en el art. 291 del CP*

Para sancionar a un órgano directivo a título de inducción del delito previsto en el art. 291 del CP, deberán concurrir los requisitos generales que exige esta forma de participación. Así, en el plano objetivo, el trabajador instigado tendrá que haber realizado una conducta típica y antijurídica en el sentido del delito mencionado, que alcance a lo menos el estadio de la tentativa. Sin un hecho principal de esas características, no será posible castigar al órgano superior.

Por otra parte, el referido órgano tiene que haber causado, por medio de la orden que impartió, la resolución criminal en el subalterno, lo que implica que la actuación de aquel tiene que haber sido *conditio sine qua non* de la resolución delictiva³⁴. Para provocar esta, no se exige que haya existido una relación personal y estrecha con el trabajador, ni tampoco una comunicación directa (“cara a cara”) con él, por lo que podría bastar una instrucción escrita para formar su voluntad de realizar el delito³⁵.

Para castigar a un órgano directivo como inductor, es indispensable que este, además de haber causado la resolución criminal mediante la orden impartida, haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado de provocar tal resolución. Esta exigencia se cumplirá cuando la conducta del órgano directivo tenga una “referencia de sentido delictiva”, es decir, cuando esta conducta, por su sentido, haya estado dirigida claramente a causar un designio criminal en el empleado³⁶. Por ello, la sola creación de una oportunidad favorable que haga caer al trabajador en la “tentación” de realizar el delito –*v. gr.*, ordenarle que custodie ciertos elementos contaminantes susceptibles de ser propagados– no es suficiente para fundar una inducción³⁷. En este caso, el comportamiento del órgano superior tiene un sentido ambivalente, ya que también puede ser interpretado como una manifestación legítima del ejercicio de sus facultades de dirección en la empresa.

Adicionalmente, el art. 15 N° 2 del CP exige que la inducción sea “directa”. Este requisito excluye la punibilidad de la instigación “en cadena” o sucesiva³⁸. En consecuencia, si un órgano superior persuade a un mando medio para que este, a su vez, provoque en un trabajador la resolución de cometer el delito del art. 291, la conducta del primero será atípica. El texto del art. 15 N° 2 no es obstáculo, sin embargo, para castigar la “coinducción”, la que se presentará cuando varios ejecutivos acuerden en

³⁴ *Cfr.* MURMANN, 2017, § 27 nm. 97.

³⁵ KASPAR, 2017, nm. 9.

³⁶ De la “referencia de sentido delictiva” como elemento fundante de la inducción, FRISCH, 1988, pp. 335 ss.

³⁷ *Cfr.* MANSDÖRFER, 2011, nm. 790.

³⁸ Por todos, véase HERNÁNDEZ, 2011b, pp. 409 ss., con ulteriores referencias.

común persuadir a uno o más trabajadores concretos para que estos propaguen elementos contaminantes y, repartiéndose tareas, los determinen a hacerlo³⁹.

En lo tocante al plano subjetivo, el tipo de inducción requiere dolo, dirigido tanto a la acción de participación consistente en formar en el trabajador la voluntad de cometer el delito del art. 291 como también a la consumación del hecho principal.

A modo de recapitulación podemos señalar: siempre y cuando no estemos frente a un caso de inducción “en cadena”, los órganos superiores de la empresa responderán como instigadores del delito previsto en el art. 291 del CP cuando, por medio de la orden que impartan, causen en el subalterno la resolución criminal de cometer el ilícito.

Ahora bien, para un sector representativo de la doctrina, la atribución de responsabilidad penal a los órganos superiores solo a título de inducción no reflejaría a cabalidad el papel decisivo que estos pueden cumplir en la realización de delitos en el seno de la empresa⁴⁰. Ese sector afirma que, al impartir la respectiva orden al empleado, los sujetos con poder de mando en la organización empresarial son frecuentemente los configuradores centrales del suceso delictivo, y ello obligaría a juzgarlos como agentes que tienen el verdadero control del hecho punible, es decir, como autores.

Una primera forma de intervención delictiva que podría entrar en consideración para sancionar a los órganos directivos como autores del delito del art. 291 es la autoría mediata.

3. *La sanción de los órganos superiores en calidad de autores mediatos del delito previsto en el art. 291 del CP*

Los órganos superiores de una empresa podrían ser responsables por el delito del art. 291 en calidad de autores mediatos, si realizan la propagación de contaminantes por medio de uno o más trabajadores de los que se sirvan como instrumento. El dominio de la voluntad de los órganos superiores podría basarse en la causación o en el aprovechamiento de un error, o bien, en el ejercicio de coacción. El superior provocará o se aprovechará de una situación de error del trabajador en todos aquellos casos en que le imparta una instrucción que conduzca a una propagación indebida de elementos contaminantes, sin que los efectos nocivos para el medio ambiente que importa la ejecución de la orden puedan ser advertidos por el empleado⁴¹. Por otra parte, si el órgano superior ejerce

³⁹ Cfr. HEINE, 1995, p. 106.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, FRISCH, 2018, p. 125.; FEIJOO, 2007, p. 156, con ulteriores referencias. En efecto, aunque en nuestro Ordenamiento los inductores sean sancionados con la misma pena que corresponde a los autores, una declaración de culpabilidad basada en el art. 15 N° 2, 2ª parte, del CP refleja solo una participación marginal en el hecho. Asimismo, el ámbito de punibilidad de la instigación es notablemente más limitado que el de la autoría, porque aquella solo se sanciona en la medida que acceda a una conducta principal realizada por un autor, que sea típica y antijurídica, y que se encuentre por lo menos en fase de tentativa; además, la instigación no es punible bajo las formas imperfectas de ejecución del art. 7° del CP (Couso, 2013, pp. 623 s.).

⁴¹ Cfr. SCHMITZ, 2019, nm. 141. Se debe precisar que en virtud del principio de confianza que rige en la división del trabajo empresarial, el personal subordinado no tiene, por regla general, la obligación

presión al trabajador, reduciendo el papel de este al de mero instrumento por medio del que se ejecuta el acto de contaminación, también podrá aplicarse la figura de la autoría mediata⁴². Para ello será necesario que la coacción ejercida hacia el empleado haya alcanzado una intensidad tal que permita excluir su culpabilidad según las reglas del estado de necesidad exculpante⁴³.

Ahora bien, en aquellos casos en que uno o más trabajadores hayan propagado contaminantes de manera plenamente responsable, es decir, de un modo doloso y culpable, sería muy discutible sancionar a los órganos superiores como autores mediatos. Ello solo tendría cabida si se aplicara la figura de los aparatos organizados de poder al ámbito empresarial.

La figura de los aparatos organizados de poder constituye una modalidad de autoría mediata desarrollada en los años sesenta del siglo pasado para el enjuiciamiento de “autores o delincuentes de escritorio”, quienes habían intervenido en homicidios masivos planeados burocráticamente y ejecutados durante el régimen nacionalsocialista⁴⁴. En virtud de esta modalidad de autoría, era posible hacer responsables a funcionarios que no habían realizado de propia mano la acción típica de homicidio, pero que habían impartido la orden de matar a numerosas víctimas. La razón para considerar a estos funcionarios como autores (mediatos) de los homicidios consistía en la fungibilidad sin límites de los autores directos. Ciertamente, estos representaban simples piezas intercambiables en el “engranaje” del aparato de poder estatal, lo que garantizaba a los “autores o delincuentes de escritorio”, que habían dictado las órdenes correspondientes, la realización de los homicidios y les permitía dominar el suceso⁴⁵.

En las últimas décadas, el Tribunal Supremo Federal alemán ha extendido el campo de aplicación de la figura de los aparatos organizados de poder más allá de estructuras políticas, militares o policiales que se apoderan del Estado y lo utilizan para sus fines delictivos. Así, el *Bundesgerichtshof* ha entendido que en el ámbito empresarial también se pueden presentar casos de dominio por organización, cuando los superiores jerárquicos se aprovechan de “condiciones marco” de la respectiva empresa, que les permiten asumir *de facto* el acatamiento de sus instrucciones por parte de algún subalterno, al igual que acontece en los supuestos para los que dicha figura fue concebida originalmente⁴⁶.

de revisar la adecuación a Derecho de las actuaciones instruidas por el superior. Tal principio solo deja de regir en favor del empleado cuando existen indicios de que la instrucción recibida es contraria a deber y su ejecución puede significar un daño ambiental. Sobre el principio de confianza en el ámbito empresarial véase HERNÁNDEZ, 2008, pp. 191 ss.; PIÑA y COX, 2013, pp. 185 ss.

⁴² Cfr. GÓRRIZ, 2015, p. 122.

⁴³ ROXIN, 2003, § 25 nm. 48.

⁴⁴ Fundamental, ROXIN, 1963, pp. 193 ss.; ROXIN, 2003, § 25 nm. 105 ss.

⁴⁵ ROXIN, 2003, § 25 nm. 107.

⁴⁶ BGH NJW 98, 767; BGHSt 48, 331, 342; 49, 147, 163 s.

La doctrina mayoritaria rechaza con buenas razones la aplicación de la figura de los aparatos organizados de poder al ámbito empresarial⁴⁷. Así, se señala que en este campo no concurre la fungibilidad de los autores directos que exige el dominio por organización, ya que en una empresa que participa en el tráfico económico ajustándose a las exigencias que impone la ley, no es esperable que la generalidad de sus empleados obedezca instrucciones antijurídicas⁴⁸. Asimismo, en aquellos casos –particulares– en que algún trabajador ejecute una orden antijurídica, este lo hará de manera plenamente responsable, lo que es una clara muestra de que, conforme con las valoraciones del Derecho, su conducta no fue dominada por nadie más que por él mismo⁴⁹. La mera circunstancia de que una persona autorresponsable cumpla una directriz ilegal que se le imparta en el contexto laboral, no permite fundar el dominio del hecho punible por parte del superior⁵⁰, sino únicamente un caso de inducción.

A modo de recapitulación podemos señalar: los órganos superiores de una empresa responderán como autores mediatos del delito de propagación indebida de contaminantes solo en aquellos casos en que hayan instrumentalizado a sus subordinados por la vía del error o de la coacción.

4. *¿Sanción de los órganos superiores en calidad de coautores del delito previsto en el art. 291 del CP?*

Otra forma de autoría que podría entrar en consideración para sancionar a los órganos superiores por su intervención en el delito del art. 291 del CP es la coautoría. Sin embargo, y como se verá en lo que sigue, resulta difícil que los presupuestos que exige esta figura se reúnan en el caso dado.

En efecto, para sancionar a un órgano superior de la empresa como coautor del delito del art. 291 tendría que haber existido, en primer lugar, una decisión de realizar el hecho en común, es decir, un acuerdo entre el órgano y otros miembros de la empresa –*v. gr.*, determinados empleados–, para ejecutar el delito de manera conjunta y con división del trabajo⁵¹. Una actuación colectiva consciente no basta para estar en presencia de tal acuerdo; es indispensable, además, una voluntad de los intervinientes de realizar el delito en común⁵². Sin esa voluntad no es posible gravar a cada uno de los coautores también con el aporte de los demás, ni tampoco resolver los casos de exceso que se puedan presentar⁵³. Pues bien, de la (mera) circunstancia de que el empleado cumpla la orden antijurídica que se le imparte, y sea consciente del carácter delictivo de su actuar,

⁴⁷ Por todos, BOSCH, 2002, pp. 241 ss., 586; FRISCH, 2018, pp. 126 s.; ROXIN, 2003, § 25 nm. 129 ss.; WESSELS *et al.*, 2019, nm. 853.

⁴⁸ ROXIN, 2003, § 25 nm. 130.

⁴⁹ MURMANN, 2017, § 27 nm. 48.

⁵⁰ FRISCH, 2018, pp. 126 s.

⁵¹ *Cfr.* MURMANN, 2017, § 27 nm. 57.

⁵² KRÄMER, 2015, p. 273.

⁵³ *Cfr.* BOSCH, 2002, p. 273.

no podría inferirse que este haya querido una realización del hecho en conjunto con el superior, de acuerdo con una determinada división del trabajo⁵⁴.

El segundo presupuesto que debería concurrir para sancionar a los órganos directivos como coautores del delito del art. 291 del CP es que hayan tomado parte en la ejecución en común del ilícito⁵⁵. Ello exige que dichos órganos hayan hecho un aporte esencial para la propagación de contaminantes, de conformidad con la división de labores previamente acordada. No hay duda de que esta exigencia se cumplirá cuando el órgano superior haya realizado un aporte fundamental durante la etapa de ejecución del ilícito. Así ocurrirá, *v. gr.*, en el caso de que un ejecutivo y un trabajador hayan abierto de manera coordinada determinadas compuertas de una pequeña planta de tratamiento de aguas servidas, vertiendo elementos líquidos sin purificar a un terreno adyacente. Sin embargo, este tipo de casos se presentará con muy poca frecuencia. Lo habitual será que los aportes de los directivos para cometer el delito del art. 291 no se hagan en la etapa de su ejecución, sino antes. Aquí corresponde plantear la importante cuestión de si el órgano directivo, que incide únicamente en el estadio preparatorio del delito, puede ser considerado como coautor. Un sector representativo de la doctrina sostiene que, en tanto en cuanto un sujeto haya participado decisivamente en la planificación del hecho (con la que los restantes coautores manifestaron su acuerdo), su *minus* de intervención en la etapa de ejecución material se compensaría por el *plus* de planificación configuradora del delito y, en consecuencia, podría ser sancionado como coautor⁵⁶. En cualquier caso, esta participación decisiva exigiría que, en la fase de preparación del hecho, el sujeto haya determinado suficientemente qué personas realizarán el delito, cuál será el objeto de la acción típica, cuáles serán los medios para afectar el respectivo bien jurídico, qué magnitud alcanzará su lesión, así como toda otra clase de circunstancias típicas relevantes, de tal modo que los sujetos que realicen materialmente el hecho tengan que decidir únicamente “si” lo cometen, pero no “cómo” cometerlo⁵⁷. Tratándose del delito del art. 291 del CP, estas condiciones que debería reunir la planificación del hecho, para considerar como coautor al órgano con poder de mando empresarial que la diseña, solo se verificarán en aquellos pocos casos en que este organice una actuación grupal de carácter más o menos complejo, e integrada por varios aportes individuales, y no en aquellos supuestos (mucho más frecuentes en la práctica) en los que el superior imparta una orden específica a uno o más trabajadores, como, *v. gr.*, verter ciertos desechos en un descampado⁵⁸. En este último grupo de casos, solo los trabajadores tendrán el dominio sobre la acción de propagar elementos contaminantes, porque serán ellos quienes

⁵⁴ KRÄMER, 2015, pp. 273 s.

⁵⁵ Acerca del presupuesto de la coautoría consistente en la ejecución conjunta, véase MURMANN, 2017, § 27 nm. 64 ss.

⁵⁶ Por todos véase, WESSELS *et al.*, 2019, nm. 823 s., con abundantes posteriores referencias.

⁵⁷ BOSCH, 2002, p. 271.

⁵⁸ *Cfr.* BOSCH, 2002, p. 272; SCHALL, 1996, p. 103.

decidirán no solo si ejecutan el delito del art. 291, sino también cómo hacerlo⁵⁹; el sujeto con poder de mando únicamente podrá ser castigado como inductor.

5. *¿Sanción de los órganos superiores en calidad de autores inmediatos del delito del art. 291 del CP?*

La última forma de autoría que podría entrar en consideración para sancionar a los órganos superiores de la empresa por la comisión del delito previsto en el art. 291 del CP es la autoría inmediata. El que esta modalidad de intervención delictiva respecto de dichos órganos sea muy poco frecuente justifica que la analicemos en el último lugar de las distintas formas de autoría aplicables.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre con delitos de cuello blanco como la administración desleal o los ilícitos concursales, no será común que los órganos superiores de una empresa realicen de propia mano todos y cada uno de los presupuestos del tipo penal de propagación indebida de contaminantes⁶⁰. Así, aunque dichos órganos hayan tenido a su cargo la administración de una fábrica o instalación cuyo funcionamiento causó que se propagaran elementos contaminantes, y hayan conocido además el potencial lesivo de su operación, por regla general no intervendrán en la realización del tipo penal “propagando” personalmente esos elementos, esto es, “difundiéndolos, esparciéndolos o derramándolos”⁶¹. Es importante advertir que el art. 291 castiga la realización de propia mano de la conducta de “propagar” indebidamente ciertos elementos, y no de la conducta de “gestionar”, “organizar” o “dirigir” defectuosamente una fábrica o instalación cuya operación afecte el medio ambiente, comportamientos estos últimos que, desde el punto de vista fenomenológico, son los que podrían desplegar de manera directa los órganos superiores de una empresa. De este modo, es el propio verbo rector utilizado en el art. 291 el que reduce considerablemente las posibilidades de hacer responsables como autores inmediatos a dichos órganos.

El art. 291 del CP muestra claras diferencias con normas del Derecho penal medioambiental comparado, que no limitan las modalidades de acción típica y que constituyen delitos puramente resultativos, permitiendo castigar a título de autoría inmediata una amplia variedad de comportamientos ilícitos de los órganos directivos, bajo la única condición de que desencadenen un curso lesivo para el medio ambiente. Así, por ejemplo, el delito del art. 325.1 del Código Penal español sanciona a todo aquel que “provoque” o “realice” directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, etc., que causen o puedan causar daños a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas. Conforme con esta formulación legal, no es problemático considerar autor directo del hecho punible al administrador o alto directivo de la empresa que, *v. gr.*, ha organizado defectuosamente los procesos de gestión de riesgos ambientales, o

⁵⁹ SCHALL, 1996, p. 103.

⁶⁰ Sobre las dificultades que se presentan en el ámbito empresarial para hacer responsables a quienes no ejecutan directamente la acción típica, véase COUSO, 2015, pp. 274 s.

⁶¹ Véase *supra* nota 28.

ha seleccionado incorrectamente al personal que ocupa puestos críticos en la protección del medio ambiente, poniendo, de este modo, una condición necesaria para que se produzca un daño ecológico⁶².

6. *La figura del “actuar en lugar de otro” y la omisión impropia como mecanismos de imputación penal a los órganos superiores*

Con el objeto de captar adecuadamente la importancia que tiene la intervención de los órganos superiores de la empresa en la comisión del delito previsto en el art. 291, y ante las dificultades para castigarlos a título de autoría inmediata, coautoría o autoría mediata por aparatos organizados de poder, se podría pensar en sancionar a esos órganos conforme con la figura del “actuar en lugar de otro”, o bien, según los principios que rigen la omisión impropia. A continuación, corresponde abordar la plausibilidad de ambas alternativas de solución.

a) ¿Responsabilidad de los órganos superiores por el delito previsto en el art. 291 del CP mediante la figura del “actuar en lugar de otro”?

La figura del “actuar en lugar de otro” está prevista con alcance general en el art. 58 inc. 2º del Código Procesal Penal (en adelante, “CPP”), según este, por las personas jurídicas deben responder “los que hubieren intervenido en el acto punible”. Como todas las empresas en que ejercen funciones órganos con poder de mando están constituidas como personas jurídicas, se podría plantear la cuestión de si esa norma permitiría atribuir responsabilidad penal a estos órganos por su intervención en el delito del art. 291 del CP, sin necesidad de acudir a las reglas generales de autoría y participación.

Una lectura apresurada del art. 58 inc. 2º del CPP podría llevar a la falsa conclusión de que este precepto permite simplificar el problema de atribución de responsabilidades al interior de una organización empresarial⁶³, castigando a sus órganos superiores por el hecho de haber, de una u otra forma, “intervenido en el acto punible”, con total independencia de que les sean aplicables las reglas de autoría y participación. Así, se podrían sortear todas las dificultades que surgen de la aplicación de dichas reglas y que pueden conducir a no castigarles como autores del delito de propagación de contaminantes.

Sin embargo, el sentido del art. 58 inc. 2º del CPP no es, en caso alguno, el de suplir las reglas generales de intervención delictiva que resultan aplicables a los delitos

⁶² Cfr. MUÑOZ *et al.*, 2015, p. 201. Conductas como las de organizar defectuosamente los procesos de gestión de riesgos ambientales, o seleccionar incorrectamente al personal, no solo se castigan en la legislación hispana en caso de que el órgano directivo haya actuado con dolo, sino también cuando lo hubiera hecho con imprudencia grave (art. 331 del Código Penal español). Tratándose del art. 291 del CP, el favorecimiento del delito mediante la contratación negligente de un trabajador sumamente inexperto en materia de riesgos medioambientales, quien luego propaga elementos contaminantes, no es punible, porque la complicidad imprudente es atípica en nuestro Derecho (POLITOFF *et al.*, 2004, pp. 426 y s., incluyendo nota 164).

⁶³ En esta misma línea, respecto de la figura del “actuar en lugar de otro” en el Derecho español, DÍAZ Y GARCÍA, 2007, p. 120.

cometidos en el seno de una persona jurídica, sino evitar la laguna de punibilidad que se produciría en los delitos especiales si quien realiza materialmente el hecho (un representante legal, un órgano directivo, etc.) no reúne la cualidad especial que sí concurre en la persona jurídica⁶⁴. Es decir, de no ser por dicho precepto, la persona física que interviene en el hecho no podría ser sancionada, por carecer de la cualificación que exigen los tipos con sujeto activo nominado y que sí puede reunir la persona jurídica en el seno donde aquella se desempeña.

Establecido lo anterior, es posible señalar que al no ser el tipo del art. 291 del CP un delito especial, sino común, no es procedente aplicar a su respecto la figura del actuar en lugar de otro para hacer responsables a los órganos superiores de una empresa⁶⁵. Ahora bien, aun cuando la propagación indebida de contaminantes fuera un ilícito especial, ello no significaría que el art. 58 inc. 2° del CPP permita hacer responsables a dichos órganos simplemente por la posición jerárquica que ocupen en la organización, sino que siempre sería necesario que estos ejecuten (!) la acción típica de “propagar”, al menos en calidad de autores mediatos. Como correctamente lo ha destacado la jurisprudencia española⁶⁶, la figura del actuar en lugar de otro no compensa la falta de acción, sino “la ausencia de las características típicas de la autoría en la persona del autor”; por consiguiente, solo resulta aplicable “para tener por acreditadas estas características cuando el autor en todo caso ha realizado la acción típica”.

b) ¿Responsabilidad de los órganos superiores por el delito del art. 291 del CP sobre la base de la omisión impropia?

Ante las dificultades que presenta la atribución de responsabilidad a los órganos superiores de una empresa por el delito del art. 291 del CP, basada en un comportamiento activo de autoría inmediata, coautoría o autoría mediata, se podría proponer como alternativa imputar tal responsabilidad conforme a las reglas que rigen la comisión por omisión. De este modo, si el tipo del art. 291 pudiera interpretarse como un delito de omisión impropia, y si lograra fundarse una posición de garante de los órganos superiores, estos podrían ser sancionados penalmente en calidad de autores, en caso de no haber evitado que uno o más trabajadores propagaran elementos nocivos para los ecosistemas.

La doctrina alemana y española en materia de delitos ambientales ha tratado extensamente la responsabilidad de los órganos superiores fundada en conductas omisivas⁶⁷. En el caso del Derecho alemán, Schmitz sostiene que estos órganos son garantes de vigilancia, teniendo, en consecuencia, el deber de evitar resultados lesivos para el medio

⁶⁴ En este mismo sentido, respecto del art. 31 del Código Penal español, DÍAZ Y GARCÍA, 2007, pp. 120 s.

⁶⁵ Así también, MATUS, 2013, p. 150.

⁶⁶ STS de 3 de julio de 1992 (Rep. La Ley N° 12.612).

⁶⁷ En el Derecho alemán, véase SCHMITZ, 2019, nm. 142 ss., con ulteriores citas. En el Derecho español, por todos, GÓRRIZ, 2015, pp. 52 ss.

ambiente que puedan tener su origen en la organización defectuosa de la empresa⁶⁸. La posición de garante de los ejecutivos permitiría sancionarles por la infracción de obligaciones tales como la de ordenar la paralización de una actividad industrial contaminante, o disponer la realización de capacitaciones a los trabajadores acerca de riesgos ambientales, siempre y cuando el cumplimiento de estos mandatos hubiera evitado el resultado típico con una probabilidad rayana en la certeza.

Ahora bien, se hace indispensable aclarar que en Alemania y España es posible una responsabilidad de los órganos superiores fundada en una comisión por omisión porque varios delitos de acción contra el medio ambiente, previstos en sus respectivos ordenamientos, están concebidos como tipos penales de resultado. Según el § 13 del *Strafgesetzbuch* y el art. 11 del Código Penal español, estos tipos también deben ser aplicados para castigar conductas omisivas que no hayan evitado el correspondiente resultado típico, en tanto en cuanto el omitente tenga una posición de garante y su comportamiento pueda considerarse como equivalente a la comisión del delito mediante un hacer. Los referidos preceptos habilitan, pues, a los tribunales a interpretar delitos de acción como delitos de omisión impropia.

Pues bien, es importante señalar que en Chile algunos autores han sostenido que el delito del art. 291 del CP permitiría sancionar no solo conductas activas, sino también omisivas. A esta conclusión llegan Muñoz y Fernández, quienes afirman que dicha norma tiene una estructura compleja y muestra una “configuración claramente resultativa”, ya que el comportamiento típico de propagar supone la “producción de un resultado en el plano físico-natural”, es decir, un “resultado de propagación”, por ejemplo, en forma de “vertido de organismos, productos, elementos o agentes químicos (...)”⁶⁹. Estos autores agregan que un resultado como este podría ser causado por medio de conductas activas (*v. gr.*, “abrir el grifo para que salga el vertido”), o ser el fruto de comportamientos omisivos (*v. gr.*, “no reparar una cañería que se sabe que está en mal estado y que, en caso de romperse, puede producir unos vertidos”), los que quedarían equiparados a efectos de pena con las conductas activas⁷⁰.

La opinión anterior, según esta, el tipo del art. 291 del CP puede ser interpretado como de resultado y, por consiguiente, de omisión impropia, es discutible⁷¹. Efectivamente, el tenor de ese precepto no contiene ningún elemento del que se pueda desprender que la consumación del ilícito requiera la modificación del sustrato material de un bien jurídico, o un determinado daño inmaterial del mismo. Por el contrario, su redacción indica que el tipo se cumple con la mera ejecución del acto de “propagar”⁷². Además, una interpretación sistemática del art. 291 nos permite concluir que estamos frente a un delito de mera actividad. En efecto, el precepto muestra claras diferencias con los arts. 289 y 290, que, estando también previstos en el § 9 del T. VI del L. II del CP, sí

⁶⁸ SCHMITZ, 2019, nm. 142.

⁶⁹ MUÑOZ y FERNÁNDEZ, 2010, pp. 422, 427 y 433.

⁷⁰ MUÑOZ y FERNÁNDEZ, 2010, pp. 427 y 433.

⁷¹ En este mismo sentido, MATUS, 2013, pp. 152 ss.

⁷² Véase BESIO, 2019, pp. 253 ss.

aluden a un resultado de la conducta de propagación, en forma de producción de una enfermedad de animales o una plaga de vegetales⁷³. Por todo lo anterior, creemos que interpretar el art. 291 del CP como un ilícito de resultado, para permitir que el desvalor de conducta capte también omisiones, implica extender la punibilidad más allá de los límites del texto de la ley⁷⁴.

Además, aun cuando se aceptara que el delito del art. 291 presupone un resultado típico, de ello no se sigue que se pueda equiparar valorativamente su producción y su no evitación. Una equiparación semejante infringiría el principio de reserva legal. En efecto, nuestro Derecho carece de una cláusula general de comisión por omisión, y la única norma que permitiría interpretar los delitos de resultado de acción como de omisión impropia, a saber, la contemplada en el art. 492 inc. 1° del CP, solo es aplicable a los “crímenes y simples delitos contra las personas”⁷⁵. Así, pues, castigar la comisión por omisión tratándose de ilícitos no incluidos en el Título VIII del Libro II de nuestro Código punitivo importaría una interpretación analógica *in malam partem* del art. 492⁷⁶.

VI. CONCLUSIONES

Una vez establecido que los componentes nocivos a que alude el art. 291 del CP provienen del proceso industrial de una determinada empresa, y que tal proceso se ha apartado de las exigencias impuestas por el orden primario, es necesario imputar a personas físicas determinadas que trabajan en aquella la comisión del delito previsto en dicho precepto. La imputación individual debe realizarse según las reglas que rigen la autoría y participación. Estas reglas permiten sin dificultad hacer responsables como autores inmediatos a quienes forman parte del personal subalterno de la organización empresarial, porque ellos serán, habitualmente, quienes ejecuten personalmente la acción típica (“propagar”) a que alude el artículo antedicho. En cambio, las reglas que regulan la intervención delictiva muestran claras limitaciones para fundar una responsabilidad a título de autoría de los órganos superiores de la empresa. En efecto, la contribución de estos órganos a la comisión del delito del art. 291 consistirá, en la mayoría de los casos, en haber impartido una orden a un subalterno plenamente responsable para que este propagara contaminantes. Sin embargo, la dictación de esa orden no está captada por el tenor literal del tipo de autoría inmediata de propagación indebida de contaminantes (art. 291 del CP). Tampoco resulta aplicable los tipos de coautoría (art. 291, en relación con el art. 15, números 1 y 3, ambos del CP), ya que el haber impartido una instrucción de que se propaguen elementos contaminantes no forma parte de una realización en común del hecho. Por su parte, la figura de la autoría mediata por aparatos

⁷³ BESIO, 2019, p. 253 ss.

⁷⁴ Así también MATUS, 2013, p. 146.

⁷⁵ Respecto de la omisión impropia en el Derecho chileno, véase HERNÁNDEZ, 2011a, pp. 22 ss.

⁷⁶ En el entendido que el art. 492 efectivamente contemplara una cláusula de comisión por omisión.

organizados de poder no resulta idónea para sancionar a los órganos superiores de una empresa. Por consiguiente, la contribución de estos a la comisión del delito de propagación indebida de contaminantes, en forma de instrucción a uno o más empleados, solo puede ser castigada mediante el tipo de inducción (art. 291, en relación con el art. 15 N° 2, 2ª parte, ambos del CP).

BIBLIOGRAFÍA

- BESIO, Martín, 2019: "Artículo 291", en Jaime Couso y Héctor Hernández (directores), *Código Penal comentado. Parte Especial. Libro Segundo Título VI*, Santiago: Legal Publishing, pp. 249-261.
- BOSCH, Nikolaus, 2002: *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Baden-Baden: Nomos.
- BOTTKE, Wilfried, 1999: "Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania", *Revista Penal*, N° 4.
- COUSO, Jaime (2015): "Intervención delictiva y organización. Necesidad y complejidades de una comparación funcional entre el derecho chileno y el derecho internacional y comparado", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 1.
- COUSO, Jaime (2013): "Sobre el concepto material de autor. Consideraciones dogmáticas y metodológicas", en Alex van Weezel (editor), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 619-657.
- DÍAZ Y GARCÍA, Miguel, 2007: "Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos", *Nuevo Foro Penal*, N° 71.
- FEIJOO, Bernardo, 2007: *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid: Reus.
- FREUND, Georg y ROSTALSKI, Frauke, 2019: *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (3ª edición), Berlín: Springer.
- FRISCH, Wolfgang, 2018: "Zur Verantwortlichkeit von Unternehmern und Unternehmensorganen für Straftaten ihrer Mitarbeiter. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Täterschaft", en Ulrich Stein (editor), *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Klaus Rogall*, Berlín: Duncker&Humblot, pp. 121-146.
- FRISCH, Wolfgang, 1988: *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg: C.F. Müller.
- GARRIDO, Mario y CASTRO, Álvaro, 2010: "Delincuencia medioambiental en Chile: alcances de una normativa inaplicable", en Miguel Schweitzer (coordinador), *Nullum crimen, nulla poena sine lege. Homenaje a grandes penalistas chilenos*, Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae, pp. 125-157.
- GÓRRIZ, Elena, 2015: *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- HEINE, Günter, 1995: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden: Nomos.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2011a: "Art. 1º", en Jaime Couso y Héctor Hernández (directores), *Código Penal comentado. Parte General*, Santiago: Legal Publishing, pp. 7-105.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2011b: "Art. 15º", en Jaime Couso y Héctor Hernández (directores), *Código Penal comentado. Parte General*, Santiago: Legal Publishing, pp. 382-413.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2008: "Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 10.
- KASPAR, Johannes, 2017: "§ 26 StGB", en Werner Leitner y Henning Rosenau (editores), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, Baden-Baden: Nomos, pp. 1126-1128.
- KLOEPFER, Michael y VIERHAUS, Hans-Peter, 1995: *Umweltstrafrecht*, Múnich: C.H. Beck.
- KRÄMER, Katharina, 2015: *Individuelle und kollektive Zurechnung im Strafrecht*, Tübinga: Mohr Siebeck.

- KREUZBERG, Bastian, 2019: *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, Berlín: Duncker&Humblot.
- KUHLEN, Lothar, 1994: *Umweltstrafrecht in Deutschland und Österreich*, Linz: Institut für Kommunalwissenschaften und Umweltschutz.
- MANSDÖRFER, Marco, 2011: *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, Heidelberg: C.F. Müller.
- MATUS, Jean Pierre, 2017: “El aspecto objetivo de la responsabilidad penal de los directivos principales por delitos tributarios, según la legislación chilena”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, volumen XXIV, Nº 2. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-97532017000200291&lng=pt&nrm=iso [Fecha de consulta: 1.04.2020].
- MATUS, Jean Pierre, 2013: “Sobre el sentido y alcance del artículo 291 del Código Penal”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVI, Nº 2. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-09502013000200006&lng=es&nrm=iso [Fecha de consulta: 1.04.2020].
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2019: *Manual de Derecho penal chileno. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MATUS, Jean Pierre *et al.*, 2019: “Acerca de la necesidad de una reforma urgente de los delitos de contaminación en Chile, a la luz de la evolución legislativa del siglo XXI”, en Jean Pierre Matus (director), *Derecho penal del medioambiente chileno*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 347-399.
- MUÑOZ, Francisco *et al.*, 2015: *Manual de Derecho penal medioambiental* (2ª edición), Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ, José y FERNÁNDEZ, José Ángel, 2010: “Estudio dogmático penal de los artículos 291 del Código Penal y 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura. A propósito del caso del Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter”, *Política Criminal*, volumen V, Nº 10. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-33992010000200004&lng=es&nrm=iso [Fecha de consulta: 1.04.2020].
- MURMANN, Uwe, 2017: *Grundkurs Strafrecht* (4ª edición), Múnich: C.H. Beck.
- PIÑA, Juan Ignacio y COX, Francisco, 2013: “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa”, en Jesús-María Silva y Fernando Miró (directores), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid: La Ley, pp. 183-213.
- POLITOFF, Sergio *et al.*, 2004: *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte General* (2ª edición), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROXIN, Claus, 2003: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II*, Múnich: C.H. Beck.
- ROXIN, Claus, 1963: “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, *Goltdammer's Archiv*.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, 1987: “Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid”, en Winfried Küper (editor), *Festschrift für Karl Lackner*, Berlín: Walter de Gruyter, pp. 863-887.
- SALIGER, Frank, 2012: *Umweltstrafrecht*, Múnich: Vahlen.
- SCHALL, Hero, 1996: “Probleme der Zurechnung von Umweltdelikten in Betrieben”, en Bernd Schünemann (editor), *Deutsche Wiedervereinigung. Band III*, Colonia: Carl Heymanns, pp. 99-128.
- SCHILD, Wolfgang, 2017: “§ 25 Täterschaft”, en Urs Kindhäuser (editor), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch* (5ª edición), Tomo 1, Baden-Baden: Nomos, pp. 1166-1250.
- SCHMITZ, Roland, 2019: “Vorbemerkung zu § 324”, en Wolfgang Joecks y Klaus Mießbach (editores), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (3ª edición), Tomo 6, Múnich: C.H. Beck. Disponible en <http://beck-online.beck.de/Home> [Fecha de consulta: 20.04.2020].
- WEISS, Holger, 2008: *Die rechtliche Gewährleistung der Produktsicherheit*, Baden-Baden: Nomos.
- WESSELS, Johannes *et al.*, 2019: *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (49ª edición), Heidelberg: C.F. Müller.

Normas jurídicas citadas

CÓDIGO PROCESAL PENAL.

CÓDIGO PENAL CHILENO.

CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.

CÓDIGO PENAL ALEMÁN.

LEY DE BOSQUES, publicada el 31 de julio de 1931.

LEY GENERAL DE PESCA Y ACUICULTURA, publicada el 22 de noviembre de 1989.

LEY N° 20.393, publicada el 2 de diciembre de 2009.

LEY N° 20.920, publicada el 1 de junio de 2016.

LEY N° 20.962, publicada el 16 de noviembre de 2016.

Jurisprudencia citada

BUNDESGERICHTSHOF, sentencia de 6 de julio de 1990 (BGHSt 37, 106).

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 3 de julio de 1992 (Rep. La Ley N° 12.612)

BUNDESGERICHTSHOF, sentencia de 11 de diciembre de 1997 (NJW 98, 767).

BUNDESGERICHTSHOF, sentencia de 26 de agosto de 2003 (BGHSt 48, 331).

BUNDESGERICHTSHOF, sentencia de 13 de mayo de 2004 (BGHSt 49, 147).

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Especificación del principio de igualdad en materia de discriminación por discapacidad (Corte Suprema)

*Comentario de Renato Lira Rodríguez**

Santiago, catorce de enero de dos mil veinte.

VISTOS:

En autos Rol C-1907-2017, del Tercer Juzgado de Letras de Iquique, sobre acción de no discriminación arbitraria, caratulados “Torres con Universidad Arturo Prat”, por sentencia de 26 de febrero de 2018, se la acogió, con costas.

Se alzó la parte demandada y la Corte de Apelaciones de Iquique, por sentencia de 23 de abril de 2018, revocó el fallo de primera instancia, desechando la acción de no discriminación.

En contra de este último pronunciamiento, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo, solicitando su invalidación y la consecuente dictación de una sentencia de reemplazo que acoja en todas sus partes la acción deducida.

Se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la parte recurrente sostiene como primer capítulo que la sentencia ha vulnerado en forma manifiesta el artículo 2 de la Ley N° 20.609 en relación con el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en el sentido que no consideró la igualdad ante la ley respecto de este caso, como tampoco el hecho que, ni la ley ni autoridad alguna puede establecer diferencias arbitrarias.

En el segundo capítulo indica, que se ha afectado el artículo 7 de la Ley N° 20.422 en relación con el número 10 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en el sentido que el derecho a la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la personas en las distintas etapas de su vida, y el artículo 24 N° 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, estableciendo la norma constitucional citada en su último inciso que es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Correo electrónico: renatolirarodriguez@gmail.com

En el tercer capítulo expone que se afecta en particular el artículo 39 inciso segundo de la Ley Nº 20.422 y la Ley Nº 20.609 en relación con el Nº 11 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, cuando la sentencia dispuso que la Universidad Arturo Prat estableció los requisitos exigidos para el ingreso a la carrera de Agronomía fundado en la garantía constitucional contenida en la última norma citada.

Por último señala cómo los vicios alegados influyeron sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia que impugna, y solicita que se acoja el recurso y se la anule en aquella parte que rechaza la acción de discriminación arbitraria y acto seguido y separadamente, se dicte la de reemplazo que declare: a) Que la Universidad Arturo Prat incurrió en una conducta de discriminación arbitraria, mediante su negativa a la solicitud de ingreso especial a la carrera de Agronomía de don Fernando Torres Azocar, por su discapacidad de Síndrome de Asperger afectando el ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales, previstos en el artículo 19 Nº 2 y 10 de la Carta Fundamental; b) Que se ordene dejar sin efecto la carta fechada el 29 de marzo de 2017 de la Rectora subrogante de la Universidad Arturo Prat; c) Que dicha casa de estudios superiores deberá realizar los ajustes necesarios y razonables al Decreto Exento Nº 023 de 14 de enero de 1994, para adecuar los procedimientos de selección y de ingreso especial, a fin que Fernando Torres Azocar pueda participar en igualdad de condiciones con los discapacitados ciegos, como lo exige la Ley Nº 20.422, todo dentro del plazo de 30 días hábiles desde la dictación de la sentencia de reemplazo; y d) Que se condene en costas a la demandada.

SEGUNDO: Que la sentencia impugnada estableció como hechos de la causa los siguientes: 1.- La condición de salud que presenta el actor; 2.- Que frente a situaciones similares la casa de estudios ha actuado de la misma manera, pues ha exigido la rendición de la PSU y la obtención de un puntaje mínimo, como asimismo el rendir la prueba de Ciencias, requisitos que todos los alumnos deben cumplir, salvo los casos especiales de admisión que están reglamentados en el Decreto Exento Nº 023 de fecha 14 de enero de 1994, que establece el Texto Definitivo del Reglamento de Ingresos Especiales, entre los cuales se encuentran las personas no videntes, aquellas que tengan la condición de Aymará, deportistas destacados, sin que se contemple en ese instrumento a los postulantes que padecen Síndrome de Asperger; 3.- Que la universidad demandada acepta el ingreso especial de personas con discapacidad, en la medida que se acojan a dicho sistema y cumplan los requisitos necesarios para acceder al mecanismo, al cual no se sometió el actor; 4.- El demandante rindió PSU pero no obtuvo el puntaje mínimo exigido para ingresar a la carrera de Agronomía a la cual postuló, y no rindió la prueba específica exigible, razones por las cuales no fue aceptado su ingreso a la universidad demandada; 5.- La universidad cuenta con el Proyecto “Unap Te Incluye”, que es aplicable únicamente a quienes son estudiantes y presenten necesidades educativas especiales transitorias y / o permanentes.

TERCERO: Que, en relación a si han existido acciones discriminatorias los jueces del fondo señalaron en el fundamento séptimo del fallo recurrido: “Así las cosas, no resultó acreditado que la demandada haya efectuado una “distinción, exclusión o restricción

que carezca de justificación razonable”, por cuanto la negativa de aceptar el ingreso del demandante se debe a que él no se acogió al sistema de ingreso especial para situaciones de discapacidad y a mayor abundamiento, ni siquiera cumplió con los requisitos mínimos establecidos para ello, como son rendir la PSU, obtener un puntaje mínimo y dar la prueba específica en materia de Ciencias”... añadiendo luego “según lo razonado, en autos no resulta posible establecer que la demandada haya incurrido en una acción de discriminación arbitraria hacia el actor, requisito esencial para acoger la demanda acorde al artículo 2 de la Ley N° 20.609”.

CUARTO: Que, en relación al primer capítulo de nulidad, es necesario señalar que el artículo 2 de la Ley N° 20.609 entiende por discriminación arbitraria “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”. Alega el recurrente que el derecho fundamental que le ha sido vulnerado es el contenido en el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política, esto es la igualdad ante la ley, al impedirle sin justificación razonable el poder continuar con sus estudios, excluyéndole por presentar una discapacidad.

Añade dentro de este mismo capítulo de nulidad, lo que refrenda en el segundo, que la Universidad Arturo Prat al actuar como lo ha hecho vulnera el artículo 7 de la Ley N° 20.422, en relación al N° 10 del artículo 19 de la Constitución Política, y el artículo 24 N° 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al impedirle al actor su pleno desarrollo, siendo deber de la demandada como miembro de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación, entregando igualdad de oportunidades de acceso a la educación superior a las personas con discapacidad, con ausencia de toda discriminación.

QUINTO: Que el artículo 7 de la Ley N° 20.422 establece: “Se entiende por igualdad de oportunidades para personas con discapacidad, la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva, orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social”. Por su parte la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que fuera ratificada por Chile, en su artículo 24 N° 1 dispone: “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo

a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a, ... señalando en el número 2 que “Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes aseguran que... e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión”. Agregando en el número 5 que “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con los demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad”.

SEXO: Que como se puede advertir de la lectura de las normas transcritas, el prestador de servicios educacionales, tiene el deber de adoptar medidas destinadas a evitar, o compensar las desventajas que presenta una persona con discapacidad, para asegurar que el mecanismo de selección resguarde su derecho a participar en igualdad de oportunidades.

SÉPTIMO: Que para que se esté frente a acciones descritas como discriminatorias conforme al artículo 2° de la Ley Nº 20.609 ellas han de ser carentes de justificación razonable y, por otra parte para que se estime que la universidad demandada con su actuar ha infringido el artículo 7 de la Ley Nº 20.422, y el artículo 24 de la Convención ya individualizada, dicha casa de estudios ha debido omitir hacer los ajustes necesarios de manera eficaz, sin que ello suponga una carga desproporcionada, a fin de facilitar el acceso a personas con discapacidad en iguales condiciones.

OCTAVO: Que la conducta desplegada por la universidad Arturo Prat, no puede estimarse que constituya una infracción a las normas que se denuncian ya individualizadas en el fundamento cuarto de este fallo, por cuanto no aparece que el actor haya sido excluido atendida su condición por una justificación no razonable, toda vez que al ser un hecho de la causa como se asentó en el fundamento segundo de esta sentencia, que la universidad demandada acepta el ingreso de personas con discapacidad en la medida que se acojan a dicho sistema y, cumplan con los requisitos necesarios para acceder al mismo, cuestión que el actor no hizo, se comprueba que la Universidad Arturo Prat ha generado mecanismos para procurar la inclusión de personas con discapacidad, no pudiendo entonces estimarse que se esté frente a una conducta discriminatoria, al no aceptarlo como alumno en estas condiciones, apareciendo que no se ha vulnerado el derecho a la igualdad que consagra el Nº 2 del artículo 19 de la Constitución Política.

NOVENO: Que, en relación al tercer capítulo de infracciones, referido a la vulneración del inciso 2° del artículo 39 de la Ley Nº 20.422 que exige a las instituciones de educación superior contar con mecanismos que faciliten el acceso a personas con discapacidad, asimismo ha de ser desechado por cuanto conforme a los hechos que fueron establecidos en el fundamento segundo y, acorde a lo razonado especialmente en el fundamento octavo de este fallo, la demandada ha establecido mecanismos para el ingreso

de personas que presenten una condición como la del actor, sin que haya optado por someterse a ellos, razón por la cual no ha podido verificarse la infracción que se denuncia.

DÉCIMO: Que, lo reflexionado en los fundamentos anteriores lleva a concluir, que el recurso habrá de ser desestimado.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 764, 765 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de veintitrés de abril de 2018.

La ministra señora Chevesich concurre a la decisión por las siguientes consideraciones:

1° Que el Departamento de Evaluación, Medición y Registro Educativo de la Universidad de Chile (DEMRE), junto al Consejo de Rectores Universidades Chilenas, para dar cumplimiento a la normativa a que se hace referencia en el motivo octavo de la sentencia de primera instancia, reproducido por la impugnada, incorporó a la normativa que reglamentaba la postulación para rendir la Prueba de Selección Universitaria (PSU), para el proceso de admisión 2017, un apartado en que el postulante podía ejercer el derecho a requerir los ajustes necesarios, en razón de su situación de discapacidad, presentando una solicitud escrita dirigida a la Dirección del DEMRE con la finalidad que el examinador adoptara las medidas necesarias para que pudiera rendirlas sin dificultades. A partir de mayo de 2017, dicho departamento realizó campañas de difusión y desarrolló de manera sistémica mecanismos de ajustes, adecuaciones o apoyos con la finalidad de garantizar la participación de las personas en situación de discapacidad en el referido proceso, y elaboró un protocolo que da cuenta de aquellos poniéndolo a disposición de las personas que en su carácter de examinadoras intervienen en el proceso de admisión a las universidades. Lo señalado consta en el denominado Documento Oficial N° 1, de 9 de junio de 2016, Normas y Aspectos Importantes del Proceso de Admisión, que se puede obtener en las siguientes páginas de internet: https://psu.demre.cl/publicaciones/2017/2017-16-06-09-cruch-normas_proceso; <https://psu.demre.cl/inscripcion/como-inscribirme/paso2-datos-direccionparticular>; <https://psu.demre.cl/inclusion/memoria>;

2° Que el síndrome Asperger, conforme a la literatura médica, es un trastorno del desarrollo que se incluye dentro del espectro autista y que afecta la interacción social recíproca, la comunicación verbal y no verbal, una resistencia para aceptar el cambio, inflexibilidad del pensamiento así como poseer campos de interés estrecho y absorbentes, siendo las personas que lo padecen, generalmente, extremadamente buenos en las habilidades de memoria, sobresaliendo en matemáticas y ciencia; en consecuencia, a juicio de la que previene, se debe concluir que el Estado dio cumplimiento a la normativa consagrada en la Ley N° 20.422, sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, por lo señalado en el párrafo anterior, respecto de las personas que padecen dicha sintomatología;

3° Que, además, como quedó asentado por la judicatura del fondo que el recurrente rindió la Prueba de Selección Universitaria sin obtener el puntaje mínimo exigido para ingresar a la carrera de agronomía, y no dio la prueba específica aplicable, desconociéndose si se acogió al sistema que el órgano competente estableció para que las personas con trastornos del espectro autista puedan rendirla, esto es, si, en forma previa, manifestó padecer del síntoma que lo aqueja para que pudiera rendirlas en condiciones diferentes al resto de los postulantes, también que la Universidad Arturo Prat requiere dichas pruebas a todos aquellos que quieren ingresar a cursar la citada carrera, salvo que se trate de casos especiales de admisión debidamente reglamentados por esa casa de estudios superiores, no aplicable al recurrente, concluye que la sentencia impugnada no incurrió en los yerros que se denuncia.

Regístrese y devuélvase.

Redactó la Ministra señora María Angélica Repetto García, y la prevención, su autora.
Regístrese y devuélvase.
N° 11.978-2018.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., señor Mauricio Silva C., señora María Angélica Cecilia Repetto G., y la Abogada Integrante señora Leonor Etcheberry C. No firman el Ministro señor Silva C., y la Abogada Integrante señora Etcheberry, no obstante haber ambos concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar haciendo uso de su feriado legal el primero, y encontrarse ausente la segunda.

Santiago, 14 de enero de 2020.

COMENTARIO¹

1. *Razones para analizar la sentencia*

En este caso la Corte Suprema especificó el principio de igualdad constitucional como igualdad de oportunidades vinculándolo a normativa referida a la discapacidad. Desde el punto de vista metodológico, la especificación incluyó la integración de diversas disposiciones (convenciones internacionales ratificadas por Chile, la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, y la Ley N° 20.422 que establece normas pertinentes a igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad). Esta operación, en la literatura italiana, se denomina *conviniatio disposta* y permite construir

¹ Este comentario jurisprudencial forma parte del Proyecto Fondecyt N° 1180676: “Categorías Teórico-dogmáticas para dotar de contenido al principio de igualdad en Chile (2000-2017)”.

una norma jurídica implícita a partir del material normativo de base². La combinación normativa dio contenido a la noción de igualdad de oportunidades atribuyéndole un significado legal acorde al material jurídico combinado.

Si bien la sentencia desecha la pretensión del recurrente por razones formales (no cumplir con los requisitos de admisión), la decisión judicial es interesante porque permite observar cómo los jueces operan con la especificación de principios constitucionales como el principio de igualdad. Aunque la especificación es un claro ejercicio de la discrecionalidad judicial, es importante notar que esta discrecionalidad no implica arbitrariedad. El control del razonamiento judicial está dado por el método usado por el tribunal para construir la norma implícita que soluciona el caso. En este específico sentido, la sentencia analizada está infundada porque el tribunal no ha dejado constancia del método que ha seguido para especificar el principio constitucional.

2. *Especificación de principios*

Los principios jurídicos son normas “derrotables” y genéricas³. Ambas cualidades significan, en primer lugar, que ellas no pueden ser aplicadas directamente por medio de un simple razonamiento deductivo del tipo *premisa mayor, premisa menor, conclusión*⁴. Esto es así porque los principios admiten excepciones implícitas no especificadas en su condición de aplicación, es decir, no identificadas en el supuesto de hecho de la norma. En segundo lugar, los principios son normas que requieren de la elaboración de una norma más precisa que sea aplicable al caso que se juzga⁵. Este proceso de elaboración es denominado especificación o concretización. Así, las disposiciones que expresan principios son un material jurídico básico y a partir de ello los jueces construyen las normas que usarán en la composición del silogismo judicial que resuelve el caso.

² Que sean normas implícitas significa que no fueron formuladas por una autoridad normativa y que solo pueden ser derivadas de otras normas a partir de una técnica denominada “construcción jurídica”. La construcción jurídica es un proceso similar a la interpretación y que requiere la utilización de razonamientos entendidos como “actos nomopoéticos” que implican una creación normativa. Para más, revisar GUASTINI, Riccardo, 2015: “Interpretación y construcción jurídica”, *ISONOMÍA*, N° 43.

³ GUASTINI, Riccardo, 2016: *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, pp. 75 y ss.

⁴ Un razonamiento es una secuencia de enunciados donde uno desempeña la función de conclusión, y los restantes desempeñan la función de premisas o argumentos en favor de dicha conclusión. Generalmente, el razonamiento jurídico se formula en torno a la existencia de normas explícitas que actúan como las premisas, mientras que la norma implícita constituye su conclusión. Una simplificación de esto puede retratarse mediante el siguiente ejemplo: (P1) El que mate a otro será sancionado con 10 años de cárcel + (P2) Benjamín ha matado a Diego = (C) Benjamín debe ser sancionado con 10 años de cárcel. GUASTINI, Riccardo, 2014: *Interpretar y argumentar* (trad.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 165.

⁵ Los principios jurídicos son normas configuradas respecto de una elección valorativa en la base de producción del derecho (por el legislador), en la fase de aplicación del derecho (por los jueces) o en la elaboración de un razonamiento jurídico (jueces y dogmática). En las dos últimas perspectivas, los principios son funcionales a la utilización de técnicas interpretativas y argumentativas que deben ser concretizadas en su aplicación. Ver: COMANDUCCI, Paolo, 1998: “Principios jurídicas e indeterminación del derecho”, *Doxa*, N° 21, pp. 89-104, pp. 90-100.

El principio de igualdad constitucional permite observar dos cualidades de los principios jurídicos. La igualdad es un concepto *vacuo*, esto es, sin contenido y que no provee un criterio sustantivo de comparación; y también es un término *equivoco o ambiguo*, es decir, que posee diversos significados y aproximaciones, variando acorde de las circunstancias en que es invocado⁶. Ambas cualidades surgen por la textura abierta de las normas constitucionales, la que permite una actividad constructiva más laxa. Los casos de igualdad suponen valoraciones normativas que configuran un juicio de igualdad, en virtud de ello se aprecia una situación de hecho, se especifica el principio a la luz de esas circunstancias y se extrae una norma jurídica implícita aplicable al caso.

Metodológicamente, la especificación de todo principio constitucional (y en especial el de la igualdad constitucional), no ha sido tratada con suficiencia por la doctrina nacional, siendo complejo establecer o encontrar una guía acerca de cómo debe ejecutarse la especificación de este principio⁷. Usando literatura internacional es posible determinar varias formas para especificar un principio⁸. Mediante una combinación de procedimientos procedentes de la teoría constitucional, pienso en un modelo sencillo de especificación que pudo haber sido aplicado en la resolución del caso:

(1). *Delimitación del problema normativo*. El tribunal debe identificar cuáles son los hechos relevantes del caso y cuáles son las normas que están en juego. Naturalmente, la especificación de la igualdad exige detenerse un momento en la prueba de la discapacidad, porque la condición de discapacitado resulta ser un factor clave al momento de establecer la obligación del recurrido en orden a entregar ciertas prestaciones con el propósito de asegurar un trato igualitario⁹. En la sentencia analizada esto implica determinar si el recurrente es (o no) una persona con discapacidad, si se ha realizado una acción discriminatoria o un trato desigual y cuál ha sido la justificación que ha argüido el recurrido para actuar tal y como actuó.

Sobre la base de los hechos, el juez debe delimitar el universo normativo que es potencialmente aplicable a estos hechos. Al tratarse de un recurso de casación, este es un paso simple pues los hechos ya se tienen por acreditados y las normas jurídicas son aquellas que se condicen con las pretensiones de las partes, sin perjuicio de que el tribunal pueda incorporar más.

⁶ DÍAZ DE VALDÉZ, José Manuel, 2015: "La igualdad constitucional: Múltiple y compleja", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 42, Nº 1, pp. 153-187.

⁷ Acerca de la especificación de otro principio constitucional: ZÚÑIGA, Yanira, 2009: "Medida de protección terapéutica a favor de un menor (sentencias del tribunal de familia y de la Corte de Apelaciones de Valdivia)", *Revista de Derecho Universidad Austral*, volumen XXII, Nº 1, pp. 279-290.

⁸ Ver, entre otros, GUASTINI, Riccardo, 2014: *Interpretar y argumentar* (trad.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; ALEXY, Robert, 2002: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales); MORESO, Juan José, 2010: "Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos", *ARBOR ciencia, pensamiento y cultura*, volumen 186, Nº 745, pp. 821-832.

⁹ MUÑOZ, Fernando, 2015: "Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre *Ley Zamudio* entre 2012 y 2015", *Revista de Derecho*, volumen XXVIII, Nº 2, pp. 145-167.

Suponiendo que los hechos de la causa no estuvieran suficientemente determinados, la especificación del principio de igualdad en casos de discapacidad podría verse truncada. La discapacidad es una categoría conceptual y fáctica indispensable que debe estar acreditada para formar una relación con la igualdad de oportunidades. Por ello, previo a la delimitación del problema normativo, se requiere de un análisis probatorio y conceptual de la discapacidad.

La legislación nacional es bastante heterogénea en el tratamiento de la discapacidad, enfocándose en áreas específicas sin establecer un canon general. Ninguna ley o reglamento entrega una definición de discapacidad, de modo que le corresponderá a la judicatura elaborar una mediante una combinación de las fuentes del derecho, destacando los tratados internacionales, jurisprudencia y doctrina. Es un ejercicio conceptual que permite ser contrastado con las circunstancias particulares del caso sometido a su conocimiento.

(2). *Fijar el contenido de las normas identificadas.* Este paso exige precisar el significado y la finalidad de las disposiciones que son potencialmente aplicables a los hechos. Para realizar esta tarea (típicamente normativa) el juez puede ayudarse en las técnicas de interpretación de la ley, criterios doctrinales y estándares de decisión jurisprudenciales. El resultado de este paso es un conjunto limitado de normas, entendidas como significados atribuidos por el juez a las disposiciones normativas. En el caso, la Corte Suprema detalla el contenido normativo y finalidad del art 19 N° 2 de la Constitución, de la Convención internacional invocada, y de las Leyes N° 20.422 y N° 20.609.

El contenido de la garantía del 19 N° 2 se concretiza mediante el artículo 7 de la Ley N° 20.422 en su vertiente conocida como igualdad de oportunidades, concepción que cuenta con una definición legal. La Corte opta por no recurrir a criterios doctrinarios ni jurisprudenciales. Esto es problemático porque es sabido que el legislador es parco en la formulación de definiciones legales, siendo necesario recurrir, por ejemplo, a convenciones o clasificaciones internacionales en materia de discapacidad para entender cómo se concibe el fenómeno y cómo es posible garantizar la igualdad de oportunidades a personas que viven con ella. Ello hubiere contribuido a la elaboración de casos paradigmáticos que permitan dejar en claro la regla implícita elaborada para descartar la discriminación arbitraria.

(3). *Modelar casos paradigmáticos reales o ficticios para ilustrar el modelo normativo.* Este paso exige que el juez use su imaginación o su memoria. Debe recordar casos centrales, prototípicos o claros que han sido resueltos con las normas determinadas en el paso anterior. Estos casos paradigmáticos pueden ser reales o imaginarios, pertenecer al derecho nacional o comparado. A modo de ejemplo, la judicatura pudo recurrir a su propia jurisprudencia en lo que respecta a la admisión de personas con discapacidad a centros de educación. Por ejemplo, hubiese sido conveniente revisar la manera en que fue resuelta la Causa Rol N° 8034-2018, que versa acerca de un recurso de casación en el fondo por una acción de discriminación arbitraria, se recurren a las mismas normas jurídicas y se razona en torno a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

Con los casos paradigmáticos el tribunal debe realizar ejercicios mentales de prueba y error. Estos ejercicios tienen por finalidad ajustar las normas teniendo a la vista cuáles serían las consecuencias de su aplicación. En los casos de discapacidad y discriminación supone desarrollar un constructo teórico sobre la aplicación del principio constitucional de igualdad. Esto se conecta con el paso anterior, pues implica realizar un estudio integral de la discapacidad. Para ello se debe considerar el Modelo de la OMS que considera a la discapacidad desde un enfoque biopsicosocial, o el modelo social instaurado por la Convención de las Naciones Unidas sobre las Personas con Discapacidad. Ambos implican la realización de *ajustes razonables* en las instituciones superiores para asegurar la igualdad de oportunidades. La razonabilidad de los ajustes y sus límites deben ser establecidos en casos concretos y quedan bajo criterios de ponderación por parte de las autoridades judiciales y públicas competentes, quienes deben operar mediante criterios de justicia, equidad y no discriminación¹⁰.

(4). *Formulación de la regla implícita que será aplicada al caso.* En este el paso del juez se plantea cuál es la regla jurídica derivada del principio especificado que resuelve el caso que se está juzgando. La regla es una norma singular y concreta que sirve para el caso que se juzga y que ha sido elaborada a partir de los tres pasos anteriores. Con esta regla sobre la mesa, el juez puede componer un silogismo judicial tradicional y subsumir los hechos en la condición de aplicación de la regla en cuestión.

La formulación de la regla implícita surge a partir de definiciones legales y de combinaciones normativas y se consagra en el considerando octavo de la sentencia. La Corte resuelve señalando que la Universidad Arturo Prat no incurrió en una discriminación arbitraria. Para arribar a esta conclusión sostiene que el prestador de servicios educacionales tiene el deber de adoptar medidas destinadas a evitar o compensar las desventajas que presenta una persona con discapacidad, con el objeto de asegurar que el mecanismo de selección resguarde su derecho a participar en igualdad de oportunidades. La universidad debe contribuir entregando igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad en el acceso a la educación superior.

La igualdad se satisface por el cumplimiento de los requisitos para ingresar a la universidad. Como el actor no cumplió con los requisitos, concluye que no resulta posible establecer que la institución haya incurrido en una acción de discriminación arbitraria al negarle su ingreso. En palabras simples, la regla implícita podría ser formulada de la siguiente manera: aquel estudiante con discapacidad que no cumpla con los requisitos de ingreso no es discriminado arbitrariamente.

Sin embargo, la pregunta que queda sin resolver en el razonamiento de la Corte Suprema es: ¿son adecuados los mecanismos de ingresos para personas con discapacidad?

¹⁰ FINSTERBUSCH, Christian, 2016: "La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos", *Revista Ius et Praxis*, año 22, Nº 2, pp. 227-252, p. 240.

3. *Cierre*

La sentencia actúa como un piso mínimo en lo que respecta a la especificación de la igualdad. Cumple con los dos primeros pasos del método, dejando incompletos los restantes. Sin embargo, al ser un modelo sencillo, es de esperar que en los futuros casos de especificación se apliquen los pasos restantes y se profundice en el contenido que pueden abarcar los principios jurídicos.

El recurso de casación fue rechazado por el no cumplimiento de los requisitos formales para ingresar a la educación superior por parte del recurrente. Sin perjuicio de esto, considero que en casos de discriminación por discapacidad, la regla implícita debiera tener por objeto mejorar las oportunidades que tienen las personas con discapacidad en la materialización de su plan de vida. Esto supone comprender que el proceso judicial en materia de discriminación y discapacidad tiene un enfoque diferente, este es, el reconocimiento de una identidad guiado por el enfoque de la discriminación por indiferenciación, reflexionando respecto de los requisitos de ingreso a la universidad¹¹. El proceso judicial requiere identificar y lidiar con colectividades humanas, como agrupaciones de personas con discapacidad, que también son parte de la sociedad y que poseen sus propias maneras de comprender y ver el mundo.

¹¹ Aquella que se produce por un trato jurídico idéntico de dos o más situaciones fácticas que son diferentes. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al resolver el caso Thlimmenos contra Grecia habla de una situación “sensiblemente” diferente, dándole a la judicatura la posibilidad de apreciar –y modificar– una discriminación legislativa o reglamentaria de alguna persona o grupo. Para más, ver: REY, Fernando, 2011: “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, pp. 167-181, p. 171.

La pena efectiva en el delito de violación impropia: un conflicto entre merecimiento y necesidad de pena (Tribunal Constitucional)

*Comentario de Isabel Ruiz-Esquide Enríquez**

Comentario de sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 6506-19 INA, de fecha 07 de noviembre de 2019, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18216, en proceso penal Ruc N° 1500653979-0 Rit N° 439-2018, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, por el delito de violación impropia del artículo 362 del Código Penal, que acogió recurso. <https://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/busqueda-avanzada>.

Considerandos del voto de mayoría que serán objeto de comentario:

[...] CUARTO: Que, siguiendo esos mismos razonamientos, en esta oportunidad y aun tratándose del delito tipificado en el artículo 362 del Código Penal, acogeremos el requerimiento deducido a fs. 1, solo teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto que configuran la gestión pendiente que sustentaron argumentaciones, por parte de la defensa del requirente, dotadas de fundamentación plausible, lo que, en su momento, justificó acceder a la petición formulada a fs. 166, puesto que, en este caso, no obstante la gravedad del delito, no resulta necesario adoptar, en abstracto y sin apreciación judicial, la privación efectiva de la libertad dispuesto en la sentencia condenatoria, debiendo dejar al juez de fondo la decisión acerca de su sustitución por otra forma de cumplimiento; [...]

[...] OCTAVO: Que, en consecuencia, no hay duda en cuanto a la gravedad de la conducta delictiva por la que se ha castigado al requirente por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, dado que afecta bienes jurídicos de la más alta importancia, pero, en este caso, concretar la privación efectiva de libertad, mediante la aplicación del precepto legal impugnado, no resulta una medida estrictamente necesaria, habida

* Abogada, Ex Fiscal Adjunta, Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal, Universidad de Chile. Doctoranda en Derecho, Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: isabelruizesquideenriquez@gmail.com

consideración de las circunstancias del caso concreto resumidas en su lugar, por lo que estimamos procedente acoger el requerimiento de fs. 1 y que el juez de la gestión pendiente pueda resolver, con plena competencia, la eventual aplicación de penas sustitutivas. {...}

Considerando del voto disidente que será objeto de comentario:

[...] 15° Que, por lo anterior, la norma introducida por la Ley N° 19.617 a la N° 18.216 y actualmente cuestionada por la acción deducida, es proporcional a la entidad del delito que se imputa al requirente, en la eventualidad de que la sentencia condenatoria, actualmente recurrida, sea ejecutoriada.

La configuración del tipo penal supone efectuar un análisis doble: por una parte, el hecho típico que traerá como resultado una sanción y, por otro lado, la forma en que la pena ha de ser cumplida. Y en ese ámbito el legislador cuenta con un margen para tomar una decisión, en el marco de la política criminal, que será conforme a la Constitución si no excede sus límites. La opción legislativa es así idónea conforme a los fines que fueron latamente expuestos, vinculados al delito de violación realizado respecto de menores de doce años (hoy catorce años) y el bien jurídico protegido, cual es la indemnidad sexual. Asimismo es necesaria para el fin buscado y además constitucional, en el entendido de que no elimina las facultades del juez para conocer y juzgar, sino que solo dispone el cumplimiento efectivo de lo que el mismo sentenciador decida. También es proporcional en sentido estricto, por cuanto constituye una medida equilibrada y justa respecto de una persona que ha cometido un importante atentado a un ilícito que busca salvaguardar la indemnidad en el desarrollo sexual de niños y niñas, dejando a salvo el eventual acceso, posteriormente, al beneficio de la libertad condicional, cumpliendo los requisitos que se exigen para tal efecto. {...}

COMENTARIO

El Tribunal Constitucional conoce, en sentencia rol 6506-19 que se comenta, respecto de la procedencia de penas sustitutivas para un sujeto condenado por un delito de violación impropia (Art. 362 CP), a una pena de 600 días de presidio menor en su grado medio, más accesorias legales, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, el que, en uso del arbitrio judicial contemplado en las normas de determinación de pena, fijó dicha cuantía, atendida la concurrencia de dos atenuantes de responsabilidad penal: la irreprochable conducta anterior del artículo 11 N° 6 y la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos del artículo 11 N° 9, ambos del Código Penal.

La sentencia del TC acoge, en su voto de mayoría, la inaplicabilidad del artículo 1° inciso segundo de la Ley N° 18.216, recogiendo argumentos que antes había referido a casos de Ley de Control de Armas. Lo anterior, pese a que en la especie se trata de un caso de crimen, de aquellos para los que el mismo TC había negado con anterioridad la

procedencia del requerimiento de inaplicabilidad¹. Por su parte, el voto disidente realiza un ejercicio de ponderación entre los principios constitucionales en juego y, destacando la relevancia del bien jurídico protegido en este caso –indemnidad sexual–, rechaza el recurso, resolviendo así el conflicto entre necesidad y merecimiento de pena.

Como se ha señalado, estima el voto de mayoría, que es pertinente la imposición de penas sustitutivas a un caso consumado de violación impropia. Para lo anterior, el tribunal reitera los argumentos que había desarrollado en casos anteriores sobre Ley de Control de Armas. Dichos argumentos constituyen básicamente dos líneas argumentativas distintas, y consisten en: i) el *ius puniendi* estatal reconoce como límites, los valores y principios consagrados en nuestra Constitución, y ii) el principio de proporcionalidad de las penas limita la severidad de estas, a la gravedad del delito o de la conducta cometida. El voto de mayoría agrega que, para el caso que nos ocupa, las circunstancias sociales y familiares del requirente hacen pertinente que el juez de la causa sea quien determine la procedencia de penas sustitutivas, inaplicando así la prohibición legal del artículo 1 inciso 2° de la Ley N° 18.216.

Los motivos que se encuentran en el desarrollo del voto de mayoría apuntan, como he señalado, a las circunstancias específicas del caso particular, que desaconsejan la pena efectiva, en tanto esta [...] “no resulta una medida estrictamente necesaria” [...].² La sentencia, pretende dar cuenta de un conflicto constitucional entre una sanción penal de cumplimiento efectivo y las decisiones político-criminales adoptadas por el legislador en la Ley N° 18.216, como un conflicto entre los derechos a la dignidad humana del imputado, la igualdad ante la ley y un procedimiento justo y racional, por un lado, y el llamado “derecho a punir” cuya legitimidad depende de su orientación a la estricta protección de bienes jurídicos, por otro. Así, confronta la forma de cumplimiento de la sanción penal, estableciendo el conflicto del caso, como una contradicción, para la cual el recurso de inaplicabilidad resulta pertinente, en tanto plantea una tensión concreta entre dichos derechos y los bienes jurídicos protegidos por el legislador.

Sostiene el tribunal que en materia de inaplicabilidad por penas sustitutivas de la Ley N° 18.216, ha ido desarrollando ciertos parámetros como, por ejemplo, acogerlos tratándose de casos referidos a la Ley de control de Armas N° 17.798. En ellos ha resuelto el TC, a favor de la inaplicabilidad del artículo 1° inciso segundo de la Ley N° 18.216, atendiendo a la dignidad humana. Indica que ello se sustenta en tanto el *ius puniendi* estatal reconoce en ella uno de sus límites, junto con el principio de humanidad, de forma que la privación de libertad solo ha de imponerse respecto de las conductas más graves, siempre que afecten los bienes jurídicos de la más alta importancia protegidos por el ordenamiento y cuidando siempre las finalidades de prevención especial y protección a las víctimas.

¹ En sentencias previas el tribunal ha estimado que, para casos de crímenes, como violación u homicidio, existe un [...] “entramado ajeno” [...], a los casos de Ley de Armas, en tanto es posible [...] “apreciar una vinculación entre la dañosidad del delito en sí con la sanción que a su respecto ha previsto el legislador” [...]. Entre otras: STC de 26 de marzo de 2018, rol 4263-18, STC de 22 de enero de 2019, rol 4894-19.

² STC de 5 de noviembre de 2019, rol 7039-19 INA, considerando. 8, p.6.

Estos argumentos dan cuenta de una particular forma de aplicar el principio de proporcionalidad por parte del Tribunal, como ha destacado la doctrina³ y, para el caso que nos ocupa, porque la sentencia hace suyos dichos argumentos, muestra cómo la confusa consideración de solo uno de los elementos de dicho principio –concretamente la necesidad del medio adoptado por el Estado para la prosecución del fin propuesto– lleva a resultados criticables⁴.

Dicho de otra forma, debido a que el TC reduce la aplicación del principio de proporcionalidad solo al elemento de necesidad de la medida, y que lo aplica comparando la medida legislativa que se impugna con otras formas de cumplimiento como medios alternativos, concluye que, tratándose de un caso en que se arriesga una pena de 600 días de presidio menor en su grado medio, no resulta necesario su cumplimiento de forma efectiva. Olvida sin embargo, el voto de mayoría, que el examen al que está llamado⁵, debe partir por argumentos relativos a la idoneidad de la medida, en los cuales ha de referirse a la finalidad de la medida legislativa, continuar, si procede, con argumentos referidos a la necesidad, o [...] “subprincipio del medio más benigno” [...] ⁶ en el que ha de observar los medios alternativos que permitan, en algún grado conseguir los objetivos legislativos de la medida, y luego, si procede, realizar un ejercicio de proporcionalidad en sentido estricto, en donde ha de preguntarse por la gravedad de los hechos, procurando que las consecuencias del delito guarden proporción con el delito cometido⁷. No refiere el voto de mayoría análisis alguno respecto de dichos elementos, ni tampoco los argumentos en orden a por qué restringe el ejercicio de proporcionalidad en sentido amplio a solo uno de sus subprincipios, ni la particular forma en que dicha medida alternativa permite realizar los objetivos del legislador para un caso de violación impropia como el que nos convoca.

Estas falencias del voto de mayoría constituyen una constante en causas de inaplicabilidad de Ley Emilia o Ley de Control de Armas⁸, pero resultan llamativas cuando se reproducen para casos especialmente graves, como el que ocupa al TC en esta oportunidad.

Es la particular forma de aplicación del principio de proporcionalidad, y de la interpretación del subprincipio de necesidad, la que permite comprender –sostengo– que el tribunal en su voto de mayoría no se haga cargo de la especial gravedad del hecho, ni cómo aquello influye con el fin de dirimir el conflicto constitucional que se le presenta.

³ Al respecto, GREZ, P. y WILLENMANN, J., 2019: “Un desarrollo preocupante: sobre una tendencia reciente en el control constitucional de leyes penales”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 26, pp. 1 y ss. Disponible en [www.https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0014](https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0014).

⁴ Respecto del principio de proporcionalidad en la motivación de los tribunales constitucionales, BERNAL PULIDO, C., 2005: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2005, Bogotá: Universidad del Externado, pp. 39 y ss.

⁵ *Id.*, pp. 491 y ss.

⁶ *Id.*, p. 736.

⁷ MAPELLI, B., 2005: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Navarra: Aranzadi, pp. 38 y ss.

⁸ Tal como refieren GREZ Y WILLENMANN, 2019, pp. 1 y ss., el TC en realiza un ejercicio de proporcionalidad sin seguir los pasos que componen dicho ejercicio ni la prevalencia lógica de ellos.

Por su parte, el voto disidente analiza la opción legislativa de la Ley N° 18.216, como medida a la que aplicará el test de proporcionalidad. Otorga los motivos por los cuales la considera una medida idónea, atendidos los fines que se persiguen con la imposición de la pena vinculada al delito de violación impropia, y particularmente al bien jurídico protegido. Luego se pronuncia acerca de su necesidad, indicando que la misma no limita el arbitrio de la determinación judicial de la pena, sino que solo dispone el cumplimiento efectivo del *quantum* determinado. Finalmente, la disidencia analiza la razonabilidad de la medida, haciéndose cargo de la proporcionalidad en sentido estricto de la misma, indicando que la negativa de penas sustitutivas para el caso, ha sido contemplada por el legislador respecto de una persona que [...] “ha cometido un importante atentado a un ilícito que busca salvaguardar la indemnidad en el desarrollo sexual de niños y niñas, dejando a salvo el eventual acceso, posteriormente, al beneficio de la libertad condicional, cumpliendo los requisitos que se exigen para tal efecto” [...]”. De esta forma, el voto disidente justifica la improcedencia de pena sustitutiva rechazando el requerimiento presentado.

En mi opinión, la Ley N° 18.216 contiene una opción político-criminal en orden a aplicar penas sustitutivas solo en aquellos casos de conductas de menor gravedad. En ese contexto, corresponde precisamente al TC, como garante de los derechos fundamentales¹⁰, aplicar sus normas de tal forma que permita distinguir, entre aquellas conductas que admitirán una pena sustitutiva por ser de menor gravedad, de aquellas que, en cambio, ameritarán una pena efectiva, atendida su mayor lesividad, otorgando los elementos que permitan conocer qué conducta, en definitiva, ha de ser sancionada con pena efectiva.

La interpretación constitucional de la ley a la que está llamado el TC, consiste precisamente en identificar la dimensión ética sustantiva del estado constitucional de derecho que, ya que se encuentra compuesta por diversos principios, derechos y valores, conlleva de por sí, tensiones en su interior. En el caso que se comenta, el conflicto entre merecimiento y lesividad de la conducta, que se deriva de los principios de dignidad humana y libertad, debe ser resuelto entregando parámetros que permitan la comprensión de la ponderación efectuada. En este sentido, el voto disidente entrega elementos que permiten componer la “lesividad de la conducta”, tales como la gravedad de la pena y la relevancia de los bienes jurídicos afectados. Dichos elementos permiten comprender la manera en que se resuelve la contradicción del caso particular. En cambio, el voto de mayoría no permite distinguir aquello, pues pondera únicamente las circunstancias concretas del caso para estimar como “innecesaria” la medida impugnada, interpretando de forma particular dicho subprincipio, restringiendo de paso la aplicación del test de proporcionalidad en sentido amplio a tan solo uno de sus elementos¹¹.

⁹ STC de 5 de noviembre de 2019, rol 7039-19 INA, considerando 15°, p. 14.

¹⁰ FERNÁNDEZ CRUZ, J., 2014: “Tribunal Constitucional y Derecho penal: un estudio crítico”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 12 N° 2, p. 188.

¹¹ MAPELLI, B., 2005: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Navarra: Aranzadi, pp. 38 y ss.

RECENSIONES

Recensiones

JUAN CIANCIARDO, PILAR ZAMBRANO, *La inteligibilidad del derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2019 (166 pp).

“Este tribunal es un tribunal de derecho y no de moral”¹. La polémica decisión con que en Inglaterra se disponía la separación –y la vida– de las siamesas Jodie y Mary no podía comenzar con una menos polémica afirmación. La relación entre derecho y moral es “el” tema de la filosofía del derecho de ayer y hoy. Lo común de las distintas aproximaciones es la pregunta por la justificación. De fondo, el problema es si el derecho se puede autojustificar o si necesita un ordenamiento moral que le dé sentido y, transversalmente, cómo es posible esto sin desdibujarse.

Con atrevimiento y sólidos argumentos Zambrano y Cianciardo exploran este tema desde una óptica original. Esta obra da cuerpo y unidad a unos ensayos que revisan si es posible entender, o inteligir, un discurso jurídico divorciado de un orden moral independiente. Si ni el discurso jurídico ni cualquier discurso se autoabastecen de significado se debe reconocer una instancia distinta que les dé sentido. De ahí que solo con “enunciados jurídicos [que] hagan referencia a una realidad intrínsecamente inteligible” (p. 148) es posible para el derecho superar la circularidad tautológica, el regreso al infinito y guiar la conducta. En un discurso jurídico in-inteligible su función normativa es imposible: la materialidad de la sanción es incapaz de orientar el razonamiento práctico y reduce el derecho a violencia pura.

La inteligibilidad del discurso no deviene del propio discurso, esto sería circularidad, ni del discurso moral, que sería lo mismo en una instancia superior; sino de la autointeligibilidad de los bienes humanos verdaderos y universales que guían el actuar humano. Por ello, no cualquier moral es capaz de “inteligibilizar” al material jurídico, sino aquella abierta al reconocimiento de bienes humanos autointeligibles captados por el razonamiento práctico, porque lo autointeligible no es el lenguaje moral *per se* sino la realidad externa que es su referencia.

En el primer capítulo se examina la cultura contemporánea de los derechos y aquellos rasgos que genéticamente conectan con un orden moral independiente (OMI). “Reconocer” derechos humanos significa que son previos; su formulación en principios “solo puede ser explicada por remisión a realidades que se encuentran más allá de la ley positiva” (p. 27) y tanto proporcionalidad como razonabilidad “remiten a consideraciones extranormativas –a razones más básicas– que el operador jurídico da por sentadas”, a realidades que “se muestran, no se explican” (p. 35). En el capítulo dos se recoge la paradoja de la irrelevancia de Carlos Nino. Para él es necesario un orden

¹ [2000] EWCA Civ 254, Case Nº: B1/2000/2969.

moral que justifique al derecho, pero su posición epistémica constructivista implica que el derecho —y la moralidad social subyacente— es fruto de la práctica democrática. Por tanto, “la aceptabilidad de una interpretación depende del derecho positivo [construido colectivamente] y no de la moral” (p. 70). Afirman los autores: “Nino acierta en el diagnóstico, pero erra en la terapéutica” (p. 84). Un orden moral así planteado es ficticio porque remite al consenso la determinación de los principios jurídicos relevantes. El intérprete inmerso en una práctica que se autoabastece de significado queda a oscuras y no es capaz de reconocer una fuente justificadora y referencial que haga inteligibles a los principios jurídicos que usa en la interpretación. La vinculación entre el derecho y un orden moral producto de la discusión política no logra escapar de la tautología. Esta “dependencia epistemológica del OMI respecto del derecho producido democráticamente le quita toda relevancia práctica, no ya al derecho, sino a la misma moral” (p. 79). No solo la justificación del derecho se desvanece, sino su inteligibilidad, pues no se puede evaluar la razonabilidad de la intelección del intérprete y “los márgenes de creatividad interpretativa se han transformado en márgenes de discreción absoluta” (p. 84).

El tercer capítulo explora la idea del derecho como razón excluyente en John Finnis. Para él, la razón del derecho es excluyente porque corta el flujo del razonamiento práctico y ahorra al agente la búsqueda de la razón moral de fondo: constituye la guía única en la deliberación. Objetan los autores que pensar que “el ciudadano cortará el flujo del razonamiento práctico de modo definitivo” (p. 104) es ficticio y rastreadable al positivismo decimonónico. Según esta propuesta el derecho “le pide al ciudadano, no solo que no juzgue, sino también que no delibere” (p. 104). Debido a que el caso central de obediencia al derecho no es el de una obligatoriedad mínima que excluya razones morales ulteriores y la inteligibilidad de la norma necesariamente interpela a “posar la mirada sobre los bienes que se pretenden realizar mediante la regla” (p. 110), resulta llamativo que el Finnis de los bienes humanos básicos y de la guía ineludible de la razón práctica en el obrar renuncie sin más a la inteligibilidad del discurso. Como dicen los autores, preguntarse por el fin de la norma exige reabrir el flujo del razonamiento práctico, de lo contrario el derecho es in-inteligible e ineficaz.

En defensa de Finnis, parece cierto que el ciudadano de “a pie” corta el razonamiento cuando se enfrenta con la mayoría de las normas jurídicas. La razón práctica antes que analizar cada norma dictamina que la mejor forma de integrar los bienes humanos en la vida social es obedecer a la autoridad y, solo en casos conflictivos, procede con una valoración exhaustiva. Esta explicación de cómo obliga el derecho en una sociedad plural donde visiones éticas contrarias coexisten solo oscurecería la inteligibilidad si negase totalmente la deliberación del agente, cosa que no sucede desde que se admite la posibilidad de no acatar las leyes injustas². Dicen bien los autores que la transparencia teleológica de las normas facilita su inteligibilidad y que a veces el paso

² FINNIS, John, 2011: *Natural Law and Natural Rights* (2ª edición), Oxford: Oxford University Press, p. 360.

de la razón jurídica a la moral es indistinguible porque el bien básico perseguido es evidente. La situación se complica cuando la norma persigue una pluralidad de fines difícilmente distinguibles para el razonamiento del ciudadano lego, como en el caso de normas tributarias o financieras. Para estos casos más complejos es entendible que el bien común requiera razones jurídicas definitivas. No obstante, como bien apuntan los autores, pérdidas en el razonamiento práctico del agente resultan en pérdidas en la inteligibilidad del discurso jurídico.

Finalmente, el capítulo cuarto postula una teoría de inteligibilidad desde los aportes de la filosofía del lenguaje analizando los subjuicios interpretativos que individúan el tipo de acción y el imperio judicial. El derecho reconoce que es posible abducir externamente el tipo de acción, identificarla y determinar la voluntariedad del actor. Sin embargo, ya que un mismo curso de acción puede explicarse de distintos ángulos y comprensiones teleológicas, los desafíos cognitivos en la adjudicación precisan determinar los criterios para tipificar acciones e individualizar los hechos del caso y el imperio.

Más aún, por su naturaleza discursiva el derecho es un tipo de acción, por esta razón, es necesario atender a los niveles intencionales del lenguaje. La propuesta de los autores es que “la inteligibilidad de todo discurso es directamente proporcional tanto a la inteligibilidad de la realidad a la cual se refiere el lenguaje estáticamente considerado, como a la inteligibilidad de las intenciones performativas y perlocucionarias del discurso” (p. 145), y que estas no se construyen socialmente con la práctica como propugna el convencionalismo jurídico³, sino que presuponen el uso literal y estático de los conceptos. “Si los conceptos no tuvieran algún significado con independencia de su uso discursivo, entonces [este] no podría manifestarse en absoluto” (p. 144). Este significado estático de los conceptos no se encuentra solo en la intención global de la práctica, sino en la realidad de la acción humana y en los criterios definitorios de su descripción física. En conclusión, la inteligibilidad del discurso jurídico propuesta por los autores pasa por reconocer que los tipos jurídicos de acciones hacen referencia a una realidad intrínsecamente inteligible, que el horizonte teleológico también posee una inteligibilidad intrínseca y que las acciones singulares tanto individualizadas como imperadas poseen inteligibilidad previa a su tipificación jurídica.

Con esta publicación, los autores dan un paso firme en la discusión académica de un tema que ya han venido tratando desde hace algún tiempo y que cada vez lo hacen con más contundencia. Ciertamente, se posicionan como expertos en la materia y ni rehúyen los temas complejos ni se enfrascan en discusiones de sordos, y sus observaciones críticas son profundas, honestas y valientes. Si acaso, la debilidad del texto deviene de que los capítulos recopilan argumentos de publicaciones dispersas, lo que dificulta la ilación en la confección de una monografía. Ni esto ni las accidentales erratas restan inteligibilidad al texto. También, si en algunos momentos la profundidad del discurso pide una mayor extensión, su brevedad muestra la solidez y pericia de quienes dicen

³ ARENA, Federico José, 2014: *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, Madrid: Marcial Pons.

tanto en tan pocas páginas. En definitiva, esta obra imprescindible es un sólido aporte a la formulación de un discurso jurídico contemporáneo inteligible y eficaz.

Julio Pobl

Máster en Derechos Humanos y
Doctorando en Filosofía del Derecho,
Universidad de Navarra (España)

MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ, *Caso fortuito o fuerza mayor (3ª ed.)*, Thomson Reuters, Santiago, 2020.

El presente título corresponde a la tercera edición de un largo trabajo que se remonta al año 2013, en el que se publicó la primera versión, más acotada y limitada solo a los aspectos dogmáticos del caso fortuito. La segunda versión revisa, amplía y actualiza el contenido del libro, incorporando sentencias judiciales en diversos ámbitos, con especial énfasis en los casos judicializados a raíz del terremoto y posterior maremoto del año 2010. La tercera edición, que se comenta, se enmarca en el contexto del Covid-19 (una impresión gráfica del virus en la portada se asegura que el lector se percate de ello).

La obra se divide en 10 capítulos. De esta manera, (1) se revisan las generalidades del caso fortuito, esto es, su regulación y función; (2) se relaciona la noción de esta institución con la debida diligencia, cuestión que ayuda a entender sus requisitos; (3) se analiza la noción de caso fortuito y de cada uno de sus requisitos, a saber, (4) la imprevisibilidad, (5) irresistibilidad y (6) externalidad; se examinan (7) los aspectos probatorios y (8) sus efectos; (9) se analiza la materia en su relación con la pandemia; y para finalizar, (10) se deja a disposición varias fichas de sentencias.

El autor dedica tres capítulos al análisis de los requisitos del caso fortuito. Para ello se centra en describir los requisitos, métodos de apreciación, componentes más relevantes y, por último, el momento en que deben medirse. En estas páginas el lector verá un desarrollo explicativo respecto de la materia, siempre desde las fuentes legales, acompañadas con algunas notas doctrinales. Los capítulos mencionados son el núcleo del libro y provienen en gran parte de la versión original publicada el 2013. Producto de la reflexión pausada y prolongada del autor, se aprecia un tratamiento claro y sistemático de la materia, con referencias a las teorías clásicas y modernas acerca de la materia.

Para complementar los estudios nacionales, el autor acude de manera frecuente a la normativa y doctrina francesa (por su influencia en nuestro Código y en la formación del autor), la que si bien no consagró el caso fortuito en el Código Napoleónico fue objeto de amplias reformas en el 2016 incorporando un nuevo artículo 1218, similar al artículo 45 CC pero que hereda una valiosa tradición jurisprudencial que permitió desarrollar una adecuada definición y, a diferencia de nuestro ordenamiento, plasmar con claridad los efectos del caso fortuito.

Como se adelantó, la obra contiene un apartado especial dedicado al “Covid-19 y caso fortuito”. En un poco más de cien páginas se tratan distintos temas tales como la calificación del coronavirus como un supuesto de fuerza mayor; los actos de autoridad dictados con ocasión de la pandemia; otras figuras contractuales similares al caso fortuito y; por último, sus efectos en diversos tipos contractuales.

Se destaca del capítulo el análisis pormenorizado del coronavirus como posible caso fortuito. Esto constituye una pauta para los distintos actores jurídicos pertinente a la forma en que deben analizarse los elementos y requisitos del caso fortuito en un caso concreto. El trabajo del profesor excede, en consecuencia, al coronavirus, pues en estas páginas se plasma el procedimiento intelectual mediante un método o “pasos a

seguir”, que es útil para la calificación de un hecho cualquiera como caso fortuito. De esta manera, aparece como una herramienta práctica o insumo de destreza para abogados, jueces, estudiantes y otros operadores jurídicos.

En esta parte de la obra, el objetivo consiste en determinar si se puede —en abstracto— calificar la propagación del coronavirus como una hipótesis de caso fortuito. Esta sección denota la prolijidad del autor para analizar los requisitos, en especial en cuanto a la búsqueda de fuentes se refiere. Así, a efectos de determinar la imprevisibilidad se desarrolla el estado de conocimiento del virus, desde las primeras noticias a finales del año 2019 hasta la última información oficial del Ministerio de Salud el 29 de abril de 2020. Además, se exponen distintas pandemias, desde la peste antonina a finales del siglo II al dengue. En cuanto a la posibilidad de resistir el hecho, se acude al rol de los distintos Estados. Con todo, como previene el autor, el análisis final dependerá de cada contrato, de ahí que incluya un apartado especial para referirse a diversas tipologías contractuales, en donde se podrán conocer los criterios aplicables a los contratos de arrendamiento, educación, de consumo, financieros, entre otros.

Continúa el autor con la inclusión de otras figuras afines al caso fortuito. Expone que no en todos los casos existirá una imposibilidad de cumplimiento y ahí la teoría de la imprevisión o la frustración del fin del contrato podrían recibir aplicación. En este punto se desarrolla cada institución, sus fundamentos, requisitos, tratamiento judicial y posible aplicación al Covid-19. De esta manera, el autor plantea como soluciones alternativas al caso fortuito la revisión judicial del contrato excesivamente oneroso y la pérdida de eficacia o resolución, según la teoría que se siga, por frustración del fin.

De manera adicional y para dar cierre al libro, se dejan a disposición diversas fichas de sentencias. Este apartado ofrece un valioso aporte pues recoge los aspectos centrales en diversas materias, así como suministro eléctrico; materias tributarias; incumplimiento contractual; entre otras. Se puede esperar en futuras versiones de esta obra la inclusión de los distintos fallos que surjan con ocasión de la pandemia.

Se comentan a continuación dos tipologías contractuales que son tratadas en la obra, estas son, las de educación y de consumo. Se previene que el objetivo del autor es entregar lineamientos generales y no un análisis exhaustivo y pormenorizado respecto de cada tipo de contratos, de manera que los comentarios acá esgrimidos tienen como única finalidad complementar y aportar a la discusión.

La primera tipología es la prestación de servicios educacionales. En este punto se comparte el criterio ofrecido por el autor, esto es, que la prestación equivalente o alternativa como forma de resistir los efectos del caso fortuito satisface los intereses contractuales. Con todo, se cree que hubiese sido conveniente distinguir según el nivel educacional de que se trate, si bien por momentos el autor hace menciones, parecen más bien circunstanciales. Dicha inclusión se justificaría en las diferencias existentes entre los distintos tipos de servicios ofrecidos (obligatorios en algunos casos) e incluso en los tipos de consumidores (rangos etarios que abarcan desde la infancia a la adultez), entre otros.

En efecto, creemos que la falta de esta distinción lleva al autor a aceptar sin más la realización de clases a distancia (*e-learning*) como una forma adecuada de cumplimiento alternativo de los contratos, cuestión que en algunos casos podría ser matizada. De esta

forma, ese análisis omite la existencia de contenidos puramente prácticos presentes en la formación técnica y universitaria, así como también descarta o restringe la aplicación de la frustración del contrato, en circunstancias que existen servicios de educación cuya contratación puede haber sido especialmente motivada por el carácter presencial, lo que se aprecia con mayor claridad en postgrados o, fuera de los niveles educacionales establecidos por ley, en servicios de preparación para la Prueba de Selección Universitaria.

En lo que respecta al segundo contrato, esto es, la prestación de servicios de consumo, se comparten las conclusiones. El criterio ofrecido por el autor es similar a aquel descrito por el Servicio Nacional del Consumidor en dos Circulares Interpretativas (REX 950 de 2019 y REX 371 de 2020) consistente en otorgar la posibilidad excepcional a los proveedores de suspender, cancelar o bien cumplir de manera alternativa los contratos, velando en todo caso por el interés de los consumidores. Se extrañan notas acerca de los deberes de información que surgen con ocasión de la pandemia, los que incluso, según interpretación de la autoridad, debiesen ser informados a esta.

El autor hace alusión a los servicios de espectáculos y viajes, mercados especialmente afectados por la pandemia debido a la imposibilidad de ejecutar dichos contratos. La solución ofrecida es la restitución de los dineros pagados, cuestión que parece coherente con la protección de los consumidores. Conviene destacar que en legislaciones comparadas se ha autorizado la entrega de cupones representativos (*vouchers*) para ser utilizados en cualquier otro momento, de duración hasta 2 años y cedibles, prefiriendo así la suspensión del contrato por sobre las restituciones.

Se rescata el esfuerzo realizado por el autor para dar celeridad a la publicación de la obra sin que ello se traduzca en omitir aspectos relevantes. Por el contrario, el estudio de los antecedentes del virus es acabado y contempla una selección especial de bibliografía Covid-19 con la opinión reciente de diversos ensayos publicados con ocasión de la pandemia.

Lo último a destacar es la pluma. El caso fortuito ha sido objeto de estudios nacionales y comparados y goza de una especial complejidad. Por esto se celebra, en momentos de incertidumbre jurídica, la claridad con la que se explican los distintos elementos para la configuración, aplicación y efectos del caso fortuito.

Ignacio Labra Saldías
Universidad de los Andes, Chile

Instrucciones para autores/as

1. *Política editorial*

- a. *Origen y finalidad de la revista.* La *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* o *Revista de Derecho (Valdivia)* es una revista de estudios generales de Derecho fundada en 1990, que se publica en formato impreso y digital. Su objeto es contribuir al desarrollo de las ciencias jurídicas.

El pluralismo es uno de los valores que inspiran a la revista y su línea editorial se declara aconfesional, no existiendo vinculaciones con ningún tipo de religión, credo, filosofía, doctrina o movimiento político que condicionen la publicación de trabajos por razones ideológicas o morales.

La revista se compone de tres secciones: investigaciones, jurisprudencia comentada y reseñaciones.

En el desarrollo de su labor, está comprometida con los más altos estándares académicos y con el pleno respeto a las normas éticas generalmente aceptadas en las publicaciones científicas.

- b. *Enfoque y alcance de la revista.* La revista es una publicación científica de estudios generales de Derecho que tiene por objeto contribuir al desarrollo tanto de las ciencias del Derecho como de la dogmática jurídica, promoviendo la discusión crítica de temas relevantes.

Para ello, recibe investigaciones inéditas que aborden un problema jurídico en cualquiera de las ramas del Derecho, planteando una idea central o hipótesis que permita el desarrollo de una argumentación racional. Dichas contribuciones son sometidas a arbitraje bajo el sistema de “doble ciego”.

Está abierta a toda la comunidad jurídica nacional e internacional, especialmente, a la hispanoamericana, recibiendo contribuciones inéditas en todas las áreas del saber jurídico de manera de responder a los requerimientos teóricos o prácticos de académicos, abogados, jueces y, en general, de cualquier operador jurídico.

- c. *Acceso y cargos de procesamiento de artículos.* La *Revista de Derecho (Valdivia)* es una publicación de acceso abierto y por consiguiente, todo su contenido está disponible para los lectores de manera gratuita y sin necesidad de suscripción.

Los costos de la edición de artículos son asumidos íntegramente por la Universidad Austral de Chile, de modo que los autores no deberán soportar ningún cargo de procesamiento de los mismos, ni asociados a su envío ni a su publicación.

2. *Envío de manuscritos*

- a. *Temporadas.* Existen dos temporadas de recepción de trabajos: (i) desde el 2 de enero y hasta el 30 de abril; y (ii) desde el 16 de julio hasta el 30 de octubre. Solo serán sometidos al procedimiento de evaluación los trabajos enviados dentro de temporada.

- b. *Dirección electrónica y copia sin marcas de autoría.* Toda colaboración debe ser enviada por nuestra plataforma de Open Journal Systems, disponible en la página *web* www.revistaderechovaldivia.cl. En el archivo respectivo no debe figurar ni el nombre del autor ni cualquier otro rastro de su autoría, tanto en el archivo como en el texto mismo, de manera que pueda ser utilizado para los respectivos arbitrajes ciegos.

- c. *Compromiso.* El envío de una colaboración a la Revista conlleva el conocimiento y aceptación completa de las presentes instrucciones. Quien envíe a la Revista un trabajo para su publicación, deberá firmar y adjuntar al mismo un compromiso de autoría, el que podrá descargar de la página *web* de la Revista. Mediante este documento se acepta todo lo indicado en las presentes normas editoriales, en especial lo detallado en los numerales 3, 8, 9 y 10.

3. *Colaboración original y autoría*

- a. *Coautorías*. La autoría se limita únicamente a quienes han realizado una colaboración sustancial. No serán admitidas colaboraciones firmadas por más de tres autores.
- b. *Colaboración inédita*. Todo trabajo sometido a la consideración de esta Revista debe ser inédito, es decir, no se debe encontrar publicado previamente, sea total o parcialmente, por medios físicos o digitales (incluidas las plataformas del tipo Academia.edu). Tampoco puede estar siendo evaluado por alguna otra revista, ni pendiente de aceptación o publicación.
- c. *Traducciones*. Se considerarán inéditos los trabajos escritos en idioma extranjero que se encuentren publicados y que se traduzcan por primera vez al español, ya sea por el propio autor o por un tercero, siempre que el Consejo Editorial así lo califique en atención a la relevancia del trabajo traducido. El interesado deberá requerir esta autorización al Consejo Editorial antes del envío del trabajo.
- d. *Tesis*. En caso que la colaboración derive de un trabajo académico anterior, como por ejemplo de una tesis de pregrado, magíster o doctorado, dicha circunstancia debe ser explícitamente señalada por el autor en una nota a pie de página inicial.

4. *Presentación*

- a. *Título*. El autor titulará su trabajo, tanto en español como en inglés, de la forma más breve posible (con un máximo de 20 palabras).
- b. *Resumen*. El trabajo contendrá al inicio un resumen en español e inglés que proporcione una idea precisa de su contenido. El resumen no podrá exceder de las 200 palabras.
- c. *Palabras clave*. El trabajo consignará a continuación del título, en español e inglés, de 3 conceptos clave referidos al contenido del trabajo.
- d. *Límite de palabras*. Las colaboraciones correspondientes a *investigaciones* no podrán tener una extensión superior a 10.000 palabras, incluidas las notas a pie de página y la bibliografía final. La *jurisprudencia comentada* no deberá superar las 2.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 10) y excluido el contenido del fallo que deberá ser extractado por el autor. Las *recensiones* no podrán extenderse a más de 1.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 5).

5. *Contenido*

- a. *Fuente, caja, interlineado y énfasis*. Los trabajos deben estar escritos en idioma español, en páginas tamaño carta, tipografía Times New Roman, cuerpo 12, a espacio y medio. El uso de la cursiva está únicamente reservado para las palabras o expresiones de otro idioma (incluidos extranjerismos y latinismos crudos) y los títulos de obras de creación.
- b. *Subtítulos*. El cuerpo del trabajo se dividirá en secciones numeradas con romanos. Cada párrafo podrá nuevamente ser dividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de un punto. Cuando se apliquen nuevas subdivisiones en el interior de los párrafos, cada una de ellas será señalada con letras con paréntesis final. Por ejemplo: I 1. a) y así sucesivamente.
- c. *Citas textuales*. Las citas textuales de más de cinco líneas deben estar separadas del escrito, pero con la misma fuente, sin cursivas y una mayor sangría.
- d. *Notas a pie de página*. Las notas al texto y las citas bibliográficas deberán ser realizadas al pie de cada página, en tipografía Times New Roman, cuerpo 10, a espacio y medio. Las primeras, en su carácter explicativo, deben estar limitadas a lo estrictamente necesario en número y contenido. Por su parte, las segundas, en su carácter bibliográfico, deben cumplir las normas que siguen.

6. *Citas a pie de página*

- a. Las citas bibliográficas a pie de página se ordenarán de la siguiente manera: primer apellido del autor en versalitas, año de publicación de la obra (cuando el autor tenga varias

obras publicadas en un mismo año se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c,...) y el número de página. Ejemplo:

Obras con un autor: WELZEL, 1969, p. 105.

Obras con dos autores: ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 2015, p. 50.

Obras con más de dos autores: LACRUZ *et al.*, 2006, pp. 67-69.

Obra con autor institucional: INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976, pp. 879 y ss.

Dos o más obras del mismo autor y año de publicación: GUZMAN, 2010a, p. 30 y GUZMÁN, 2010b, pp. 100-101.

- b. Las citas de normas jurídicas a pie de página indicarán: la norma citada o el número de la ley y su año de publicación. Ejemplos:

Ley 20.422, 2010.

Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, 1994.

- c. Las citas de jurisprudencia (judicial o administrativa) contendrán: tribunal, fecha y rol. Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29.7.2010, rol 245-2010.

Tribunal Constitucional, 1.12.2016, rol 2938-15.

Contraloría General de la República, 28.11.2016, N° 085700N16.

7. Referencias completas al final del trabajo

- a. Las referencias de la bibliografía citada se incluirán en orden alfabético bajo "Bibliografía". Ejemplos:

Libro:

WELZEL, Hans, 1969: *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin: Walter de Grueter & Co.

BENTHAM, JEREMY, 1996: *An introduction to the principles of morals and legislation* (edits. J.H. Burns y H.L.A. Hart), Oxford, Clarendon Press.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 2015, *Sistemas normativos* (2° edición), Buenos Aires: Editorial Astrea.

LACRUZ, J., SANCHO, F., LUNA, A., DELGADO, J., RIVERA, F., y RAMS, J., 2006: *Elementos de derecho civil I. Parte general* (4° edición), Tomo I, Madrid, Dykinson.

INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976: *Parliaments of the world. A comparative reference compendium* (2° edición), Tomo I, New York, Facts on File Publications.

Libro traducido:

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry, 1981: *Curso elemental de derecho civil* (trad.), Revista General de Legislación y Jurisprudencia (2° edición francesa), Tomo IV, Madrid, Reus, S.A.

Capítulo de libro:

VON SAVIGNY, Friedrich, 1994: "Sobre el fin de la revista de la escuela histórica" (trad. R. Atard), en José Juan Moreso y Pompeu Casanova (editores), *El ámbito de los jurídico*, Barcelona, Crítica, pp. 22-31 ["Über den Zweck dieser Zeitschrift" [1815], en *Tribut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, Verlag Franz Vahlen, Munich, 1973, pp. 231-254].

Artículo de revista:

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, 2015: "El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, N° 2.

Documento en formato electrónico:

Goldenberg Serrano, Juan Luis, 2015: "Los créditos legalmente pospuestos en la Ley 20.720", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, N° 2, pp. 91-116. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502015000200006&lng=e&scnrm=iso. [Fecha de consulta: 1.12.2016].

Tesis:

PRAT CHACÓN, Arturo, 1876: *Observaciones a la ley electoral vijente*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado, leída ante la Comisión Universitaria de la Corte Suprema. Disponible en <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-7887.html>

Informe en derecho:

AYLWIN OYARZÚN, JOSÉ Y YAÑEZ FUENZALIDA, NANCY "Propiedad ancestral indígena sobre las aguas". Informe en Derecho. Disponible en <http://www.cepal.org/drni/proyectos/walir/doc/walir47.pdf>

- b. Las referencias de las normas jurídicas citadas se incluirán en orden cronológico, bajo "Normas jurídicas citadas" y a continuación de la "Bibliografía citada".

Ejemplos:

Ley 20.422, Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, publicada con fecha 10 de febrero de 2010.

Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños, adoptada con fecha 25 de octubre de 1980. Publicada en Chile con fecha 17 de junio de 1994.

Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, Boletín 3815-07.

- c. Las referencias a la jurisprudencia citada se incluirán en orden cronológico, bajo "Jurisprudencia citada" y a continuación de "Normas jurídicas citadas".

Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 29 de julio de 2010, rol 245-2010.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016, rol 2938-15.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 28 de noviembre de 2016, dictamen 085700N16.

8. *Evaluación*

- a. *Procedimiento de arbitraje y resultados*. Una vez que el trabajo sea admitido por cumplir con los requisitos formales establecidos en estas instrucciones, se iniciará el proceso de arbitraje. El arbitraje se realizará por dos evaluadores expertos del área y, en caso de discrepancia, se recurrirá al juicio de un tercer evaluador. En todo arbitraje se aplicará el sistema doble ciego (los árbitros no conocerán el nombre del autor del trabajo y el autor no conocerá el nombre de los árbitros). De acuerdo con el resultado del arbitraje, la Revista decidirá si acepta o rechaza la publicación del trabajo, pudiendo sugerir al autor la realización de cambios en el mismo. Dicho resultado se comunicará al autor a más tardar el 15 de julio, en la primera temporada, y el 15 de enero, en la segunda.

- b. *Pauta de arbitraje*. La pauta de arbitraje aplicada refiere a los siguientes aspectos: i) calidad y propiedad en el uso del lenguaje jurídico, así como de la exposición de las ideas y de la construcción de los argumentos; ii) existencia de un planteamiento ordenado y coherente de un problema jurídico; iii) claridad y originalidad de la tesis o planteamiento del autor; y iv) si el trabajo denota un conocimiento actualizado y sólido del saber jurídico, constituyendo un aporte novedoso o interesante al conocimiento jurídico.

Los árbitros deberán indicar si recomiendan la publicación del trabajo sin observaciones, con observaciones menores o formales, o previas modificaciones sustantivas del autor; o si, por el contrario, no recomiendan su publicación, sea porque requeriría modificaciones sustantivas de tal entidad que implicarían su reelaboración o porque carece de la novedad o interés exigidos.

- c. *Criterios de exclusión*. En cualquier caso, serán criterios excluyentes para la admisión de los trabajos: i) no incidir en el ámbito disciplinar cultivado por la Revista; ii) no cumplir con las condiciones formales y de citas adoptados por la Revista; iii) no enviar el trabajo

por medio de la plataforma establecida; iv) no mediar un período de tres años contado desde la última publicación en esta Revista de un trabajo del mismo autor (como autor único o en coautoría); y v) enviar un trabajo con algún registro de autoría o que vulnere las directrices éticas de la Revista.

- d. *Aceptación o rechazo.* Siempre que no se acepte la publicación de algún trabajo por parte del Consejo Editorial se informará al autor respecto de esta decisión, dando cuenta justificada de ella. La aceptación de un trabajo se entenderá firme una vez que el autor reciba el aviso por escrito respectivo.
- e. *Decisión de publicar.* La *Revista de Derecho de Valdivia* se reserva el derecho de decidir respecto de la efectiva publicación de los trabajos arbitrados y, en su caso, el volumen y número específico en que se publicará.

9. *Declaración de privacidad*

Los nombres y direcciones de correo de los autores se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta Revista, y no estarán disponibles para ningún otro propósito o persona.

10. *Directivas éticas y declaración de malas prácticas*

a. *Deberes de los autores*

La revista condena éticamente el plagio y pretende combatirlo en cualquiera de sus manifestaciones.

Los trabajos que se envíen a la Revista deberán ser inéditos y el resultado de una investigación original. El trabajo o ideas ajenas deben ser reconocidos como tales mediante reglas de citación o registro.

La autoría se limita a quienes hayan contribuido sustancialmente al trabajo. Todos los autores deben haber aceptado el envío del mismo para su publicación.

Las fuentes utilizadas por el autor deben identificarse de manera que otros puedan acceder a ellas.

Los trabajos enviados a la Revista no podrán ser remitidos simultáneamente a otras. Tampoco podrá remitirse por segunda vez un trabajo que ya fue previamente rechazado.

En caso de existir una fuente de financiamiento del trabajo, el autor deberá comunicarlo al Director de la Revista al momento del envío, como asimismo cualquier conflicto de interés que pudiere repercutir en la imparcialidad de la investigación, como por ejemplo, el hecho de tratarse de un informe en derecho financiado por un tercero.

b. *Deberes del Consejo Editorial*

El Consejo Editorial de la Revista deberá velar tanto por los derechos de los autores como por las buenas prácticas editoriales. El Director deberá informar al Consejo acerca de cualquier tipo de plagio u otra conducta contraria a dichas buenas prácticas que detecte en su labor.

El Consejo deberá resguardar la imparcialidad y confidencialidad de los arbitrajes.

En caso que se presente un caso reñido con la ética, deberá garantizar un procedimiento justo en el que el autor pueda presentar sus descargos.

c. *Deberes de los árbitros*

Los árbitros deben evaluar si el trabajo enviado cumple con los requisitos de forma y fondo definidos por la Revista. Sus juicios deberán ser fundados, de tal manera que resulte claro por qué recomienda o no recomienda la publicación del trabajo y las eventuales modificaciones que sugiere.

El árbitro deberá desempeñar su labor de manera confidencial, objetiva y respetuosa. Asimismo, deberá informar al Consejo Editorial cualquier conflicto de interés que pudiere afectar su evaluación.

En especial, el árbitro deberá colaborar con el Consejo Editorial en la prevención del plagio y, por consiguiente, le informará de cualquier indicio que surja de su revisión.

11. *Derechos y responsabilidad del autor*

Una vez admitido para publicación el trabajo, se entiende que el autor cede a la revista los derechos de reproducción del mismo, conservando la plena propiedad de la obra. En consecuencia, cualquier nueva publicación del trabajo, sea esta total o parcial, en papel o mediante alguna plataforma electrónica requerirá la autorización expresa de la Revista. Por su parte, el autor tendrá derecho a ser identificado como tal en todas y cada una de las publicaciones que de ella haga la Revista.

La publicación del trabajo se entiende hecha bajo licencia Creative Commons (CC) BY-NC-ND 4.0.

La responsabilidad derivada de cualquier infracción a las leyes de propiedad intelectual o industrial relacionadas con el contenido o la autoría del trabajo corresponderá exclusivamente al autor en su calidad de dueño de la obra.

INVESTIGACIONES

CIENCIAS DEL DERECHO

Positivismos jurídicos, ¿Atria desafía a Bobbio?, Loreto Paz Navarro Gezan

Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba, Diego Dei Vecchi

La filosofía de la ética profesional: una historia entrañable, David Luban, Bradley Wendel (traducción de Javier Gallego Saade)

DERECHO PRIVADO

La variabilidad del precio en el contrato de construcción, María Sara Rodríguez Pinto

Garantía convencional y garantía legal: una jerarquía dispersa y temperada, Íñigo de la Maza Gazmuri

¿Alimentos retroactivos o daños? Mecanismos para rectificar los efectos de una sentencia injusta, Hugo Cárdenas Villarreal, Bárbara Sepúlveda San Martín

Los instrumentos jurídicos ante la discriminación remunerativa entre mujeres y hombres en Chile, Irene Rojas Miño

DERECHO PÚBLICO

Los actos unilaterales de los Estados como fuente formal del derecho internacional público, Francisco Peña Silva

El antagonismo de la doctrina de la nulidad y de la responsabilidad administrativa: ¿mito o realidad? Pedro Harris Moya

La problemática de adicciones en pueblos indígenas de Colombia y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Angélica María Gutiérrez Ramos

Sanción de conductas anticompetitivas extraterritoriales en Estados Unidos y la Unión Europea, Jaime Arancibia Mattar

DERECHO PROCESAL

Función y deformación del recurso de unificación de jurisprudencia, Rodrigo Correa González

Prisión preventiva y error judicial probatorio, Jaime Andrés Manríquez Oyaneder

DERECHO PENAL

Los protocolos universitarios para la prevención y sanción de la violencia, acoso y discriminación entre estudiantes: una mirada criminológica y político-criminal, José Ángel Fernández Cruz

La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales, Lautaro Contreras Chaimovich

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Especificación del principio de igualdad en materia de discriminación por discapacidad (Corte Suprema). Comentario de Renato Lira Rodríguez

La pena efectiva en el delito de violación impropia: un conflicto entre merecimiento y necesidad de pena (Tribunal Constitucional). Comentario de María Isabel Ruiz-Esquide Enríquez

RECENSIONES

Juan Cianciardo, Pilar Zambrano, *La inteligibilidad del derecho*. Recensión de Julio Pohl

Mauricio Tapia Rodríguez, Caso fortuito o fuerza mayor. Recensión de Ignacio Labra Saldías